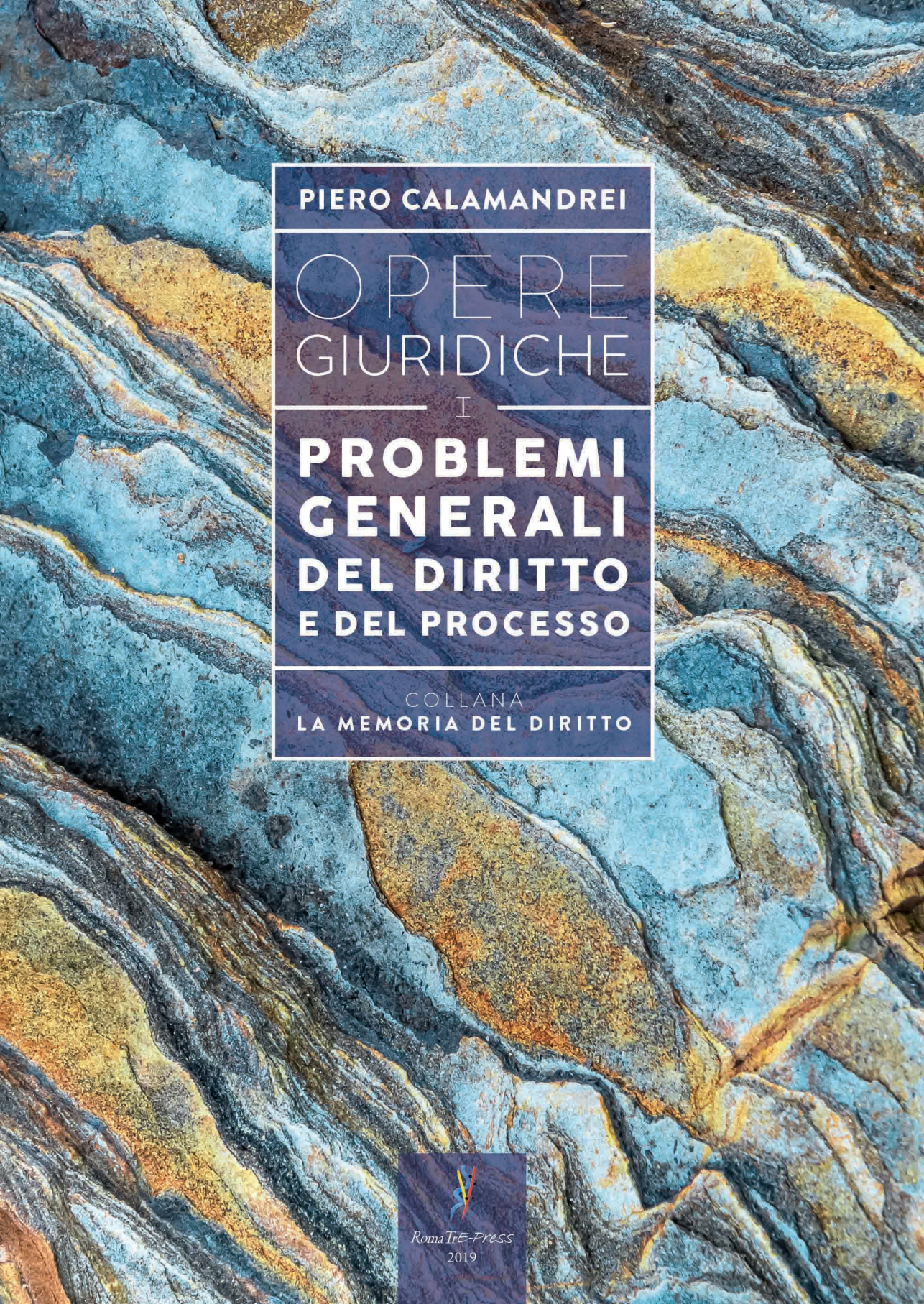


PIERO CALAMANDREI

OPERE GIURIDICHE

I

PROBLEMI GENERALI DEL DIRITTO E DEL PROCESSO

COLLANA
LA MEMORIA DEL DIRITTO

Roma TrE-Press
2019

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

La memoria del diritto

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

1

Piero Calamandrei

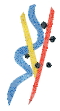
OPERE GIURIDICHE
Volume I

Problemi generali del diritto e del processo

con una Avvertenza di Mauro Cappelletti

Riedizione a cura di
Biblioteca e Archivio Storico Piero Calamandrei
Istituzione del Comune di Montepulciano

Fondazione "Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei" – Roma



RomaTrE-Press
2019

Comitato scientifico della Collana:
Paolo Alvazzi Del Frate, Paolo Benvenuti, Bruno Bises, Mario Bussoletti, Giovanni Cabras, Giandonato Caggiano, Enzo Cardi, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Renato Clarizia, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Giorgio Costantino, Antonietta Di Blase, Carlo Fantappiè, Lorenzo Fascione, Ernesto Felli, Sabino Fortunato, Aurelio Gentili, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Vincenzo Mannino, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Claudia Morviducci, Giulio Napolitano, Giampiero Proia, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Giovanni Serges, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: MOSQUITO. mosquitoroma.it

Impaginazione: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma TrE-Press
Roma, settembre 2019
ISBN: 978-88-32136-41-8

http://romatrepress.uniroma3.it

Le eredi di Piero Calamandrei, titolari dei diritti sulle sue opere, hanno autorizzato la Roma TrE-Press a diffondere in *open access* questo volume i cui contenuti sono assoggettati alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International Licence* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale. Il volume, oltre che sulla piattaforma della Roma TrE-Press è disponibile su quella di Google Books.



Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
La memoria del diritto

Con la Collana "*La memoria del diritto*" il Dipartimento di Giurisprudenza di Roma Tre intende offrire alle comunità dei giuristi, italiani e stranieri, la possibilità di accedere, a distanza e in formato digitale, a classici ormai introvabili e spesso conservati ormai nei "fondi" delle Biblioteche.

Il diritto è una disciplina intrinsecamente storica, costruita su materiali normativi e concettuali che si sono formati e stratificati con il passare dei secoli. La conoscenza delle opere dei grandi Maestri risponde ad esigenze al tempo stesso metodologiche e culturali. "Memoria" è un vocabolo che esprime una tensione creatrice fondata sullo studio e la rivisitazione del passato.

Questa Collana si aggiunge all'altra Collana di Dipartimento "*L'unità del diritto*" esprimendo la complessità, ma anche la unitarietà diacronica e sincronica, del fenomeno giuridico.

La opzione per pubblicazioni in *open access* risponde pienamente al progetto di Dipartimento di Eccellenza: l'Università in quanto istituzione di formazione e di ricerca finanziata da risorse pubbliche ha un obbligo – ma anche un precipuo interesse – a diffondere con un raggio quanto più ampio i risultati delle proprie attività, creando esternalità positive e offrendo la possibilità anche a chi non è direttamente impegnato nella ricerca universitaria a sviluppare proprie piste di indagine e arricchendo i propri orizzonti culturali.

La scelta di inaugurare la Collana con i dieci volumi delle "Opere Giuridiche" di Piero Calamandrei vuole essere emblematica, creando un ponte intellettuale che copre oltre un secolo e che si proietta, grazie alla acutezza del grande Giurista e uomo politico, nella contemporaneità.

Prof. Giovanni Serges
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Università Roma Tre

Presentazione della riedizione

La Biblioteca e Archivio Storico Piero Calamandrei, istituzione del Comune di Montepulciano e la Fondazione "Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei" di Roma sono liete di rendere accessibili agli studiosi del diritto così come ad un più ampio pubblico le "Opere Giuridiche" di Piero Calamandrei, attualmente purtroppo reperibili solo nelle biblioteche.

L'opera multiforme di Piero Calamandrei (1889-1956) spazia dal diritto alla letteratura, alla poesia, alla pittura, alla fotografia e non cessa di offrire spunti attualissimi di acuta riflessione sulle istituzioni, i principi che le devono reggere, i rischi e le sfide della democrazia.

Queste "Opere Giuridiche" possono dunque essere lette in congiunzione, non solo ideale, con quelle pubblicate o ripubblicate in questi anni grazie alla cura di eminenti giuristi e studiosi ed ai tanti ritrovamenti archivistici di inediti significativi. Oltre ai classici *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, l'*Inventario della casa di campagna* e *Uomini e città della resistenza* citiamo l'edizione integrale dei *Diari (1939-1945),* gli inediti *Fede nel diritto, Non c'è libertà senza legalità , Il fascismo come regime della menzogna* e le raccolte *L'avvenire dei diritti di libertà, Patologia della corruzione parlamentare, Per la scuola, La burla di primavera .*

Nel licenziare l'opera per la sua diffusione planetaria in *open access* un particolare ringraziamento va a Google Books e alla sua squadra, che ha curato una scansione digitale di qualità, a Matilda Cappelletti, figlia di Mauro Cappelletti allievo prediletto di Calamandrei e curatore, fra gli anni '70 e '80, della edizione delle "Opere Giuridiche", al Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre che ha voluto dare vita, per l'occasio-

ne, alla Collana "*La memoria del diritto*", un titolo che pensiamo sarebbe piaciuto al grande Maestro. Ed infine alla Roma TrE-Press che continua nella sua meritoria opera di rendere accessibile a tutti, senza oneri, i risultati delle ricerche universitarie.

Silvia Calamandrei
Presidente della Biblioteca
e Archivio Storico
Istituzione del Comune di Montepulciano

Vincenzo Zeno-Zencovich
Presidente della Fondazione
"Centro di iniziativa giuridica
Piero Calamandrei" - Roma

ATTUALITA' DI PIERO CALAMANDREI, PROCESSUALISTA

1.- Ristampare oggi le *Opere giuridiche* di Piero Calamandrei non è soltanto un modo efficace per offrire agli studiosi del processo civile un facile accesso a preziosi volumi ormai fuori commercio; significa anche e soprattutto riconoscere il profondo legame fra le origini della dottrina processualcivilistica e il futuro del processo civile, che attraversa il passato meno recente per giungere fino all'attuale presente, secondo una continuità e un destino che sono in realtà fuori dal tempo, ciò che avviene solo ed esclusivamente per i "classici".

Questa consapevolezza era già viva nei giuristi del passato che, con amorevole cura e lungimirante dedizione, ebbero l'idea di raccogliere – sotto la guida di Mauro Cappelletti – tutti gli studi giuridici di Piero Calamandrei: le monografie sulla *Cassazione civile* e sulla *Chiamata in garanzia*, le *Istituzioni del processo civile* e gli scritti che si fa fatica a qualificare come «minori», costituendo delle vere e proprie pietre miliari in tema di teoria generale del processo, di prova civile, di vizi della sentenza e mezzi di impugnazione, di tutela cautelare e di giustizia costituzionale.

A quella lodevole iniziativa parteciparono, con brillanti saggi introduttivi, studiosi del calibro di Virgilio Andrioli, Enrico Tullio Liebman, Tito Carnacini, Vittorio Denti, Giovanni Pugliese, Costantino Mortati, riuniti dall'idea di appartenere ad una comunità accademica coesa e consapevoli di essere di fronte a studi di intramontabile valore, i quali vennero presentati con il rispetto e con l'ammirazione che merita un autentico fondatore della disciplina.

Chiunque rilegga oggi uno qualsiasi dei saggi di Piero Calamandrei ne può constatare la profondità del pensiero, la ricchezza degli spunti, l'originalità dei risultati, l'eleganza della prosa, la viva e perdurante attualità.

La vastità del pensiero dell'insigne giurista fiorentino – che è stato ad un tempo Professore di diritto processuale civile, Rettore dell'Università degli Studi di Firenze, Presidente del Consiglio Nazionale forense e Deputato dell'Assemblea Costituente – non si presta ad una minuta e noiosa rassegna, proprio per la straordinarietà della sua vita scientifica e umana. Ci limitiamo , quindi, a segnalare alcune delle idee più significative del suo insegnamento, che possono ormai considerarsi patrimonio comune dell'odierna dottrina processualcivilistica, anche in considerazione dei successivi sviluppi: la natura della Cassazione civile, la visione del processo come gioco, la funzione della tutela cautelare, i concetti di verità e di verosimiglianza nel processo.

2.- La Cassazione, quale organo supremo di giustizia e regolatore dei rapporti tra le diverse giurisdizioni, costituisce il risultato più significativo ed importante dell'opera scientifica di Piero Calamandrei, sebbene, all'epoca, questa avesse suscitato le perplessità ricordate da Virgilio Andrioli.
Nel 1933, nel decennale della Cassazione unica, Piero Calamandrei scriveva che «la porta, per la quale la scienza del diritto entra più liberamente nelle aule di giustizia, è quella della Cassazione unificata».
Nella seduta pomeridiana del 27 novembre 1947 dell'Assemblea Costituente, quando si discuteva dell'art. 102, corrispondente all'attuale settimo comma dell'art. 111 Cost., Piero Calamandrei arrivò in ritardo. Nella prima parte del dibattito, Giovanni Leone difese la proposta della Commissione contro gli emendamenti diretti a reistituire le Cassazioni regionali, sostenuti anche da Palmiro Togliatti e da Vittorio Emanuele Orlando.
Nel rinnovato quadro normativo, ma quando si riteneva ancora che parte delle disposizioni della Carta fondamentale della Repubblica fossero meramente «programmatiche», la Cassazione riconobbe che l'art. 111, comma 2 (oggi 7), avesse immediata portata precettiva (Cass., sez. un., 30 luglio 1953, n. 2593, in *Foro it.*, 1953, I, 1248).
L'assemblea del 23 aprile 1999 aveva segnalato i rischi paventati per l'attività della Corte.
La crescita esponenziale dei ricorsi, dipendente in buona parte anche dalla riforma del contenzioso tributario e, da ultimo, dalle controversie in materia di immigrazione, ha creato, per la Corte, una situazione di emergenza.
Quest'ultima, a sua volta, ha suscitato una frenesia legislativa che, pur diretta

a porre rimedio, ha fatto del procedimento di legittimità un gioco dell'oca (*Foro it.*, 2018, V, 213), privo di oggettiva base razionale e mortificante anche per i magistrati.
La cattedrale della giustizia è un edificio alla manutenzione del quale contribuiscono gli studiosi e gli operatori.
La porta, che Piero Calamandrei ha contribuito ad aprire e che salutava con soddisfazione nel decennale della Cassazione unica, è mantenuta aperta dal dialogo sui contrasti di giurisprudenza e sulle questioni processuali controverse.
Il controllo di legalità che la Costituzione ha affidato alla Corte, anche grazie al contributo di Piero Calamandrei, presuppone che, come prevede la legge, le decisioni siano il frutto di un'opera collegiale e del confronto aperto anche all'esterno.
Non mancano, anche a causa della enorme mole di lavoro, note autonome, che si distaccano dall'armonia dell'orchestra.
Proprio in riferimento al contributo giovanile di Piero Calamandrei, che aveva segnato i confini dell'istituto, si è affermato che «la distinzione tra garanzia propria e impropria è destituita di fondamento e che tutte le fattispecie ricondotte all'una e all'altra categoria devono andare soggette alla medesima disciplina processuale» (così Cass., sez. un., 4 dicembre 2015, n. 24707).
Grazie alla porta aperta da Piero Calamandrei, anche in relazione a questa decisione, che ha disatteso una tradizione consolidata e l'espressa previsione normativa di cui all'art. 106 c.p.c., che appunto distingue la comunanza di causa e la chiamata in garanzia, le reazioni degli studiosi hanno proseguito il dialogo, che può trovare nuova linfa nella ripubblicazione anche della monografia del 1913.

3.- Un indubbio pregio delle opere di Calamandrei, che ne costituisce uno dei tratti di maggiore fascino, consiste nel felicissimo connubio fra l'alto valore delle sue riflessioni scientifiche e la considerazione dell'esperienza processuale, il suo vivo e concreto pulsare nel cuore degli uomini.
L'esempio forse più apprezzabile di questo legame fra teoria e pratica del processo si trova nel celeberrimo e suadente saggio sul *Processo come giuoco* pubblicato sulla *Rivista di diritto processuale* del 1950, nel quale si osservava che «se il giurista 'puro' può prendersi il lusso di trattar le leggi come congegni di precisione», solo a questo non può limitarsi l'avvocato, «il quale

deve ad ogni istante ricordarsi che ogni uomo è una persona, cioè un mondo morale unico ed originale, che dinnanzi alle leggi si comporta secondo i suoi gusti e i suoi interessi, in maniera imprevedibile e spesso sorprendente».
E questa unicità ciascuna parte la dimostra appunto nel *gioco del processo*, che fra i suoi scopi istituzionali contempla ovviamente quello di amministrare la giustizia, ma che al tempo stesso è il luogo dello scontro dialettico fra intelligenze, per il quale è assai calzante il proverbio popolare secondo cui per vincere una causa occorrono diversi ingredienti: l'*avere ragione*, il *saperla esporre*, il *trovare chi la intenda* e *che la voglia dare*, e alla fine *il debitore che possa pagare*.
L'esito del combattimento giudiziario dipende insomma non solo dalle ragioni, ma anche dall'abilità nel giocare la partita, dalla somma dei comportamenti dei litiganti, dalle loro astuzie, dall'efficacia delle loro mosse a sorpresa. Eppure, anche questa visione agonistica del processo non può dirsi completa, perché – come riconosce espressamente lo stesso Calamandrei – la libertà della tattica processuale è limitata dall'obbligo delle parti e dei loro difensori di comportarsi in giudizio con lealtà e probità.
Controversa è tuttavia l'interpretazione di questa clausola generale e quindi eternamente si discute, oggi come allora, dell'abuso del processo, dei contorni della responsabilità per mala fede processuale, del significato del dolo revocatorio, del valore degli argomenti di prova ricavabili dal contegno processuale dei litiganti, del problema dell'obbligo delle parti di dire il vero nel processo. Ed è questo uno degli aspetti più vitali, ancora oggi attualissimo, dell'insegnamento di Piero Calamandrei.

4.- «Credo che – osserva Vittorio Denti nella Presentazione del IX volume – da molti degli scritti minori, più che dalle grandi opere sistematiche, dovrà prendere le mosse chi vorrà ricostruire la figura e l'opera di Piero Calamandrei». È vero anche, d'altro canto, che fra gli scritti minori di Calamandrei alcuni assumono una particolare importanza sia per la grande influenza che hanno avuto sulla riflessione successiva intorno agli argomenti da essi trattati, sia per la straordinaria finezza ed attualità dei loro contenuti. È il caso – per limitarsi ad alcuni esempi fra i molti che si potrebbero fare – dell'*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* del 1936 e dell'ultimo suo saggio in materia di diritto processuale civile *Verità e verosimiglianza nel processo civile* del 1955.

Quando Calamandrei pubblica l'*Introduzione*, dedicandolo a Giuseppe Chiovenda, ha appena compiuto 47 anni ed è al culmine della sua attività scientifica. Nell'avvertenza il Maestro fiorentino sottolinea come non si tratti di una monografia dedicata al tema della tutela cautelare, quanto piuttosto della parte introduttiva di «un corso sui provvedimenti cautelari», rivolto agli studenti del «secondo biennio» della Facoltà giuridica fiorentina. Pur avendo finalità prevalentemente didattiche lo studio si segnala fin da subito per il modo nuovo con il quale affronta il tema della tutela cautelare e per la piena consapevolezza della stretta correlazione che sussiste fra questa particolare forma di tutela e l'effettività della stessa funzione giurisdizionale. Ed è questa la ragione per la quale esso non solo continua ad essere considerato un classico sul tema, ma a conservare piena attualità.

Anzitutto, Calamandrei anticipa ciò che ormai costituisce un dato imprescindibile nella riflessione processualcivilistica, e cioè che solo «in un ordinamento processuale puramente ideale, in cui il provvedimento definitivo (del giudice) potesse essere *istantaneo*, in modo che, nello stesso momento in cui l'avente diritto presentasse la domanda, subito potesse essergli resa giustizia in modo pieno e adeguato al caso, non vi sarebbe più posto per i provvedimenti cautelari».

La tutela cautelare, dunque, trae la sua ragion d'essere dall'esigenza di assicurare gli effetti dei provvedimenti, alla produzione dei quali è diretta la funzione giurisdizionale di cognizione e di esecuzione, ovviando ai pericoli che minacciano la fruttuosità della tutela giurisdizionale di un diritto nel tempo necessario per conseguirla.

E Calamandrei ha ben chiaro che la stretta relazione che inevitabilmente lega la tutela cautelare all'esigenza di assicurare gli effetti della primaria funzione giurisdizionale di cognizione e di esecuzione impone di guardare ad essa come ad una diretta manifestazione della garanzia del diritto di azione e alla sua piena effettività.

Siccome per la sua stessa natura il processo non può plausibilmente prescindere dall'impiegare un certo lasso di tempo, più o meno lungo, prima di pervenire alla decisione finale, si comprende agevolmente la necessità che la disciplina che l'accompagni si presenti come una sorta di «corsa contro il tempo»: impedisca, cioè, che si protragga più del dovuto (sia improntato

ad una «ragionevole durata») e, contestualmente, offra alla parte che ha bisogno della tutela giurisdizionale gli strumenti idonei ad evitare che le conseguenze del fisiologico protrarsi del processo ricadano sulla situazione giuridica tutelanda.
A maggior ragione queste considerazioni valgono se si considera che, proprio nell'ottica del superamento dell'autotutela privata e della funzione pubblicistica del processo civile, la sua finalità non venga limitata alla soluzione della lite ed alla tradizionale tutela del diritto soggettivo sostanziale, di cui la parte si afferma titolare, ma ricomprenda anche il ristabilimento della pacificazione sociale o comunque la riaffermazione del diritto obiettivo o della chiovendiana volontà di legge nel caso concreto.
Il lasso di tempo che necessariamente deve intercorrere fra l'instaurazione del giudizio con la manifestazione del «bisogno di tutela giurisdizionale» e la pronuncia di una sentenza dotata di efficacia esecutiva, espone la tutelanda situazione al pericolo di subire un ulteriore pregiudizio, che può consistere o nel verificarsi di fatti tali da porre in pericolo le possibilità di concreta attuazione della sentenza, o comunque nel permanere della violazione e quindi dello stato di insoddisfazione del titolare della situazione sostanziale violata. «I provvedimenti cautelari – chiarisce Calamandrei in maniera mirabilmente efficace – rappresentano una conciliazione tra le due esigenze spesso contrastanti della giustizia, quella della *celerità* e quella della *ponderatezza*: tra il far presto e male, e il far bene ma tardi; i provvedimenti cautelari mirano innanzitutto a far presto, lasciando che il problema del bene e del male, cioè della giustizia intrinseca del provvedimento, sia risolto successivamente colla necessaria ponderatezza nelle riposate forme del processo ordinario … [e] preventivamente assicurano i mezzi atti a far sì che il provvedimento definitivo possa avere, quando sarà emanato, la stessa efficacia e lo stesso rendimento pratico che avrebbe se fosse emanato immediatamente». Ma il processo di affermazione di questa stretta correlazione fra tutela cautelare ed effettività della tutela giurisdizionale richiedeva che la stessa tutela cautelare venisse ricostruita come tipica funzione giurisdizionale autonoma. Ed è in questa direzione che l'insegnamento di Calamandrei è stato determinante.

5.- Non meno significativo l'apporto che Calamandrei offre al progresso

della riflessione intorno alla formazione del convincimento del giudice con il suo famosissimo saggio su *Verità e verosimiglianza*.
In esso, Egli riprende – dopo oltre mezzo secolo – l'insegnamento di Adolf Wach secondo cui nel processo ogni giudizio di verità diventa un giudizio di probabilità («*aller Beweis ist richtig verstanden nur Wahrscheinlichkeitsbeweis*»), per giustificare la conclusione che «anche per il giudice più scrupoloso e attento vale il fatale limite di relatività che è propria della natura umana». Quando si dice che un fatto processuale è vero – osserva il Maestro fiorentino – «si vuol dire in sostanza che esso ha raggiunto, nella coscienza di chi lo giudica tale, quel grado massimo di verosimiglianza che, in relazione ai limitati mezzi di conoscenza di cui il giudicante dispone, basta a dargli la certezza soggettiva che quel fatto è avvenuto»; nient'altro, dunque, che «un surrogato di verità», commisurato all'esperienza, alla cultura e alla capacità del giudicante.
In tale ottica, il giudizio fondato sulla probabilità è funzionale a misurare la capacità di una determinata allegazione di rappresentare un'effettiva realtà fattuale, secondo «l'ordine normale delle cose», ovvero nel rispetto di tutti quei limiti che inevitabilmente il giudice incontra e che gli derivano dal principio fondamentale del processo moderno per cui il giudice deve assumere una posizione di passiva attesa, dalla quale può uscire solo per affacciarsi a quella «porzione di realtà» che le parti gli sottopongono. Ciò che, in definitiva, va letto come la riaffermazione, anche sul versante dell'accertamento probatorio, della concezione garantista del processo propria del «liberalismo processuale».

* * *

La ristampa delle *Opere giuridiche* conferma che gli studiosi del processo civile, come diceva Bernardo di Chartres, siedono sulle spalle dei giganti («*nos esse quasi nanos gigantum humeris insidientes*») e su di essi grava la responsabilità e di non disperdere i frutti dell'opera intrapresa e degli insegnamenti ricevuti.

Roma, aprile 2019

Antonio Carratta *Giorgio Costantino* *Giuseppe Ruffini*



OPERE GIURIDICHE
di
PIERO CALAMANDREI
a cura di Mauro Cappelletti

Contenuti dei 10 Volumi

Volume I: *Problemi generali del diritto e del processo*.

Volume II: *Magistratura, Avvocatura, studio e insegnamento del diritto,* con *Presentazione* di Mauro Cappelletti.

Volume III: *Diritto e processo costituzionale,* con *Presentazione* di Costantino Mortati.

Volume IV: *Istituzioni di diritto processuale civile.* In Appendice: *Delle buone relazioni fra i giudici e gli avvocati nel nuovo processo civile (due dialoghi),* con *Presentazione* di Enrico Tullio Liebman.

Volume V: *La chiamata in garantia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove,* con *Presentazione* di Tito Carnacini.

Volume VI: *La Cassazione civile*, Primo volume, con *Presentazione* di Virgilio Andrioli.

Volume VII: *La Cassazione civile*, Secondo volume, con *Presentazione* di Mauro Cappelletti.

Volume VIII: *Altri studi sulla Cassazione civile, sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni*, con *Presentazione* di Giovanni Pugliese.

Volume IX: *Esecuzione forzata e procedimenti speciali. Diritto comparato e ordinamenti storici e stranieri,* con *Presentazione* di Vittorio Denti.

Volume X: *Problemi vari e ricordi di giuristi. Arringhe e discorsi di politica legislativa*. In Appendice: *Bibliografia degli scritti giuridici, politici e letterari di Piero Calamandrei (1906-1958) a cura di A. Mondolfo e M. Cappelletti, con integrazioni e, fino al 1985, con aggiornamenti di C. Cordié*, con *Presentazione* di Paolo Barile.

INDICE

DEL PRIMO VOLUME

Nota Biografica » 6
Avvertenza di Mauro Cappelletti » 7

SEZIONE I

PROBLEMI GENERALI
DEL DIRITTO E DEL PROCESSO

I. LA GENESI LOGICA DELLA SENTENZA CIVILE » 11

§ 1. — *Introduzione.* — 1. Proposizione del tema. — 2. La sentenza è un giudizio logico: in che differisce dagli altri giudizî. — 3. Direttiva di queste indagini.

§ 2. — *Esame preliminare della rilevanza del fatto.* — 4. Il problema che la parte pone al giudice: ufficio del giudice di fronte ad esso. — 5. Delibazione della rilevanza dei fatti.

§ 3. — *Accertamento dei singoli fatti rilevanti.* — 6. Il giudice e la prova. — 7. Interpretazione e valutazione della prova. — 8. Prova indiziaria. — 9. Giudizî di fatto resultanti dalla prova: attività di decisione in questa fase.

§ 4. — *Costruzione e qualifica giuridica della fattispecie concreta.* — 10. Come il giudice deve dai fatti singoli estrarre il rapporto giuridico. — 11. Fattispecie concreta; estremi della fattispecie. — 12. Definizioni legali: la «diagnosi giuridica».

§ 5. — *Applicazione del diritto al fatto.* — 13. Ogni norma contiene un condizionante (fattispecie legale) ed un condizionato (conseguenza giuridica). — 14. Applicazione del diritto al fatto o sussunzione del fatto sotto la norma. — 15. Necessità che in questa operazione il giudice tenga presente l'effetto giuridico preteso dalla parte. — 16. Grado di determinazione della fattispecie legale. — 17. Casi in cui essa è indeterminata. — 18. In che senso si può parlare di discrezionalità tecnica.

§ 6. — *Interpretazione dei negozî giuridici.* — 19. Posizione della questione. — 20. Riassunto delle due teorie opposte. — 21. Critica.

§ 7. — *Determinazione dell'effetto giuridico.* — 22. Conclusione

del sillogismo giudiziale. — 23. Casi di indeterminatezza dell'effetto giuridico. — 24. Casi di vera discrezionalità.

§ 8. — *Conclusione.* — 25. Riassunto delle diverse fasi della genesi logica. — 26. Elementi dell'attività logica del giudice: giudizî astratti e giudizî concreti. — 27. La premessa minore del sillogismo finale non è sempre un giudizio di fatto. — 28. Conclusione.

II. « QUESTIONI FONDAMENTALI E RIFORMA DEL PROCESSO CIVILE » DI ADOLF WACH » 55

III. LIMITI FRA GIURISDIZIONE E AMMINISTRAZIONE NELLA SENTENZA CIVILE » 65

Sommario. — 1. I caratteri essenziali della giurisdizione civile: *a) attività secondaria; b) attività dichiarativa;* dalla combinazione di questi due caratteri risulta la definizione. — 2. La ricerca dei destinatarî delle norme giuridiche; sua utilità per determinare il concetto di giurisdizione. — 3. Il giudice non è mai destinatario delle concrete volontà nascenti dalle norme di d. privato. — 4. Il giudice può esser destinatario delle concrete volontà nascenti dalle norme di d. processuale. — 5. Come i due caratteri essenziali della giurisdizione siano una conseguenza del principio posto al n. 3. — 6. Perchè si abbia giurisdizione occorre che il giudice non sia destinatario delle concrete volontà di legge su cui decide. — 7. Riprova di questo principio: *A*) Decisioni relative al rapporto processuale: *a*) su volontà di legge concernenti le parti; *b*) su volontà di legge concernenti il giudice. — 8. *B*) Decisioni relative al rapporto sostanziale. Casi in cui per eccezione il giudice è destinatario delle norme di d. sostanziale: quand'egli agisce in base a queste norme, non esercita giurisdizione. — 9. *a*) Esempio tratto dalle cosiddette sentenze costitutive. — 10. *b*) Esempio tratto dai casi in cui il giudice esercita un potere discrezionale: in che senso si parla di un potere discrezionale del giudice. — 11. Analisi di una sentenza cosiddetta determinativa. — 12. Continua: dimostrazione che in essa si ha l'esercizio di un potere non giurisdizionale. — 13. Conclusione: tutte le volte che il giudice esegue volontà di legge di cui egli è l'immediato destinatario, esercita funzione amministrativa (giurisd. volontaria), non giurisdizionale. — 14. Conciliabilità di questo principio colla teoria che definisce la giurisdizione come un'applicazione di sanzioni.

IV. *ZIVILPROZESSREFORMEN IN ITALIEN* » 94

V. *ZIVILPROZESSREFORM IN ITALIEN* » 100

VI. LA SENTENZA SOGGETTIVAMENTE COMPLESSA » 106

Sommario. — 1. Occasione e limiti dell'indagine. — 2. Elemento logico ed elemento volitivo nella sentenza: come si configuri il concetto di sentenza complessa in relazione a questi due elementi. — 3, 4. Il frazionamento del lavoro mentale del giudice in più fasi: frazionamento in senso verticale: non dà luogo a sentenza complessa, ma a pluralità di sentenze. — 5. Frazionamento in senso orizzontale: può dar luogo a sentenza complessa ineguale. — 6. Complessità della sentenza in senso soggettivo e in senso oggettivo: rinvio. — 7. Concetto di tribunale complesso e sue differenze dal tribunale collegiale: la sentenza collegiale non è una sentenza soggettivamente complessa. — 8. Esempî di tribunali complessi: la Corte d'Assise e la repartizione di attività tra i due organi che la compongono. — 9. Analisi della sentenza della Corte d'Assise, come esempio tipico di sentenza soggettivamente complessa. — 10. La sentenza complessa nei giudizî d'impugnativa. — 11. La disposizione dell'art. 547 Cod. proc. civ.: repartizione di attività tra Sezioni unite e giudice di rinvio. — 12. Analisi della sentenza complessa resultante da questa cooperazione: richiami storici (*jus e judicium*). — 13. Correzione e interpretazione della sentenza: il ricorso in cassazione per correzione dei motivi erronei. — 14. Il fenomeno della cooperazione di privati alla formazione della sentenza in generale. — 15. Casi di cooperazione obbligatoria: si nega che diano luogo a sentenza soggettivamente complessa. — 16. In particolare il caso del lodo arbitrale in relazione al decreto di esecutorietà: si nega che dalla fusione di questi due atti nasca una sentenza complessa. — 17. Richiami storici (*Urtheiler* e *Richter; Aktenversendung; consilium sapientis*).

VII. LINEE FONDAMENTALI DEL PROCESSO CIVILE INQUISITORIO » 145

Sommario. — 1. Processo civile a tipo dispositivo e processo civile a tipo inquisitorio: posizione del tema. — 2. Il principio dispositivo nel processo in relazione alla disponibilità del rapporto sostanziale controverso. — 3. La disponibilità del rapporto controverso come preteso carattere differenziale tra processo civile e processo penale. — 4. Casi di processo civile su rapporti dei quali le parti non hanno la disponibilità: conseguente applicazione del principio inquisitorio. — 5. Osservazioni sulla natura di questi rapporti e sull'interesse pubblico

ad essi connesso. — 6. L'amministrazione pubblica del diritto privato: casi di sentenze costitutive *necessarie*. — 7. Critica della teoria del Carnelutti che nega carattere sostanzialmente giurisdizionale a queste sentenze. — 8. Nel processo civile inquisitorio, come nel processo penale, vi ha un'eccezione al principio della esecutorietà degli atti amministrativi. — 9. Analisi dei due interessi che si trovano in conflitto nel processo civile inquisitorio. — 10. Confutazione della teoria che considera questo processo come un processo « senza parti ». — 11. Rassegna delle caratteristiche del processo civile inquisitorio. — 12. Diversa importanza sociale dei due interessi che vi stanno in conflitto.

VIII. IL PROCESSO COME SITUAZIONE GIURIDICA » 177

IX. NOTE INTRODUTTIVE ALLO STUDIO DEL PROGETTO CARNELUTTI » 187

Sommario. — 1. Motivo delle presenti note. — 2. La preparazione della riforma nell'opera di G. Chiovenda . — 3. Costituzione della Sottocommissione e direttive del suo lavoro. — 4. Le due tendenze pro e contro l'oralità: il progetto Mortara. — 5. Riunioni preliminari della Sottocommissione. — 6. I lavori del Comitato interno. — 7. Il progetto Carnelutti e la personalità scientifica del suo autore. — 8. Il progetto riveduto dalla Sottocommissione. — 9. Conclusione.

X. IL CONCETTO Dl « LITE » NEL PENSIERO DI FRANCESCO CARNELUTTI » 200

I — Lite e giurisdizione » 200

Sommario. — 1. Principî fondamentali della teoria del C. sulla «lite » — 2. Pacificazione sociale e garanzia dell'osservanza della legge come scopo della giurisdizione. — 3. La definizione della giurisdizione di fronte alla cognizione ed alla esecuzione. — 4. La contenziosità come elemento della giurisdizione. — 5. Inconciliabilità di tale concezione col processo civile inquisitorio. — 6. Idem col processo penale. — 7. Lo scopo di accertamento nella fase di cognizione comune anche ai processi senza lite. — 8. La lite e l'interesse ad agire.

II. — Lite e processo » 217

Sommario. — 9. L'importanza sistematica della lite nel Prog. Carnelutti. — 10. Lite e oggetto del processo. — 11. Criterî del C. per la identificazione delle liti. — 12. La lite e le questioni. — 13. La lite e il provvedimento del giudice. — 14. Inconvenienti pratici della teoria del Carnelutti.

XI. REGOLE CAVALLERESCHE E PROCESSO » 227

Sommario. — 1. Caso deciso dal Consiglio di Stato: sindacabilità in sede di legittimità della violazione di regole cavalleresche. — 2. Natura astrattamente giuridica delle regole cavalleresche. — 3. L'ordinamento giuridico cavalleresco. — 4. Suo carattere processuale. — 5. Rapporti tra ordinamento cavalleresco e ordinamento statuale. — 6. La violazione di regole cavalleresche come violazione di legge. — 7. Id. come eccesso di potere.

XII. IL PROCESSO CIVILE SOTTO L'INCUBO FISCALE » 243

Sommario. — 1. Il processo e le tasse sugli affari — 2. Il processo come occasione per scoprire le contravvenzioni fiscali. — 3. Accordi processuali a scopo di evasione tributaria: arbitrati di equità; contratti di prova; processi fraudolenti. — 4. Degenerazioni di certi mezzi di prova prodotte da ragioni fiscali. — 5. L'onere della prova e la esibizione in giudizio di documenti fiscali irregolari. — 6. Sospensione del giudizio a causa di irregolarità fiscale: conseguenze pratiche. — 7. Carattere processuale delle relative disposizioni. — 8. La regolarità fiscale come presupposto processuale. — 9. Conclusioni in *jure condendo*.

XIII. APPUNTI SULLA SENTENZA COME FATTO GIURIDICO » 270

Sommario. — 1. La sentenza come « fatto giuridico » in senso stretto: posizione del problema. — 2. La sentenza di condanna come produttiva di ipoteca giudiziale. — 3. Effetti fiscali della sentenza. — 4. La sentenza in relazione all'atto illecito. — 5. Effetti legislativi della sentenza. — 6. Effetti della sentenza in diversi ordinamenti giuridici — 7. Conclusione.

XIV. DIRITTO AGRARIO E PROCESSO CIVILE » 279

XV. SUL PROGETTO PRELIMINARE SOLMI » 295

Sommario. — I. Osservazioni Generali. — § 1. *Premesse*. — 1. Precedenti immediati della riforma. — 2. Limiti del presente parere. — § 2. *Osservazioni sul sistema e sullo stile del Progetto*. — 3. Premesse sistematiche e metodologiche del Progetto. — 4. Sullo stile del Progetto — § 3. *Osservazioni sulle premesse politiche del Progetto*. — 5. La riforma processuale come restaurazione del principio di autorità nel processo. — 6. Principio d'autorità e potere discrezionale del giudice. — 7. Principio d'autorità e celerità del processo. — 8. Principio d'autorità e principio dispositivo. — II. Osservazioni sul Libro Primo (Processo di cognizione). — § 1. *Ordinamento giudiziario e*

competenza. — 9. Rilievi sulla competenza. — 10. Sul giudice unico. — § 2. *Sul procedimento di prima istanza*. — 11. Schema del procedimento. — 12. Le udienze. — 13. Sentenze e ordinanze. — 14. Regolamento di competenza. — 15. Caratteri del procedimento: *a)* Semplicità. — 16. *b)* Concentrazione. — 17. *c)* Impulso processuale. — 18. Sanzioni contro l'inerzia delle parti. Contumacia. — 19. *d)* Identità fisica del giudicante - Immediatezza - Oralità e scrittura. — 20. Preclusione delle difese. — 21. Poteri istruttorî del giudice. — 22. Sul dovere di probità e di comparizione personale delle parti. — 23. Altre osservazioni sul sistema probatorio: processi a tipo dispositivo e processi a tipo inquisitorio. — 24. Valutazione equitativa di circostanze dubbie. — 25. Regime tributario del processo. — 26. Sanzioni pecuniarie. — 27. La posizione degli avvocati di fronte ai giudici. — § 3. *Sui mezzi d'impugnazione*. — 28. Sui mezzi d'impugnazione in generale. — 29. Sull'appello (art. 332- 363). — 30. Sulla remissione in termini del contumace. — 31. Sul ricorso per cassazione (art. 364-396). — 32. Sulla revocazione (art. 397-406). — 38. Sull'opposizione di terzo (art. 407-411). — III. Osservazioni sui libri secondo e terzo. (Processo esecutivo e cautelare). — § 1. *Cenni sul processo esecutivo*. — 34. Diritto del creditore e interesse della produzione. — 35. Sul titolo esecutivo. — 36. Sui varî procedimenti esecutivi: in particolare dell'amministrazione giudiziale e della espropriazione di aziende. — 37. Cenni sulla disciplina delle opposizioni. — § 2. *Cenni sui procedimenti cautelari.* — 38. Rilievi generali.

XVI. ABOLIZIONE DEL PROCESSO CIVILE » 386

XVII. PROCESSO CIVILE E DIRITTO AGRARIO » 391

XVIII. IL GIUDICE E LO STORICO » 393

Sommario. — 1. Somiglianze tra l'attività storiografica e l'attività giurisdizionale. — 2. Di un recente libro di G. Calogero e di alcune critiche ad esso rivolte. — 3. Inerzia istituzionale del giudice. — 4. *Iura novit curia.* — 5. Limitazioni poste dalla legge processuale all'indagine del giudice sui fatti della causa. — 6. Relatività dell'accertamento giudiziario dei fatti. — 7. Affinità fra le regole probatorie e la metodologia storica. — 8. L'applicazione del diritto al fatto: la giurisdizione come accertamento di « concrete volontà di legge » preesistenti. — 9. Critica: l'atto giurisdizionale come atto di volontà. — 10. Formulazione legislativa e formulazione giudiziaria del diritto: giustizia e politica. — 11. La sentenza come parere tecnico. — 12. Conseguenze pratiche che possono derivare dal considerar la sentenza soltanto come atto di volontà. — 13. Tendenze della dottrina e possibili pericoli.

XIX. IL PROCESSO INQUISITORIO E IL DIRITTO CIVILE » 415

XX. LA RELATIVITÀ DEL CONCETTO D'AZIONE » 427

Sommario. — 1. La polemica sugli « orientamenti pubblicistici » del processo, e sua giustificazione storica. — 2. Il problema dell'azione come uno degli aspetti della relazione tra l'individuo e lo Stato. — 3. La funzione pratica dell'azione nel diritto processuale positivo. — 4. Le teorie sull'azione: l'azione come proiezione del diritto soggettivo sostanziale. — 5. La teoria del *Rechtsschutzanspruch*. — 6. La teoria del diritto potestativo. — 7. L'azione come esercizio di pubblica funzione. — 8. L'affievolirsi del diritto soggettivo in alcuni aspetti processuali. — 9. Il ciclo storico dell'azione: da diritto privato a potere pubblico. — 10. Conclusione: la polemica sull'azione nella crisi dell'ordinamento giuridico.

XXI. ORALITÀ NEL PROCESSO » 450

Sommario. — 1. L'oralità nel processo e l'apostolato di G. Chiovenda. — 2. L'oralità nella storia del processo. — 3. Significato della oralità, come direttiva sistematica della riforma. — 4. Pregi e difetti dell'oralità.

XXII. IL NUOVO PROCESSO CIVILE E LA SCIENZA GIURIDICA » 456

XXIII. UN CASO TIPICO Dl MALAFEDE PROCESSUALE » 477

XXIV. SENTENZE SINTOMATICHE » 484

XXV. SUL SISTEMA E SUL METODO Dl FRANCESCO CARNELUTTI » 490

XXVI. LA CERTEZZA DEL DIRITTO E LE RESPONSABILITA' DELLA DOTTRINA » 504

XXVII. GLI STUDI Dl DIRITTO PROCESSUALE IN ITALIA NELL'ULTIMO TRENTENNIO » 523

XXVIII. IL PROCESSO COME GIUOCO » 537

Sommario. — 1. Aspetto psicologico del processo. — 2. Carattere agonistico del processo; il principio di dialetticità. — 3. Il dovere di lealtà nel processo: malafede processuale, uso indiretto e abuso del processo. — 4. Mezzi di coazione psicologica prima dell'inizio del processo. — 5. Espedienti per ritardare il corso del processo. — 6. Espedienti per accelerare il corso del processo. — 7. Il congegno

psicologico delle misure cautelari. — 8. La fase istruttoria. — 9. Meccanismo psicologico dell'onere. — 10. La valutazione soggettiva del contegno delle parti. — 11. I sottintesi del giuramento decisorio. — 12. Conclusione.

XXIX. PROCESSO E GIUSTIZIA » 563

XXX. LA CRISI DELLA GIUSTIZIA » 579

XXXI. LA FUNZIONE DELLA GIURISPRUDENZA NEL TEMPO PRESENTE » 598

XXXII. PROCESSO E DEMOCRAZIA » 618

Prefazione » 618

I. — Diritto processuale e costume giudiziario » 625

Sommario. — 1. Fondamento razionale delle norme di diritto processuale. — 2. Necessità che il processo porti in ogni caso a una decisione, anche quando la logica comune non basterebbe. — 3. La « razionalizzazione del potere » nel processo. — 4. Importanza del costume nella vita costituzionale. — 5. Importanza del costume nella pratica giudiziaria. — 6. Nozione generale di « procedimento » — 7. Processo e giustizia.

II. — Giustizia e politica: sentenza e sentimento » 637

Sommario. — 1. Il processo come dramma. — 2. Il giudice: carattere essenziale, la imparzialità. — 3. Varî metodi per garantire l'imparzialità. — 4. La giustizia del caso singolo. — 5. Giustizia e politica. — 6. Giustizia *secundum leges*. — 7. Il sillogismo giudiziale. — 8. Imprevedibilità della sentenza. — 9. Insufficienza, anche nel sistema della legalità, della concezione meramente logica della sentenza. — 10. La sentenza, creazione della coscienza del giudice.

III. — Indipendenza e senso di responsabilità del giudice » 650

Sommario. — 1. La indipendenza del giudice: indipendenza della magistratura dagli altri poteri, e indipendenza individuale del singolo giudice. — 2. Indipendenza del giudice da stimoli egoistici. — 3. Indipendenza da ogni subordinazione gerarchica. — 4. Ingerenza del ministro della Giustizia nella carriera dei magistrati, e suoi pericoli. — 5. Il sistema dell' « autogoverno » della Magistratura nella Costituzione italiana. — 6. I pericoli della « carriera ». — 7. La collegialità. — 8. Pubblicità o segretezza della deliberazione. — 9. Esempi di deliberazione pubblica della sentenza. — 10. Pregi e difetti dei vari sistemi.

IV. — La crisi della motivazione » 664

Sommario. — 1. La motivazione come giustificazione logica della sentenza. — 2. La motivazione come adito all'impugnazione. — 3. Il verdetto non motivato e non impugnabile dei giurati; riforma delle Corti di Assise in Italia. — 4. La motivazione come giustificazione successiva del dispositivo. — 5. II « senso giuridico ». — 6. Intuizione e logica della sentenza. — 7. La motivazione come controllo del « senso giuridico ». — 8. Critica marxista alla giustizia « borghese ». — 9. La crisi della motivazione. — 10. Motivazione elusiva della legge. — 11. Motivazione polemica. — 12. La crisi del diritto nei periodi di rapide trasformazioni politiche.

V. — La dialetticità del processo » 678

Sommario. — 1. Principio del contraddittorio. — 2. Dialetticità del processo. — 3. Processo dialettico e processo totalitario. — 4. Processo civile e liberalismo. — 5. Contraddittorio processuale ed opposizione parlamentare. — 6. Funzione degli avvocati nel processo dialettico. — 7. La fiducia tra avvocati e giudici, come fonte regolatrice delle forme processuali. — 8. Il fallimento dell'oralità nel processo civile italiano. — 9. Reciproca comprensione tra avvocati e giudici.

VI. — Il rispetto della personalità nel processo » 690

Sommario. — 1. Libertà giuridica e mezzi per renderla effettiva. — 2. Uguaglianza giuridica e uguaglianza economica delle parti nel processo. — 3. Diritto di difesa come diritto ad avere un difensore. — 4. Il problema della difesa del povero. — 5. Il patrocinio gratuito, e la fiducia tra il cliente e l'avvocato. — 6. Ragioni sociali della crisi dell'avvocatura. — 7. Difesa della personalità umana nel processo civile. — 8. Cenni sul processo penale. — 9. Conclusione.

NOTA BIOGRAFICA

PIERO CALAMANDREI nacque a Firenze il 21 aprile 1889.

Laureatosi in giurisprudenza presso l'Università di Pisa nel 1912, ha poi compiuto studî di perfezionamento a Roma sotto la guida di Giuseppe Chiovenda. Fu titolare della Cattedra di diritto processuale civile presso le Università di Messina (1915-18), di Modena (1918-20), di Siena (1920-24) e di Firenze (1924-56). Nell'Università di Firenze insegnò, nell'ultimo dopoguerra, anche il diritto costituzionale.

Nel 1924 cooperò alla creazione della *Rivista di diritto processuale civile*, della quale fu prima redattore-capo e poi, dal 1927, condirettore insieme a Giuseppe Chiovenda ed a Francesco Carnelutti. Nel 1926 fondò, con Enrico Finzi, Silvio Lessona e Giulio Paoli, la rivista *Il Foro Toscano*. Diresse la collana, da lui fondata, degli *Studi di diritto processuale* (serie I, voll. 12, Padova, Cedam, 1932-38; serie II, voll. 5, Padova, Cedam, 1940-42). Diresse, insieme ad Alessandro Levi, il *Commentario sistematico alla Costituzione italiana* (2 voll., Firenze, Barbera, 1950).

Fondò nel 1945 e diresse fino al giorno della morte, la rivista politico-letteraria *Il Ponte*.

Dal 1945 al 1946 fece parte della Consulta Nazionale. Nel 1946 fu eletto deputato all'Assemblea Costituente, dove, anche in veste di membro della Commissione per la Costituzione (la cosiddetta « Commissione dei 75 ») e di relatore sul potere giudiziario e sulla Corte costituzionale, diede larga opera a costruire la struttura giuridica della Costituzione della Repubblica italiana. Nel 1948 fu eletto deputato al Parlamento per la prima legislatura repubblicana (1948-53).

Fu Rettore dell'Università di Firenze dal settembre 1944 all'ottobre 1947.

Dal 1946 fino alla morte fu Presidente del Consiglio Nazionale Forense.

Dal 1946 fu Accademico nazionale dei Lincei. Fu vicepresidente dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile; membro dell'Accademia Colombaria di Firenze e di altre Accademie italiane e straniere.

E' morto a Firenze il 27 settembre 1956.

AVVERTENZA

Su iniziativa di alcuni scolari di PIERO CALAMANDREI *e del coraggioso editore, ha inizio con questo volume la ripubblicazione di tutte le opere giuridiche del Maestro fiorentino, contemporaneamente alla ripubblicazione, per i tipi della Casa ed. « La Nuova Italia » di Firenze e a cura, rispettivamente, di Norberto Bobbio e di Franco Antonicelli, di ampie antologie delle opere politiche e letterarie.*

PIERO CALAMANDREI *è stato, per un quarantennio, una delle figure più eminenti del pensiero giuridico italiano. Egli si è inserito giovanissimo in quell'affascinante moto di rinnovamento degli studi processualistici, che in Italia fece capo a* GIUSEPPE CHIOVENDA *e che ha portato, dalla esegesi dei testi legislativi, allo studio storico-dogmatico degli istituti ed alla elaborazione sistematica di nuove leggi sulla base dei risultati critici di questi studî. Egli più che ogni altro ha sentito e messo in luce le radici profonde che i problemi del processo affondano nel diritto costituzionale e nella dottrina dello Stato, nonché nel mondo stesso dei valori supremi individuali e sociali. Egli, più che ogni altro fra i grandi rappresentanti della moderna scuola giuridica italiana, ha sentito ed evitato i difetti di questa pur grande scuola, che troppe volte ha « costruito » sull'astrazione imponendo a se stessa, nel vano miraggio di una assurda « purezza », l'impoverimento culturale morale scientifico di uno sdegnoso distacco dai problemi « sociologici » e « ideologici » della realtà, sulla quale pur necessariamente è fondato il fenomeno giuridico. Onde, com'Egli fu allievo di una scuola rinnovatrice, così deve considerarsi tra gli iniziatori e i maestri di quella che sembra destinata ad essere la nuova impostazione di una scuola ulteriormente rinnovantesi, nutrita di vaste esperienze culturali, attenta a più complessi fenomeni sociali, aperta a più ampî orizzonti comparativi.*

L'opera giuridica di PIERO CALAMANDREI *non è soltanto una imponente opera di pensiero. Essa è anche, sempre, opera finissima di letteratura, elegante, nitida, arguta; ed è opera nobilissima di profonda umanità. Vale per la sua pagina — come per quella di un altro elegante scrittore e giurista a* CALAMANDREI *per qualche aspetto molto vicino,* ENRICO REDENTI —, *il motto del poeta latino*: hominem pagina nostra sapit.

Le opere sono state sistemate in varie sezioni, per ragioni (in verità non sempre determinabili senza una certa dose di arbitrio) di contenuto. Nell'ambito di ciascuna sezione, le opere sono state di regola (e salvo rare e specialissime ragioni di deroga) collocate in ordine cronologico. All'inizio di tutte le opere — molte delle quali sono, com'è noto, da tempo esaurite nell'originaria pubblicazione: così il trattato sulla Cassazione civile, *le* Istituzioni di diritto processuale civile, *i primi quattro volumi degli* Studi sul processo civile *ecc. — è stata redatta una notizia bibliografica. Alla fine di tutte le opere sarà inserita una bibliografia completa, comprendente circa mille titoli di scritti giuridici, letterari e politici di* Piero Calamandrei. *Ai titoli numerati di questa bibliografia, che rappresenterà una edizione corretta (ma immutata nella numerazione) e aggiornata con le pubblicazioni postume, della bibliografia già pubblicata in volume a cura di A. Mondolfo e M. Cappelletti (Firenze, La Nuova Italia,* 1960), *già si riferiscono le notizie bibliografiche collocate all'inizio delle opere di questa raccolta.*

Nulla è stato cambiato nel testo e nelle note degli scritti che si ripubblicano, eccezion fatta per qualche evidente errore di stampa. Taluni scritti, pubblicati soltanto in lingua straniera, sono qui ripubblicati in tale lingua. Tutti gli scritti che da Calamandrei *furono ripubblicati nei sei volumi degli* Studi sul processo civile (*Padova, Cedam, voll. I e II*: 1930; *vol. III*: 1934; *vol. IV*: 1939; *vol. V*: 1947; *vol. VI*: 1957), *sono qui ristampati nella versione della ripubblicazione curata personalmente dall'Autore. Nella presente raccolta il lettore troverà, se non veri e propri inediti, per lo meno taluni scritti che, per il tempo o per il modo della loro pubblicazione, sono praticamente da considerarsi inediti: così ad esempio il vasto studio che si pubblica, con il titolo* Appunti sul concetto di legalità, *nella III sezione di questa raccolta.*

L'ordine delle sezioni (qualcuna delle quali occuperà un intero volume o più volumi) sarà il seguente:

I. Problemi generali del diritto e del processo;
II. Avvocatura, magistratura, studio e insegnamento del diritto;
III. Diritto e processo costituzionale;
IV. Istituzioni di diritto processuale civile;
V. La chiamata in garantia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove;
VI. La Cassazione civile e altri studi sui vizî della sentenza e sulle impugnazioni;
VII. Esecuzione forzata e procedimenti speciali;
VIII. Diritto comparato e ordinamenti storici e stranieri;
IX. Problemi varî e ricordi di giuristi.

M. C.

SEZIONE I

PROBLEMI GENERALI DEL DIRITTO E DEL PROCESSO (*)

(*) Questa sezione occupa l'intero 1° volume delle *Opere*.

Hanno collaborato alla raccolta dei materiali e alla correzione delle bozze di stampa: CLAUDIO MARCHETTI e FRANCO FATICHENTI, Assistenti nell'Università di Macerata, GUIDO CORSI, FRANCESCO ONIDA e ALBERTO GERMANÒ, Assistenti nell'Università di Firenze.

I

LA GENESI LOGICA DELLA SENTENZA CIVILE (*)

§ 1. — *Introduzione.* — 1. Proposizione del tema. — 2. La sentenza è un giudizio logico: in che differisce dagli altri giudizî. — 3. Direttiva di queste indagini.

§ 2. — *Esame preliminare della rilevanza del fatto.* — 4. Il problema che la parte pone al giudice: ufficio del giudice di fronte ad esso. — 5. Delibazione della rilevanza dei fatti.

§ 3. — *Accertamento dei singoli fatti rilevanti.* — 6. Il giudice e la prova. — 7. Interpretazione e valutazione della prova. — 8. Prova indiziaria. — 9. Giudizî di fatto resultanti dalla prova: attività di decisione in questa fase.

§ 4. — *Costruzione e qualifica giuridica della fattispecie concreta.* — 10. Come il giudice deve dai fatti singoli estrarre il rapporto giuridico. — 11. Fattispecie concreta; estremi della fattispecie. — 12. Definizioni legali: la « diagnosi giuridica ».

§ 5. — *Applicazione del diritto al fatto.* — 13. Ogni norma contiene un condizionante (fattispecie legale) ed un condizionato (conseguenza giuridica). — 14. Applicazione del diritto al fatto o sussunzione del fatto sotto la norma. — 15. Necessità che in questa operazione il giudice tenga presente l'effetto giuridico preteso dalla parte. — 16. Grado di determinazione della fattispecie legale. — 17. Casi in cui essa è indeterminata. — 18. In che senso si può parlare di discrezionalità tecnica.

§ 6. — *Interpretazione dei negozî giuridici.* — 19. Posizione della questione. — 20. Riassunto delle due teorie opposte. — 21. Critica.

§ 7. — *Determinazione dell'effetto giuridico.* — 22. Conclusione del sillogismo giudiziale. — 23. Casi di indeterminatezza dell'effetto giuridico. — 24. Casi di vera discrezionalità.

§ 8. — *Conclusione.* — 25. Riassunto delle diverse fasi della genesi logica. — 26. Elementi dell'attività logica del giudice: giudizî astratti e giudizî concreti. — 27. La premessa minore del sillogismo finale non è sempre un giudizio di fatto. — 28. Conclusione.

(*) [Pubblicato in *Rivista critica di scienze sociali* (Firenze), a. I, n. 5, 15 maggio 1914, pp. 209-260; ristampato in *Studi sul processo civile* di P. Calamandrei, I (Padova, Cedam 1930), pp. 1-51; tradotto in lingua spagnola da S. Sentís Melendo in P. Calamandrei, *Estudios sobre el Proceso Civil* (Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945)]. [*Bibliografia,* n. 34]. [*Gli Studi sul processo civile* di P. Calamandrei saranno indicati in seguito con l'abbreviazione *Studi*].

§ 1. — Introduzione.

1. — Come preparazione a uno Studio, di mole assai maggiore del presente, sulla teoria degli *errores in judicando* nella sentenza civile, mi son trovato nella necessità di rendermi conto, in modo sintetico ma chiaro, di quel procedimento mentale attraverso il quale il giudice perviene a pronunciare la sua sentenza; per poter così, dalla nozione di quello che è l'andamento normale e, per dir così, « fisiologico », della attività giurisdizionale, passare con dei principî fatti allo studio delle deviazioni « patologiche » di quella attività. Non dunque studiare ciò che la sentenza *è* — tema esaurientemente trattato anche nella letteratura giuridica italiana (1) —, ma piuttosto ho voluto indagare *come* la sentenza *si forma* nella mente del giudice: argomento sul quale la nostra letteratura non ha, a mia scienza, alcuna speciale trattazione (2). Deriva da questa premessa ch'io non pretendo di esporre qui idee interamente nuove; ma che, piuttosto, mi propongo di raccogliere e coordinare in un unico quadro tutto ciò che autori nostrani e stranieri hanno frammentariamente scritto sui diversi momenti attraverso i quali passa l'attività mentale del giudice, in quanto essa sia volta a *decidere*, non in quanto sia volta a *dirigere* il processo (3). Se questa mia ricerca ha un fine immediatamente teorico — poichè vuol cogliere il modo caratteristico col quale sorge dal pensiero del giudice la sentenza, all'infuori di ogni considerazione formale di diritto positivo — essa può per altro avere anche una grande importanza pratica, non solo perchè in generale ogni indagine sulla sentenza, cuore dell'organismo processuale, è insieme una indagine di tutto quanto il processo e coinvolge quindi necessariamente una quantità di questioni positive, ma perchè anche nella nostra legislazione il supremo tra gli organi giurisdizionali, la Corte di Cassazione, trae la ragione della sua esistenza dalla distinzione tra questione di diritto e questione di fatto, della quale non si può avere un'idea chiara se non scomponendo nei suoi elementi caratteristici la funzione che compie, nel pronunciar la sentenza, il pensiero del giudice di merito (4).

---

(1) Rocco Alfredo, *La sentenza civile* (Torino 1906).

(2) Mentre la dottrina ha avuto di mira nelle sue ricerche l'elemento imperativo della sentenza, ha trascurato lo studio dell'elemento logico, come rilevano Menestrina, *La pregiudiziale nel processo civile* (Vienna 1904), pag. 27 e Rocco, op. cit., pag. 32.

(3) Per una nozione elementare ma chiara della differenza tra queste due diverse direzioni dell'attività del giudice, v. Engelmann, *Der Civilprocess - Geschichte und System - Allgemeiner Theil* (Breslau, 1889). § 101 e segg.

(4) L'analisi dell'attività mentale del giudice si trova infatti, nella letteratura processuale tedesca, fatta specialmente in rapporto alla Revisione, che corrisponde,

2. — In qualunque modo si definisca la sentenza, e si risolva la questione se essa sia atto di intelligenza o di volontà (5), non si potrà mai negare che in essa è contenuto un giudizio logico, il quale, come ogni giudizio anche il più elementare ed il più semplice, dev'essere il resultato di un sillogismo, esplicito o incosciente (6). Ma la sentenza si distingue da tutti gli altri giudizî in quanto il giudizio in cui essa consiste ha contenuto giuridico, cioè afferma la esistenza o la inesistenza di una volontà di legge (ossia di un diritto soggettivo) a favore del singolo; ora se un simile giudizio si considera come la conseguenza di un sillogismo, bisogna, per ragione di logica, ammettere che uno dei termini di questo sillogismo deve consistere nella nozione di tutti i casi in generale contemplati dalla volontà di legge affermata o negata nella conclusione, e l'altro nella nozione del verificarsi o del non verificarsi nella specie concreta di un caso che rientri tra quelli preveduti da tale volontà di legge; ecco dunque che lo speciale carattere che distingue il sillogismo, da cui la sentenza deriva, da tutti gli altri sillogismi (i quali hanno, al par di esso, una premessa maggiore, che è l'affermazione di una regola relativa ad una generalità di casi, ed una premessa minore, che è l'affermazione che il caso concreto è compreso in questa generalità) consiste tutto in un particolare requisito della premessa maggiore, *la quale ha qui il carattere di una norma di legge* (7). Così nella mente

---

colle debite differenze, alla nostra Cassazione. Oltre i trattati generali che citerò in seguito, noto fin d'ora per brevità: WACH, *Die That- und Rechtsfrage bei der Revision im Zivilprocess* (Berlin 1881); STAHL, *Zur Lehre von der Revision*, in *Archiv f. die civ. Praxis*, vol. 67 (1884); HEUSLER, *Die Grundlagen des Beweisrechts* (*ibidem*, vol. 62, 1897); ROCHOLL, *Die Revision und ihre Grenzen* (*Zeitschrift f. deut. Civilprocess* vol. 10, 1886); BOLZE, *Ueber die Zulässigkeit der eigenen Auslegung von Rechtsgeschäften durch den Revisionsrichter im Civilprocess* (*ibidem*, vol. 14, 1890); STEIN, *Das private Wissen des Richters* (Leipzig, 1893); BOYENS, *Grenze zwischen Tatfrage und Rechtsfrage* (Estratto dal numero speciale edito dal *Sächsischen Archiv für deut. bürg. Recht* in occasione del 25° anniversario della fondazione del supremo Tribunale dell'Impero); KLEIN, *Die Beweiswürdigung in der Revisionsinstanz*, in *Allg. österr. Gerichts-Zeitung*, 1899, n. 10; DANZ, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, zugleich ein Beitrag zur Rechts- und Tatfrage* (3ª ed., Iena 1911). Per il processo penale, v. RUPP, *Der Beweis in Strafverfahren* (Freiburg und Tübingen, 1884). Tra gli scritti degli antichi dottori, l'unico che abbia una certa attinenza coll'argomento è quello di DUARENO, *De juris et facti quaestionibus* (in DUARENI *Disputationum anniversariarum* lib. I, Aureliae Allobrogum, 1608, disquisizione 41).

(5) ROCCO, op. cit., n. 12-14; MENESTRINA, op. cit., pag. 27-32.

(6) STEIN, op. cit., pag. 11; MENESTRINA, op. cit., pag. 29.

(7) STEIN, op. cit., pag. 13: « Il cosiddetto giudizio giuridico è un giudizio di fatto con identica premessa minore, ma con premessa maggiore conformata in modo speciale ».

del giudice, colla affermazione della esistenza di una norma di legge generale, *propositio major,* coll'affermazione che il caso concreto rientra o non rientra tra quelli contemplati dalla norma, *propositio minor,* e colla deduzione del verificarsi in concreto dell'effetto giuridico posto in astratto dalla norma, conclusione, — è compiuto il cosidetto « sillogismo giudiziale » al quale viene schematicamente ridotta dai trattatisti l'attività mentale del giudice (8), e che anzi da alcuno viene considerato come espressione peculiare della funzione giurisdizionale, vincolata sempre dal rigore logico di questo giudizio, in confronto alla funzione amministrativa, che può estrinsecarsi secondo la libera volontà (9).

3. — Chi si limita ad affermare che l'operazione mentale da cui nasce la sentenza è un sillogismo in cui la premessa maggiore è formata dalla norma di legge, non si rende conto a pieno dell'operazione che si svolge nella mente del giudice.

Anzitutto si deve avvertire che un sillogismo, la cui conclusione sia un'affermazione di un diritto soggettivo, può prodursi anche all'infuori della mente del giudice, poichè un identico ragionamento è compiuto da chiunque afferma l'esistenza di un diritto soggettivo a suo favore. Giustamente è stato detto che ogni domanda fatta valere in giudizio dalle parti, contiene il germe di una sentenza (10): l'atto di citazione col quale l'attore, premesse alcune circostanze di fatto, afferma contro il convenuto una sua pretesa giuridica, la memoria defensionale colla quale l'avvocato *espone* in fatto, *deduce* in diritto e *conclude* affermando il diritto del suo patrocinato, si basano su un ragionamento identico a quello attraverso il quale il giudice arriva a pronunciar la sentenza; e se assistiamo giornalmente al fatto che due avvocati, difensori di parti avversarie nello stesso giudizio, deducono, dalla stessa norma oggettiva uguale per tutti e dalle stesse circostanze di fatto, due conseguenze giuridiche perfettamente repugnanti tra loro, ciò non infirma che il procedimento mentale, il meccanismo logico, del quale ambedue si servono, sia uguale, quantunque dia risultati diversi per l'intervento di fattori estranei e divergenti, che viziano in senso favorevole alla parte patrocinata il rigore delle deduzioni logiche.

---

(8) Wetzell, *System des ordent. Civilprocess* (3ª ed., Leipzig 1878) pag. 527; Schmidt, *Lehrbuch des deut. Zivilprozessrechts* (2ª ed., Leipzig, 1906) pag. 332; Menestrina, op. cit., pag. 40; Rocco, op. cit., n. 14.

(9) Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa,* vol. I, pag. 132; Hellwig, *Lehrbuch des deut. Zivilprozessrechts* (Leipzig, 1907), vol. II § 91, pag. 155; Laband, *Das Staatsrecht des deut. Reichs* (ed. 3ª Freiburg und Leipzig, 1895) vol. I pag. 646 (nella edizione francese del 1900, v. vol. II pag. 514).

(10) Stein, op. cit., pag. 13; Engelmann, op. cit., § 54 e § 106.

Ma nel giudice il procedimento mentale non è, o non dovrebbe essere, viziato da elementi estranei: talchè l'operazione mentale deduttiva, di cui sopra si è discorso, è, più che di ogni altro, propria e caratteristica del giudice, nel quale assume particolare importanza, poichè, per la funzione pubblica al giudice attribuita, il resultato di tale operazione logica riveste, quando è compiuta da lui, quel carattere di comando concreto, che non ha affatto quando essa è compiuta dal privato litigante o dal suo patrocinatore.

Ciò premesso, ripeto che il limitarsi a vedere nell'operazione mentale, che per eccellenza è compiuta dal giudice, un semplice sillogismo, del quale la legge è la premessa maggiore, è schematizzare con soverchio semplicismo un'operazione che è invece molto laboriosa e complessa. A prescindere dal fatto che raramente in un processo la conseguenza giuridica si deduce da un unico fatto e da un'unica norma astratta, mentre ordinariamente il giudice deve fare, prima di giungere alla pronuncia della sentenza, una serie complicata di deduzioni concatenate (11), è da notare che quando si raffigura la sentenza come un unico sillogismo, si ha di mira soltanto il *momento finale* dell'attività mentale del giudice, in cui, avendo questi preparato ormai dinanzi a sè la norma di legge da applicare e il giudizio sui caratteri giuridici del fatto accertato, più non gli resta che trarre a rigor di logica la conseguenza di queste due premesse, come se, avendo già impostato su una lavagna le cifre di una operazione aritmetica, più non gli restasse che trarne il resultato secondo le regole del calcolo più elementare. Ridotto a questo, l'ufficio del giudice sarebbe assai facile ed assai povera cosa. Invece, la parte più gravosa di questo ufficio è quella con la quale il giudice perviene a fissare innanzi a sè le « cifre », che devono servire al suo calcolo, le premesse, che devono servire al sillogismo (12). Qual procedimento mentale porta il giudice ad affermare che i fatti si sono svolti in questo e questo modo? Per quale via egli ulteriormente arriva ad affermare che tra le infinite norme di legge proprio quell'una serve al caso e può essere posta a premessa maggiore del sillogismo? E come fa egli a trovare nel fatto accertato quei caratteri giuridici che la norma presuppone? E come riesce a stabilire fra premessa maggiore e premessa minore un rapporto tale che proprio la conclusione sia affermazione o negazione dell'effetto giuridico preteso dalla parte, e non affermazione o negazione di un effetto giuridico diverso? A queste domande tenterò appunto di dare nelle pagine seguenti una risposta adeguata.

---

(11) CAMMEO, op. cit., pag. 15, n. 25; WETZELL, op. cit., pag. 527.

(12) MENESTRINA, op. cit., pag. 41.

§ 2. — Esame preliminare della rilevanza del fatto.

4. — Si è detto che la domanda rivolta al giudice contiene in sè già formulata una sentenza, nella quale la parte, che ha conoscenza di certe circostanze di fatto, deduce da queste la esistenza di un diritto soggettivo. In sostanza, la parte chiede al giudice che, coll'autorità che a lui deriva dall'ufficio, voglia dichiarare che il giudizio, che essa ha già compiuto da sè, è corretto, e gli imprima quindi la forza legale derivante dal riconoscerlo pubblicamente. La parte, cioè, dice al giudice: « Affermo che sono veri questi fatti; in base a questi fatti sostengo che è sorto a favor mio questo diritto; e chiedo di conseguenza che tale diritto trovi pubblico riconoscimento nella tua sentenza ». Il giudice è così posto dinanzi a due problemi: 1° sono veri i fatti che la parte afferma? 2° deriva da questi fatti l'effetto giuridico che la parte pretende?

Come appare dalla duplicità del problema posto al giudice, affinchè questi possa decidere se quell'ombra, quell'embrione, quell'aspirazione di sentenza, che la parte presenta nella sua domanda, merita di diventare una sentenza vera e propria, deve egli percorrere tutto il cammino mentale che la parte ha già percorso per giungere all'affermazione della pretesa, deve, cioè, formarsi nella mente la convinzione della verità dei fatti affermati e da questa convinzione dedurre per via di ragionamento l'esistenza dell'effetto giuridico preteso.

Si può immaginare un sistema processuale in cui la parte, che è giunta nella convinzione di avere un diritto in base a fatti che essa sola conosce, sottoponga alla critica del giudice solamente il resultato finale del suo ragionamento, cioè l'affermazione del suo diritto; ciò storicamente avveniva nel primitivo processo germanico, nel quale le domande che la parte rivolgeva al giudice, quantunque potessero contenere anche la narrazione di un fatto, erano per lo più affermazioni di puro diritto non accompagnate dai fatti costitutivi di questo diritto. Lo stato dei fatti era noto alle parti o alle persone che esse adducevano a provare la loro pretesa; queste decidevano in base alla nozione del diritto consuetudinario gli effetti giuridici di tali fatti e soltanto la conclusione del loro sillogismo sottoponevano al giudice, al quale sfuggiva ogni potere di controllo sulla operazione mentale da loro precedentemente compiuta. Onde non il fatto, ma solo la pretesa di diritto formava oggetto della prova, la quale, evidentemente, non poteva consistere che in una prova formale (13).

---

(13) Diceva p. e. l'attore: « Il convenuto è mio debitore della somma di L. 10 »; e il convenuto ribatteva: « io non sono debitore ». Così la prova si svolgeva intorno alla fondatezza della pretesa, senza risalire ai fatti che la producevano. V. ENGELMANN, *Der mittelalterische deut. Prozess.* (Breslau 1899) pag.

Ma un simile sistema, conciliabile soltanto con uno stato giuridico molto primitivo, poichè rinuncia alla garanzia della esattezza oggettiva delle affermazioni determinanti la sentenza del giudice, non è quello adatto ad una giustizia più progredita, la quale deve esigere che la parte affidi al controllo del giudice tutti gli elementi dei quali si è composto il suo sillogismo: questo sistema, per il quale il giudice deve, prima che della esistenza del diritto, convincersi di quella dei fatti, è il sistema del diritto romano e del diritto attuale (14).

Nel processo moderno, così, la parte, allo scopo di indurre il giudice a decidere in modo conforme alla sentenza già da essa formata, pone innanzi al giudice due diverse qualità di manifestazioni: e cioè *narrazione di fatti,* volta a suscitare nel giudice immagini di avvenimenti concreti; e *dichiarazioni di volontà,* volte a render conscio il giudice dell'effetto giuridico che la parte intende conseguire in virtù di tali avvenimenti. Vediamo così che, a prescindere dal problema preliminare sulla esistenza dei fatti, il problema di diritto che la parte pone al giudice, non è problema generico (come se dicesse: « quale è il qualunque effetto giuridico di questi fatti? »), ma è problema specifico, del quale sono dalla parte posti i due termini (*fatto*: *effetto giuridico*), in modo che il giudice deve limitarsi soltanto, se non vuol cadere in *extra petita,* a decidere, al lume della norma astratta la cui nozione è in lui presupposta, se tra questi due termini esiste o non esiste quel nesso di causalità affermato dalla parte, la quale, in sostanza, comunica al giudice la premessa minore e la conclusione del sillogismo da essa fatto: spetta al giudice di trovare la premessa maggiore (*norma*) e di verificare se essa dà luogo veramente alla conclusione che la parte propone (15).

5. — Se nel nostro processo la parte deve sottoporre al giudice tutti gli elementi da cui resulta il suo sillogismo giuridico, e quindi anzitutto la nozione dei fatti dai quali la pretesa deriva, parrebbe che il primo problema che si presenta al giudice sia quello relativo al fatto (16). Scrive invece il Chiovenda (17), che « la questione di diritto si

---

43; e *Allg. Theil,* pag. 58-59; Pollak, *System des österr. Zivilprozessrechts,* (Wien 1906) § 83, pag. 104; Schmidt, *Lehrbuch,* pagg. 54, 70, 336.

(14) Bertolini, *Appunti didattici di diritto romano. Il processo civile,* (Torino 1914), vol. II, § 24, n. 219; Pollak, op. e loc. cit.; Engelmann, *Allg. Theil,* pag. 59; Schmidt, op. cit., pag. 70, sulla rinascita nel diritto statutario italiano di questa concezione processuale contraria a quella germanica.

(15) Rocco, op. cit., n. 46.

(16) Così infatti Ranelletti, *Principî di diritto amministrativo* (Napoli 1912), n. 169 « il giudice... accerterà anzitutto i termini di fatto della questione (questione di fatto) ».

(17) *Principî di diritto processuale civile* (3ª ed.), pag. 149-150. E, prima

presenta naturalmente per prima: se la norma a cui l'attore si riferisce non esiste come norma astratta, è vano ricercare se sia divenuta concreta; la domanda è infondata ». Questo è perfettamente giusto, poichè, se l'attore afferma un fatto e da esso vuol dedurre una conseguenza giuridica, che, ove anche il fatto fosse vero, non ne deriverebbe (18); o se, ipotesi più difficile ma più evidente, l'attore pretende un effetto che giuridicamente non può nel vigente sistema legislativo da nessun fatto nascere (p. e. se l'attore chiedesse la morte del convenuto), — in simili casi sarebbe perfettamente inutile che il giudice, prima di decidere il problema di diritto, sprecasse il tempo ad indagare se il fatto è vero, quando anche una risposta positiva a simile indagine porterebbe senza dubbio a una risposta negativa al susseguente problema di diritto. Il giudice, dunque, ogni volta che è in procinto di pronunciare una sentenza, suppone anzitutto come veri i fatti affermati dall'attore e si domanda se tali fatti, supposti veri, hanno idoneità a produrre l'effetto giuridico preteso. Se gli risulta di no, tronca allora ogni ulteriore attività volta all'indagine sui fatti stessi, e respinge la domanda, poichè i fatti posti a base di essa sono inconcludenti, irrilevanti, incapaci di produrre l'effetto giuridico preteso (19).

Si deve notare che in questo giudizio provvisorio e preventivo di diritto (al quale si può, per certa somiglianza, paragonare l'operazione mentale che il *Praetor* romano compieva nel procedimento *in jure,* quando, prima di concedere la formula che comandasse al *judex* di accertare i fatti, esaminava se questi fatti, anche supposti veri, erano tali da meritare la tutela giudiziaria) (20) il giudice compie, sia pure

---

di lui, i processualisti tedeschi: v. p. e. ENGELMANN, *Allg. Theil,* § 108.

(18) Esempio di ENGELMANN, *Allg. Theil,* § 108: Tizio erede universale del defunto suo padre, che era usufruttuario del fondo *x,* cita il proprietario di questo fondo affinchè gli faccia godere l'usufrutto che afferma competergli per diritto di eredità. Quando anche il fatto fosse vero, non produrrebbe l'effetto giuridico preteso, perchè l'usufrutto si estingue con la morte dell'usufruttuario (art. 515 Cod. civ.).

(19) LESSONA, *Trattato delle prove,* (3ª ed.), vol. I, n. 178, pag. 231. Si noti che in questo esame preventivo può darsi anche che il giudice non respinga la domanda per totale irrilevanza dei fatti, ma solo dichiari irrilevanti e quindi non idonei ad esser provati alcuni di questi fatti. V. CHIOVENDA, *Principî,* pag. 726 per il quale, tra i poteri che ha il giudice nella formazione del materiale di decisione, rientra « la determinazione o scelta dei fatti su cui giudicare e quindi da accertare »; ID., *Sulla regola « ne eat judex ultra petita partium »,* in *Nuovi saggi di d. proc. civile* (Napoli, 1912), pag. 59.

(20) ENGELMANN, *Der römische Civilprocess* (Breslau 1891), pag. 49; POLLAK, op. cit., pag. 104; SCHMIDT, op. cit., pag. 44-45. Così almeno secondo la con-

in modo sommario, tutta quanta quella operazione mentale, che poi, ove i fatti appaiano rilevanti, dovrà ricominciare in modo definitivo, dopo aver raccolto la prova dei fatti medesimi: questa operazione mentale provvisoria, che, quando conduce ad affermare la rilevanza dei fatti, cade nel nulla (21), ma che, quando dimostra la irrilevanza dei fatti stessi, chiude senz'altro l'operazione mentale ed assume essa stessa dignità di definitiva decisione, consiste in un procedimento logico di applicazione del diritto al fatto, simile in qualità a quello che studierò nelle pagine seguenti.

§ 3. — **Accertamento dei singoli fatti rilevanti.**

6. — Quando il giudice ha preventivamente delibato la domanda della parte e concluso che prevedibilmente, se i fatti allegati risulteranno veri, essi potranno avere l'effetto giuridico preteso, si presenta al giudice come primo compito l'accertare quali sono in realtà i fatti in base ai quali può esser risolto il problema giuridico (*questione di fatto*); ed ecco sorgere da questo momento la necessità di ricorrere alle *prove*.

Quando nel processo si parla di *prova*, si ha riguardo sempre a una prova storica, non già a una prova logica e dialettica, come quella che dà il matematico « provando » un teorema (22): la prova in senso giuridico mira sempre a suscitare nella mente del giudice una immagine, una rappresentazione della esistenza o del modo di essere di fatti concreti, cioè di singoli avvenimenti della vita, i quali hanno avuto o hanno esistenza nel tempo e nello spazio, sia nel mondo esterno dei sensi, sia in quello interiore dello spirito (23).

Non tutti i fatti allegati dalle parti e giudicati rilevanti hanno bisogno di essere provati. Infatti non hanno bisogno di esser provati i fatti notorî (24); e, nella dottrina tedesca che non considera la con-

---

cezione comune dello stadio *in jure*, contro la quale WACH, *Handbuch des deut. Civilprozessrechts*, (Leipzig 1885), vol. I, pag. 26-27 e specialmente ivi nota 5.

(21) LESSONA, op. cit., I, n. 245 c) « Le dichiarazioni sulla rilevanza della prova contenute nella interlocutoria che le ammette, non vincola la valutazione della prova di poi raccolta ».

(22) STEIN, op. cit., pag. 5; DANZ, op. cit., pag. 36; HEUSLER, op. cit., pag. 218.

(23) L'HEUSLER, op. loc. cit., ritenendo che i fatti da provare debbono avere il requisito di « verificabili coi sensi, sensibili », esclude ingiustamente dalla prova i fatti dello spirito. V. contro STEIN, op. cit., pag. 7; SCHMIDT, op. cit., pag. 332, § 32, lett. *a*). V. anche sul tema LESSONA, op. cit., I, n. 147 e segg.

(24) MORTARA, *Commentario* (3ª ed.) Vol. III n. 466; LESSONA, op. cit., I, pag. 169; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 733; SCHMIDT, op. cit., pag. 433; POLLAK, op. cit., pag. 556; WACH, *Vorträge über die Reichs-Civilprocessordnung*, (2ª ed.),

fessione come un mezzo di prova, si dice anche che non hanno bisogno di esser provati i fatti confessati e quelli non contraddetti (25), mentre per il nostro diritto, nel quale la confessione è un mezzo di prova legale, i fatti confessati si considerano come fatti provati (cioè resultanti da una prova), e non come fatti che fin da principio non abbiano bisogno di prova (26).

Ciò posto, stabilito quali sono i fatti che meritano o abbisognano di esser provati, spetta al giudice compiere una triplice attività: *a*) assunzione della prova; *b*) interpretazione della prova; *c*) valutazione della prova.

Sulla prima di queste tre funzioni, come appartenente al potere di direzione col quale il giudice prepara i materiali destinati a dar luogo alla decisione (27), non ci soffermiamo. Mettiamoci invece al punto in cui tutti i materiali di prova siano già stati raccolti e il giudice li abbia dinanzi, materia greggia ed informe, per iniziare su di essi il procedimento mentale di *decisione*.

7. — Il resultato di qualsiasi mezzo di prova non può essere mai un fatto, ma solo un giudizio sulla esistenza e sul modo di essere di un fatto (28); infatti il resultato di ogni prova non è che la espressione esterna di una sensazione prodotta da una circostanza di fatto sulla mente di un osservatore posto innanzi a questa circostanza. Può essere ora che l'osservatore, nella mente del quale il giudizio di fatto si forma, sia il giudice stesso, messo dinanzi al fatto controverso (così nell'accesso giudiziale, quando p. e. il giudice verifica personalmente il danneggiamento di un fondo; così anche nel caso di produzione di documenti, quando il fatto da accertare è appunto la esisten-

---

Bonn 1896, pag. 288; WEISMANN, *Lehrbuch des deut. Zivilprocessrechts*, I vol. (Stuttgart, 1903), § 35, pag. 114; STEIN, op. cit., dedica tutta la sezione C. del suo studio agli « offenkundigen Thatsachen »; BAYER, *Entscheidungsgrundlagen in deut. und österr. Zivilpr.* (Graz, 1911), pag. 210. Per notizie storiche v. LESSONA, *Prove* I, n. 169-170; WETZELL, *System* § 20, n. 3.

(25) *C. P. O.* tedesca § 138 e § 288; BAYER, op. cit., pag. 141-142; POLLAK, op. cit., pag. 558; SCHMIDT, op. cit., pag. 490; WACH, *Vorträge*, pag. 288.

(26) Sul carattere di prova legale che ha nel nostro diritto la confessione v. LESSONA, *Prove* I, 279 e segg.; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 816. Tuttavia anche il L. afferma che i fatti, per essere oggetto di prova, devono essere controversi, non già nel senso che non siano contraddetti dall'avversario, ma nel senso che non siano nè già provati, nè già esclusi (n. 168). Il MORTARA invece (*Comm.*, III, pag. 541) parla proprio di fatti non contraddetti, che hanno bisogno di prova.

(27) ENGELMANN, *Allg. Theil*, § 102 e § 108.

(28) STEIN, op. cit., pag. 10-11; SCHMIDT, op. cit., pag. 337; POLLAK, op. cit., pag. 406 e 558: « Le affermazioni di fatto (dette brevemente i fatti) sono giudizî ».

za e il modo di essere di tali documenti) (29); e può essere altresì che tale osservatore sia un estraneo, il quale, mediatamente, riferisce al giudice il giudizio di fatto da lui compiuto nell'osservare l'oggetto (così p. e. le dichiarazioni delle parti, le deposizioni dei testimoni, i documenti, che non siano essi stessi il fatto rilevante, ma che contengano dichiarazioni sull'esistenza di fatti esteriori).

Il giudice dunque si trova dinanzi già formati una quantità di giudizî logici sulla esistenza di fatti singoli (*Thatsachenurtheile*), alcuni dei quali giudizî sono sorti originariamente dal pensiero del giudice stesso, posto dinanzi alla cosa controversa (30); mentre altri gli sono stati riferiti da persone estranee. Ora è evidente che, di queste due categorie di giudizî di fatto resultanti dalla prova, il giudice tiene in conto molto maggiore quelli della prima categoria, dei quali è in grado di apprezzare al massimo il significato e la credibilità: quando il giudice, p. e., per mezzo di un sopraluogo si è formato nel pensiero un giudizio su un certo oggetto, ha perfettamente chiara nella mente la estensione e il senso di questo giudizio, è persuaso a pieno della corrispondenza di questo giudizio colla realtà obiettiva; ma quando un testimone afferma al giudice che vide un certo fatto svolgersi in un dato modo, il giudice può esser dubbioso per due motivi: 1° per non comprendere che cosa il testimone ha voluto dire nella sua deposizione, cioè *che cosa significhi* il giudizio di fatto emesso da costui; 2° per non aver la certezza che questo giudizio oggettivo corrisponda alla reale esistenza oggettiva del fatto giudicato.

A queste due cause di incertezza portano luce rispettivamente la *interpretazione* dei risultati della prova, e la *valutazione* di essi; la prima mira a stabilire in modo certo il significato di ciascuno dei giudizî di fatto raccolti (ad esclusione, s'intende, di quei giudizî di fatto che si sono formati *immediatamente* nel pensiero del giudice e dei quali egli conosce perfettamente il significato) (31); la seconda mira a stabilire, col confronto dei varî giudizî di fatto spesso contraddittorî, colla indagine sulla attendibilità delle fonti da cui derivano, etc., se ed in che misura tali giudizî devono essere considerati corrispondenti alla realtà oggettiva dei fatti, e quale, di più giudizî tra loro contraddittorî, debba prevalere sugli altri.

---

(29) Schmidt, op. cit., pag. 328. V. per il dir. penale, su questo tema, Rupp, op. cit., pag. 101 e segg.

(30) Heusler, nel citato scritto ritiene che la verifica che il giudice fa di un dato fatto per mezzo dei proprî sensi, (accesso, ispezione oculare, etc.), non è una prova, inquantochè, secondo lui, la prova comincia ad esser richiesta là ove non è possibile la intera certezza diretta (pag. 238). Contro, Wach, *Exkurs* in *Vorträge* a pag. 199 e segg.

(31) Di una « interpretazione delle prove » diversa dalla « valutazione » parla incidentalmente Stein, op. cit., pag. 45.

La necessità di ambedue queste operazioni e la differenza che tra loro intercede si manifesta giornalmente nei giudizî penali, ove, durante l'esame orale dei testimoni, il giudice si trova di continuo a dovere interpretare che cosa i testi vogliono dire, e insieme a dover valutare la credibilità di ciò che hanno detto. Tutti i giorni nelle aule della giustizia penale si presentano testi, le cui risposte costituiscono dei veri enigmi, o perchè nella titubanza resultano di frasi sconnesse e frammentarie, o perchè contengono vocaboli dialettali e voci di uso popolare, che non hanno corrispondenza nella lingua ordinaria. Che cosa ha voluto dire il testimone? — Ecco il problema che il giudice deve risolvere in questi casi: problema ben diverso e non meno importante per certo di quello che il giudice deve porsi in secondo luogo, per decidere se il testimone è o non è mendace, è o non è reticente, merita o non merita, per il grado della sua intelligenza e cultura, di essere creduto.

Per ciò che riguarda la *interpretazione delle prove,* la legge non detta al giudice norme speciali: egli procederà nel modo che riterrà più idoneo, compiendo una serie di sillogismi, la cui premessa maggiore sarà formata da una delle cosidette *massime di esperienza* (avanti, n. 26), attinte dal suo patrimonio intellettuale e dalla pubblica coscienza.

Al contrario, per ciò che riguarda la *valutazione delle prove,* la legge può seguire, come si sa, due opposti sistemi (o, come fa il nostro Codice, un sistema misto) (32): quello del *libero convincimento* o della *persuasione razionale,* secondo il quale il giudice non ha nessun vincolo di legge nello stabilire la credibilità delle resultanze probatorie, e quello della *prova legale,* secondo il quale la legge stabilisce che a certe esterne resultanze processuali si dia piena fede o si neghi qualunque fede, senza ammettere il giudice a indagare sulla loro interna veridicità: nel primo sistema il giudice, ad accertare la credibilità di un giudizio, p. e. di una deposizione testimoniale, dovrà servirsi solo delle *massime di esperienza* da lui possedute, che, al solito, gli serviranno da premessa maggiore per i suoi sillogismi (p. e. la massima che la tarda età produce in generale un indebolimento della memoria, gli farà ritenere in concreto la deposizione di un testimone vecchio meno credibile di quella di un testimone ancor giovine); nel secondo invece dovrà accettare ad occhi chiusi il giudizio fornitogli dalla prova o rifiutarsi di credere al resultato derivato da un'altra prova (33).

---

(32) Lessona, *Prove,* I, n. 328 e segg.; Chiovenda, *Principii,* § 59.

(33) Giustamente osserva lo Stein (op. cit., pag. 47 e segg.), che molte volte,

Si noti però che mentre nel sistema della prova legale è esclusa ogni attività di *valutazione* delle resultanze della prova da parte del giudice, non è affatto inconciliabile con tale sistema la *interpretazione* delle risultanze stesse, poichè il giudice, per essere obbligato a credere a una certa affermazione, bisogna evidentemente che sappia *che cosa significa* cotesta affermazione. Si pensi a un atto pubblico (il quale, per l'art. 1317 Cod. civ., fa piena prova fino a querela di falso, onde il giudice non può rifiutarsi di prestar fede alla verità dei fatti in esso affermati) che nel suo contesto contenesse espressioni dialettali: è chiaro che non violerebbe il principio della prova legale il giudice, che, per via di adeguato ragionamento, ricercasse che cosa quelle espressioni vogliono dire, tradotte in linguaggio ordinario.

8. — La prova ha lo scopo di dare al giudice la certezza dei fatti rilevanti, cioè dei fatti costitutivi del diritto che la parte fa valere: ma può accadere che i giudizî di fatto resultanti dalla prova si riferiscano non a fatti rilevanti, la cui certezza basti al giudice per pronunciare la sua decisione, ma solo a fatti in sè irrilevanti di fronte al diritto preteso, idonei peraltro a fare argomentare, per via di induzione, la esistenza dei fatti costitutivi del diritto stesso.

Questi giudizî su fatti non immediatamente rilevanti (*indizî, presunzioni*) non costituiscono uno speciale mezzo di prova (34); ma sono ottenuti dal giudice coi mezzi di prova ordinarî (e, quindi, sono o direttamente formulati dal giudice, o a lui riferiti da altri) e debbono sottostare, come tutte le resultanze di una prova, alla interpretazione e, ove questa è ammessa, alla valutazione del giudice. Quando poi il giudice ha accertato il significato e la credibilità di questi giudizî su fatti non immediatamente rilevanti, ha da compiere ancora su di essi, per risalire alla esistenza di altri fatti rilevanti e non provati, « un soprappiù di lavoro intellettuale di carattere particolare » (35); simile lavoro nel caso di presunzioni semplici (Cod. civ. art. 1354) è interamente appoggiato sulle *massime di esperienza,* delle quali il giudice nella sua prudenza si serve per compiere una serie di sillogismi, in cui premessa maggiore è l'affermazione generale ed astratta che alla

---

quando la legge detta delle regole per la valutazione delle prove, non fa altro che codificare quei principî di esperienza che stabiliscono che certi mezzi di prova hanno di solito un certo valore; così p. es. la regola che esclude dalla testimonianza i parenti più stretti. V. specialmente pag. 33 e pag. 48; così anche SEUFFERT, *Ueber richterliches Ermessen* (Giessen 1880), pag. 11. Su questi punti, KLEIN, op. cit., n. V, pag. 75.

(34) SCHMIDT, op. cit., pag. 339, nota 2.

(35) LESSONA, *Prove,* vol. V. (2ª ediz.), pag. 106.

esistenza di certi fatti (indizî) si associa o tien dietro la esistenza di altri fatti (indiziati); premessa minore è l'affermazione della esistenza dell'indizio noto; conclusione la affermazione del fatto indiziato prima ignoto (36).

Talvolta però, provati certi speciali indizî, la legge non lascia libertà al giudice di argomentare o no da essi, secondo le regole di esperienza che egli possiede, la esistenza di fatti rilevanti; ma essa stessa stabilisce che, provato un certo indizio, si deve argomentare da questo l'esistenza di un altro fatto ignoto, salva la prova del contrario. E' questo il caso delle *presunzioni legali relative* (37), derivanti dal fatto che la legge, come dà riconoscimento giuridico a certe massime di esperienza relative alla credibilità delle prove, così dà talvolta carattere di obbligatorietà a massime di esperienza relative al procedimento logico di presunzione (38). Delle presunzioni legali assolute che non ammettono prova in contrario non è qui il caso di parlare, perchè esse non tendono a disciplinare l'attività del giudice nell'accertamento del fatto, ma costituiscono norme di diritto sostanziale (39).

9. — Così, dalle precedenti operazioni mentali, il giudice viene ad aver raccolto, sulla esistenza di singoli fatti rilevanti, una quantità di giudizî, che si possono ripartire nelle seguenti classi: 1) giudizî di fatto, che il giudice ha attinto direttamente dalla sua scienza privata (giudizî su fatti notorî); 2) giudizî di fatto, che le parti hanno comunicato al giudice e sui quali questi non può esercitare funzione di controllo, perchè non sono contraddetti (confessione); 3) giudizî di fatto, che il giudice si è formato dalla diretta osservazione del fatto controverso (p. e. accesso); 4) giudizî di fatto, che il giudice è giunto a formulare attraverso una critica sul significato e sulla attendibilità dei resultati delle prove (p. e. prova testimoniale); 5) giudizî di fatto, che il giudice ha raccolto dalla prova senza facoltà di valutarne l'attendibilità (prova legale: nel nostro sistema probatorio possono rientrare qui anche i giudizî del n. 2); 6) giudizî di fatto che il giudice per via di presunzione si è formato in base a giudizî di fatto su fatti non rilevanti appartenenti alle classi precedenti.

---

(36) Stein, op. cit., pag. 34; Schmidt, op. cit., pag. 339, nota 2.

(37) Lessona, *Prove*, V, n. 76, secondo il quale le presunzioni legali relative hanno il carattere di prove, mentre le ritiene appartenenti al diritto sostanziale il Chiovenda, *Principii* pag. 127 e 781; Stein, op. cit., pag. 47 le chiama « presunzioni di diritto in contrapposto alle presunzioni di esperienza ».

(38) Insegna in proposito Schmidt, op. cit., pag. 470: « Come le regole sulla prova contenute nella legge disciplinano il valore di un mezzo di prova per un fatto, così la presunzione disciplina il valore di un indizio ». Bayer, pag. 251 e segg.

(39) Lessona, *Prove*, V. n. 106-107.

Alla preparazione ed alla cernita di questi materiali di decisione, specialmente di quelli che ammettono l'apprezzamento ed il ragionamento del giudice, se non occorre l'alta scienza del giureconsulto, occorre peraltro l'acume e il tatto dell'uomo che vive in intima corrispondenza colla coscienza morale e intellettuale del proprio tempo; e se i giuristi romani (40) disdegnavano, come ufficio di retore più che di giureconsulto, la valutazione delle prove e la decisione della questione di fatto, onde DUARENO (41), proseguendo questo tradizionale disdegno, poteva scrivere che nella risoluzione delle questioni di fatto « *magis eum* (cioè il giudice) *instruent in hoc negotio Rethorum quam Iurisconsultorum libri* », non si può tuttavia negare che nella gran maggioranza dei casi la bontà della sentenza sta in diretta relazione col grado di accuratezza posto dal giudice nell'indagare esattamente il rapporto di fatto.

Nè giusto sarebbe il credere che, nell'operazione mentale relativa all'accertamento dei fatti, allo psicologo che indaga ed apprezza, lasci intero il posto il giudice che decide. Molte volte, infatti (a prescindere dai casi in cui, sull'applicazione di regole di diritto probatorio, il giudice deve risolvere anche nella fase di accertamento di fatto delle questioni di diritto), la valutazione di una prova riveste il carattere di una vera e propria decisione, che, per esempio, tra due giudizî di fatto fra loro contraddittorî, sceglie quale debba ritenersi conforme a verità. « L'accertamento dei fatti chiude in sè, in quanto siano controversi, una *decisione* », scrive giustamente il WEISMANN (42); e questa decisione, che scioglie appunto la cosidetta questione di fatto, ha il carattere e la forza di una sentenza non meno di quanto lo abbia la decisione del punto di diritto.

La formulazione definitiva dei singoli giudizî di fatto sopra classificati, chiude la fase dell'attività giudiziaria che dicesi « *accertamento di fatto* », che ha teoricamente caratteri suoi proprî e ben precisati confini. Nè vale osservare, come fanno il WACH e lo STEIN (43), che è inesatto contrapporre « accertamento di fatto » a « applicazione di diritto », come momenti ben separati, in quanto l'accertamento del fatto può solo avvenire attraverso l'applicazione del diritto processuale probatorio; poichè così si confonde la attività mentale di decisione *del merito*, colla attività estrinseca volta a regolarne l'andamento processuale.

---

(40) BERTOLINI, op. cit., II, pag. 134, nota 2.

(41) Nello scritto citato alla nota 2.

(42) Op. cit. I, pag. 219, V. Però ampiamente KLEIN, op. cit., pag. 76.

(43) WACH, *Vorträge*, pag. 286 nota *); STEIN, op. cit., pag. 108.

§ 4. — Costruzione e qualifica giuridica della fattispecie concreta.

10. — Il giudice ha dinanzi a sè numerosi giudizî relativi a singoli fatti, sulla veridicità dei quali ogni indagine è ormai chiusa; si tratta ora di decidere se questi giudizî autorizzano a dichiarare nato nel mondo giuridico quell'effetto che la parte pretende.

Non si creda però che, appena compiuto l'accertamento del fatto, sùbito il giudice possa passare alla applicazione del diritto: tra queste due operazioni deve esistere una attività intermedia, che permetta la graduale transizione dall'una all'altra. Si rifletta che finora il giudice ha nozione di fatti semplici e separati, trasportati di peso dalla vita pratica nel processo, e ancora rivestiti di tutti i molteplici caratteri della loro reale esistenza. Il giudice sa che Tizio disse certe parole, che una certa merce arrivò a destinazione in un certo giorno; ma non ha ancora collegato tra loro questi fatti semplici, fino a ricostruire il complesso rapporto di fatto che si svolse tra le parti, nè ha dato ad esso quella qualifica giuridica che gli conviene.

Si vedrà tra poco che le norme giuridiche si possono tutte ridurre ad una ipotesi di fatto per il verificarsi della quale è stabilita una certa conseguenza giuridica; ma il rapporto di fatto che ciascuna norma di legge ipotizza non è e non può essere specificato in tutte le sue più minute particolarità, sibbene dev'essere designato con alcuni caratteri riconoscitivi, senza alcun riferimento ai caratteri secondarî (44).

In realtà, nella vita pratica, non si ha mai un fatto perfettamente uguale ad un altro: ora, se gli effetti giuridici dei fatti dovessero essere diversi ogni volta che diverso fosse il materiale avvenimento, non si potrebbe giammai avere due fatti da cui scaturisse la stesso effetto giuridico; e sarebbe distrutta così la possibilità di norme generali, cioè di leggi che disponessero un eguale effetto giuridico per tutta una categoria di fatti. La possibilità della norma con valore generale, nasce invece solo quando nei fatti della vita pratica si comincia a tener conto soltanto di alcuni caratteri, e, trascurando gli altri, a quelli soli si attribuisce un effetto giuridico; così si vengono a creare tante categorie di fatti, raggruppando e considerando uguali, dal punto di vista giuridico, tutti i fatti che hanno in comune un carattere generico, quantunque profondamente differiscano per le altre qualità loro specifiche. Così la norma nella sua ipotesi prevede solo delle circostanze generiche: il Codice di commercio parla in genere di « merci », senza stabilire diverso

---

(44) STAHL, op. cit., pag. 98-99. « La legge parla in astratto e deve parlare in astratto, per adempiere al suo scopo, cioè per render possibile la sua applicazione ai fatti della vita infinitamente varî. Quindi per lo più essa designa i suoi fatti come fatti generici etc. ».

effetto giuridico se queste merci consistono p. es., in grano, in olio o in tessuti; il Codice civile parla di « immobili », senza distinguere se sono situati in montagna o in pianura. Ma vi è di più; che, cioè, le ipotesi di fatto che sono contenute in ogni astratta norma di legge non solo vengono indicate per i loro caratteri generici, ma spesso sono già giuridicamente *qualificate,* vale a dire indicate non più per mezzo della enunciazione delle circostanze esterne colle quali si producono nella vita pratica, ma per mezzo di un nome solo, che tutte le comprende come costituenti una unica entità giuridica ideale.

Mi spiego con un esempio preso a caso nel Codice civile: quando l'art. 1513 suppone: « se la vendita fu fatta senza dilazione al pagamento... etc. », non descrive la ipotesi di fatto con caratteri esterni della vita pratica, ma usa per brevità la parola « vendita » a indicare un complesso di circostanze caratteristiche, realizzanti quell'astrazione intellettuale che appunto è conosciuta dai giuristi col nome di vendita: e dimostra così che il legislatore, quando ha dettato la norma in questione, non ha guardato la vita reale coll'occhio dell'uomo ordinario, ma coll'occhio tecnico del giureconsulto, che scorge sotto i fatti materiali del mondo esteriore l'intimo fenomeno giuridico, invisibile al profano.

Il giudice, dunque, si trova dinanzi a una serie di giudizî su fatti singoli, consistenti nella enunciazione di quelle apparenze esterne colle quali i fatti si presentano nella vita pratica (45); deve ora compiere su questi la stessa operazione che il legislatore ha compiuto nel porre una ipotesi astratta: ravvicinare tra loro i fatti singoli, fino a crearne il rapporto di fatto, organico e complesso; abbracciarli con un unico sguardo per cogliere il significato della loro totalità; discernere quali sono le circostanze emergenti, che dànno, per così dire, la tonalità al quadro d'insieme, ed isolarle; scoprire infine nel rapporto di fatto il rapporto di diritto, nell'avvenimento esteriore l'istituto giuridico, — ecco l'ufficio delicatissimo che il giudice deve compiere in questo stadio della sua operazione.

La così detta *applicazione del diritto al fatto* deriva essenzialmente (si vedrà tra poco) dal paragone tra i fatti ipotizzati dalla legge e i fatti accertati dal giudice; ma un paragone non è permesso qualora i due termini di esso non siano valutati con lo stesso criterio. I fatti ipotizza-

---

(45) La prova non deve dare altro che l'accertamento di fatti *semplici,* non giuridicamente qualificati. Nota giustamente Hellwig, *Lehrbuch* II, pag. 145, nota 17, che spesso gli avvocati nelle comparse e i giudici nelle sentenze, in quella parte che costituisce la esposizione e la motivazione *in fatto,* usano di narrare lo svolgimento dei fatti già qualificati giuridicamente, come se nella vita pratica essi nascessero fin dalla origine in quella veste.

ti dalla legge sono indicati per mezzo dei loro caratteri generici e sono giuridicamente qualificati; occorre che anche il giudice discerna nei fatti accertati i loro caratteri generici e li traduca in linguaggio giuridico; occorre, in altre parole, che il giudice riduca i fatti accertati allo stesso denominatore dei fatti preveduti dalla legge, per poter tra loro istituire la proporzione.

11. — Dal complesso dei giudizî sui fatti singoli il giudice deve scegliere quelli che hanno importanza giuridica e riunirli a formare quel rapporto organico di diritto che si trova latente entro le circostanze materiali. Si tratta cioè di costruire, riunendo e vagliando i singoli elementi di fatto, quella entità che i processualisti tedeschi chiamano *Thatbestand* (stato di fatto) e che italianamente si può chiamare la *fattispecie,* riunione di fatti singoli alla quale il diritto attribuisce la facoltà di apportare una variazione nel mondo giuridico (46). Per costruire tale *fattispecie* il giudice deve scegliere tra i varî fatti semplici quelli che possono dare una impronta decisiva alla conformazione della fattispecie, quelli, cioè, che si possono chiamare gli *estremi della fattispecie,* gli *essentialia negotii* (secondo l'espressione tedesca *Thatbestandsmerkmale,* cioè i caratteri dello stato di fatto). Non mi pare esatto considerare, come fa lo SCHMIDT (47) questa attività del giudice come complementare dell'operazione di valutazione della prova, e racchiusa in tal modo nell'àmbito dell'accertamento di fatto; questa attività è invece essenzialmente di diritto, poichè mira a trovare nel materiale di fatto già totalmente accertato, quegli elementi che dànno luogo all'effetto giuridico (48).

Si potrebbe forse osservare che questa operazione, colla quale il giudice, da una serie di fatti isolati, giunge a formare una fattispecie

---

(46) STEIN, definisce semplicemente la fattispecie come una « riunione di fatti » (op. cit., pag. 5); più diffusamente SCHMIDT, op. cit., pag. 333, la chiama: « gruppo o riunione di fatti singoli, ai quali per virtù di regole generali e in conformità dello spirito giuridico dominante si riannodano effetti giuridici, variazioni del mondo giuridico (nascita, fine o trasformazione di diritti) »; esempî ivi, nota 1.

(47) Op. cit., pag. 333.

(48) Che la qualifica giuridica dei fatti sia un giudizio di diritto, che può essere esaminato dalla Corte di Cassazione, è insegnamento comune in Italia e in Francia: MORTARA, *Commentario,* IV, pag. 557; CHIOVENDA, *Principii,* pag. 1027; MATTIROLO, *Trattato* (5ª ed.), Vol. IV, n. 1045; FAYE, *La Cour de Cassation* (Paris, 1903) n. 157, afferma che è sottoposta a giudizio di Cassazione la determinazione del *caractère légal* ossia la *qualification légale* dei fatti; CREPON, *Du pourvoi en cassation* (Paris 1892) vol. III, n. 1-144 *passim.* DE LA GRASSERIE, *De la fonction et des jurisdictions de Cassation,* (Paris 1911), pag. 48 e segg.

giuridicamente qualificata, si può scindere in due parti, la prima delle quali consiste in una sintesi dei frammentarî elementi di fatto volta a formare un rapporto complesso ed organico, ed appartiene al giudizio di fatto; la seconda consiste invece nel cercare i caratteri giuridici del concreto rapporto così ricostruito, ed appartiene al giudizio di diritto. Ma tale suddistinzione sarebbe contraria alla sostanziale realtà delle cose: in realtà, infatti, non può il giudice scegliere tra i diversi fatti semplici che ha dinanzi a sè quelli che ho chiamati gli *estremi della fattispecie,* se non facendo fin da principio un giudizio di diritto sulla importanza giuridica di ciascuno, allo scopo di costruire una fattispecie che abbia un significato giuridico; inoltre il giudice in questo lavoro di cernita dei singoli giudizî di fatto, deve continuamente avere presente, quasi pietra di paragone, qual'è l'effetto giuridico che la parte pretende, per dare importanza solo ai fatti che con simile effetto possano aver relazione. Così non si può ammettere questa netta separazione dei due momenti, nel primo dei quali il giudice non si preoccupi affatto del carattere giuridico dei fatti che va raggruppando, quando appunto la scelta dei fatti deve avvenire in base al loro carattere giuridico.

D'altra parte, se tale costruzione della fattispecie giuridica non rientra nella fase di accertamento del fatto, neppure si può dire che essa rientri nella fase successiva di applicazione del diritto al fatto, che analizzerò tra poco: se questa consiste, come si dirà, nella ricerca di una norma che contempli una fattispecie simile alla fattispecie accertata, l'operazione di cui parliamo, che ha lo scopo di costruire la fattispecie, non può essere che una preparazione della fase di applicazione del diritto al fatto, e non è quindi con essa confondibile.

12. — In questo lavoro di ricerca della fattispecie giuridica, il giudice trova un notevole sussidio in alcune norme del diritto positivo, le quali contengono soltanto, anzichè un comando o una regola, la pura e semplice *definizione* di alcuni negozî o fatti giuridici più frequenti, descritti per mezzo dei loro elementi essenziali. Contrariamente al sistema tenuto da legislazioni più recenti, basate sul concetto che una legge positiva non debba contenere alcuna definizione (49), i nostri Co-

---

(49) Questo concetto, p. e., prevalse nei lavori preparatori del *B. G. B.* tedesco, durante i quali tutti gli articoli che contenevano definizioni furono redatti in forma tale che esprimesse non i requisiti essenziali del negozio, ma le obbligazioni che le parti assumono per tale negozio. V. DANZ, op. cit., pag. 71; anche STEIN, op. cit., pag. 47, accenna alla esistenza di « Legaldefinitionen ». La opportunità di definizioni date dalla legge è affermata dal FINZI, *Le teorie degli istituti giuridici* in *Riv. critica di scienze sociali,* 1914, pag. 109; si tratta

dici contengono alcuni articoli che hanno unicamente lo scopo di suscitare nella mente del giudice il concetto esatto di qualche fenomeno giuridico per mezzo di definizioni e di classificazioni. Quando per esempio l'art. 531 Cod. civ. stabilisce che la servitù prediale « consiste nel peso imposto sopra un fondo per l'uso e l'utilità di un fondo appartenente ad altro proprietario », non si ha qui una vera norma imperativa, nè una regola che indichi qual'è la via per ottenere un certo effetto giuridico; sibbene l'articolo si limita a descrivere quali sono gli estremi di quel fatto giuridico che dicesi *servitù prediale*; e quando l'art. 1838 Cod. civ. stabilisce che « il deposito è volontario o necessario », non fa che classificare due diverse forme in cui si può manifestare quel negozio che si chiama *deposito* (50). Per questi istituti giuridici che si trovano descritti in un testo della legge positiva, il giudice non deve far altro che ricercare nei fatti accertati l'esistenza di quei requisiti essenziali che il modello descritto dalla legge contiene: e quando tutti ve li scopra, potrà senz'esitazione affermare la esistenza concreta del *fatto-tipo* previsto astrattamente dal legislatore.

Senonchè, in realtà, i fenomeni giuridici dei quali la stessa legge provvede a dare la definizione, sono una esigua minoranza in confronto a quelli non definiti e non descritti, la cui nozione è rimessa alla cultura giuridica del giudice, che deve ricercarne nei fatti la concreta espressione, assistito soltanto dalla sua intelligenza. Non si può negare che questo lavoro di qualifica giuridica dei fatti accertati è in certi casi sommamente arduo: si tratta di concepire come rapporto di diritto un rapporto della vita pratica, di guardare con occhio di giurista un avvenimento della vita esterna, rintracciando entro la realtà delle cose quella astrazione dell'intelletto che dicesi l' « istituto giuridico » (51). Ciò alcune volte è assai difficile; e chiunque abbia anche brevissima

---

in sostanza di quelle norme che il PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di d. civile italiano*, Tit. I. n. 11 (4ª ed. annotata da VENZI, Firenze 1903, Vol. I pag. 49) chiama *direttive* e la cui esistenza è negata dal BIANCHI, *Principî generali sulle leggi* (Torino, 1888), n. 10, pag. 37.

(50) Altri esempî, per limitarci al Cod. civ., danno gli art. 48, 436, 477, 617, 618, 685, 686, 759, 774, 1050, 1098, 1099, 1100, 1101, 1102, 1140, 1157, 1158, 1159, 1184, 1186, 1202, 1209, 1267, 1315, 1388, 1425, 1447, 1463, 1549, 1556, 1569, 1570, 1627, 1647, 1665, 1669, 1701, 1705, 1737, 1764, 1805, 1819, 1835, 1836, 1837, 1869, 1878, 1891, 1952, 1955, 1964, 2105 etc. Si capisce però che molti di questi articoli non contengono una definizione pura ma anche determinano obblighi e sanzioni.

(51) ENGELMANN, *Allg. Theil*, pag. 133. Benissimo il SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. SCIALOIA, Torino 1886) I § 5 pag. 38 della traduzione: « ogni rapporto giuridico è subordinato, come a suo tipo, ad un istituto giuridico corrispondente, ed è da questo dominato etc. ».

pratica dell'esercizio dell'avvocatura, sa quanta fatica deve spender talvolta l'avvocato per giungere a vedere, in mezzo alla informe e disordinata narrazione di circostanze fattagli alla rinfusa da chi gli chiede consiglio, il vero punto centrale della questione giuridica, nascosto sotto un cumulo di fatti irrilevanti, che il profano non sa distinguere da quelli capaci di avere una conseguenza nel mondo del diritto.

Non a torto simile lavoro del giudice è stato paragonato, con espressione dello IHERING (52), a quella essenziale operazione logica che il medico compie quando fa la *diagnosi* di un malato. Come il medico in certi segni esteriori che il malato presenta, e che nessuna importanza hanno per l'occhio dei profani, scorge dei *sintomi* decisivi, dai quali può argomentare la natura della interna malattia, così il giurista, dalla verificazione di certi *estremi* argomenta la natura del fenomeno giuridico, invisibile ad occhi volgari. Appunto in questa diagnosi giuridica il giudice deve mettere in opra il suo « senso giuridico », frutto di lunga esperienza, in virtù del quale uno sguardo nel complesso dei fatti basta ad isolare quelli che hanno rilevanza e a render conto della questione che importa decidere.

§ 5. — Applicazione del diritto al fatto.

13. — E' noto che ogni prescrizione di legge contiene in sè la supposizione di un rapporto di fatto, onde ogni norma può, con minore o maggiore facilità, essere ridotta ad un comando ipotetico, composto di due membri, il primo dei quali contiene il condizionante (« se si verifica il rapporto di fatto A »), e il secondo contiene il condizionato (« deve verificarsi la conseguenza giuridica B ») (53). Questo concetto elementare non è men vero quando si ammetta, col BRUNETTI (54) che non tutte le disposizioni di legge contengono un imperativo, ma che al contrario alcune hanno il carattere di *regole finali*: anche queste infatti, in

---

(52) *L'Esprit du Droit Romain* (Trad. francese di MEULENAERE, Paris, 1888), vol. III, pag. 7 della traduzione. Cfr. ENGELMANN, op. e loc. cit.

(53) STAHL, pag. 96: « Il contenuto di ogni norma di legge consiste in ciò, che quando certi fatti si siano verificati, deve allora seguire una certa conseguenza giuridica ». WACH, *Vorträge*, pag. 286: « Il diritto è volontà obbligatoria per tutti, annodata a presupposti di fatto, e quindi il suo contenuto è determinato non solo dal precetto, ma anzi tutto essenzialmente dai suoi presupposti ». Ampiamente DANZ, op. cit., pag. 55-56; JHERING, *Der Zweck im Recht*, cap. 8, pag. 272 (citato da BRUNETTI, *Norme e regole finali del diritto*, Torino, 1913, pag. 80, nota 2). « Ogni norma... consta sempre di due membri, il condizionante e il condizionato ».

(54) Op. cit., *passim*.

qualunque modo vengano enunciate, possono esser ridotte a un giudizio ipotetico, composto di due parti, una delle quali contiene il presupposto, l'altra contiene la conseguenza, e che si presenteranno in giudizio all'incirca con questa struttura: « poichè hai agito nel modo A » (fattispecie ipotizzata), « si produce l'effetto B » (conseguenza giuridica).

Tale struttura di ogni norma di legge è evidentissima nelle norme di diritto penale, nelle quali, pur dalla loro forma esteriore, appare prima supposto il verificarsi di un evento criminoso e poi comminata per tale evento la *sanctio poenalis*. Uguale struttura hanno però anche le norme di diritto civile, o che siano enunciate, fino da principio, nella forma dell'art. 1502 Cod. civ. « se il venditore conosceva i vizî della cosa venduta... è tenuto etc. », o che possano a tal forma esser ridotte, al che tutte si prestano, perfino quelle contenenti una semplice definizione (55).

La norma dunque, nella sua prima parte, presuppone che si verifichi un fatto, o, per meglio dire, una fattispecie rilevante e giuridicamente qualificata, che viene appunto dai Tedeschi chiamata *Gesetzesthatbestand* (56) cioè *fattispecie legale*; e che il PISANELLI nel suo trattato *De' mezzi per impugnare le sentenze* (57), chiama il *fatto giuridico* o *fatto-idea*.

Nella determinazione del rapporto tra la fattispecie legale e la fattispecie concretamente accertata consiste quella operazione logica del giudice che si chiama *applicazione del diritto al fatto*.

14. — Quando i processualisti italiani parlano di *applicazione del diritto al fatto* intendono designare lo stesso momento della operazione logica del giudice che i processualisti tedeschi chiamano *sussunzione della fattispecie sotto la norma* (*Subsumption des Thatbestandes unter das Gesetz*); le due diverse espressioni derivano dal fatto che il fenomeno è contemplato da due diversi punti di vista, in quanto, mentre la espressione italiana indica il *fatto* come termine immobile al quale la

---

(55) Si confronti l'art. 1569 del nostro Cod. civ. che ha forma di definizione: « La locazione delle cose è un contratto, col quale una delle parti contraenti si obbliga di far godere l'altra di una cosa per un determinato tempo e mediante un determinato prezzo che questa si obbliga di pagarle », col § 535 del *B. G. B.* tedesco che ha forma di giudizio ipotetico: « Col contratto di locazione (ipotesi), il locatore diviene obbligato a dare al conduttore etc. (effetto giuridico) ».

(56) STAHL, op. cit., pagina 96, parla meno precisamente di *Gesetzesthatsachen;* STEIN, op. cit., pag. 12, « der hypotetische Thatbestand des Gesetzes ».

(57) Nel *Commentario al Cod. Proc. Civ. Sardo,* vol. III n. 1301, nota 1 a pag. 621.

norma si sovrappone e si adatta per opera del giudice, i Tedeschi, forse con maggiore esattezza ed efficacia, indicano come termine immobile la *norma* sotto la quale il fatto concreto viene ad essere attratto e classificato: cosicchè applicazione del diritto al fatto e sussunzione del fatto sotto la norma sono attività reciproche e concomitanti (58), le quali mirano ambedue a decidere se nella fattispecie concreta si verifichino tutti gli estremi che la norma ipotizza, ossia se la fattispecie designata astrattamente nella norma si è nel caso concreto interamente realizzata (59). Per raggiungere l'intento, unico mezzo possibile è il confronto tra la fattispecie concreta e le diverse fattispecie presupposte dalle diverse norme: quando i due termini del paragone si trovino a coincidere, sarà anche trovata la norma adatta a decidere il punto controverso (60). In realtà il giudice, per la sua cultura giuridica ha, o dovrebbe avere, nella mente un quadro compiuto di tutte le fattispecie legali, in modo da trovare alla prima, data la fattispecie concreta, la norma che le si addice; ma, ove ciò non fosse, il processo logico che fa il giudice in questo momento può essere rappresentato idealmente come un successivo esame di tutte le fattispecie legali, contemplate da norme di diritto codificate o non codificate, ed un paragone di ciascuna fattispecie concreta, fino a trovare una coincidenza tale che le due fattispecie possano sovrapporsi.

15. — Si deve notare, punto che nessun scrittore mette in luce, che in questo lavoro di comparazione il giudice deve cercare non solo la coincidenza della fattispecie concreta con la fattispecie legale, ma deve insieme ricercare che tale coincidenza avvenga con una norma, che contempli, sia pure in modo negativo, un effetto giuridico *identico a quello preteso dalla parte*. La importanza di questa osservazione apparirà subito in un esempio grossolano. Poniamo che A, B, C abbiano fatto sicurtà tutti per uno stesso debito in favore di D; scaduto il debito, A lo ha pagato per intero; e, per riavere ciò che ha pagato, agisce in giudizio contro D, affermando di aver diritto al rimborso della somma pagata per lui. Qui si ha una fattispecie accertata, che può così

---

(58) SCHMIDT, op. cit., pag. 334. « Die sind (le norme astratte) *auf* die Tatsachen, den Untersatz, anzuwenden, — *unter* sie sind die Tatsachen zu subsumieren ».

(59) WEISMANN, op. cit., pag. 217. V. anche per il dir. penale RUPP, op. cit., pag. 63 e seguenti.

(60) STAHL, op. cit., pag. 98; STEIN, op. cit., pag. 12, parla della « comparazione della fattispecie che è accertata, colla fattispecie ipotetica della legge »; WACH, *Vorträge* pag. 286; v. anche BORSARI, *Trattato delle prove* (*Comm. Cod. P. C. Sardo.* III) n. 1; e G. M. DONATI, *Legge positiva, interpretazione e applicazione della legge.* (*Opuscoli fiorentini,* serie III, 1913) pag. 8.

enunciarsi: più persone hanno fatto sicurtà per uno stesso debitore e una di queste persone ha pagato il debito; e si ha da parte di colui che ha pagato la pretesa di regresso contro il debitore. Figuriamo che il giudice, nell'eseguire il sopra descritto lavoro di comparazione della fattispecie concreta con quelle ipotizzate nelle singole norme del Codice, non tenesse sempre presente l'effetto giuridico preteso dall'attore: egli potrebbe benissimo imbattersi nell'art. 1920 Cod. civ., il quale contempla appunto una fattispecie perfettamente simile a quella concretamente accertata: « se più persone hanno fatto sicurtà per uno stesso debitore e per un medesimo debito, il fideiussore che ha pagato il debito... »; e potrebbe, dalla coincidenza delle due fattispecie, dedurre la applicabilità al caso concreto dell'art. 1920, e in base ad esso negare al fideiussore il diritto di regresso verso il debitore principale, perchè tale articolo non concede un simile diritto, ma parla solo di un diritto di regresso « verso gli altri fideiussori per la loro rispettiva porzione ». Ciò, evidentemente, porterebbe a negare al fideiussore un diritto che gli compete in virtù dell'art. 1915 Cod. civ., e tale errore può essere evitato soltanto quando il giudice non dimentichi mai quale è l'effetto giuridico che la parte pretende: si avverta però che nel caso presente l'errore avrebbe potuto essere evitato anche fin dal momento della costruzione della fattispecie concreta, durante la quale il giudice, dovendo apprezzare la rilevanza dei fatti appunto in base all'effetto giuridico preteso, avrebbe tenuto presente che l'effetto preteso era, nell'esempio dato, il regresso *contro il debitore* e avrebbe lasciato da parte, come irrilevante, la circostanza che *più persone* avevano fatto sicurtà, limitandosi ad accertare che un fideiussore aveva pagato il debito invece del debitore principale, e ottenendo così una fattispecie perfettamente corrispondente a quella dell'articolo 1915 del Codice civile.

Se dunque il giudice, in questa rivista generale di tutte le norme giuridiche, neppure una ne troverà che contempli la fattispecie accertata, dovrà senz'altro decidere che il diritto preteso è insussistente; ma se troverà una norma che in qualche modo la contempli, dovrà, prima di dichiararla applicabile al caso, esaminare se essa determina effetti giuridici della stessa natura di quelli pretesi dalla parte: e solo nel caso affermativo, applicarla alla fattispecie concreta.

16. — La difficoltà che il giudice incontrerà in questa sua comparazione, sta in proporzione inversa colla precisione che il legislatore ha adoperato nell'esprimere gli estremi della fattispecie legale. Noto anzitutto che, mentre in questo Studio presuppongo sempre che siano date al giudice delle norme espresse, in relazione alle quali sia possibile quel lavoro di confronto sopra descritto, molte volte invece spetta al giudice trovare prima la norma che non è codificata, desumendola

da criterî analogici, o dai principî generali del diritto (61). Ma di questa operazione logica che il giudice deve compiere talvolta per trovare la norma da applicare, non intendo occuparmi qui, per non entrare in un tema vasto com'è quello della interpretazione della legge, che si compie per mezzo della scienza giuridica. L'operazione logica che io analizzo qui è solamente quella che il giudice compie nel giustapporre, per commisurarle tra loro, la fattispecie concreta colle fattispecie legali di tutte quelle norme, che il diritto scritto o altrimenti la scienza giuridica gli suggeriscono.

Può darsi, ciò premesso, che il giudice trovi alla prima una norma di legge, che contempla in modo indubitabile una fattispecie identica a quella concretamente accertata, ed è diretta a un effetto giuridico simile a quello preteso dalla parte: considerando le fattispecie contemplate da ogni norma di legge come vuoti modelli che devono essere riempiti col rapporto della vita pratica, può essere che il giudice trovi tra le norme di legge un modello che perfettamente combacia colla fattispecie concreta. In questo caso la applicazione del diritto al fatto è semplicissima, e la norma, per così dire, si applica da sè (62).

Ma può essere anche che la fattispecie legale sia indicata con estremi, i quali, nella scala dei concetti, appartengono a una classe più ampia e più generica di quella cui appartengono gli estremi della fattispecie concreta: talchè il giudice, per poter fare il paragone, debba concepire i fatti accertati con un criterio più astratto e più generale di quello con cui li aveva concepiti dapprima. Poniamo ad esempio che il giudice abbia accertato che fra A e B fu conchiusa una vendita, che A, venditore, consegnò la cosa a B, il quale però non pagò ad A, nel termine stabilito, il prezzo fissato, tantochè A chiede che il contratto sia risoluto. Per quanto il giudice diligentemente esamini ad una ad una tutte le norme del Codice civile, non ne trova alcuna la cui fattispecie legale sia la « vendita con inadempienza da parte del compratore », e la cui sanzione sia il diritto del venditore alla risoluzione del contratto. Per trovare la norma adatta al caso, occorre che il giudice concepisca la fattispecie concreta non come *vendita* e *inadempienza del compratore*, ma in modo più generico come *contratto bilaterale e inadempienza di una parte contraente*; e allora, in base all'art. 1165 Cod. civ., potrà accordare all'attore l'effetto giuridico preteso.

17. — Ma assai maggiori difficoltà nella funzione di confronto trova il giudice per i casi in cui la legge designa la fattispecie che essa

---

(61) Su tale operazione logica in relazione al tema da me trattato vedi WACH, *That- und Rechtsfrage*, pag. 9 e segg.; MENESTRINA, op. cit., pag. 42.

(62) BÜLOW, citato da HELLWIG, *Lehrbuch*, II, pag. 164.

comprende con parole la cui determinazione è rilasciata al criterio del giudice stesso. Insegna il PRESUTTI (63) che « le parole usate nelle norme giuridiche hanno o un significato speciale nel linguaggio tecnico giuridico, avendone uno diverso o nessuno nel linguaggio ordinario; oppure hanno un significato speciale in particolari linguaggi tecnici, significato che può essere uniforme o disforme nel linguaggio comune ». Orbene, ogni volta che la norma di diritto si serve, per designare gli estremi della fattispecie da essa supposta, di parole appartenenti al linguaggio giuridico, il cui significato è chiaro nella mente dell'uomo di legge (p. e. la parola « vendita »), la ipotesi della legge è definita in modo perfetto o può ridursi ad esser tale col solo sussidio della scienza del diritto; ma tutte le volte invece che la legge, nel descrivere gli estremi della fattispecie che essa contempla, si serve di parole prese dalla vita pratica in tutta la loro indeterminatezza, la norma, quantunque paia determinata, ha invece un campo di efficienza incerto, poichè designato con parole il cui significato varia nell'apprezzamento soggettivo, da persona a persona. In questi casi, che l'HELLWIG considera come una special categoria di *lacune* di legge (64), la norma, per indicare alcuno degli estremi della fattispecie, usa una parola il cui significato dovrà essere apprezzato e fissato dal giudice, il quale si può dire per tal modo chiamato a completare la legge, precisandone il presupposto. Il giudice, così, prima di procedere al confronto della fattispecie concreta colla fattispecie legale, dovrà render conto a sè stesso, non più come giurista, ma come uomo vivente nella società del suo tempo, della vera estensione e della vera qualità della fattispecie legale (65): operazione, che, almeno teoricamente, deve avere lo scopo di determinare la portata della legge in sè e per sè, indipendentemente da ogni relazione colla fattispecie concreta da decidere (66).

Guardiamo di classificare i casi (tanto più frequenti quanto più pro-

---

(63) *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica* in *Giur. it.*, 1910, IV, pag. 10 e segg., n. 24.

(64) *Lehrbruch*, II, pag. 164-165.

(65) V. ampiamente STEIN, op. cit., pag. 39 e segg., e specialmente sulla imprecisa designazione della fattispecie legale, pag. 41 e segg.

(66) Non esattamente, almeno dal punto teorico, afferma l'HOLDER (*Commentar zu allgem. Theil des B. G. B.* pag. 63, citato da DANZ, op. cit., pag. 204 nota 1) che è errata la distinzione tra interpretazione di legge e applicazione di legge (*Rechtsanwendung*), imperocchè, se la prima consiste nel cercare per quali casi valga la norma e la seconda nel cercare quale norma faccia al caso, queste due attività mirano alla risoluzione dello stesso problema, solo formalmente capovolto; la realtà è che la prima è una operazione astratta, sulla portata generale della norma, mentre la seconda ha sempre un riferimento concreto alla fattispecie accertata da decidere.

gredito è lo stato della legislazione) (67) in cui il nostro diritto positivo lascia al giudice il compito di integrare il concetto della fattispecie legale:

a) Se molte delle fattispecie che le norme presuppongono vengono dal legislatore designate per mezzo di parole giuridiche, il cui significato è al giudice noto con precisione o per via di definizioni legali o per via di scienza giuridica, spesso la fattispecie è indicata con parole a cui l'uso della vita comune attribuisce un significato sommamente variabile (68). Un esempio di questo fenomeno si può avere nel diritto penale, ove p. e. l'articolo 154 Cod. pen. stabilisce come aggravante del delitto di minaccia il fatto che esso sia commesso « con armi »; « arma » appunto, non è un concetto giuridico, ma un concetto della vita pratica (69). Ma di esempî simili se ne ha una quantità anche nelle leggi civili. Si parla in esse di « giuoco o scommessa » (Cod. civ. art. 1802); di « strade ferrate » (Cod. comm. art. 401); di « fiere e mercati » (Cod. comm. art. 2, 286, 871; Cod. civ. art. 709); di « macchine agricole e industriali » (Cod. comm. art. 773); di « navi » (Cod. comm. *passim*); di « bestiame » (Cod. civ. art. 1665 e 1667); di « industria » (Cod. civ. art. 1698); di « carreggiature » (Cod. civ. art. 1650); di « grani » (Cod. civ. art. 1660). E altrove la legge usa termini architettonici (Cod. civ. art. 1604); agricoli (Cod. civ. art. 1615, 1655, 1658, 1659, 1661); professionali (Cod. civ. art. 2139, 2140) etc. In tutti questi casi il significato della parola usata dalla legge non può essere precisato col solo sussidio della scienza del diritto, ma occorrerà che il giudice ricorra a criterî tecnici o della vita pratica, per mezzo dei quali potrà stabilire che cosa si intende colle espressioni usate dalla legge.

b) Un altro caso diverso dal precedente nella quantità, ma non nella qualità (70), si ha ogni qual volta la norma, nella designazione della fattispecie, pone come estremo la esistenza, in un fatto determinato, di un certo requisito, di un certo attributo, il quale non è conna-

---

(67) E' un fenomeno analogo a quello, per cui alle regole di prova legale va sempre più prevalendo il sistema del libero convincimento; cfr. STEIN, op. cit., pag. 40. Sulla determinatezza minuziosa delle leggi primitive che non lasciano al giudice nessun campo nella determinazione della fattispecie, e sul diminuire di essa colla evoluzione dello spirito giuridico, cfr. SEUFFERT, op. cit., pag. 17.

(68) STEIN, op. cit., pag. 43-44; SCHMIDT, op. cit., pag. 334 a), parla di « accertamento del significato di certe espressioni della legge, quando la legge designa la fattispecie con parole, cui usualmente si attribuisce un certo significato »; HELLWIG, *Lehrbuch* II, pag. 165 « casi in cui sono date norme in apparenza determinate, ma la specie del concetto usato dalla legge lascia di fatto indeterminati il contenuto e la portata della norma ».

(69) CAMMEO, *Commentario*, pag. 134.

(70) HELLWIG, *Lehrbuch* II, 165.

turato col fatto stesso e sensibile in modo uguale a tutti gli osservatori, ma è rimesso ad un giudizio personale dell'osservatore, che lo apprezza subiettivamente in base a criterî suoi proprî. Se, infatti, tra i presupposti della norma ha importanza decisiva non tanto il fatto, quanto p. e. il suo carattere di *illiceità, necessità, impossibilità,* il giudice dovrà volta per volta riempire questa parola della norma col concetto concreto che egli ha di ciò che è illecito, necessario, impossibile (71). Ipotesi di tale categoria sono frequentissime nella nostra legge: per limitarci solamente al Codice civile (72), troviamo ivi presupposte delle qualità dei fatti legali per intender le quali occorrono nel giudice criterî di varia natura:

criterî morali: (73) « violenza », « dolo » (art. 1038, 1108, 1113); « buon costume » (art. 849, 1065, 1122, 1160); « colpa » (art. 516, 1151-56, 1247, 1411, 1636, 1754, 1808-10, 1849); « negligenza » (art. 1152, 1412, etc.); « raggiri » (art. 1115, 1305); « timore reverenziale » (art. 1114); « frode » (art. 1235, 1422, 1720); « liceità » (art. 1698); « negligenza grave » (art. 1868); « diligenza » (art. 1414, 1931); « incompatibilità » (art. 2111); « gravità di eccessi e sevizie » (art. 150) (74); « errore di persona » (art. 105); « buon padre di famiglia » (art. 497, 526, 1224, 1615, 1671, 1808); « equità » (art. 1718); etc.;

criterî economici: « lesione oltre la metà » (art. 1529-1530); « diminuzione del valore » (art. 1501); « utile versione, vantaggio » (art. 1243, 1307, 1490, 1566, 1728, 1842); « spese voluttuarie » (art. 1491); « somma eccessiva » (art. 1803); « disordine degli affari » (art. 1442); « solvenza » (art. 1904); « sufficienza » (art. 1603);

criterî politici: « ordine pubblico » (art. 1122);

criterî logici: « verosimiglianza » (art. 1532); « impossibilità » (art. 849, 1065, 1161); « urgenza » (art. 1580, 1722); « conseguenza immediata » (art. 1229); « giusto motivo » (art. 1295);

criterî tecnici: « vizio di costruzione » (art. 1155, 1639); « concorrenza in commercio dello stesso genere » (Cod. comm. art. 372); « vizio che impedisce l'uso » (art. 1575, 1577, etc.).

---

(71) Hellwig, *Lehrbuch* II, pag. 165 « La legge dà una prescrizione, ma pone soltanto un concetto generale, mentre è omessa la più piena configurazione colla quale assume vita e importanza pratica »; Stein, op. cit., pag. 42; Schmidt, *Lehrbuch* pag. 335 b); Boyens, op. cit., III, pag. 153; Cammeo, *Comm.* pag. 25; Presutti, op. cit., n. 29.

(72) Nel Codice penale ad ogni passo si trova fatto riferimento alla qualità di *pericoloso, grave* etc. V. Presutti, l. c.

(73) Sulle decisioni del Supremo tribunale tedesco relative alla applicazione di tali concetti, v. Boyens, op. cit., III A, pag. 156 e segg.

(74) Boyens, op. cit., III, C, pag. 169.

E infine una quantità di altri criterî che non possono essere sistemati in gruppi, ma che implicano sempre un apprezzamento subbiettivo del giudice: « se esista una distanza tale da etc. » (art. 1905); se « un giuoco contribuisca all'esercizio del corpo » (art. 1803), etc.

18. — In tutti i casi sopra citati, in cui il giudice è chiamato in diversa misura a precisare e a completare la indicazione della fattispecie legale, egli in realtà non è libero di applicare a capriccio il concetto che a lui meglio talenta; il legislatore, siccome sa che certi concetti variano col variare delle condizioni sociali, e che, p. es., si reputa oggi lecito ciò che ieri non era tale, possibile ciò che ieri si riteneva impossibile, ha preferito, ove nelle fattispecie faccia riferimento a cotali concetti variabili, lasciare indeterminato il concetto stesso, affidando al giudice di colmare caso per caso tale indeterminatezza con quel concetto preciso, che, nel momento in cui giudica, corrisponde, nella coscienza generale, alla parola adoprata dalla legge.

Il giudice, quindi, non è libero in tale operazione, ma ha il preciso e tassativo dovere di ricercare che cosa, in quel momento, significhi nella società in cui vive quella tal parola usata dal legislatore; da tale ricerca egli ritrarrà una massima generale (ancora una *massima di esperienza*), colla quale integrerà e preciserà la norma di legge, procedendo poi al definitivo paragone della fattispecie legale così precisata colla fattispecie concreta (75).

Poniamo che il giudice sia in procinto di paragonare colla fattispecie accertata quella supposta dall'articolo 1491 Cod. civ. che è così indicata: « se il venditore ha venduto in mala fede il fondo altrui ». In questa fattispecie è adoperata la parola « venditore » che corrisponde ad un preciso concetto giuridico e che il giudice non ha bisogno di interpretare; ma sono usate anche le espressioni « mala fede » e « fondo ». Per afferrare a pieno la portata di questi due concetti, il primo dei quali corrisponde alla classe *b*, e il secondo alla classe *a* del numero precedente, occorre che il giudice si domandi: « Quali requisiti, secondo la coscienza morale generale, deve avere oggi un atto, per esser ritenuto *in mala fede*? ». E da tale indagine ritrarrà la risposta: un atto è in mala fede se ha i requisiti a, a', a''. E poi: « Che cosa si intende

---

(75) Il RANELLETTI, op. cit., n. 235 (pag. 373-374) designa tutti questi casi come esempî di libertà del giudice della *questione di fatto*, in quanto si tratta di accertare certi stati di fatto con apprezzamento subbiettivo. Mi pare che dal modo col quale ho profilato l'essenza di questa operazione, appaia come essa non è la risoluzione di una sola questione di fatto, sibbene la risoluzione di una questione di diritto (che cosa significa la parola che in questa norma è usata?) e di una questione di fatto (si verifica nel caso lo stato di fatto corrispondente a ciò che quella espressione della norma significa?).

oggi, secondo l'uso commerciale ed agricolo, per *fondo?* ». E da tale indagine ritrarrà la risposta: fondo è un bene fornito dei requisiti b, b', b". Allora la fattispecie, indicata nel modo visto dall'art. 1491, si trasformerà nella mente del giudice in quest'altra: « Se il venditore ha venduto nelle circostanze a, a', a" un bene altrui che risponde ai requisiti b, b', b" » etc.

Quando così si profili questo momento della attività del giudice, appare che non è il caso di parlare per esso di un *potere discrezionale*, nel senso in cui questa espressione viene usata nel diritto amministrativo. Si può, se mai, parlare di una *discrezionalità tecnica* (76); ma certo non è accettabile la teoria del SEUFFERT (77), il quale insegna che « quel *plus* di attività, che produce nel giudice la applicazione delle norme di diritto meno concrete in confronto coll'applicazione delle norme più concrete, si chiama *discrezionalità del giudice* (*richterliches Ermessen*) »; e che in base a ciò distingue come manifestazioni dello stesso fenomeno una discrezionalità del giudice che ha per scopo di concretare la fattispecie ipotizzata, e una discrezionalità che ha per scopo di concretare la conseguenza giuridica (78). Se *discrezionalità*, fenomeno attinente alla *volontà* e non all'intelligenza (79), può vedersi nel secondo caso, relativo alla determinazione dell'effetto giuridico, nel quale il giudice è in un certo senso arbitro della decisione da darsi al caso concreto, di discrezionalità non si può certo parlare quando l'attività del giudice mira esclusivamente, anzichè a decidere, a integrare e dichiarare la norma giuridica, sotto la guida di regole che non sono scritte nel diritto positivo, ma che sono vive nella coscienza dei consociati.

§ 6. — **Interpretazione dei negozî giuridici.**

19. —Un argomento difficile ed interessante, — al quale mi riprometto di dedicare studio più profondo e più ampio di quello, che, al solo scopo di render compiuto il quadro dell'attività logica del giudice, mi è qui consentito, — è quello della interpretazione in giudizio dei negozî giuridici.

---

(76) CAMMEO, *Commentario*, pag. 25 e 333. Contro il concetto del CAMMEO, PRESUTTI, op. cit., n. 27.

(77) Scritto citato, *passim*. Sul potere discrezionale del giudice, v. anche STIER SOMLO, *Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung* in *Staatsrechtliche Abhandlungen, Festgabe für P. Laband* (Tubingen, 1908), vol. II, pag. 445, le cui idee fondamentali sono riassunte da PRESUTTI, op. cit., nota 23.

(78) Ibidem, pag. 4.

(79) CAMMEO, *Comm.*, pag. 134.

Si ha nel diritto privato un largo campo, entro il quale la legge non interviene a determinare in precedenza quello che deve essere l'effetto giuridico dei rapporti ai quali i singoli daranno vita, ma rimette alla volontà dei singoli la determinazione concreta di questo effetto, contentandosi di comandare che in questi campi la conseguenza giuridica sia perfettamente conforme alla volontà delle parti legittimamente dichiarata (p. e. contratti, testamenti). Ora, quando in giudizio sia controverso il significato da darsi alla dichiarazione colla quale alcuno ha espresso la sua volontà giuridica, il giudice è chiamato a compiere una attività di *interpretazione,* la quale manca del tutto in quei giudizî, ove oggetto di controversia sia, non una dichiarazione di volontà giuridica, ma un qualsiasi altro fatto materiale, come potrebbe essere p. e. un fatto illecito. Ora si domanda: qual'è la natura di questa attività? Rientra essa nell'accertamento del fatto o nella applicazione del diritto? O, piuttosto, è un'attività a sè, che ha caratteri proprî? Riassumiamo in proposito le due teorie estreme che si contendono il campo in questo tema.

20. — Si ritiene da alcuni che la interpretazione dei negozî giuridici sia essenzialmente una questione di fatto (80). Simile opinione (conseguenza nel campo processuale della cosiddetta *teoria della volontà* o *teoria volitiva* nel campo del diritto sostanziale) (81) sostiene che scopo della interpretazione dei negozî giuridici può essere soltanto quello di accertare quale sia stata la intima volontà, la intenzione di coloro che hanno dato esistenza a tale negozio, ossia di accertare un fatto, sia pure un fatto interno e spirituale, com'è quello della volontà. La volontà, peraltro, come fatto dello spirito, non è suscettibile di essere verificata direttamente dai sensi dell'osservatore: unico mezzo, col quale la volontà si manifesta nel mondo esterno e attraverso il quale può essere argomentata la sua esistenza, è quello indiretto della *dichiarazione,* la quale quindi è semplicemente un *indizio* esteriore della volontà interiore. La interpretazione di una dichiarazione di volontà non consisterebbe dunque che in un ragionamento per via di presunzione, che dal fatto noto della dichiarazione fa risalire il giudice al fatto ignoto della volontà: ossia sarebbe un accertamento di fatto (82).

---

(80) Il sostenitore di questa opinione che ne accetta tutte le conseguenze è il Rocholl; con qualche restrizione, anche lo Schmidt, *Lehrbuch,* pag. 798; Hellwig, *Lehrbuch* II, pag. 143-144; Weismann, *Lehrbuch,* pag. 442.

(81) Un esauriente riassunto del contrasto dottrinario tra la *teoria della volontà* e la *teoria della dichiarazione* si trova in Ferrara, *Della simulazione dei negozî giuridici* (Milano 1909, 3ª ed.) Introduzione, pag. 1-34.

(82) Rocholl, op. cit., pag. 311-312. Contro, specialmente su questo punto, Stein, op. cit., pag. 45 e 130; Danz, op. cit., pag. 59 e ampiamente pag. 196 e segg.; Bolze, op. cit., pag. 428; Boyens, op. cit., pag. 182.

Di fronte a questa opinione, un'altra corrente, riassunta specialmente dal DANZ (83), muove dalla *teoria della dichiarazione* del diritto sostanziale, ed afferma che l'interpretazione di una dichiarazione di volontà non deve aver riguardo al fatto della intima volontà che abbia potuto guidare il dichiarante, ma deve soltanto spiegare che cosa quella esterna dichiarazione oggettivamente significherebbe se fosse stata rilasciata da un uomo normale; e in modo corrispondente a tale significato determinare l'effetto giuridico (84). Non dunque si tratta dell'accertamento di un fatto, ma della spiegazione del *significato* di una volontà giuridica, procedimento del tutto analogo a quello con cui l'esegeta interpreta il significato della legge: dire che l'interpretazione di una dichiarazione negoziale è un accertamento di fatto, perchè mira ad accertare il fatto della volontà delle parti, equivarrebbe a sostenere che la interpretazione della legge è un accertamento di fatto, perchè mira ad accertare il fatto della volontà del legislatore (85). Ma vi è di più: che quando siamo dinanzi ad una dichiarazione di volontà giuridica disponente in un campo in cui la legge lascia libera facoltà alle parti di determinare gli effetti giuridici di un negozio, colla interpretazione della dichiarazione di volontà viene senza altro ad essere stabilito qual'è l'effetto giuridico che nel caso deve prodursi, senza ulteriore attività di applicazione della norma di legge. Quindi non solo la interpretazione delle dichiarazioni di volontà giuridica non è un accertamento di fatto, ma essa è *senz'altro* applicazione di diritto (86).

21. — Nè l'una opinione nè l'altra si salva da critica. Certo è, anzitutto, che non si può confondere l'interpretazione della volontà giuridica coll'accertamento del fatto, poichè quella, quantunque nel diritto positivo si trovi talvolta accennato a una « indagine sulla intenzione » (87), non mira giammai — all'infuori dei casi in cui si voglia provare un conflitto tra volontà e dichiarazione di volontà — ad accertare

---

(83) Ritengono che l'interpretazione dei negozî giuridici sia una questione di diritto il BOLZE nello scritto già citato, e in uno scritto posteriore (*Zur Reform des Rechtsmittels der Revision*, in *Archiv. f. d. civ. Prax.*, vol. 84°, 1901, pag. 385) ove è proposta una modificazione in questo senso alla *C.P.O.* tedesca (pag. 373); STEIN, op. cit., pag. 130 e segg. Sull'argomento v. anche gli scritti di PETERSEN (« Deut. Jur. Zeitung. », vol. 4, pag. 281) e FISCHER, *Die Reform des Rechtsmittels der Revision* (in *Jhering Jahrbücher f. die Dogmatik d. b. Rechts*, vol. 38).

(84) Specialmente STEIN, op. cit., pag. 131; DANZ, *passim.* e pag. 198.

(85) DANZ, op. cit., pag. 198.

(86) DANZ, op. cit., pag. 58 e *passim.* Contro questa concezione v. HELLWIG, *Lehrbuch* II, § 89.

(87) DANZ, op. cit., pag. 199. V. art. 1131 Cod. civ.; § 133, *B. G. G.* tedesco.

un fatto, sibbene a spiegare il significato giuridico di un fatto accertato. Che l'interpretazione dei negozî giuridici non miri all'accertamento di un fatto, vien confermato dalla opinione unanime secondo la quale le norme di interpretazione contenute nella legge (Codice civile 1131, 1139) appartengono al diritto sostanziale e non al diritto probatorio, nè sono paragonabili alle presunzioni legali relative (88); come dall'altra opinione ugualmente concorde, secondo la quale non sono ammissibili mezzi di prova volti ad interpretare una dichiarazione di volontà (89). L'accertamento di fatto è compiuto e si arresta quando il giudice, col procedimento mentale a suo tempo analizzato, ha stabilito qual'è materialmente la dichiarazione di volontà giuridica che occorre interpretare; per giungere a questo resultato il giudice sarà passato attraverso i diversi gradi dell'operazione di accertamento del fatto, interpretando e valutando i resultati della prova; ma questa operazione logica lo avrà portato soltanto ad accertare *storicamente* se e come è avvenuto il fatto della dichiarazione, non a decidere *dialetticamente* che cosa quella dichiarazione significa (90).

Fin qui, dunque, d'accordo col Danz (91). Senonchè più non lo seguo, quando, continuando il suo ragionamento, istituisce un confronto tra il caso in cui la fattispecie accertata in giudizio sia una dichiarazione di volontà giuridica e quello in cui sia invece un altro fatto qualsiasi, non contenente alcuna dichiarazione di volontà. Nel secondo caso, egli dice, il giudice non deve fare altro che applicare alla fattispecie accertata la norma di legge appropriata, e l'effetto giuridico è senz'altro raggiunto: nel primo caso, invece, il giudice non deve applicare alcuna norma di legge, ma deve soltanto rendersi conto del significato giuridico della dichiarazione di volontà e stabilire in conformità l'effetto giuridico. Cosicchè, quella determinazione della conseguenza giuridica che in un caso è data dall'applicazione della norma, nell'altro è data dall'interpretazione della dichiarazione di volontà: ossia, in altri termini, applicazione della norma e interpretazione della dichiarazione di volontà sono attività parallele ed equivalenti, che por-

---

(88) Sulla natura sostanziale delle regole di interpretazione, le quali non sono nè regole di apprezzamento di prova, nè presunzioni legali, v. specialmente Danz, op. cit., pag. 49; Wach, *That- und Rechtsfrage*, pag. 26; Bolze, op. cit., pag. 423 e segg.

(89) Bolze, op. cit., pag. 423 e segg.

(90) Non bisogna confondere la interpretazione della prova colla interpretazione della dichiarazione di volontà provata: la prima mira a spiegare qual fatto si deve ritenere accertato, la seconda mira a spiegare qual'è l'effetto giuridico che, dalla dichiarazione di volontà ormai accertata, possa argomentarsi voluto.

(91) V. pag. 41-42, specialmente § 5.

tano ambedue *immediatamente* alla determinazione dell'effetto giuridico.

Orbene, l'errore sta appunto, secondo il mio modesto avviso, nell'identificare le due suddette attività e nel credere che, quando la fattispecie accertata è una dichiarazione di volontà giuridica, il giudice possa, colla sola interpretazione di essa, giungere a determinare l'effetto giuridico e quindi compiere la sua sentenza, *senza bisogno di applicare al fatto la norma del diritto oggettivo.*

Secondo me, invece, l'interpretazione della dichiarazione di volontà giuridica non occupa il posto che in altri casi, quando la fattispecie accertata non è una dichiarazione di volontà, è occupato da quell'attività che si dice applicazione della norma di diritto al fatto, ma è un *plus* speciale, che il giudice deve compiere dopo aver terminato l'accertamento del fatto e prima di iniziare la applicazione del diritto al fatto (o sussunzione), che anche qui, come in ogni processo, è necessaria. Non è vero che l'effetto giuridico derivi senz'altro dall'interpretazione della dichiarazione di volontà, per forza propria ed immediata di questa; l'effetto giuridico non deriva già dalla volontà del dichiarante, ma dalla legge, la quale riconosce e sanziona tale volontà. Dire che la volontà contrattuale diventa « legge » per le parti, è soltanto un meschino giuoco di parole; e pare perfino impossibile che esso abbia potuto servire ad alcuno per sostenere in Francia ed in Italia che la Corte di Cassazione, istituita per reprimere le violazioni della legge, deve potere anche giudicare delle violazioni della « legge contrattuale » (92): in realtà, però, quantunque non manchi anche in Germania chi afferma che la volontà delle parti crea nei negozî giuridici un vero diritto oggettivo (93), certo è che quando l'art. 1123 Cod. civ. raccoglie il precetto, già formulato nelle XII Tavole, che « i contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti », o quando altre norme dispositive sanciscono la libertà giuridica delle parti, esse significano, non che l'effetto giuridico, nei campi rilasciati alla disposizione dei privati, abbia a derivare *immediatamente* dalla loro dichiarazione di volontà, ma che la legge, unica fonte di effetti giuridici, pro-

---

(92) Su questo giuoco di parole che ha dato luogo a qualche decisione favorevole alla interpretazione dei contratti in sede di Cassazione, v. FAYE, op. cit., n. 167 e segg.; CREPON, op. cit., vol. III, n. 316 e segg. Anche in Italia la questione ha avuto lungo dibattito, per la questione del cosidetto « travisamento »; dottrina e giurisprudenza relative a questo punto trovansi per ultimo riassunte da VENZI (nel *Dizionario di Diritto Privato* di SCIALOIA e BUSATTI, voce « Cassazione », n. 25).

(93) Questa concezione del BÜLOW (*Geständnissrecht*, 1899) e del DANZ, è confutata in modo esauriente dal HELLWIG, *Lehrbuch* II, § 89 (*Gesetz und rechtsgeschäftliche Bestimmung*), pag. 142 e segg. e note.

mette fin da ora di dare effetto e riconoscimento alle dichiarazioni di volontà, le quali, in sè stesse, senza riconoscimento della legge, non avrebbero efficacia alcuna. Poichè sarebbe impossibile prevedere nel Codice tutte le diverse conformazioni che potrà assumere la volontà delle parti nelle svariate contingenze della vita e per ciascuna stabilire in modo specifico la conseguenza giuridica, il legislatore ha in antecedenza *firmato in bianco* le dichiarazioni che le parti rilasceranno entro certi confini; ma la firma, che a suo tempo darà valore obbligatorio alla dichiarazione, è sempre quella del legislatore, non mai quella delle parti (94).

Posta questa premessa di carattere sostanziale, ne deriva la conseguenza processuale che il giudice, anche quando la fattispecie concreta è costituita da una dichiarazione di volontà, non otterrà l'effetto giuridico colla sola interpretazione di essa, ma dovrà, dopo averla interpretata, darle la qualifica giuridica che le spetta e operarne quindi la sussunzione sotto la norma di legge (95); se troverà così una norma di legge (p. e. l'art. 1123 Cod. civ.) che ipotizzi una fattispecie simile a quella accertata e disponga che per essa la conseguenza giuridica dev'essere conforme alla volontà dichiarata, allora, ma soltanto allora, e soltanto per quest'ultimo procedimento di applicazione del diritto al fatto, il giudice potrà giungere a dare una decisione conforme all'effetto giuridico voluto dal dichiarante, la quale decisione non sarebbe invece conforme alla dichiarazione tutte le volte che il diritto oggettivo interviene, colle norme cosiddette *dichiarative* (96), a regolare direttamente conseguenze che le parti nella loro dichiarazione non hanno preveduto, o addirittura si rifiuta (p. e. nel caso di negozî contrarî al buon costume) di riconoscere l'effetto voluto dalle parti.

Per riassumere, dirò dunque che la interpretazione in giudizio dei negozî giuridici non è un accertamento di fatto, perchè non mira ad accertare che cosa è avvenuto, ma qual significato ha una dichiarazione accertata; non è applicazione di diritto al fatto, perchè non è idonea ad ottenere immediatamente un effetto giuridico, il quale, anche

---

(94) HELLWIG, l. c.; STEIN, op. cit., pag. 132.

(95) Che la interpretazione di una dichiarazione di volontà non sia lo stesso che la sua qualifica giuridica, è dimostrato dal fatto che anche chi nega che la cassazione o la revisione possa seguire per falsa interpretazione del contratto, la ritiene invece ammissibile per falsa qualifica giuridica del contratto: v. MATTIROLO, *Trattato* IV, n. 1045; VENZI, op. cit., pag. 779; WEISMANN, pag. 442; SCHMIDT, pag. 799 (il quale parla di « unrichtige Auffassung eines Rechtsgeschäfts ») etc.

(96) Sulle norme di legge *dichiarative* o *suppletive*, v. LESSONA, *Prove*, V, n. 100; HELLWIG, *Lehrbuch* II, pag. 145 e segg.; BOYENS, op. cit., pag. 191; STEIN, op. cit., pag. 130; v. anche gli scritti di STAMMLER e di BÜLOW in *Archiv. für civ. Praxis*, vol. 64 e 69.

qui, si può avere soltanto quando la dichiarazione interpretata venga messa a confronto colle norme del diritto oggettivo, per vedere se essa rientra nel campo della libera disponibilità delle parti; è un'attività tecnica, nella quale il giudice è guidato da criterî di esperienza (alcuni del quali, raccolti dal diritto positivo, costituiscono le regole legali di interpretazione) (97) e che serve al giudice in parte a mettere in luce gli estremi della fattispecie, e principalmente poi a colmare, come diremo nel numero seguente, la indeterminatezza della norma, in ciò che si riferisce alla indicazione dell'effetto giuridico.

§ 7. — Determinazione dell'effetto giuridico.

22. — Quando, per mezzo del confronto tra la fattispecie concreta e le diverse fattispecie legali presupposte dalle singole norme, il giudice sia giunto a trovare una norma che contempli, agli effetti pretesi dalla parte, un caso identico a quello accertato nel fatto, egli ha ormai definitivamente pronti gli elementi della sua sentenza e più non gli resta che pronunciare nel caso concreto quell'effetto giuridico che la norma in via generale pone per tutte le fattispecie di una certa categoria. Se la legge stabilisce che, ove si verifichi una fattispecie fornita di certi estremi, deve prodursi una certa conseguenza giuridica, quando il giudice ha accertato in fatto l'esistenza di tali estremi, ha anche insieme accertato che la volontà astratta della legge si è nel caso speciale fatta concreta, ed in tal senso deve decidere. Qui dunque il giudice, colla semplice conclusione di un sillogismo del quale nelle precedenti operazioni ha preparato le due premesse, può senz'altro rispondere al problema che la parte gli ha posto; questa, in verità, è una operazione assai semplice, alla quale, a dir del Danz, non occorre la mente di un giurista, ma basta l'intelligenza di un fanciullo (98): ed in questo semplice giuoco logico, nel quale il giudice non è più libero di foggiare una conclusione diversa da quella già contenuta nelle premesse, consiste tutto quel *sillogismo giudiziale*, al quale vien ridotta di solito la

---

(97) Le regole di interpretazione dei contratti, colle quali il legislatore ha dato forza di legge a delle *massime di esperienza*, come è avvenuto per le regole di prova legale e per le presunzioni legali, sono norme come tutte le altre, e quindi la loro violazione può essere denunciata in Cassazione. Eppure si è affermato a più riprese che la loro violazione non costituisce errore di diritto, perchè il giudice è libero di applicarle o non applicarle! V. in questo senso Mattirolo, *Trattato* IV, n. 1043 e giurisprudenza ivi: e, per la revisione germanica, Rocholl, op. cit., pag. 312; Stahl, op. cit., pag. 147. Contro Mortara, *Comm.*, IV, pag. 558: e, per la revisione Danz, op. cit., pag. 107, e Schmidt, *Lehrbuch*, pag. 442 che ammettono la revisibilità di una sentenza che violi una regola di interpretazione di un contratto.

(98) Pag. 204; v. anche Menestrina, op. cit., pag. 41.

genesi logica della sentenza, da chi si limita ad indagare quello che di essa è soltanto il prodotto finale.

In quest'ultima fase dell'attività mentale del giudice all'elemento *logico*, che finora ha dominato unico nella formazione della sentenza, si aggiunge e prevale l'elemento *imperativo*, che diversifica la conclusione del giudice dalla conclusione di qualsiasi altro cittadino, e che dà ad essa il suggello pubblico di « sentenza » (99). Ma non sempre quest'ultima fase è così semplice da potersi ridurre a una semplice automatica pronuncia di una conclusione contenuta in due premesse già fissate; e molte volte è anche per essa necessario un certo lavoro logico, poichè molte volte la norma non enuncia in modo preciso e tassativo quale conseguenza giuridica deve seguire al verificarsi della fattispecie ipotizzata, ma ne rilascia al giudice la più esatta formulazione. Se il giudice trova nella fattispecie concreta un testamento con una disposizione per l'anima espressa in modo generico, deve semplicemente, in forza dell'art. 831 Cod. civ., dichiararne la nullità. Ma vi sono dei casi in cui la legge non stabilisce in modo così preciso e tassativo quale sia l'effetto giuridico che deriva da una certa fattispecie: accenniamo brevemente a questi casi.

23. — Per certe norme di legge, una volta stabilito che si verifica nel caso la fattispecie da esse prevista, la conseguenza giuridica non può essere che una; ma per molte altre norme avviene invece che il legislatore non ha detto fin da principio quale deve essere l'effetto giuridico di una certa fattispecie, ma ha lasciato al giudice l'ufficio di meglio determinarlo caso per caso, tenendo presenti certi concreti elementi variabili, estranei al testo della norma.

a) Il primo di questi casi si verifica quando la fattispecie concreta è una dichiarazione di volontà giuridica, in uno di quei campi che la legge lascia aperti alla privata disposizione. Qui la norma di legge, sotto la quale il giudice attrae la fattispecie, stabilisce semplicemente che l'effetto giuridico che deriva da tale fattispecie dev'essere conforme a quello stabilito nella dichiarazione di volontà emessa dai privati: così il giudice, per definire quello che in concreto deve essere l'effetto giuridico, non può limitarsi a tener conto della norma, ma deve riem-

---

(99) MENESTRINA, op. cit., pag. 27 e segg.; HELLWIG, *Lehrbuch* II, pag. 163. L'elemento logico e l'elemento imperativo possono anche derivare alla sentenza da due diversi organi, fenomeno caratteristico dell'antico processo tedesco e oggi in parte realizzato nella istituzione dei giurati. V. MENESTRINA, op. cit., pag. 35, e sull'argomento lo studio di BÜLOW, *Das Ende des Aktenversendungsrechts* (*Archiv f. die civ. Praxis*, vol. 65, 1882, pag. 1).

pire la norma, simile a « vuota cornice » (100), coll'effetto giuridico indicato in qualità e quantità della dichiarazione privata: e la norma, così integrata e specializzata, dichiarare nella sua sentenza.

b) Fenomeno a questo somigliante si ha in quelle norme che stabiliscono che la conseguenza giuridica, da esse determinata nella *qualità,* debba essere concretata nella sua *quantità* in base a criterî tecnici o economici generali indicati dalla legge, o in base a un criterio di proporzionalità tecnica o economica con un elemento della fattispecie. Ciò avviene, p. e. tutte le volte che la conseguenza giuridica consiste nell'obbligo di riparare un danno, per mezzo di un risarcimento adeguato all'entità della lesione; così quando il valore della prestazione, alla quale la conseguenza giuridica obbliga alcuno, è valutato in base al « prezzo dei pubblici mercati » (Cod. civ. art. 1287); o in base al « prezzo medio » (Cod. civ. art. 1564); o secondo « il giusto prezzo » (Cod. comm. art. 38, 60); o secondo il « valore corrente » (Cod. comm. art. 81); o « prezzo corrente » (Cod. comm. art. 383); o « corso del cambio » (Cod. comm. art. 39). Così anche per le prestazioni alimentari da somministrarsi in « proporzione del bisogno di chi le domanda e delle sostanze di chi deve somministrarle » (art. 143 Cod. civ.), per le « spese funebri secondo gli usi » (Cod. civ. art. 1956), per la forma di una servitù controversa (art. 620 Cod. civ.) etc.

c) Si hanno poi alcune norme che, pur precisando l'effetto giuridico nella sua *qualità,* rilasciano la valutazione della sua *quantità* al giudice, senza però indicargli quali sono le regole alle quali deve ricorrere in tale valutazione (come nel caso precedente sarebbe, p. e. la indicazione del « prezzo corrente »), ma rilasciando piena libertà al suo criterio soggettivo di equità e di convenienza. Esempio tipico di questo fenomeno è l'art. 1224 Cod. civ. secondo il quale la conseguenza giuridica, posta dall'articolo stesso, si deve applicare « con maggiore o minor rigore » secondo i casi. Così anche per l'art. 1143 Cod. civ. la autorità giudiziaria può « moderare la valutazione dei danni... secondo le circostanze »; per l'art. 1746 Cod. civ. le conseguenze della responsabilità derivante da mandato gratuito sono applicate « *meno rigorosamente* che nel caso contrario »; per l'art. 656 Cod. civ. l'autorità giudiziaria deve determinare la misura della prestazione « tenuto il debito conto delle circostanze »; e simili prescrizioni si hanno negli art. 1173 e 1827 Cod. civ., 64 Cod. comm., etc. (101).

---

(100) L'espressione è di Bülow: v. Hellwig, *Lehrbuch* II, pag. 144.

(101) Fenomeno perfettamente simile avviene nel diritto penale, quando la legge stabilisce un massimo ed un minimo di pena, lasciando il giudice libero entro quei limiti: Cod. pen., art. 13 e segg.; 24, 47 e segg.; 50 e segg.; 53 e segg.; 61 e segg.; 80 e segg., etc.

d) Vi è finalmente un gruppo di norme le quali: o nello stabilire qual'è l'effetto giuridico, lasciano al giudice la facoltà di non applicarlo; oppure enumerano per una stessa fattispecie diversi effetti giuridici, lasciando al giudice la facoltà di scelta; o, finalmente, lasciano addirittura imprecisato l'effetto giuridico, rimettendone interamente la determinazione al criterio del giudice. Sono questi i molteplici casi in cui il giudice deve giudicare « secondo equità », o « secondo le circostanze », o « secondo la opportunità e la convenienza », o ha facoltà di « provvedere altrimenti per giusti motivi ». Esempio tipico di effetto giuridico stabilito dalla legge, ma applicabile o no secondo il criterio del giudice, si trova nell'art. 1165 Cod. civ., per il quale, nella risoluzione di un contratto bilaterale civile, quantunque l'attore abbia diritto alla risoluzione, « può essere concessa al convenuto una dilazione secondo le circostanze ».

Disposizioni analoghe si hanno negli art. del Cod. civ. 499 capoverso, 525, 569 capoverso 2°, 681 capoverso 2°, 682, 859, 984 capoverso, 1617 capoverso 2°, 1735 capoverso, 1860 capoverso; e 370 Cod. proc. civ., etc.

Molteplici sono poi i casi in cui la legge lascia al giudice il compito di scegliere tra diverse conseguenze giuridiche quella che più si adatta alle circostanze: p. e. per l'art. 516 Cod. civ. capov. l'autorità giudiziaria può a sua scelta « secondo le circostanze »: 1°. ordinare che l'usufruttuario debba dar cauzione; 2°. che i beni siano affittati; 3°. che siano posti sotto amministrazione a spese di lui; 4° o dati in possesso al proprietario. Lo stesso avviene per gli articoli 154 e 699 Cod. civ.

Finalmente si hanno molteplici casi in cui il giudice ha libertà di determinare da sè i provvedimenti che più crede opportuni: art. 221 Cod. civ., in cui l'autorità giudiziaria provvede « nel modo più conveniente »; art. 678 capoverso 2° Cod. civ., in cui l'autorità giudiziaria può dare « gli opportuni provvedimenti »; art. 544 Cod. civ., in cui il provvedimento del giudice « deve conciliare l'interesse dell'agricoltura e della industria coi riguardi dovuti alla proprietà »; art. 578 Cod. civ., in cui l'autorità giudiziaria deve « conciliare nel modo più equo i riguardi dovuti ai diritti di proprietà ».

24. — A prescindere dai casi contemplati alle lettere *a*) e *b*), nel primo dei quali il giudice deve esclusivamente conformare la conseguenza giuridica a quell'elemento indipendente dal suo apprezzamento, che è la *volontà delle parti,* e nel secondo deve riferirsi a un dato variabile nel tempo, ma sicuro caso per caso (per esempio al « prezzo corrente » variabile nei giorni secondo le fluttuazioni del mercato, ma certo in quel giorno determinato che il giudice deve aver di mira nella

decisione), nei casi contemplati sotto le lettere *c*) e *d*), in cui l'effetto giuridico deve essere determinato o nella sua *quantità*, o addirittura nella sua *qualità*, da criterî di opportunità e convenienza proprî al giudice, siamo dinanzi ad un fenomeno che con molta approssimazione può essere paragonato alla *discrezionalità* amministrativa. Non si tratta qui, come nei casi esaminati al n. 18, di integrare la fattispecie legale col prendere dalla vita reale la precisa nozione corrispondente alle imprecise parole usate dalla norma, ma di volere o non volere una certa conseguenza giuridica, di prendere o non prendere un certo provvedimento, di integrare la norma nel suo momento dispositivo e sanzionatore, cioè nella sua volontà. Ogni qual volta la legge fa riferimento alla equità, alla opportunità, alla convenienza, il giudice non ha più tanto l'ufficio di salvaguardare dei veri diritti soggettivi, quanto piuttosto dei semplici interessi, forse in opposizione a quelli (102). Onde il RANELLETTI, il quale parla a questo proposito di « attività libera » del potere giurisdizionale, ritiene anzi che in simili casi il giudice « non compie più una funzione puramente giurisdizionale, ma una funzione *anche* legislativa, ponendo anzitutto la norma giuridica pel caso concreto » (103).

Ma non si deve credere neppure in questo caso che il giudice possa decidere come più gli aggrada e che discrezionalità equivalga a capriccio (104); imperocchè in questo giudizio di opportunità e di equità il giudice deve essere guidato da quei criterî di ragione e di esperienza, che la sua coscienza deve attingere dalla coscienza giuridica e morale del popolo di cui egli fa parte (105).

§ 8. — Conclusione.

25. — Dall'analisi dell'operazione logica che il giudice compie da quando le parti gli sottopongono il problema giuridico fino a quando egli vi risponde, si può dedurre che tale attività può teoricamente scindersi nelle fasi seguenti, indicate per ordine cronologico.

Esame preliminare sulla rilevanza dei fatti; interpretazione delle

---

(102) CAMMEO, *Comm.*, pag. 15.

(103) Pag. 256 e pag. 375-377. Ma non distingue in modo netto la libertà rilasciata al giudice nella ricerca della fattispecie legale da quella nella determinazione dell'effetto giuridico.

(104) SEUFFERT, op. cit., pag. 7; STEIN, op. cit., pag. 42.

(105) SCHMIDT, *Lehrbuch* 335 *c*). Di un potere discrezionale nel giudice fanno parola anche CHIOVENDA, *Nuovi saggi di diritto processuale*, pag. 187; FAYE, op. cit., n. 166; STAHL, op. cit., pag. 96; STEIN, op. cit., pag. 135.

resultanze della prova; valutazione di queste resultanze; costruzione della fattispecie concreta in base ai singoli giudizî di fatto, e qualifica giuridica di essa; comparazione della fattispecie accertata colle fattispecie legali; determinazione dell'effetto giuridico. A parte, come attività riservata ai soli casi in cui la fattispecie concreta è costituita da una dichiarazione di volontà giuridica, deve considerarsi la interpretazione dei negozî giuridici, alla quale il giudice procede durante la fase di costruzione della fattispecie e principalmente durante la fase ultima di determinazione.

26. — In tutti questi momenti, attraverso i quali passa successivamente il giudice nel formare la sua sentenza, gli strumenti del suo ragionamento consistono esclusivamente in giudizî logici, i quali possono ridursi a due grandi categorie: alcuni sono giudizî astratti, di contenuto generale, enunciati in modo tale da valere anche per il futuro, quante volte si produca un certo avvenimento di fatto; altri sono giudizî concreti, di contenuto singolare, che affermano la esistenza o il modo di essere, storicamente verificato, di qualche avvenimento, collocato nel tempo e nello spazio. Questi sono giudizî relativi ai *singoli fatti* che hanno importanza nel processo, quelli invece sono *norme di legge,* che stabiliscono un effetto giuridico da valere ogni volta che la loro ipotesi si verifichi, o *massime di esperienza,* che, secondo la definizione dello Stein, (il quale principalmente ha contribuito ad *isolarle* e a mostrarne la importanza nel campo processuale) consistono in definizioni o giudizî ipotetici di contenuto generale, ottenuti dall'esperienza dei fatti, ma indipendenti dai casi singoli dalla cui esperienza son tratti, e all'infuori dei quali essi pretendono di valere anche per casi ulteriori (106). Queste due classi di giudizî, generali ed ipotetici i primi, singolari e positivi i secondi, hanno, in quel lavoro di ragionamento dal quale la sentenza ha origine, una diversa funzione; si è visto che tale lavoro non si esaurisce, come troppo semplicemente si afferma da alcuno, in un unico sillogismo, ma consta di una catena di sillogismi, che

---

(106) Stein, op. cit., pag. 21. Le massime di esperienza si distinguono dalle norme di legge, in quanto, mentre queste stabiliscono ciò che deve giuridicamente avvenire, quelle constatano ciò che nella vita pratica normalmente avviene. Si distinguono anche dai giudizî sui fatti notorî, coi quali sono state spesso confuse, poichè questi non pretendono di valere come regole per il futuro ed hanno nel sillogismo la funzione di premessa minore. La differenza tra massima di esperienza e giudizio di fatto è dal Pollak, *Lehrbuch,* pag. 405, così esemplificata: giudizio di fatto: « Questo vecchio cammina lentamente »; massima di esperienza: « I vecchi camminano lentamente ». V. sulle m. di esp. Bayer, op. cit., pag. 334; Wach, *Vorträge,* pag. 287; e da noi, Chiovenda, *Principii,* pag. 396 nota 1.

cominciano dall'inizio del procedimento mentale ed accompagnano il giudice fino alla decisione definitiva, ogni qualvolta egli voglia valutare l'attendibilità di una prova, o attrarre un fatto sotto il concetto della legge, o integrare la norma non ben precisata, o interpretare una dichiarazione di volontà: orbene, in tutta questa catena di sillogismi è regola costante che i giudizî della prima classe servono sempre da premessa maggiore, mentre i giudizî della seconda prendono il posto di premessa minore; e che, come conclusione di ciascuno di questi sillogismi, resulta sempre un giudizio della seconda classe, idoneo a costituire la premessa minore di altro sillogismo, fino a giungere così alla decisione finale.

Altra differenza vi è poi tra queste due categorie di giudizî, per ciò che attiene al modo col quale il giudice può procurarsene la nozione; poichè, mentre per le norme di legge e per le massime di esperienza il giudice non è legato alla iniziativa delle parti (107), per i giudizî singoli egli non può eccedere i limiti del materiale che le parti colla loro attività hanno dedotto in giudizio (108).

27. — Bisogna peraltro guardarsi dal credere, che, come erroneamente potrebbe a prima vista sembrare, la distinzione tra giudizî generali e giudizî singolari fatta al numero precedente corrisponda alla distinzione tra giudizî di diritto e giudizî di fatto: poichè non tutti i giudizî della prima categoria sono di diritto (p. e. le massime di esperienza), come non tutti quelli della seconda sono di fatto (p. e. quello con cui il giudice afferma che un certo fatto singolo ha un certo carattere giuridico). Sarebbe erronea una teoria, la quale, volendo stabilire con un criterio generale quali errori del giudice possono considerarsi errori di diritto denunciabili in Cassazione, affermasse che sono errori di diritto tutti quelli nei quali il giudice è incorso enunciando un giudizio della prima specie, ed errori di fatto gli altri: ossia che errori di diritto sono quelli relativi alla premessa maggiore, ed errori di fatto quelli relativi alla premessa minore di uno qualunque dei numerosi sillogismi concatenati (109). Erronea del pari è l'affermazione, costantemente ri-

---

(107) Sulla massima *Jura novit Curia*, v. LESSONA, *Prove*, I, n. 150 e segg.; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 726; ROCCO, op. cit., n. 46; MORTARA, *Comm.* III n. 474; BAYER, op. cit., pag. 174; WEISMANN, *Lehrbuch* I, pag. 218; SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 430; POLLAK, *Lehrbuch*, pag. 405 e 560; STEIN, op. cit., pagg. 174-190. Lo stesso per le massime di esperienza; v. specialmente, oltre i luoghi citati, STEIN, pag. 52 e segg.

(108) V. oltre i citati nella nota precedente, CHIOVENDA, *Sulla regola « ne eat judex...* etc. », già citato.

(109) In sede di Cassazione possono essere denunciati gli errori di diritto che siano incorsi nella premessa minore del sillogismo finale (p. e. l'errore di qua-

petuta dalla dottrina (110), che il sillogismo finale col quale il giudice compie la sua sentenza abbia come premessa maggiore la *norma di diritto* e come premessa minore il *fatto accertato* (cioè un giudizio di fatto); vero è invece che, in quell'ultimo sillogismo col quale il giudice arriva a trovare la conseguenza giuridica, il termine medio è, sì, un giudizio singolare, nel senso sopra spiegato, ma è un giudizio *di diritto*, poichè afferma l'esistenza di un fatto giuridicamente qualificato. Il ragionamento finale del giudice non potrebbe dare resultato alcuno, ove il giudice non avesse già deciso che il fatto accertato rientra nella ipotesi della norma, perchè ne realizza gli estremi. Tale ragionamento può dunque schematizzarsi così:

premessa maggiore: « Per i casi che abbiano questi requisiti giuridici la legge vuole l'effetto *x*. »;

premessa minore: « Il fatto accertato ha questi requisiti giuridici »;

conclusione: « Dunque la legge vuole che il fatto accertato abbia l'effetto *x*. ».

Il termine medio, come si vede, non è un giudizio sulla semplice esistenza di un fatto, ma un giudizio singolare sui *caratteri giuridici* di un fatto, ossia un giudizio di diritto: il quale, si noti bene, non è resultato della semplice attività di accertamento del fatto, ma è, come la premessa maggiore, resultato della attività di applicazione del diritto. Ciò sia detto, in parte, anche per il processo penale, nel quale appare l'inesattezza della massima « *de jure judices, de facto judicant juratores* », quando si rifletta che i giurati, che son chiamati a dare la premessa minore del sillogismo finale, devono compiere un giudizio che non è semplicemente di fatto (111).

28. — A conclusione di questo Studio, lo scopo del quale, già dichiarato, è quello di offrire un quadro riassuntivo di argomenti che

---

lifica giuridica): d'altra parte non sono denunciabili in Cassazione gli errori della premessa maggiore, quando non sono errori di diritto. Onde, a mio modesto parere, non dà luogo a ricorso in Cassazione la violazione di una massima di esperienza, come sostiene il CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1028, applicando alla nostra Cassazione criterî della Revisione germanica. Ma su questo punto tornerò fra breve con maggiore ampiezza.

(110) V. p. es. SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 332.

(111) WACH, *Vorträge*, pag. 287. V. sul tema, BORSANI e CASORATI, *Cod. Proc. Pen. commentato*, V. § 1853-59; SALUTO, *Comm. al Cod. Proc. Pen.*, V. n. 1798 e segg.; MANZINI, *Manuale di proc. pen. italiana*, (Torino 1912), n. 160 e segg.; 434 e segg. V. anche ZACHARIE, *Handbuch des deut. Strafproz.* III, § 154 e segg.; RUPP, op. cit., pag. 79 nota 1, e letteratura tedesca ivi citata, specialmente MEYER, *That- und Rechtsfrage im Geschworenengericht.*

meriterebbero ciascuno un'ampia separata trattazione, debbo porre due avvertenze che vorrebbero prevenire possibili rimproveri a questo scritto.

Anzitutto riconosco che l'operazione logica del giudice quale di solito avviene è assai più complessa di quanto io l'ho raffigurata, poichè in ogni processo molteplici sono i punti di diritto e di fatto da risolvere, e prima di giungere alla decisione definitiva il giudice deve spesso pronunciare una quantità di decisioni pregiudiziali e interlocutorie, nelle quali alle questioni di merito si alternano le questioni processuali. In secondo luogo riconosco anche che l'operazione logica, quale si svolge in realtà nella mente di ciascun giudice, non passa mai attraverso una successione di fasi nette e separate, simili a quelle da me classificate, poichè nel pensiero vivente, che si ribella ad ogni anatomia, esse si avvicendano e si compenetrano in modo incosciente e irregolare.

Ma ciò non vuol dire che dal lato teorico l'operazione logica del giudice non possa essere ridotta a scopo di studio allo schema da me dato; poichè ogni ricerca scientifica mira a semplificare ciò che nella vita è complesso e multiplo, estraendone soltanto pochi essenziali caratteri.

Queste pagine non intendono davvero di essere la *Guida del perfetto giudice*, e neppure la rappresentazione fedele del modo col quale nasce nella realtà pratica la sentenza. Ho voluto soltanto qui isolare lo scheletro logico del ragionamento che il giudice compie, riducendo a formula generale ciò che nella specifica realtà può assumere svariatissime forme. Lo schema potrebbe dunque parere artificioso; ma il primo esempio di artificio in questo campo è dato dalla nostra legge positiva, che fondamentali istituti del nostro ordinamento giudiziario basa sulla distinzione, esatta in teoria, in pratica fallace, tra questione di diritto e questione di fatto.

II

QUESTIONI FONDAMENTALI E RIFORMA DEL PROCESSO CIVILE

di ADOLF WACH (*)

All'ultima sciagurata riforma del nostro processo civile, fin dal suo nascere condannata clamorosamente a morte, bisogna, tra tanti demeriti, riconoscere il gran merito di aver dimostrato anche agli ordini forensi che i problemi giudiziarii non possono essere affrontati a cuor leggero ed alla spicciolata, e che l'urgente miglioramento del nostro diritto processuale civile non potrà esser raggiunto attraverso riadattamenti parziali del vecchio Codice, ma solo attraverso ad una riforma generale e fondamentale, inspirata ad un sistema di principii scientifici ponderati e precisi: e poichè in questa fondamentale riforma, che ormai non può più essere ritardata a lungo, bisognerà necessariamente tener conto degli enormi progressi fatti in altri paesi dalle dottrine processuali, di speciale interesse riescono oggi per noi tutti gli scritti riferentisi al pratico funzionamento degli ordinamenti stranieri, che, come quelli di Germania e d'Austria, potranno in molti punti servire di guida alla riforma dell'ordinamento italiano.

Il libro che ADOLFO WACH ha pubblicato da poche settimane è, da questo punto di vista, interessantissimo, perchè rivela, a chi volesse considerare la *Zivilprozessordnung* germanica come indiscusso modello di perfezione, che intorno ad essa, nei trentacinque anni della sua esistenza, si sono accumulate e si accumulano innumerevoli proposte di riforma. Il Regolamento processuale germanico, entrato in vigore il 1° ottobre 1879, che, alle diverse leggi giudiziarie vigenti nei singoli

---

(*) [Recensione a: Adolf WACH, *Grundfragen und Reform des Zivilprozesses* (Berlin, Liebmann, 1914). Pubblicato in *Il diritto commerciale* (Torino), S. II, vol. VI, 1914, P. I, pp. 507-514]. [*Bibliografia*, n. 36].

Stati dell'Impero, sostituì un unico tipo di processo resultante dalla fusione del processo del diritto comune col processo francese, nacque attraverso una serie di laboriosi progetti e si perfezionò in un decennio di discussioni (1); talchè parve al suo nascere, come in realtà fu, un notevole progresso su tutte le leggi processuali ad esso anteriori. Ma il rapido evolversi del pensiero scientifico non tardò a superarlo e a suscitargli contro vivacissime critiche: la pubblicazione del Regolamento processuale austriaco in vigore dal 1° gennaio 1898, il quale si allontanava in parte dal Regolamento germanico per inspirarsi al principio inquisitorio, già posto a fondamento della riforma processuale di Federigo il Grande (2), ebbe larga ripercussione sulla dottrina germanica, che reclamò riforme imitatrici del suo esempio; d'altra parte il fiorire degli studii sull'ordinamento pubblico dell'Inghilterra dette luogo ad una corrente scientifica favorevole a riformare l'ordinamento giudiziario germanico sul modello del processo inglese (3).

L'ultimo volume del WACH offre appunto un quadro compiuto delle proposte di riforma che in questi ultimi anni sono sorte in Germania, per influsso delle tendenze sopra ricordate favorevoli al sistema processuale austriaco ed inglese. Contro tale movimento, che giungerebbe perfino a chiedere la totale abolizione del vigente Regolamento germanico, il WACH scende in campo come deciso ed autorevole campione del sistema processuale che la Germania oggi possiede, strenuamente difendendone i principii fondamentali e mettendone in luce tutto il valore (cap. I, *Der Wert der Zivilprozessordnung*).

*
* *

Il WACH comincia col riferire i più notevoli disegni di riforma del processo civile presentati negli ultimi anni dai giuristi tedeschi.

Inspirato al procedimento inglese per *special case* è il disegno, presentato al *Reichstag*, allo scopo di abbreviare la durata dei processi civili, dai deputati BASSERMANN e SCHIFFER (cap. II, *Der Antrag Bassermann-Schiffer*), i quali proponevano che quando sorgesse in un giudizio una questione di diritto, la sua decisione fosse senz'altro rinviata

---

(1) Sulla genesi dell'attuale legislazione processuale dell'Impero germanico, cfr. SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts* (2. Aufl.), § 14, pag. 104 e segg., Leipzig 1906.

(2) Cfr. SCHMIDT, op. cit., § 12, pag. 94 e seg. ENGELMANN, *Der Civilprocess*, II, *Geschichte*, 3. *Der romanisch-kanonische Prozess*, § 70, pag. 203, Breslau 1895.

(3) Per es. ADICKES, *Grundlinien durchgreifender Iustizreform*, 1906; PETERS, *Das englische bürgerliche Streitverfahren und die deutsche Zivilprozessreform*, Berlin 1908. Più ampia bibliografia in CHIOVENDA, *Principii* (3ª ed.), pag. 23.

al tribunale di ultima istanza (4); di questa specie di *revisio per saltum* il WACH sostiene la inattuabilità pratica, dimostrando come essa sia una formazione del tutto peculiare al diritto inglese e, anche in questo diritto, quasi caduta ormai in desuetudine.

Ma più importanti sono i progetti di riforma che si inspirano al processo austriaco o ad una esagerazione del principio inquisitorio da questo misuratamente accolto, presentati da WILDHAGEN (5), LOBE (6), HEINSHEIMER (7) (cap. IV, *Reformprogramme*). Questi giuristi partono dal concetto fondamentale che lo scopo supremo del processo civile deve essere quello di accertare la verità dei fatti costituenti il rapporto di diritto controverso: tutto nell'ordinamento processuale deve mirare al raggiungimento di questo fine essenziale, e dev'essere respinto incondizionatamente tutto ciò che miri a sostituire alla verità schietta una artificiosa finzione di verità. Il Regolamento germanico vigente non offre, secondo i suddetti giuristi, sufficienti garanzie per il raggiungimento della verità, perchè si basa sul principio dispositivo; l'unico mezzo, invece, per far sì che il processo serva al suo scopo, è quello di dare al giudice piena facoltà di inquisire d'ufficio il fatto della causa, provocando di propria iniziativa tutte le prove necessarie allo scoprimento della verità. Di conseguenza le parti devono personalmente comparire dinanzi al giudice, senza facoltà di farsi rappresentare e sotto sanzione di multe o di comparizione forzata ove rifiutino di comparire; esse hanno l'obbligo di dire la verità, e a ciò devono essere costrette col giuramento, alla guisa stessa dei testimoni (8). Dal punto di vista estrinseco, il processo, secondo queste proposte di riforma, deve essere distinto in due stadii: il primo, il procedimento preparatorio (*Vorverfahren*), ha lo scopo di accertare nel modo più esauriente possibile il fatto della causa e si svolge dinanzi ad un giudice delegato, fornito dei poteri inquisitorii sopra ricordati, il quale forma poi dai materiali raccolti un quadro riassuntivo dei fatti controversi (*richter-*

---

(4) Il testo della proposta è riferito dal WACH a pag. 11 del suo volume, nota 1. Su tale proposta, cfr. SCHIFFER, nella *Iurist. Wochenschrift*, 1914, pag. 2 e segg.; e STEIN, nella *Leipziger Zeitschrift*, 1914, pag. 314.

(5) *Der bürgerliche Rechtsstreit*, nel vol. II degli *Schriften des Vereins Recht und Wirtschaft*, Berlin 1912; e proposta presentata al *Iuristentag* di Vienna del 1912 (*Verhandlungen des XXXI. Deutschen Iuristentags*, vol. III, pag. 826 e segg., 1912).

(6) Proposta presentata al *Richtertag* di Berlino del 1913 (*Deutsche Richterzeitung*, V, pag. 715, 1913).

(7) *Leipziger Zeitschrift*, VIII, 49 e seguenti.

(8) Identici concetti si trovano enunciati nei §§ 6-17 dell'Introduzione della *Allgemeine Gerichtsordnung* prussiana: cfr. ENGELMANN, op. cit., pag. 204.

licher Tatbestand; Tatbericht); il secondo, il procedimento definitivo (*Hauptverfahren*), ha lo scopo di decidere i punti restati controversi, e si svolge dinanzi al collegio, il quale giudica basandosi sulla relazione dei fatti trasmessa dal giudice istruttore. Tra i diversi disegni passano differenze di dettaglio che non spostano però l'idea fondamentale della riforma: così, ad esempio, non tutti i disegni sono concordi nello stabilire se la chiusura del procedimento preparatorio abbia effetto preclusivo per nuove produzioni di fatto; così il LOBE ammette, cosa che gli altri respingono, che il giudice istruttore possa, sull'accordo delle parti, dare la sentenza definitiva senza rinviare la causa dinanzi al collegio.

*
* *

Esposte fedelmente le proposte di riforma, il WACH passa a criticare prima i concetti informatori di esse, poi la pratica applicazione di questi concetti.

Ed anzitutto (cap. V, *Die Ermittelung des Sachverhalts*) egli combatte come erronea l'idea che nel processo civile il giudice abbia il dovere di mettere in chiaro ad ogni costo, per proprio conto ed anche in opposizione colla volontà delle parti, la verità dei fatti controversi. A differenza dal processo penale, dice il WACH, il processo civile non ha per scopo finale la ricerca storica, ma soltanto la tutela giuridica della parte, la quale deve restar libera di disporre di ciò che è fatto nel suo esclusivo interesse (9); ora le misure volte ad assicurare al giudice civile i mezzi più idonei ad accertare i fatti della causa, sono lodevoli solo in quanto siano contenute entro i limiti del principio dispositivo, come fa appunto il Regolamento germanico che ha respinto il sistema della prova formale, ha ammesso la comparizione personale delle parti, ed ha, in genere, accolto tutte quelle norme che facilitano al giudice, compatibilmente colla disposizione delle parti, il raggiungimento della verità: andare oltre, fino ad allontanare dal processo civile ogni ombra di finzione (come, p. e., l'efficacia della *ficta confessio*, o le presunzioni legali, o le norme sull'onere della prova) equivarrebbe a sovvertire il concetto essenziale del processo civile.

---

(9) Pag. 26: « *Die Ermittelung der Wahrheit von Tatsachen um ihrer selbst willen ist nie Zweck des Zivilprozesses, ihre Feststellung niemals Urteilswirkung. Sie hat nur Bedeutung als Mittel zum Zwecke des Rechtsschutzes. Wie dieser um der Parteien willen ist, wie sie als die Sachinteressenten die domini litis sind und bleiben werden, daher den Gegenstand und das Ziel des Prozesses durch ihren Willen bestimmen, so hat die Ermittelung des Sachverhalts nur in dieser Relation Wert und Sinn* ».

In particolare poi (cap. VI, *Die Erscheinungs- und Wahrheitspflicht der Partei*) il WACH vuol dimostrare l'erroneità dei principii, propugnati dai riformatori, che, alla facoltà del giudice di provocare la comparizione personale delle parti, debba corrispondere un obbligo delle parti di comparire, sanzionato da appropriate misure coercitive; e che la parte, nel rispondere all'interrogatorio fattole dal giudice, abbia lo obbligo giuridico di dire la verità. In quanto al primo principio, il WACH afferma che nel processo civile la parte non è, di regola, un mezzo di prova, un mezzo per ricercare la verità: nè quindi possono contro la parte esser prese misure coercitive per ottenerne la comparizione forzata, se non si vuole ritornare, col distruggere il diritto alla libera rappresentanza, a sistemi giudiziarii ormai superati. In quanto al secondo principio, il WACH lo ritiene derivato da una contaminazione del criterio giuridico col criterio morale: egli, quantunque l'obbligo di verità delle parti sia espressamente riconosciuto dal § 178 del Regolamento austriaco e sostenuto anche per il diritto germanico da scrittori autorevoli come l'HELLWIG (10), ripete che le affermazioni delle parti non servono a provare i fatti, ma a stabilire quali sono i fatti intorno a cui deve svolgersi la prova (« *Beweisthema, nicht Beweismittel* ») (11), onde, poichè esse non devono essere credute dal giudice se non in quanto non siano contraddette dall'altra parte, non può dirsi che vi sia un obbligo giuridico di emetterle conformi a verità. Respinge di conseguenza il WACH (cap. X, *Das Eidesrecht*) l'introduzione dell'interrogatorio giurato e sottoposto al libero apprezzamento del giudice secondo il tipo inglese-austriaco, in luogo del giuramento decisorio con valore di prova formale, il quale, secondo lui, è una inevitabile necessità del moderno processo che non può terminare con un *non liquet;* e d'altra parte dichiara di ritenere (cap. VIII, *Der Wahrheitswert des unmittelbaren Verhandelns mit der Partei*) che, ove anche si rendesse obbligatoria in ogni giudizio la comparizione personale delle parti con esclusione del rappresentante giurisperito, questa sarebbe in pratica più un intoppo che una facilitazione al raggiungimento della verità. In connessione colla questione dell'obbligo di verità delle parti, il WACH si sofferma anche ad esaminare (cap. VII, *Die Wahrheitpflicht des Anwalts*) un problema molto dibattuto in questi ultimi tempi in Ger-

---

(10) *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts,* vol. II, § 71, pag. 40 e segg., Leipzig 1907.

(11) Che l'interrogatorio e la confessione non siano mezzi di prova è opinione prevalente nella dottrina tedesca; nel nostro diritto prevale l'opinione opposta: cfr. LESSONA, *Trattato delle prove,* 3ª ediz., I, 279 e segg.; CHIOVENDA, *Principii,* pag. 816.

mania, specialmente dagli ordini forensi: se l'avvocato abbia in un giudizio civile l'obbligo giuridico di dire la verità. La questione è complessa, e se, per risolverla affermativamente, vi sono ragioni dedotte dal carattere pubblico dell'avvocatura e dal dovere della correttezza professionale che gli avvocati debbono osservare per non cadere in sanzioni disciplinari, militano per la negativa ragioni ugualmente gravi, dedotte dal fatto che l'avvocato deve agire nell'interesse del cliente, nè può, per amore della verità, tradire il mandato affidatogli; il WACH, lasciando da parte ogni considerazione di ordine morale o disciplinare, esamina il problema dal punto di vista strettamente processuale, e lo risolve negativamente, inquantochè, se la parte non ha in giudizio obbligo alcuno di dire la verità, tale obbligo non può incombere all'avvocato, che rappresenta la parte e ne assume in giudizio le veci.

*
* *

Combattuti così i principii fondamentali delle proposte di riforma, il WACH passa a confutare le conseguenze pratiche che da essi vorrebbero dedursi sulla struttura del processo civile, e principalmente appunta le sue critiche (cap. IX, *Das vorbereitende Verfahren vor beauftragtem Richter*) contro quel procedimento istruttorio dinanzi a un giudice delegato che i riformatori pongono a base dei loro disegni. Siffatto procedimento, inspirato all'erroneo preconcetto che il giudice unico sia più adatto del Collegio al raggiungimento della verità dei fatti, rende il giudice istruttore arbitro della controversia, specialmente quando a questo primo stadio del processo si attribuisca effetto preclusivo; e riduce il secondo stadio che si svolge dinanzi al collegio ad un processo scritto, poichè la decisione deve avvenire sulla relazione del giudice istruttore intorno ai fatti della causa. La riforma contraddirebbe così, secondo il WACH, a quei canoni processuali che sono preziosa e definitiva conquista della moderna dottrina. I vantaggi indiscutibili dell'immediata assunzione delle prove per parte del collegio giudicante (cap. XI, *Die unmittelbare Beweisaufnahme*), di questo « *Lebenprinzip des heutigen Straf- und Zivilprozesses* », verrebbero distrutti ove si ammettesse il procedimento preparatorio dinanzi al giudice istruttore, mentre tutti gli sforzi devono esser volti a limitare sempre più i casi, che pur nel Regolamento germanico sono eccezionali, di prove raccolte per delegazione, e a facilitare ad ogni costo la diretta assunzione di prove dinanzi al collegio, raddoppiando il numero dei cancellieri e introducendo nei giudizii l'uso della stenografia. Ma anche all'altro canone della oralità (cap. XII, *Mündlichkeit oder Schriftlichkeit*), la cui applicazione fu salutata come prezioso rimedio contro le lun-

gaggini del processo scritto del diritto comune, le progettate riforme verrebbero a dare un colpo mortale, poichè la cognizione dei fatti che devon servir di base alla sentenza (*Urteilsgrundlagen*) arriverebbe al collegio non direttamente dall'istruttoria orale, ma indirettamente attraverso la relazione scritta del giudice delegato. E' notevole del resto vedere che in Germania, come reazione contro l'abuso di parole che si fa nelle aule giudiziarie, il processo scritto abbia ancora dei fautori dichiarati (12), alcuni dei quali vorrebbero riportare la scrittura come forma obbligatoria del processo, mentre altri vorrebbero porla come forma facoltativa, rimessa alla scelta delle parti accanto alla forma orale; contro tali fautori della scrittura, il WACH caldamente difende il principio dell'oralità sapientemente applicato, avvertendo che la scrittura obbligatoria costituirebbe un enorme regresso del sistema processuale, e la scrittura facoltativa un'enorme confusione: *das wäre nicht Zivilprozessordnung, sondern Zivilprozessunordnung.*

In conclusione, il WACH ritiene che l'accoglimento delle riforme proposte riporterebbe il processo germanico allo stato in cui si trovava più di un secolo fa il processo prussiano, in conseguenza della utopistica riforma fridericiana; si riprodurrebbero così, senza tener conto dell'ammaestramento storico (13), tutti gli inconvenienti per i quali la riforma fridericiana ebbe così breve esistenza.

*
* *

Risultato di queste critiche volte contro la teoria e contro la pratica dei disegni di riforma, è che il WACH, convinto della bontà fondamentale del Regolamento germanico vigente, in quanto si inspira al principio dispositivo ed attua nel procedimento i canoni della immediatezza e della oralità, respinge incondizionatamente ogni tentativo di sovvertire le idee informatrici del sistema attuale. Riforme sì, ma solo in quanto mirino a perfezionare ed a sviluppare i pregi dell'ordinamento processuale germanico oggi in vigore. *Fortbildung, nicht Neu- oder Umbildung, Evolution nicht Revolution muss das Ziel sein;* e a tale scopo il WACH, dopo avere in uno dei primi capitoli di questo libro (cap. III, *Reformbedürfnis*) accennato che siffatte riforme debbono

---

(12) DEGEN, in *Verhandlungen des XXXI. Deutsch. Iuristentags*, vol. I, pag. 345 e segg.; PETERS, *Das englische bürgerliche Streitverfahren* cit., pag. 145; ID., *Die Beschleunigung und Vereinfachung des bürgerlichen Streitverfahrens*, pag. 17, Berlin 1908.

(13) Cfr. su tali inconvenienti MENDELSSOHN BARTHOLDY, in *Rheinische Zeitschrift*, vol. V, pag. 424.

essere indirizzate: 1° ad aumentare l'energia del procedimento con una più rigida ed organica concentrazione della trattazione orale; 2° a liberare il processo da ogni traccia di falso formalismo; 3° a garantire l'immediatezza della cognizione giudiziaria, suggerisce nell'ultimo capitolo (cap. XIII, *Die Konzentration des Verfahrens*) i mezzi pratici per raggiungere specialmente il primo di questi tre scopi. Il principale difetto del vigente Regolamento germanico è, secondo il WACH, la mancanza di una efficace difesa contro l'inattività delle parti, le quali possono colla loro inerzia mandare in lungo il processo e dolosamente dilazionare la sollecita decisione della causa; contro tale difetto il WACH propone numerose cautele, delle quali le più importanti sono: aumento dell'impulso processuale del giudice, il quale deve avere la facoltà di notificare d'ufficio alle parti la sentenza e gli altri suoi provvedimenti, impedendo così alle parti di arrestare il corso del giudizio col ritardare la notificazione; istituzione di una udienza preliminare o preparatoria a tipo austriaco (*Vortermin;* da non confondersi col *Vorverfahren* dinanzi al giudice istruttore, che il WACH, come si è visto, respinge), al triplice scopo di definire senza indugio le cause più semplici (per esempio, le contumaciali), di dare atto della conciliazione delle parti (rinuncia dell'attore, riconoscimento del convenuto), e di levar di mezzo nelle cause più complicate le questioni preliminari di natura processuale; innalzamento della sovranità del tribunale, al fine di riconoscergli in modo assoluto la facoltà di limitare o respingere le produzioni tardive fatte dalle parti a scopo dilatorio; introduzione di mezzi volti ad impedire alle parti la possibilità di trascinare una causa attraverso i rinvii di udienza in udienza, con sanzione di condanna nelle spese processuali a carico della parte tergiversatrice o del suo negligente avvocato (14).

*
* *

Anche da questa rapida rassegna delle materie contenute nel volume appare come le questioni trattate in queste pagine siano davvero, come il titolo le definisce, questioni fondamentali per il processo civile. E se, di fronte ad alcuni dei problemi qui discussi, qualche pratico potrà sorridere come di astrazioni alquanto ingenuamente accademiche (ad esempio, potrà parere non molto conclusivo il discutere se gli avvocati abbian l'obbligo di dire la verità...), altre questioni mantengono pure per noi tutto il loro vitale interesse, accresciuto anche

---

(14) Cfr. per queste diverse questioni in Italia, CHIOVENDA, *Principii,* § 44.

dal fatto che l'ultima nostra riforma processuale del 1913 ha preteso, se si deve credere alla parola di chi l'ha elaborata, d'inspirarsi in parte ai concetti delle leggi germanica ed austriaca. Ricco d'insegnamenti, può essere, ad esempio, il seguire in queste pagine tutte le discussioni svoltesi nella dottrina germanica (la quale, si noti, in queste ultime proposte di riforma dimostra una decisa tendenza a favore del giudice unico, che il LOBE espressamente proclama superiore al collegio) (15) intorno a quella comparizione personale delle parti, che estesa in Italia anche ai giudizii civili dall'articolo 6 del Regio Decreto 27 agosto 1913, parve a qualche curia, nell'ultima agitazione forense, una mostruosa novità; e sopra tutto sommamente utile anche per noi riesce il meditare su quei rimedii che il WACH suggerisce per ottenere una maggiore immediatezza nell'assunzione delle prove ed una maggiore concentrazione del procedimento; pel raggiungimento di tali scopi essenziali, se il processo tedesco può divenire idoneo con piccoli ritocchi parziali, dev'essere interamente rifatto *ab imis fundamentis* il processo italiano, in cui la delegazione delle prove, nel sistema collegiale che sta per tornare in vigore, è la regola, ed in cui nessuna cautela efficace si oppone alla scandalosa inerzia delle parti, alle quali è permesso, come dimostra nella pratica giudiziaria l'enorme quantità di rinvii che vengono fatti ad ogni udienza, di trascinare per degli anni una causa sui ruoli, senza mai provocarne la definitiva decisione.

L'ultimo scritto di ADOLFO WACH è tutto informato ad un lucidissimo criterio di positivismo e di praticità. E' in verità mirabile vedere come l'Autore, che pure, nel primo volume del suo celebre *Handbuch* (16), è maestro insigne di astratte teorie processuali, sa esaminare i problemi pratici con mente del tutto scevra da dottrinarismo, senza allontanarsi mai, in questo come in tutti i suoi scritti precedenti relativi al diritto positivo ed alle sue concrete riforme, dal dato sperimentale (17). Da questo, come dagli altri scritti del WACH, discende poi un alto insegnamento di metodo: che, cioè, i problemi relativi al processo debbono esser discussi e risolti in base a criterii puramente processuali, e che le riforme giudiziarie devono avere lo unico scopo di una miglior giustizia. Ricordare ciò può essere utile

---

(15) Sul giudice unico, che il WACH ritiene inferiore al collegio per garanzie, v. pag. 49.

(16) *Handbuch des deutschen Civilprocessrechts*, vol. I, Leipzig 1885.

(17) Cfr., per es., l'inchiesta sul funzionamento pratico della Z. P. O. germanica (*Civilprozessualische Enquète*) fatta dal WACH nell'*Ergänzungsheft* della *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess*, vol. XI, 1887; e l'Introduzione ed il Cap. I del volume recensito

in Italia, ove finora i governi hanno creduto che le riforme giudiziarie dovessero servire a portare al bilancio una economia finanziaria (18); e d'altra parte, negli ordini forensi qualcuno ha per avventura pensato che le riforme giudiziarie debbano servire — e solo in quanto raggiungono tale effetto meritino approvazione — ad aumentar lavoro agli avvocati.

---

(18) Cfr. pag. 73: « *Dass aber... das hohe Kulturinteresse der gerechten Rechtspflege nicht hinter das finanzielle zurückszustellen ist, darüber sollte Meinungsverschiedenheit ausgeschlossen sein* ».

III

LIMITI FRA GIURISDIZIONE E AMMINISTRAZIONE NELLA SENTENZA CIVILE (*)

SOMMARIO. — 1. I caratteri essenziali della giurisdizione civile: *a) attività secondaria; b) attività dichiarativa;* dalla combinazione di questi due caratteri risulta la definizione. — 2. La ricerca dei destinatarî delle norme giuridiche; sua utilità per determinare il concetto di giurisdizione. — 3. Il giudice non è mai destinatario delle concrete volontà nascenti dalle norme di d. privato. — 4. Il giudice può esser destinatario delle concrete volontà nascenti dalle norme di d. processuale. — 5. Come i due caratteri essenziali della giurisdizione siano una conseguenza del principio posto al n. 3. — 6. Perchè si abbia giurisdizione occorre che il giudice non sia destinatario delle concrete volontà di legge su cui decide. — 7. Riprova di questo principio: *A)* Decisioni relative al rapporto processuale: *a)* su volontà di legge concernenti le parti; *b)* su volontà di legge concernenti il giudice. — 8. *B)* Decisioni relative al rapporto sostanziale. Casi in cui per eccezione il giudice è destinatario delle norme di d. sostanziale: quand'egli agisce in base a queste norme, non esercita giurisdizione. — 9. *a)* Esempio tratto dalle cosiddette sentenze costitutive. — 10. *b)* Esempio tratto dai casi in cui il giudice esercita un potere discrezionale: in che senso si parla di un potere discrezionale del giudice. — 11. Analisi di una sentenza cosiddetta determinativa. — 12. Continua: dimostrazione che in essa si ha l'esercizio di un potere non giurisdizionale. — 13. Conclusione: tutte le volte che il giudice esegue volontà di legge di cui egli è l'immediato destinatario, esercita funzione amministrativa (giurisd. volontaria), non giurisdizionale. — 14. Conciliabilità di questo principio colla teoria che definisce la giurisdizione come un'applicazione di sanzioni.

1. — Determinare in che consista la differenza tra funzione giurisdizionale e funzione legislativa, sembra, di solito, facile cosa alla dottrina. Ma i dibattiti cominciano quando si tratta di precisare in che la funzione del giudice differisca da quella dell'amministratore: ed anche

---

(*) [Pubblicato in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* (Milano), 1917, P. I, pp. 759-784; ristampato in *Studi*, I (Padova, Cedam, 1930), pp. 231-264; tradotto in lingua spagnola da S. SENTÍS MELENDO in P. CALAMANDREI, *Estudios sobre el Proceso Civil* (Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945)]. [*Bibliografia*, n. 39].

nella nostra più recente letteratura processuale ogni Autore suggerisce, per risolvere la questione, una sua formula, la quale dovrebbe, nella sua intenzione, cogliere e riassumere l'elemento caratteristico della differenza (1).

In siffatta divergenza di criterî proposti, la quale assai spesso è più disparità di formulazione che di concetto, derivante dal considerare da diversi punti di vista una medesima complessa verità, due caratteri, tra i molti messi in luce dalla dottrina, mi sembrano essenziali per farsi chiara in mente la nozione di funzione giurisdizionale; quei due caratteri ai quali gli Autori si riferiscono, quando dicono: *a*) che la giurisdizione è un'attività « secondaria »; *b*) che la sentenza ha natura « dichiarativa ».

a) La giurisdizione è un'attività *secondaria*: con questa formula si vuol dire che in ogni atto giurisdizionale si trova costantemente la sostituzione della attività di un organo dello Stato ad una attività che avrebbe dovuto essere esercitata dai soggetti del rapporto giuridico sottoposto a decisione (2).

Ciò vale tanto per il processo di cognizione quanto per quello di esecuzione: nel primo, quando fra i soggetti di un rapporto giuridico è sorta incertezza o dissidio sulla esistenza di una concreta volontà di legge relativa a questo rapporto, l'organo giurisdizionale sostituisce la propria attività intellettiva all'attività intellettiva delle parti, per accertare la esistenza della volontà di legge che le concerne; nel secondo, quando l'obbligato ricusa di eseguire la volontà di legge ormai accertata, l'organo giurisdizionale sostituisce la propria attività esecutiva all'attività dell'obbligato, per ottenere coattivamente l'attuazione di quella volontà di legge ormai accertata che l'obbligato si rifiuta di attuare spontaneamente (3). La giurisdizione è dunque un'attività *secondaria,* nel senso ch'essa interviene solamente quando fa difetto l'attività

---

(1) Cfr. le diverse formule di definizione in Chiovenda, *Principii,* pag. 246; Rocco (Alfr.), *La sentenza civile* (Torino, 1906); Scialoja, *Della funzione della IV Sez. del Consiglio di Stato* (in *Giustizia Amministrativa,* 1901, IV, pag. 61 e segg.) n. 4.

(2) Cfr. Chiovenda, *Principii,* pag. 296; Rocco (Ugo), *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi* (Roma, 1917), n. 80; cfr. però, su quest'ultimo la nota seguente.

(3) Rocco (Ugo), l. c., specialmente pag. 223 nota 2, ritiene che, nella fase esecutiva, l'attività giurisdizionale si sostituisca non all'attività dell'*obbligato,* ma all'attività dell'*avente diritto,* il quale, se la pace sociale non richiedesse il divieto della difesa privata, potrebbe colla propria forza attuare la volontà di legge contro l'obbligato. Credo preferibile l'insegnamento del Chiovenda, (*Principii,* pag. 297) poichè nella esecuzione l'organo giurisdizionale attua la volontà di legge che si indirizza all'*obbligato* e compie l'attività che questa volontà di legge comanda all'*obbligato.*

primaria di coloro ai quali la volontà di legge immediatamente si indirizza; normalmente la concreta volontà di legge trova riconoscimento ed osservanza presso coloro, cui si dirige: e solo nel caso anormale ch'essa sia disconosciuta o violata dai suoi destinatarî, entra in azione il sussidio dell'attività giurisdizionale.

b) La sentenza ha carattere *dichiarativo;* in quanto essa non mira a creare il diritto, non tende a formare nuovi rapporti giuridici, ma si limita a riconoscere le concrete volontà di legge, nelle quali già, prima del processo e senza l'intervento del giudice, la norma astratta si è specializzata, indirizzandosi ai soggetti del rapporto giuridico controverso.

Questo carattere dichiarativo (che appare in tutta la sua estensione nelle sentenze di mero accertamento, ma che esiste ugualmente anche nelle sentenze di condanna, in cui il giudice non fa che formulare il comando della legge che impone al convenuto l'obbligo di una prestazione (4)) non è dalla dottrina considerato come un attributo della giurisdizione in genere, ma è studiato di preferenza in relazione allo scopo del processo (5), o in relazione alla sentenza (6). Esso, peraltro, risponde in realtà alla natura di tutta la funzione giurisdizionale; poichè se viene in luce specialmente nella fase di cognizione (onde si parla di carattere « dichiarativo »), esso trova, per chi voglia considerare la esecuzione forzata come giurisdizione, corrispondenza anche nella fase esecutiva del processo: infatti, come nel processo di cognizione si tende ad attuare, mediante dichiarazione, concrete volontà di legge preesistenti al processo, così nel processo di esecuzione si tende ad attuare, mediante esecuzione forzata, quelle concrete volontà di legge che la sentenza ha dichiarate come preesistenti al processo.

La combinazione di questi due caratteri (i quali possono essere sintetizzati dalla seguente formula: la giurisdizione attua concrete volontà di legge che siano insieme: *a*) concernenti persone diverse dal giudice, *b*) già nate prima del processo), serve a dare a parer mio un'idea chiara e precisa di quello che è la funzione giurisdizionale; la cui definizione, quando tenga conto di uno solo dei due caratteri suddetti, resulta forse incompleta. A chi volesse trovare l'elemento essenziale della giurisdizione nel solo carattere della *sostituzione* (*sub a*), potrebbe alcuno obiettare che nell'amministrazione si hanno dei casi in cui l'attività degli

---

(4) Chiovenda, *Principii,* pag. 157. Il Kisch, infatti (*Beiträge zur Urteilslehre,* Leipzig, 1903, pag. 22 e segg.) comprende le sentenze di mero accertamento e quelle di condanna in una unica categoria di sentenze *dichiarative.* Cfr. però in contrario senso gli autori tedeschi da lui citati a pag. 24, nota 26, e, da noi, Rocco (Alfr.), *Sentenza civile,* n. 62, 63.

(5) Chiovenda, *Principii,* pag. 69 e segg.

(6) Cfr. Rocco (Alfr.), *Sentenza civile,* n. 49 e segg.; Rocco (Ugo), *Cosa giudicata,* n. 45.

organi dello Stato si sostituisce a una attività altrui, senza che si entri per questo nel campo giurisdizionale (7); a chi volesse invece sostenere che l'essenza della giurisdizione deve scorgersi nella sua proprietà di attuare concrete volontà di legge *già esistenti* (*sub b*), si potrebbe osservare che ogni qualvolta un pubblico funzionario adempie a un preciso dovere di ufficio, a lui prescritto da una concreta volontà di legge derivante dallo specializzarsi di una norma astratta, egli viene con questo ad accertare logicamente la esistenza di un precetto già concretato nel mondo giuridico, e quindi ad eseguire quella volontà di legge, che già era nata per il solo verificarsi degli estremi di fatto presupposti dalla norma. Combinando i due concetti, la funzione giurisdizionale resta invece circoscritta con assoluta esattezza: essa è la funzione colla quale un organo dello Stato sostituisce la propria attività all'attività altrui (carattere *sub a*) nell'attuare concrete volontà di legge già nate prima del processo (carattere *sub b*): ossia, con altre parole, essa è l'attività colla quale un organo dello Stato attua (dichiarando prima come esistenti, ed eseguendo poi forzatamente) concrete volontà di legge già nate prima del processo (carattere *sub b*), le quali non s'indirizzano ad esso organo, ma ai soggetti del rapporto giuridico sottoposto a decisione (carattere *sub a*).

I due elementi, dai quali è composta questa definizione della funzione giurisdizionale, si integrano e si illustrano a vicenda: onde può venire la curiosità di ricercare se per avventura essi abbiano una comune origine, risalendo alla quale possa meglio essere inteso il loro significato e conseguentemente il significato del concetto di giurisdizione, del quale fin qui s'è discorso. La ricerca non è senza resultati pratici; poichè essa conduce ad affermare che i due suddetti caratteri della giurisdizione non sono che diverse conseguenze di una medesima causa, la quale ha la sua sede *fuori del processo,* nella struttura e nel modo di comportarsi della norma giuridica: e dimostra ancora una volta come, per rendersi esatto conto dei fenomeni processuali che sono la rivelazione di uno stato patologico del diritto, la via migliore è quella che parte dall'analizzare in qual modo il diritto opera normalmente, in tutti i casi nei quali esso giunge alla sua attuazione per spontaneo riconoscimento dei consociati, senza bisogno dell'intervento del giudice.

2. — Nella dottrina italiana più recente è stato oggetto di ampie e pregevoli trattazioni un problema che già fu dibattutissimo nella scienza tedesca: il problema dei cosiddetti *destinatarî* della norma giu-

---

(7) Ranelletti, *Principii di d. amministrativo* (Napoli, 1912), pag. 260 nota. Cfr. Chiovenda, *Principii,* pag. 299, nota 2.

ridica (8). La questione, la quale è in gran parte confinata nel campo delle oziose sottigliezze teoriche, ha peraltro anche il suo lato pratico; imperocchè, se può sembrare un inutile perditempo andar cercando chi sono coloro cui si rivolge la norma giuridica, la quale, da proposizione ipotetica qual'essa è, parla in modo indiretto, generico e astratto in previsione di una eventualità non ancora verificata, e quindi, in sostanza, non si rivolge a nessuno, il problema diventa pratico quando, verificandosi nella realtà una fattispecie simile a quella supposta in astratto dalla norma, la volontà generica contenuta nella norma stessa si concreta e si specializza, e da regola di condotta posta in ipotesi per tutti coloro che verranno a trovarsi in certe eventuali condizioni, si trasforma in una regola di condotta posta in modo immediato e definitivo per una singola determinata persona. Non vale dunque, praticamente, indagare quali sono, in genere, i destinatarî della norma astratta, ma è utile piuttosto ricercare chi è il destinatario di quelle singole volontà di legge che le circostanze della vita pratica fanno scaturire di volta in volta dalla norma stessa, in quanto la norma non viene, a dir così, in contatto coll'individuo, e non agisce positivamente nel commercio giuridico, se non come volontà specializzata verso un unico destinatario.

In un altro mio studio la ricerca del destinatario delle singole volontà di legge mi ha servito per stabilire, in modo a mio credere soddisfacente, la differenza tra *error in procedendo* ed *error in judicando* (9). Nello studio presente, il quale avrebbe avuto altra estensione, se ragioni di natura militare non mi avessero costretto a riassumerne in fretta le conclusioni, la stessa ricerca mi servirà per distinguere gli atti del giudice che hanno sostanza giurisdizionale da quelli che della giurisdizione hanno soltanto la forma.

3. — Quantunque non manchino, pur nella letteratura più strettamente processuale, tentativi di rappresentare la norma giuridica come una istruzione destinata al giudice, la dottrina è ormai concorde, almeno per quel che si riferisce al diritto privato, nei limiti del quale si restringono le mie indagini, nel ritenere come destinatarî delle norme giuridiche i membri della consociazione, ossia i privati (10). Se destinatario delle volontà di legge derivanti dalle norme di diritto privato fosse sempre e solamente il giudice, bisognerebbe ammettere che il processo fosse l'unica via attraverso la quale le norme astratte diven-

---

(8) Da noi specialmente BATTAGLINI, *Le norme del diritto penale e i loro destinatari* (Roma, 1910); BRUNETTI, *Norme e regole finali nel diritto* (Torino, 1913): cfr. anche MICELI, *La norma giuridica*, Parte I (Palermo, 1906).

(9) Cfr., in *Studi*, I (Padova, Cedam, 1930), pag. 213 e segg.

(10) BATTAGLINI, *Norme*, n. 53; HELLWIG, *Lehrbuch*, II, § 92.

tano precetti concreti: in realtà, quando noi parliamo della norma astratta che si concreta e si specializza in singoli comandi, della norma dettata per una generalità di casi, che si plasma e si conforma, o, come si usa dire, « si applica » di volta in volta ai fatti della vita pratica, pensiamo subito, quasi per istinto, al processo, ove assistiamo *de visu* al compiersi materiale di questa specializzazione, della quale è resultato finale la *lex specialis* contenuta nella sentenza del giudice. Ma, se il processo è la sede più adatta per isolare ed osservare il fenomeno giuridico, come il gabinetto del fisico offre il modo di studiare in condizioni favorevoli il fenomeno naturale che mal si potrebbe cogliere all'aperto, non si deve credere per questo che la norma giuridica possa parlare agli uomini solamente attraverso la bocca del giudice. Al contrario, la infinità dei rapporti giuridici che nel commercio quotidiano sorgono, si svolgono e si estinguono senza dar luogo a intervento del giudice, dimostra in modo indubitabile che la legge, nella maggioranza dei casi, si concreta e si applica da sè: la legge, in altre parole, parla direttamente ai soggetti dei rapporti giuridici sorti nella vita pratica; rivolge direttamente ad essi i suoi comandi ed i suoi divieti, e solamente quand'essi non intendono la sua parola, o, pur intendendola, rifiutano di ottemperarvi, si fa sentire la necessità della funzione giurisdizionale, per accertare e far osservare quelle volontà di legge che dalla norma giuridica già sono nate all'indirizzo dei privati.

La norma di diritto privato non parla al giudice: essa comanda ai cittadini in previsione ch'essi obbediscano, nè si pone in precedenza l'ipotesi della loro ribellione. Destinatario delle concrete volontà nascenti dalla norma è sempre il privato: *il giudice, come tale, non è mai destinatario delle volontà di legge nate in occasione del rapporto giuridico che costituisce l'oggetto, il tema della sua decisione.*

4. — Diverso è il caso per le norme di diritto processuale. Si sa che anche nel processo è contenuto un rapporto giuridico, disciplinato appunto dalle norme processuali, le quali, avendo carattere astratto ed ipotetico come tutte le norme giuridiche, si concretano di volta in volta in singoli precetti destinati a regolare la condotta del giudice e delle parti (11). Anche il giudice è uno dei soggetti del rapporto giuridico processuale (12) e come tale ha doveri e poteri: e siccome ad ognuno di quei suoi doveri e poteri corrisponde una singola volontà di legge, dobbiamo concludere che il *giudice, come tale, può essere destinatario delle volontà di legge nate in occasione del rapporto processuale.*

---

(11) Cfr. in *Studi* I, cit., pag. 215, n. 2.

(12) Sui diversi modi di configurare graficamente la struttura del rapporto processuale, cfr. HELLWIG, *Lehrbuch*, II, § 69.

E' fondamentale la differenza che passa tra le volontà di legge che regolano il rapporto giuridico sostanziale, costituente il *tema* della decisione, e le volontà di legge che regolano il rapporto giuridico processuale, costituente *il mezzo* per giungere alla decisione. Del primo il giudice, come tale, non è *mai* soggetto, del secondo il giudice, come tale, è *sempre* soggetto: onde, poichè la volontà concreta della legge, regolando un dato rapporto giuridico, si indirizza soltanto ai soggetti di questo rapporto, al giudice non può mai rivolgersi la legge che regola il rapporto controverso, ma sempre ed unicamente la legge che regola il processo. Talchè se tutta l'attività del giudice durante il processo è regolata esclusivamente dal diritto processuale, anche nella fase culminante di questa attività, cioè nella fase di decisione, il giudice non si troverà mai di fronte a diretti e immediati comandi a lui rivolti dalla legge sostanziale, ma solamente si troverà dinanzi a un precetto processuale che gli imporrà « di accertare mediante sentenza le volontà di legge sostanziale che già sono sorte all'indirizzo dei soggetti del rapporto controverso » (13).

Neppure nel momento della decisione, il giudice è destinatario delle volontà di legge nate in occasione del rapporto controverso: esse sono nate prima e fuori del processo, ignorando il giudice, e non possono oramai cambiare destinazione. Esse sono quelle che sono: e la funzione del giudice, durante il processo di cognizione, consiste non nell'agire in conformità di esse, poichè esse nulla pretendono da lui, ma nel registrare storicamente la loro esistenza, col contenuto e colla destinazione ch'esse avevano in origine e che non si alterano nel processo, come non si alterano nel resoconto dello storico gli eventi ormai appartenenti all'immutabile passato.

5. — Dal principio posto (retro, n. 3), secondo il quale il giudice non è mai destinatario delle concrete volontà di legge che costituiscono il tema della sua sentenza, si illuminano di nuova luce i due caratteri che abbiamo considerati (retro, n. 1) come fondamentali nell'attività giurisdizionale.

a) Si è detto che nella giurisdizione l'attività pubblica si sostituisce ad una attività altrui; ora questa sostituzione non è altro che una conseguenza della destinazione originaria delle volontà di legge relative al rapporto controverso. Infatti, se il giudice fosse il diretto destinatario di queste volontà di legge, le quali nascessero come regole della sua condotta, l'attività del giudice di fronte ad esse non potrebbe essere che la esecuzione da parte del giudice del precetto giuridico a lui

---

(13) Cfr. BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung* (2ª Ed. Leipzig, 1890), I, pag. 292 e segg.; e su questo punto BATTAGLINI, *Norme*, cit., pag. 156 e segg.

indirizzato. In tanto, al contrario, può esservi una *sostituzione* di attività, in quanto il precetto giuridico derivante dalla norma si indirizza ai privati ed esige una certa condotta da parte di essi; quando essi privati, disconoscendo la volontà di legge che li riguarda, non esercitano quell'attività ch'essa richiederebbe da loro, interviene l'organo giurisdizionale a compiere *in vece loro* ciò che la legge vuole nel caso concreto. La sostituzione importa un obbligo originario di fronte alla legge in coloro ai quali il giudice si sostituisce: e questo obbligo esiste solamente quando coloro ai quali il giudice si sostituisce siano destinatarî del concreto imperativo giuridico.

b) Si è detto anche che la giurisdizione, durante la fase di cognizione, ha carattere *dichiarativo,* in quanto essa non mira a creare nuove volontà di legge, ma solo ad accertare quelle che sono già nate fuori del processo. Anche questo carattere deriva direttamente dal fatto che il giudice deve decidere su concrete volontà di legge che non sono indirizzate a lui. Infatti, se le norme giuridiche astratte non potessero concretarsi e specializzarsi se non attraverso la pronuncia dal giudice, la derivazione dalla norma astratta di una concreta volontà di legge relativa al rapporto controverso apparirebbe sempre come un fatto del giudice, come una novità introdotta dalla sentenza nel mondo giuridico. La sentenza avrebbe sempre carattere costitutivo, in quanto ad essa soltanto risalirebbe la formazione di quelle concrete volontà di legge che regolano i rapporti concreti; il giudice sarebbe con ciò l'inevitabile intermediario tra la norma astratta e i soggetti dei rapporti giuridici, il necessario tramite attraverso il quale la volontà non ancor determinata e soltanto potenziale della norma astratta potrebbe fissarsi e diventare operativa.

Inoltre, se le concrete volontà di legge che costituiscono il tema della decisione avessero per destinatario il giudice, l'attività del giudice non potrebbe consistere nel dichiarare la esistenza di queste volontà, ma nell'*eseguirle*; in tal caso, se la sentenza anzichè essere una dichiarazione fosse una esecuzione di norme, essa verrebbe a portare una modificazione nel rapporto giuridico controverso, contrariamente a quanto si è detto (retro, n. 4), ossia, anche da questo punto di vista, avrebbe carattere costitutivo.

Quest'ultima osservazione spiega come diversi siano gli effetti dell'attività del giudice sul rapporto giuridico controverso e sul rapporto giuridico processuale. Mentre l'attività del giudice, durante la fase di cognizione, non modifica il rapporto controverso, che costituisce il tema del giudizio, e solo mira a fare la luce sulla esistenza e sul modo di essere di questo rapporto, l'attività del giudice ha sempre carattere costitutivo di fronte al rapporto processuale, poichè, essendo ogni suo atto nel processo la esecuzione di un precetto processuale di cui egli è de-

stinatario, ogni suo atto concorre allo svolgimento ed alla conseguente modificazione del rapporto processuale. Il giudice, se si pone di fronte al rapporto giuridico controverso come uno spassionato osservatore, partecipa invece al rapporto processuale e vi opera come attore: perciò la sentenza definitiva, che non modifica il rapporto giuridico sostanziale, modifica sempre il rapporto processuale di cognizione, in quanto lo estingue (14).

6. — Dalle osservazioni precedenti resulta dunque che i due caratteri fondamentali della giurisdizione derivano entrambi da *uno stesso principio*, e poichè questi due caratteri bastano a dare, come si è veduto, la definizione della funzione giurisdizionale, è evidente che il concetto di giurisdizione potrà esser fatto risalire a quell'unico principio da cui derivano gli elementi essenziali della sua definizione. Saremo, dunque, autorizzati a trarre dalle cose dette la seguente conclusione: poichè, da una parte, per limitarci al processo di cognizione, non può esservi giurisdizione se non in quanto esista una sostituzione dell'attività pubblica all'attività altrui nel dichiarare come esistenti concrete volontà di legge (retro, n. 1); poichè, dall'altra, sostituzione dell'attività pubblica all'attività altrui nel dichiarare come esistenti concrete volontà di legge non può esservi se non in quanto le concrete volontà di legge che regolano il rapporto controverso abbiano per destinatario una persona diversa dal giudice (retro, n. 5); concludiamo che *ogniqualvolta in un processo civile il tema della decisione resulti costituito da concrete volontà di legge di cui sia destinatario lo stesso giudice chiamato a decidere, la decisione non è un atto di giurisdizione.*

7. — Ricercare la esattezza di questa conclusione teorica in tutte quante le specie pratiche in cui essa può trovare applicazione, sarebbe lavoro di troppo superiore alla mole necessariamente breve di questo studio.

A me basterà, tanto per dare una riprova della bontà del principio, esaminare alcuni casi più caratteristici nei quali esso trova piena conferma; e prima tratterò: *A*) delle decisioni relative al rapporto processuale; poi: *B*) delle decisioni relative al rapporto sostanziale controverso.

A) Ho avuto altra volta (15) occasione di osservare che anche le

---

(14) Cfr. Chiovenda, *Cosa giudicata e competenza* (*Nuovi Saggi*, 1912, pag. 67 e segg.), n. III: « ... il rapporto sostanziale ed il rapporto processuale stanno nel processo in questa condizione, che il primo è oggetto di giudizio, il secondo è un rapporto in movimento, in azione ». (Cfr. Kisch, *Beiträge*, cit. pag. 149).

(15) Specialmente nel mio scritto *Sulla distinzione tra error in iudicando ed error in procedendo*, n. 2, in *Studi* cit., I, pag. 215.

norme di diritto processuale, formulate dal legislatore in modo ipotetico ed astratto, vengono, col realizzarsi delle fattispecie in esse contemplate, a concretarsi in singole volontà di legge, delle quali sono destinatarî i soggetti del rapporto giuridico processuale, ossia le parti e il giudice (retro, n. 4). Può darsi ora che queste singole volontà di legge processuale, le quali costituiscono altrettante regole di condotta per le parti o per il giudice, vengano spontaneamente ed esattamente eseguite dai loro rispettivi destinatarî: ma può anche darsi il caso che alla esecuzione di una di queste regole di condotta si opponga, come abbiamo veduto accadere nei rapporti di diritto sostanziale (retro, n. 3), la incertezza o il malvolere dell'obbligato, in modo che si renda necessario anche per questa volontà di legge nata nel processo quell'accertamento e quella esecuzione forzata che è funzione propria del giudice. In tale ipotesi bisogna distinguere due casi:

a) che la volontà di legge abbia per destinatario una delle parti; *b*) che la volontà di legge abbia per destinatario il giudice.

a) Nel primo caso (si pensi, per esempio, ad una volontà di legge che imponga ad una delle parti di comunicare all'avversario i proprî documenti, allo scopo di garantire a questo la possibilità di difendersi) la funzione del giudice non è diversa da quella che sarebbe se la volontà di legge, che costituisce il tema della decisione, fosse di diritto sostanziale anzichè di diritto processuale. Infatti il giudice si trova qui dinanzi ad una volontà di legge concernente altri, la quale, quantunque nata in occasione e nell'ambito del processo, pure al momento della sentenza si presenta al giudice come già esistente, e non per essere eseguita da lui, ma solo per essere da lui accertata; può, inoltre, vedersi qui una sostituzione dell'attività del giudice all'attività delle parti, in quanto la volontà di legge controversa si indirizzava in origine ad una delle parti, ed esigeva da questa l'esercizio di una attività primaria. Nella pronuncia del giudice che risolve l'incidente processuale sorto sull'obbligo di una parte di comunicare i documenti alla controparte si trovano dunque tutti i caratteri della giurisdizione.

b) Ma diversamente vanno le cose quando la volontà di legge processuale su cui sorge incertezza o controversia ha per destinatario diretto ed immediato il giudice, per il quale costituisce una regola di condotta. Poniamo che in un processo civile una delle parti chieda che il giudice senta il pubblico ministero, ritenendo che la causa rientri tra quelle per le quali la legge impone tale formalità (16); la parte avversaria si oppone: e nasce allora la necessità di una pronuncia del giudice per la risoluzione di questo incidente.

---

(16) Cfr. anche qui il mio scritto *Sulla distinzione*, cit. n. 2.

Si può dire che, in questa pronuncia, il ragionamento del giudice abbia lo stesso valore che nel caso supposto *sub a*? Evidentemente no: poichè qui il giudice non deve dichiarare se esiste o non esiste una volontà di legge concernente le parti, ma deve soltanto decidere se egli stesso deve eseguire o non eseguire la volontà di legge controversa, se egli deve o non deve conformare ad essa la propria condotta.

Il giudice qui non accerta quello che è avvenuto, ma dispone quello che dovrà avvenire: nè si può, in questa ipotesi, parlare di sostituzione, poichè l'attività che il giudice deve compiere è richiesta a lui direttamente come attività primaria dalla concreta volontà di legge di cui egli è destinatario. Mancano dunque, nel caso presente, ambedue gli elementi caratteristici della funzione giurisdizionale; e questa mancanza non passa inosservata alla nostra più recente dottrina, la quale riconosce che ogni qualvolta il giudice decide sull'obbligo *proprio* di agire in un modo piuttosto che in un altro, la sua pronuncia non può mai acquistare la forza di cosa giudicata sostanziale, la quale è riservata soltanto alle decisioni propriamente giurisdizionali (17).

8. — *B*) Ho detto più sopra (retro, n. 4) che la norma di diritto privato si rivolge direttamente ai sudditi, ignorando il processo, il quale di fronte alla norma costituisce una eccezione ed una anomalia. Ciò appare anche materialmente quando si apra un codice di diritto sostanziale e si legga a caso uno qualunque degli articoli in esso contenuti: a meno che ci imbattiamo in qualche norma di diritto processuale la quale vi sia stata collocata dal legislatore per considerazioni di opportunità e per difetto di rigore sistematico (per esempio nelle norme di diritto probatorio contenute nel nostro Codice civile) noi ci troviamo costantemente in presenza di norme le quali si indirizzano ai privati senza intermediario, nella previsione che questi conformeranno spontaneamente la loro condotta ai dettami del diritto. Della eventualità che i privati non agiscano secondo il diritto, il codice di diritto sostanziale, normalmente, non si preoccupa: solamente nella ipotesi che tale eventualità possa verificarsi è sottintesa in ogni norma la affermazione della coazione giurisdizionale, la quale costituisce per ogni norma una specie di garanzia sussidiaria. Talchè, se noi volessimo, a piè di ogni articolo del Codice civile o commerciale, aggiungere in modo espresso questa sottintesa affermazione della garanzia giurisdizionale, dovremmo integrare tutte le norme sostanziali, qualunque ne sia il contenuto, con una norma di diritto processuale, sempre formulata su questo schema: « Qualora, verificandosi la fattispecie supposta in astratto dalla

(17) Chiovenda, *Principii*, § 78, II.

norma, i destinatarî delle concrete volontà di legge, che ne siano derivate, non conformino spontaneamente la loro condotta ad esse, l'autorità giudiziaria, su domanda dell'interessato, dovrà dichiararle come esistenti ed eseguirle forzatamente »; ossia, ad esempio, l'art. 1123 Cod. civ., dovrebbe essere completato con una formula concepita all'incirca così: « Qualora, essendo legalmente formato un contratto, uno dei contraenti non voglia spontaneamente eseguirlo, l'autorità giudiziaria, su domanda dell'interessato, dovrà dichiarare che il contratto in questione ha forza di legge per coloro che l'hanno fatto, ecc. ».

Mi par chiaro che questa formula, la quale da una parte riconosce ai privati un diritto d'azione, e dall'altra si rivolge al giudice per regolare la sua condotta durante la decisione (18), non modifica per nulla il contenuto della norma di diritto sostanziale alla quale si coordina: essa non fa che stabilire, accanto al modo normale di attuazione della volontà di legge (spontaneo adempimento da parte dell'obbligato), un modo sussidiario ed eccezionale (*sanzione giudiziaria*) (19); ma la volontà di legge originaria resta la stessa e l'attività intellettiva ed esecutiva dell'organo giurisdizionale è commisurata alla misura stessa di questa volontà.

Questo, dunque, avverrebbe, se noi volessimo ad ogni norma di diritto sostanziale aggiungere, in modo espresso, la formulazione della sanzione giurisdizionale: e da queste aggiunte, tante quante sono le norme di diritto sostanziale, l'ordinamento del diritto sostanziale non verrebbe ad essere nè alterato nè ampliato. Senonchè, mentre di solito il legislatore, ponendo regole che si indirizzano ai privati e non al giudice, trascura di esprimere questo sottinteso complemento di ogni norma di diritto sostanziale, noi vediamo che eccezionalmente, in alcuni articoli sparsi qua e là nelle diverse parti del Codice, è in modo espresso prevista, a piè della norma di diritto sostanziale che si rivolge come sempre ai privati, la possibilità che sulla esecuzione delle concrete volontà di legge da essa nascenti sorga, da parte dei loro destinatarî, incertezza o dissidio: e per tale possibilità, la norma stessa considera e disciplina l'intervento dell'autorità giudiziaria, prescrivendo come deve svolgersi la condotta del giudice in questa contingenza. Prendiamo, ad esempio, l'articolo 578 Cod. civ., il quale, dopo aver posto nella sua prima parte delle norme di cui sono destinatarî i privati, si rivolge a un tratto, nel suo capoverso, all'autorità giudiziaria, col disporre che « sorgendo contestazioni fra i due proprietarî (destinatarî delle volontà di legge nascenti dalla prima parte dell'articolo) l'autorità giudiziaria

---

(18) Cfr. il mio scritto *Sulla distinzione* cit., n. 3.

(19) Cfr. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato* (in *Trattato* dell'ORLANDO, III, pag. 3 e segg.) nn. 9-10.

deve... ecc. ». Viene fatto di domandarci dinanzi a questo articolo perchè mai il legislatore, il quale, come si è visto, ignora ordinariamente il processo, si ricordi qui dell'autorità giudiziaria e si preoccupi di tracciare la via alla sua attività. Non si può credere che qui il legislatore abbia eccezionalmente voluto esprimere quella norma di garanzia giurisdizionale che, come si è detto, ha voluto lasciare nelle altre norme di diritto sostanziale implicita e sottintesa: se così fosse, dovremmo ammettere che l'opera del legislatore è stata guidata non dal ragionamento, ma dal capriccio. Più logico sembra pensare che il legislatore sia stato tratto a porre in questo articolo una norma speciale destinata al giudice, perchè l'attività che il legislatore richiede al giudice in occasione della applicazione di questo articolo *è diversa* da quella ordinaria attività giurisdizionale alla quale può dar luogo qualunque norma giuridica; perchè, in altre parole, quel semplice obbligo generico del giudice di dichiarare le volontà di legge già nate nel mondo giuridico non basterebbe in questo caso a imporre al giudice di compiere quella speciale attività che, nel caso contemplato dall'articolo suddetto, il legislatore vuole che il giudice compia.

Infatti, qualora scendiamo ad analizzare il contenuto di quella regola di condotta che il capoverso dell'articolo 578 pone per il giudice, vediamo che essa non risponde affatto a quella formula esprimente la garanzia giurisdizionale comune a tutte le norme, che sopra ho suggerita: invero il capoverso dell'art. 578 non dice (come nell'esempio dato più sopra per l'art. 1123) che « l'autorità giudiziaria deve dichiarare come esistenti le volontà di legge nascenti dalla norma posta nella prima parte dell'articolo », ma dice che « l'autorità giudiziaria deve conciliare nel modo il più equo i riguardi... ecc. »; ossia impone al giudice di compiere una attività che normalmente non rientra nell'attività giurisdizionale.

L'articolo 578 Cod. civ. è un esempio: ma lo stesso fenomeno si può riscontrare in molti altri articoli dei codici di diritto sostanziale, per ognuno dei quali, pur colle necessarie differenze di particolari derivanti dalla diversità del contenuto, possono essere ripetute le osservazioni che ho fatto a proposito dell'articolo 578 suddetto. Talchè possiamo accettare per tutti questi casi questo principio generale: che il legislatore nel porre norme di diritto sostanziale si rivolge direttamente al giudice soltanto quando vuole che egli compia, in occasione di un rapporto giuridico sostanziale, una attività che non consista nel dichiarare concrete volontà di legge già esistenti e concernenti altri (20); ossia, con altre parole, che quando il legislatore, nell'emanare una norma di diritto so-

---

(20) Accenno a questa idea in Kisch, *Beiträge*, cit. pag. 118.

stanziale di cui sono destinatarî i privati, sente il bisogno di accompagnarla con un precetto destinato a regolare la condotta del giudice nell'applicazione della norma stessa, l'attività che il giudice esplica in esecuzione di questo precetto non è attività giurisdizionale. Infatti, se il legislatore trova la necessità di aggiungere alla norma per i privati questo precetto per il giudice, vuol dire che questo precetto non è una conseguenza implicita della norma, non ha lo stesso contenuto della norma, ma (diversamente da quanto ho detto per quel precetto sottinteso ed implicito che ad ogni norma garantisce la coazione giurisdizionale) rappresenta di fronte al contenuto della norma qualcosa di diverso e di nuovo.

La verità di questo principio può essere apprezzata ove si analizzi la funzione che il giudice compie: *a*) quando pronunzia sentenze cosiddette costitutive; *b*) quando pronunzia in base a un potere di discrezionalità riconosciutogli dalla legge.

9. — *a*) Di sentenze costitutive — pronuncie del giudice, le quali pur essendo vere e proprie sentenze, cioè atti di giurisdizione, hanno l'effetto tutto particolare di produrre delle variazioni nei rapporti giuridici sui quali decidono — la nostra dottrina, sulle traccie della dottrina tedesca, tratta in correlazione ai cosiddetti diritti potestativi. Chi ammette la esistenza di questa categoria di diritti, consistenti nel potere di produrre, per mezzo di una dichiarazione di volontà, un determinato mutamento giuridico, nota che mentre per alcuni diritti potestativi « il nuovo stato giuridico si produce senz'altro in virtù d'una semplice dichiarazione di volontà del titolare », per altri « il mutamento si produce soltanto allora che il diritto potestativo fu accertato dal giudice » (21); e, per questo secondo gruppo di diritti potestativi, vede nella pronuncia del giudice che dichiara l'esistenza del diritto al mutamento e conseguentemente esegue il mutamento, una sentenza costitutiva, in quanto la sentenza appare come la causa immediata di questo mutamento (22). La esistenza di sentenze costitutive può sembrare in contraddizione con quel principio fondamentale sopra ricordato, secondo il quale la sentenza avrebbe sempre, per definizione, carattere dichiarativo; infatti, per limitarci alla dottrina italiana, Alfredo Rocco, ritenendo che il concetto di sentenza costitutiva sia inconciliabile con l'autonomia della funzione giurisdizionale ed abolisca ogni criterio di netta distinzione funzionale tra amministrazione e giurisdizione (23), ha

---

(21) Chiovenda, *Principii*, pag. 181.
(22) Id., pag. 183.
(23) *Sentenza civile*, n. 57.

sostenuto che la pretesa sentenza costitutiva è, in fondo, nient'altro che una sentenza dichiarativa, in quanto il mutamento giuridico che ad essa materialmente si connette è l'effetto non della sentenza, ma dell'esercizio del diritto al mutamento giuridico dichiarato dalla sentenza (24); il concetto di sentenza costitutiva è tuttavia accolto e difeso anche in Italia da autorevoli processualisti, tra cui il CHIOVENDA, il quale insegna che: « anche la sentenza costitutiva attua mediante l'accertamento una preesistente volontà di legge: è quindi identica in ciò alle altre sentenze; e non ha nulla d'eccezionale » (25).

Ricordo tutto ciò non al fine di prendere partito nel dibattito ancor vivo sulla esistenza di una categoria di sentenze costitutive, nel quale la mia opinione nulla saprebbe aggiungere alle ragioni addotte in sensi opposti da così autorevoli contraddittori, ma al solo scopo di osservare che, se si accetta il concetto di sentenza costitutiva quale è costruito dai suoi sostenitori, bisogna a mio avviso ammettere che la sentenza costitutiva resulta dalla somma di un'attività giurisdizionale con una conseguente attività non giurisdizionale (26). Si pensi: se scomponiamo la sentenza costitutiva negli elementi logici da cui essa è composta, vediamo che per essa il giudice anzitutto dichiara la esistenza di una concreta volontà di legge la quale garantisce ad una parte il diritto ad ottenere, per opera del giudice, un determinato mutamento giuridico (per esempio l'annullamento di un contratto in base all'articolo 1165 Cod. civ.); fin qui, è chiaro, si tratta di attività puramente giurisdizionale volta ad accertare una concreta volontà di legge già esistente (carattere dichiarativo), che ha per destinatario una persona diversa dal giudice (carattere della sostituzione). Ma questa attività meramente giurisdizionale non giunge, si badi, a dichiarare come già avvenuto il mutamento (nell'esempio portato, l'annullamento del contratto), ma si limita a dichiarare come esistente il diritto ad ottenere il mutamento: affinchè il mutamento avvenga, occorre una ulteriore attività del giudice, la quale non consiste più in un giudicare, ma in un eseguire, ed è proprio questa seconda fase dell'attività del giudice, consistente in un eseguire, la quale opera nel mondo giuridico quella variazione, che la prima fase, consistente in un giudicare, non aveva (appunto in virtù della sua natura giurisdizionale) saputo operare. La scomposizione della sen-

---

(24) *Id.*, n. 56.

(25) *Principii*, pag. 182.

(26) Cfr. CAMMEO, *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione* (*Giur. it.*, 1905, IV, 23 e segg.) n. 6 C; il quale dice che il contenuto delle sentenze costitutive è duplice, in quanto contiene un accertamento, più un negozio giuridico. Analogamente: KISCH, *Beiträge* cit., pag. 46 e segg.; HELLWIG, *Lehrbuch*, I, § 9, II, n. 3.

tenza costitutiva in queste due fasi di attività può non apparire evidente a causa della natura della attività esecutiva, la quale non consiste in un'attività materiale che abbia esistenza esteriore nel mondo dei sensi, ma in una attività meramente giuridica che esiste soltanto nel mondo del diritto; pur tuttavia anche esteriormente, nel tenore della sentenza, può rintracciarsi questa duplicità di funzione (27), in quanto il giudice dice: « affermo esistente il diritto della parte a ottenere l'annullamento del contratto » (dichiarazione), « e quindi annullo » (esecuzione).

Nè mi sembra che questa duplicità di funzione della sentenza costitutiva si possa negare dicendo che il mutamento giuridico è un effetto immediato dell'accertamento di una preesistente volontà di legge, e che quindi accertamento e mutamento sono un atto unico di natura giurisdizionale (28); poichè se il mutamento giuridico è perfetto in virtù dell'accertamento, il quale, come si sa, dichiara ma non crea il diritto, vuol dire che la costituzione dell'effetto giuridico preesiste all'accertamento, il che equivale a negare l'esistenza di sentenze costitutive; se invece il mutamento è sempre una conseguenza della sentenza, vuol dire che questa sentenza, oltrechè un accertamento (il quale, si è detto, non basta a produrre mutamenti nel mondo giuridico) contiene un *plus* speciale, un supplemento di attività, il quale appunto del mutamento è la causa immediata e diretta.

Se ci domandiamo, ora, quale è la natura funzionale di questa seconda fase dell'attività del giudice, consistente nell'eseguire un mutamento giuridico, spontanea viene alla mente l'idea di una esecuzione forzata giurisdizionale: la sentenza costitutiva cumulerebbe in sè così un'attività appartenente al processo di cognizione (dichiarazione della esistenza di un diritto al mutamento giuridico) con un'attività appartenente al processo di esecuzione (attuazione forzata di questo diritto) (29).

---

(27) Cfr. Kisch, *Beiträge*, cit., pag. 57.

(28) Chiovenda, *Principii*, 182; Id., *Dell'azione nascente dal contratto preliminare* (*Riv. di dir. comm.*, 1911, I, 96) nota 1 a pag. 104: « Il giudice nella sentenza costitutiva non spiega alcuna speciale attività oltre la dichiarazione del diritto alla produzione dell'effetto giuridico ».

(29) Il Diana, *La giurisdizione volontaria*, I (Città di Castello, 1904) par che ammetta che nelle sentenze costitutive esiste un atto di esecuzione; ma poi, quando afferma che il mutamento giuridico (ossia l'esecuzione) deriva *ipso facto* dalla « dichiarazione giudiziale dello scioglimento » pare che concepisca la sentenza costitutiva non come contenente la dichiarazione di un diritto ad ottenere lo scioglimento, ma come la dichiarazione dello scioglimento già avvenuto. Il che rende inutile l'esecuzione, ma anche distrugge il concetto di sentenza costitutiva!

Senonchè, il CHIOVENDA insegna che la esecuzione in tanto ha carattere giurisdizionale in quanto essa è esecuzione forzata da parte del giudice di quello che *altri avrebbe dovuto* spontaneamente eseguire; mentre, in mancanza di questo carattere della sostituzione, « se si tratta di una volontà che non può eseguirsi che dagli organi pubblici, questa esecuzione *in sè* non è giurisdizione: così non è giurisdizione l'esecuzione della sentenza penale » (30). Ora, nel caso in esame, si può dire che l'attività esecutiva del giudice si sostituisce all'attività del privato? No certo, poichè sentenza costitutiva si ha appunto, per definizione, in quei casi in cui la legge vuole che il mutamento giuridico possa avvenire soltanto *jussu judicis*: in modo che di sostituzione non si può mai parlare, perchè l'attività del privato è sempre in questa ipotesi esclusa a priori dalla stessa legge (31). L'attività del giudice che esegue il mutamento giuridico è dunque un'attività *primaria,* in quanto la legge si rivolge direttamente al giudice per imporgli una certa attività che egli solo può compiere: torniamo così a uno dei casi accennati precedentemente (retro, n. 8), in cui dalla norma di diritto sostanziale nasce una volontà concreta di legge di cui unico destinatario è il giudice, il quale, in forza di questo specifico precetto, deve compiere un'attività che, senza quel determinato richiamo della norma, non rientrerebbe nella sfera dell'attività giurisdizionale.

---

(30) *Principii,* pag. 297.

(31) Ciò appare chiarissimo in tutte le sentenze costitutive basate su un'azione di impugnativa, e in quelle relative ad un « rapporto giuridico, il quale, per espressa disposizione di legge, non può esser creato, modificato o sciolto se non mediante azione e con sentenza, non bastando mai a tal uopo, per motivi di ordine pubblico, neppure il consenso di tutti gli interessati » (CAMMEO, *L'azione del cittadino* cit., n. 6 B. d.). Soltanto per le sentenze basate su un diritto ad ottenere una dichiarazione di volontà del convenuto, nei casi in cui la legge ammette che la omessa dichiarazione di volontà sia supplita dalla sentenza (sulle quali v. CHIOVENDA, *Principii,* § 8, V. A; CAMMEO, *Scritto* cit., n. 6, *B. a)* si può dubitare se l'atto di esecuzione in esse contenuto, sia di vera esecuzione giurisdizionale, poichè l'attività del giudice nel costituire l'effetto giuridico, pare che si sostituisca all'attività dell'obbligato alla dichiarazione. Senonchè ciò è soltanto apparente; poichè l'accertamento a cui segue qui l'atto d'esecuzione, non è l'accertamento di una volontà di legge che garantisca l'emanazione di una dichiarazione di volontà da parte dell'obbligato, ma l'accertamento di un « nuovo diritto potestativo che tende alla produzione giudiziaria degli effetti che si dovevano produrre colla dichiarazione dell'avversario » (CHIOVENDA, l. c.); in modo che il giudice attua la costituzione dell'effetto giuridico non per sostituirsi in via di esecuzione forzata, al privato condannato a emettere una dichiarazione di volontà (così ROCCO A., *Sentenza civile,* pag. 153-154), ma per eseguire la volontà di legge precedentemente accertata che comanda *a lui direttamente* una certa attività, la quale, *in relazione a questo accertamento,* non potrebbe essere eseguita da nessun altro che da lui giudice.

Per avere un esempio pratico si può ricorrere, anche qui, all'articolo 1165 Cod. civ., nel cui capoverso secondo è espressamente considerata l'ipotesi che la norma sostanziale contenuta in detto articolo dia luogo a dibattito giudiziario, ed è posta la regola che, resultando esistente il diritto alla risoluzione, questa possa essere eseguita soltanto dal giudice. Anzi l'art. 1165 distingue esplicitamente quelle due fasi di attività che, secondo me, esistono in ogni sentenza costitutiva: poichè, anche quando il giudice abbia accertato la esistenza oggettiva di quegli estremi di fatto che fanno sorgere a favore di una delle parti il diritto a ottenere la risoluzione (cioè anche quando il giudice abbia compiuto la fase giurisdizionale della sua attività) l'articolo stesso gli permette di ritardare « secondo le circostanze » la pronuncia della risoluzione, ossia di differire la esecuzione di quella seconda fase della sua attività, che, secondo me, non ha carattere giurisdizionale.

Ma, anche all'infuori dell'art. 1165 Cod. civ., lo stesso fenomeno si riscontra in tutti quegli articoli delle leggi sostanziali ai quali la dottrina ricollega la categoria delle sentenze costitutive. E in generale, per tutta questa categoria di sentenze, si può concludere affermando che: ogni sentenza costitutiva resulta da un primo momento in cui il giudice dichiara come esistenti volontà di legge di cui sono destinatarî privati; e da un secondo momento, in cui il giudice esegue volontà di legge di cui è destinatario egli stesso. Nel primo momento, il giudice compie un'attività giurisdizionale; nel secondo momento il giudice compie una attività amministrativa (32).

---

(32) In questo senso: Donati (D.), *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico*, (Milano, 1910) n. 22, pag. 216; Pugliese, *La prescrizione acquisitiva*, (3ª ed., Torino, 1911), pag. 491, nota 2; contro Chiovenda, *Principii*, pag. 183-184 e nota 2 a pag. 183. Il Kisch (*Beiträge* cit., pag. 47) riconosce che la sentenza costitutiva si avvicina a quegli atti amministrativi che hanno immediata efficacia sui rapporti concreti; ma trova che ne differisce sostanzialmente per due motivi: anzitutto, perchè essa « è una misura della giurisdizione e non dell'amministrazione » e in secondo luogo perchè « ha efficacia non in relazione al diritto pubblico, ma in relazione al diritto privato ». Non pare che queste differenze siano decisive: si può infatti domandare in che la sentenza costitutiva, secondo il K., differisce dagli atti di volontaria giurisdizione (che pure sono atti di amministrazione). Notevole è poi, per confermare che la sentenza costitutiva contiene un'attività giurisdizionale più un'attività amministrativa, quanto scrive l'Hellwig (*Lehrbuch*, I, § 9 cit., pag. 48): « Sarebbe pensabile che anzitutto la sentenza dovesse accertare la esistenza di un tale diritto [il diritto ad ottenere il mutamento giuridico] e che poi la sua realizzazione dovesse prodursi per mezzo di un ulteriore atto esecutivo dello Stato ». Ciò avveniva, in pratica, per l'antico art. 258 del Codice Napoleone, sul quale v. oltre, n. 12, nota ultima; cfr. Kisch, *Beiträge* cit., pag. 59.

10. — *b*) Di un « potere discrezionale » attribuito dalla legge al giudice la dottrina parla in due sensi diversi (33), cioè: α) in relazione all'attività che il giudice può esercitare per apprezzare se nel rapporto giuridico sottoposto a decisione si verifica in concreto quella fattispecie che la norma da applicare suppone in astratto; β) in relazione all'attività che il giudice può esercitare per determinare quale conseguenza giuridica deriva dalla coincidenza della fattispecie concreta colla fattispecie supposta in astratto dalla norma (34).

α) Un lato potere di apprezzamento spetta al giudice, tutte le volte che la norma giuridica descrive gli estremi della fattispecie, ch'essa ipotizza, con parole vaghe ed imprecise, le quali non hanno un significato specifico ed assoluto, ma lasciano una certa latitudine alla indagine dell'interprete, il quale, attingendo schiarimenti dalla coscienza giuridica e dalle massime d'esperienza generale, deve, prima di decidere se la norma è applicabile o no, sostituire idealmente al concetto generico usato dal legislatore (il cosiddetto « concetto di apprezzamento » (35)) un concetto o una serie di concetti precisi e completi, onde il significato della norma esca chiaro e determinato (ciò accade, ad esempio, tutte le volte che la norma pone come uno degli estremi della fattispecie la esistenza di una « colpa grave », della « diligenza del buon padre di famiglia » e così via).

In questi casi si parla impropriamente di potere discrezionale (si potrebbe, se mai, parlare di discrezionalità *tecnica* (36); qui infatti, il

---

(33) Cfr. *La genesi logica della sentenza civile*, numeri 18, 23-24, in *Studi* cit., I [in questo volume, *supra*].

(34) Cfr. specialmente SEUFFERT, *Ueber richterliches Ermessen* (Giessen, 1880) che tratta del potere discrezionale del giudice; per gli Autori che ne trattano insieme con quello dell'amministratore, cfr. bibliografia e riassunto delle teorie in LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen* (Leipzig u. Wien, 1910) pag. 24, nota 2.

(35) « *Wurdigungsbegriff* »: cfr. ZITELMANN, *Die Kunst der Gesetzgebung* (Dresden, 1904), pag. 40; WEHLI, *Beiträge zur Analyse der Urteilsfindung* (*Festsch. für Wach*, I) pag. 427.

(36) Cfr. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla Giustizia amm.*, I, nn. 60 e 381; ID., *La competenza di legittimità della IV sezione* ecc., in *Giur. It.*, 1902, III, vol. 275 nota; ID., *Corso di diritto amministrativo*, (Padova, 1914) I, n. 77; FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale* (*Tratt.* ORLANDO, II, 2) pag. 637; PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica* in *Giur. it.*, 1910, IV, pag. 10 e segg., nn. 27 e 29. Il LAUN parla in questo caso di *discrezionalità vincolata* (*«gebundene Ermessen»*) contrapposta alla discrezionalità *libera* (*«freie Ermessen»*) e mette in chiaro come la prima miri sempre, in base a massime di esperienza, a determinare la *unica possibile* volontà della legge (pagg. 47-61), mentre la seconda lascia alla volontà del funzionario la determinazione dello scopo della propria condotta. Il L. però nell'applicazione di questi principii, fa rientrare in pratica quasi tutti i casi di discrezionalità del giudice nella discrezio-

giudice non è libero di volere o non volere, secondo criterî di mera opportunità, un certo mutamento giuridico, ma ha soltanto una certa indipendenza di ragionamento allo scopo di avvicinarsi quanto più è possibile al pensiero ed alla volontà del legislatore. Questa sua facoltà inesattamente chiamata discrezionalità, non conduce alla formazione di nuove volontà giuridiche, rilasciata all'arbitrio del giudice; ma è uno strumento logico messo a disposizione dell'interprete dalla tecnica legislativa (37), per dargli modo di dichiarare con maggiore esattezza se dal diritto oggettivo è nata o non è nata nel rapporto controverso una certa volontà giuridica. Essa facoltà, dunque, la quale potrebbe meglio qualificarsi come un potere di « *apprezzamento giuridico degli estremi della fattispecie* », non è inconciliabile col carattere dichiarativo della sentenza, poichè è appunto preordinata a mettere il giudice nella condizione di accertare colla massima precisione e fedeltà quali sono le volontà concrete di legge nate dalla norma all'indirizzo dei soggetti del rapporto giuridico controverso.

β) Un vero e proprio potere discrezionale, con significato in qualche modo analogo a quello che si dà a tale concetto nel campo amministrativo quando si parla di discrezionalità *pura* (38), si verifica invece nel secondo caso: quando la norma, designando con precisione gli estremi della fattispecie che essa ipotizza, non stabilisce in modo tassativo quale debba essere la conseguenza giuridica del concreto verificarsi di questi estremi, ma lascia questa conseguenza imprecisata nella quantità o nella qualità, facendo il giudice arbitro di sospendere o delimitare il prodursi di questo effetto, o di scegliere tra due effetti diversi, o, finalmente, di prendere a suo talento i provvedimenti che più ritenga convenienti alle circostanze del caso.

In questa seconda ipotesi (in cui la libertà del giudice non è *preordinata* a determinare se sia applicabile o no una data norma, ma è *conseguenza* della applicazione di una norma già determinata) si deve riconoscere anche nell'organo giurisdizionale l'esistenza di un vero e proprio potere di discrezionalità attinente alla volontà e non all'intelligenza, poichè dalla volontà del giudice dipende che si produca o non si produca un certo mutamento giuridico che, senza l'attività del giudice, non potrebbe nascere dalla sola volontà della legge. E' chiaro che

---

nalità vincolata (cfr. pag. 61 e pag. 77-78). Per le differenze tra la discrezionalità del giudice e quella dell'amministratore cfr. anche Stier Somlo, *Das freie Ermessen* in *Rechtsprechung und Verwaltung* (*Festgabe für* Laband, 1908, II, 445: riassunto da Presutti, Scritto cit., nota 23); Id., *Iustiz und Verwaltung* (in *Handbuch der Politik*, 1912, I, pag. 305 e segg.) II, pag. 307.

(37) Zitelmann, Scritto cit.; cfr. anche Presutti, Scritto cit., n. 29.

(38) Cammeo, *Comm.*, I, n. 6; Id., *Corso* cit., I, n. 74 e segg.

in questo caso la funzione del giudice ha un carattere tutto speciale, che impedisce di confonderla con qualunque altra esplicazione dell'attività giudiziaria; onde la dottrina considera le sentenze nascenti dall'esercizio di un vero potere discrezionale spettante al giudice come una categoria di sentenze a parte (sentenze *determinative* (39) o *dispositive* (40), diverse non solo dalle sentenze di mero accertamento e di condanna, ma anche da quelle costitutive. Analizziamo, in questo speciale gruppo di sentenze, un esempio pratico.

11. — In un mio precedente scritto sono raccolti in elenco i casi più notevoli in cui nel nostro diritto positivo, si può dire che il giudice eserciti un vero e proprio potere discrezionale (41). Qui mi limiterò a scegliere, al solo scopo di illustrare i principî sopra affermati, un caso tra i più caratteristici, cioè quello contenuto nell'art. 544 del Cod. civile (analogo a quello contenuto nell'art. 578 stesso Codice, di cui retro, n. 8). Detto articolo presuppone che, sui diritti relativi ad un'acqua, possa sorgere « controversia fra i proprietarî a cui l'acqua può essere utile »: e per tale ipotesi si rivolge *direttamente all'autorità giudiziaria,* ad essa indicando particolarmente regole di condotta per la risoluzione di questa controversia. E' chiaro, come risulta dalle cose già dette, che questo articolo indirizzato all'autorità giudiziaria sarebbe perfettamente superfluo, ove esso prescrivesse al giudice di esercitare un'attività prettamente giurisdizionale, ossia di risolvere la controversia applicando al caso concreto le precise norme colle quali il Codice regola il diritto di proprietà e le modificazioni ad esso attinenti: esso acquista invece importanza e significato quando ordina che l'autorità giudiziaria, derogando a quello che è il suo naturale ufficio, debba « conciliare l'interesse dell'agricoltura e dell'industria coi riguardi dovuti alla proprietà », ossia debba compiere funzione diversa dall'applicar norme, dal dichiarare concrete volontà di legge già nate. Anche qui, come nel caso della sentenza costitutiva (retro, n. 9), l'attività che compie il giu-

---

(39) « *Festsetzende* »: KISCH, *Beiträge* cit., § 5, il quale (*ib.* pag. 114) afferma inseparabile dalla natura di queste sentenze l'esercizio di un potere discrezionale da parte del giudice; il K. per altro ammette che discrezionalità possa eccezionalmente essere esercitata dal giudice anche nelle sentenze dichiarative e costitutive (*ib.* pag. 65): ma giunge a tale ammissione perchè non distingue la vera e propria discrezionalità dall' « apprezzamento ». Contro la creazione di questa nuova categoria di sentenze, ROCCO A., *Sentenza civ.*, pag. 151.

(40) «*Verfügende*»; MAYER (OTTO), *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft* (Leipzig, 1906); ID., *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungsachen* (in *Arch. für öff. Recht,* XXI, 1907, pag. 1 e segg.) specialmente pag. 42 e seg. Cfr., anche per la nota precedente, CHIOVENDA, *Principii,* § 8 V, *C.*

(41) *Genesi logica,* l. cit.

dice quando deve risolvere la controversia contemplata dall'art. 544 può essere scomposta in due fasi: anzitutto il giudice deve accertare le concrete volontà di legge già nate all'indirizzo dei soggetti del rapporto giuridico controverso, e desumere da questo accertamento se la controversia presente abbia gli stessi estremi giuridici di quella prevista dall'art. 544; ed in ciò egli esercita un'attività che ha tutti i caratteri della vera giurisdizione. Ma l'accertamento, il quale negli altri processi viene a sciogliere la controversia, in modo che quando l'accertamento è compiuto è anche perciò stesso compiuta la sentenza, qui non basta ad esaurire l'obbligo del giudice; poichè egli, appena compiuto l'accertamento delle concrete volontà di legge attinenti alle parti, si trova dinanzi ad un concreto precetto giuridico a lui indirizzato con cui la legge gli comanda di compiere un'ulteriore attività diversa dall'accertamento, durante la quale egli non dovrà più tener conto delle volontà già nate nel passato dal diritto oggettivo, ma dovrà prendere nuovi provvedimenti per l'avvenire, in base a criterî di opportunità e di convenienza desunti dalle circostanze del caso. Si ha dunque, qui, una ripartizione dell'attività del giudice come nel caso della sentenza costitutiva; ma la seconda fase di questa attività ha qui un significato ed una sfera assai diversi; poichè, mentre nella sentenza costitutiva il giudice, compiuto l'accertamento, si limita ad eseguire ciò che ha accertato come volontà di legge (eseguire, per esempio, la risoluzione alla quale per legge la parte ha diritto), qui il giudice, esaurita la fase di accertamento, deve volere in vece della legge in quel campo entro il quale la legge lo lascia libero di volere.

Nel caso delle sentenze costitutive *la legge vuole che la sua volontà possa essere eseguita soltanto dal giudice*; nel caso presente, invece, la legge *rinuncia espressamente a volere in precedenza, e si rimette caso per caso alla volontà del giudice,* ritenendo che questi possa, libero da ogni determinazione *a priori,* prendere misure meglio appropriate alle esigenze della vita pratica. Possiamo dire così che, tanto nella sentenza costitutiva quanto in quella resa in esplicazione di un potere discrezionale, la prima fase dell'attività del giudice consiste ugualmente in un *giudicare* (accertare volontà di legge esistenti); ma la seconda fase ha carattere diverso nei due casi: perchè nel primo consiste in un *eseguire* una volontà di legge, mentre nel secondo consiste in un *volere* in vece della legge (42).

Di solito la legge, applicandosi da sè senza bisogno del giudice,

---

(42) Si possono verificare dei casi (per es. quello contemplato dall'art. 1165 Cod. civ.) in cui una sentenza ha insieme i caratteri di una sentenza costitutiva e di una sentenza determinativa.

(retro, n. 3) disciplina ogni rapporto in tutte le sue parti, in modo che essendo questo rapporto, già prima dell'intervento del giudice, giuridicamente compiuto e perfetto, al giudice resta soltanto accettarlo tal quale la legge lo ha creato; ma, nei casi di vero e proprio potere discrezionale del giudice, bisogna pensare invece che la legge vuol lasciare un rapporto giuridico incompleto e, per dir così, *aperto,* in quanto, dopo averlo regolato fino ad un certo punto per mezzo di concreti comandi diretti ai privati che ne sono i soggetti, per l'ulteriore determinazione giuridica di esso si rivolge al giudice, ed a lui impone di completare e di *chiudere,* per mezzo di un'attività primaria che egli solo può compiere, quella parte del rapporto che resta ancora sfornita di determinazione giuridica.

12. — Se questa è la funzione che il giudice compie quand'egli esercita un potere discrezionale, si potrà dire che la sua attività risponda in questo caso ai requisiti della giurisdizione? A me sembra di no. Infatti, essendo l'attività discrezionale del giudice la esplicazione di una regola di condotta che la legge pone direttamente ed espressamente per lui, mancano a questa sua attività i caratteri della sostituzione e della dichiarazione (retro, n. 1): qui il giudice non sostituisce la propria attività a un'attività che la legge abbia richiesto invano da altri, poichè il destinatario diretto ed immediato della regola di condotta (nell'art. 544 il precetto di « conciliare l'interesse dell'agricoltura... ecc. ») è il giudice, non le parti; qui il giudice non dichiara come esistenti volontà concrete di legge già nate, ma completa un rapporto giuridico che dalle concrete volontà di legge già nate era regolato in modo imperfetto (43). L'attività del giudice è stata in questo caso giustamente paragonata a quella dell'*arbitrator* (44); e se non appare materialmente

---

(43) Il Rocco (Alfr.) per sostenere che anche le sentenze così dette *determinative* hanno la funzione di accertare il diritto nel caso concreto, dice che, anche quando il giudice decide in base a un potere discrezionale, compie un accertamento: « solo che l'accertamento non è fatto secondo una norma precisa di legge, ma secondo l'equità, cioè secondo *il diritto del caso singolo,* quindi sempre secondo qualche cosa che esiste all'infuori del giudice e preesiste al processo e alla sentenza » (*Sentenza civ.*, pag. 182). Peraltro, se si prescinde dai casi di « apprezzamento » che non ha niente a che fare colla « discrezionalità » (retro, n. 10), non sembra molto naturale pensare che si possa dichiarare come esistente una volontà di legge là dove la legge ha espressamente rinunciato a volere prima della pronuncia del giudice. Anche lo Scialoia, scritto cit., pag. 71, afferma che nella controversia nascente dall'art. 544 cod. civ. « il criterio direttivo è quello stesso che ordinariamente si dice proprio dell'amministrazione, ma tuttavia la sentenza del giudice ha certamente carattere giurisdizionale », non si trattiene però ulteriormente a dimostrare le ragioni di questa affermazione.

(44) Chiovenda, *Principii,* pag. 195; Kisch, *Beiträge cit.*, pag. 111.

quanto questa funzione di *arbitrator* differisca dalla normale funzione giurisdizionale, ciò deriva unicamente dal fatto che queste due diverse specie di funzioni sono riunite in un unico organo, dalla cui unicità si può esser tratti a indurre la unicità della funzione. Ma se la legge, nei casi in cui concede al giudice un potere discrezionale, ha ritenuto di solito più conveniente attribuire all'organo che deve accertare i rapporti giuridici già formati anche la funzione di cooperare alla formazione dei rapporti giuridici non ancora perfetti, ciò non significa che queste due funzioni non siano in realtà profondamente diverse; tanto è vero che lo studio delle legislazioni offre tipici esempî, nei quali a questa duplicità di funzioni l'ordinamento positivo fa corrispondere anche una duplicità di organi, limitando la attività dell'organo giurisdizionale all'accertamento dei rapporti giuridici esistenti, e disponendo, per l'ulteriore attività volta a completare o a modificare i rapporti giuridici esistenti, l'intervento di un secondo organo, non giurisdizionale, a ciò appositamente destinato (45).

13. — Gli esempî rapidamente accennati bastano peraltro a dare una conferma pratica al principio che sopra ho affermato (retro, n. 6), in quanto provano che il giudice esplica funzione giurisdizionale solamente quando, in conformità con quel precetto di diritto processuale

---

(45) L'esempio più caratteristico è quello contenuto nell'antico art. 258 del codice Napoleone, sul quale scrive il LAURENT, *Principes de droit civil* (Paris-Bruxelles, 1870) III, n. 244: « Ce n'est pas le tribunal qui prononce la dissolution du mariage, c'est l'officier de l'état civil. On a pensé que c'est à celui qui celèbre le mariage, en déclarant les époux unis au nom de la loi, à rompre leur union. Il résulte de là que, malgré le jugement qui admet le divorce, *le mariage subsiste jusqu'à ce que l'officier de l'état civil ait prononcé le divorce* ». Secondo l'antico art. 258, la sentenza di divorzio è dunque dichiarativa, non nel senso che dichiari già avvenuto il divorzio per sola virtù della volontà degli sposi, ma nel senso che si limita a dichiarare esistente il diritto a ottenere, da un'autorità amministrativa diversa dal giudice, lo scioglimento del matrimonio. La legge 18 aprile 1886, che ha modificato in Francia la procedura di divorzio, ha, per ragioni di convenienza pratica, attribuito allo stesso giudice, che dichiara il diritto a ottenere lo scioglimento del matrimonio, anche la funzione, *già attribuita alla autorità amministrativa,* di pronunciare lo scioglimento: cfr. BAUDRY-LACANTINERIE, *Tr. teor. prat. di dir. civ.* (trad. BONFANTE, PACCHIONI, SRAFFA) IV, nn. 73 e 169. Attualmente, dunque, la sentenza di divorzio ha, in Francia, natura costitutiva; e su questo caso il IAPIOT, nel suo *Traité élémentaire de proc. civ. et comm.* (Paris, 1916), nel quale vediamo con piacere accolte idee che derivano evidentemente dalla scienza processuale italiana, scrive benissimo così: « L'analyse la plus exacte consisterait sans doute à dire que, dans l'ensemble du jugement de divorce tel qu'on le conçoit dans notre droit, il y a plusieurs éléments. Le premier élément est une décision par laquelle le juge déclare que l'époux a droit au divorce; cette décision seule rentre dans l'exercice de la fonction juridictionelle et constitue un jugement contentieux. Le second élément consiste dans une décision, opérant la

che è sottinteso in ogni norma giuridica (sanzione giudiziaria: retro, n. 8), decide sulla esistenza di concrete volontà di legge di cui siano destinatarî i soggetti del rapporto controverso, e non anche quando esegue (o decide se debba eseguire) volontà di legge che dalle norme giuridiche nascono direttamente ed espressamente al suo indirizzo. In questo secondo caso l'attività esercitata dal giudice non è giurisdizionale, ma amministrativa (46).

Qualche autore si è domandato se talvolta questa attività eccezionale del giudice, che secondo me ha natura di amministrazione, non abbia addirittura natura legislativa; ciò avverrebbe nei casi in cui il giudice esercita un potere discrezionale come nell'art. 544, nei quali il giudice esplicherebbe « una funzione anche legislativa, ponendo anzitutto la norma giuridica pel caso concreto » (47). Ma a me sembra che senza ricorrere alla funzione legislativa, si possa trovare un equivalente di questa attività discrezionale del giudice proprio nel campo dell'amministrazione, ove appunto si fa distinzione tra l'attività vincolata e l'attività discrezionale dell'amministratore (48): la prima si ha, tutte le volte in cui l'amministratore deve puramente e semplicemente eseguire una volontà di legge derivante da una norma giuridica esistente e costituente per lui una precisa regola di condotta: la seconda si ha, tutte le volte in cui la legge, entro certi limiti prestabiliti, rinuncia a regolare in anticipo la condotta dell'amministratore, ma permette che egli regoli di volta in volta la propria condotta secondo l'opportunità delle circostanze, che il legislatore non potrebbe in astratto prevedere in

---

modification que ce droit permet d'obtenir: cette décision, qui fait passer les parties de l'état d'époux à l'état de divorcés, *rentre dans l'exercice de la fonction administrative et pourrait fort bien être confiée au maire, par exemple* ».

(46) Cfr. DONATI, *Lacune* cit., pag. 216. Qualcuno, dalla mia affermazione che, ad ogni norma giuridica diretta alle parti, è sottintesa una norma processuale diretta al giudice, la quale a lui direttamente comanda, per la eventualità che i privati non eseguano volontariamente la legge, di eseguire in loro vece la dichiarazione e l'attuazione del diritto, potrebbe obiettarmi che sempre, anche quando il giudice giudica sulla esistenza di diritti altrui, egli esegue una volontà di diritto processuale a lui diretta, in modo che anche la sua attività più propriamente giurisdizionale è sempre, anche, l'esecuzione di una volontà di legge processuale di cui è destinatario il giudice, e quindi attività esecutiva. Ma sarebbe un'obiezione infondata; poichè la volontà di legge processuale (sottintesa in ogni norma giuridica) di cui è destinatario il giudice, sorge soltanto come conseguenza della inosservanza della legge da parte del suo destinatario immediato e diretto, mentre nei casi in cui, secondo me, il giudice esplica una attività amministrativa, la volontà di legge, di cui il giudice è destinatario, si dirige a lui fin da principio per imporgli una attività che egli solo può compiere.

(47) RANELLETTI, *Principii* cit., pag. 256. Cfr. anche DONATI, *Lacune* cit., pag. 218.

(48) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 333; CAMMEO, *Corso*, cit., I, n. 72 e segg.

modo adeguato (49). Anche nei casi sopra presi ad esempio, in cui il giudice agisce in base ad una norma di cui egli è espressamente destinatario, si distinguono due ipotesi: talvolta (esempi retro, n. 10) l'attività del giudice è meramente *esecutiva,* tal'altra (esempio retro, n. 12) l'attività del giudice è *discrezionale*; ma *si tratta sempre di attività pertinente alla funzione amministrativa.*

Da quanto ho detto si comprenderà come io riconnetta tutte le attività, che il giudice, in occasione di un processo, compie in esecuzione di volontà di legge a lui immediatamente indirizzate e relative al rapporto giuridico sottoposto al suo giudizio (50), alla cosiddetta giurisdizione volontaria, la quale anch'essa, secondo la più corretta dottrina, non è in sostanza altro che funzione amministrativa, esercitata, per ragioni storiche e pratiche, da organi giurisdizionali. Questa mia opinione è in assoluta armonia coll'insegnamento, ormai prevalente nella dottrina, il quale fa consistere il punto essenziale della distinzione tra giurisdizione contenziosa e giurisdizione volontaria in ciò che quest'ultima, mentre la prima ha sempre lo scopo di dichiarare ed attuare rapporti giuridici già esistenti, ha costantemente lo scopo di completare e svolgere rapporti giuridici imperfetti, o di costituire rapporti giuridici nuovi (51).

Invero, se noi analizziamo i molteplici casi di giurisdizione volontaria che sono ammessi dal nostro diritto positivo, vediamo che la funzione che in essi il giudice è chiamato a compiere è in tutto simile a quella attività amministrativa *vincolata* o *discrezionale,* che abbiamo

---

(49) Cfr. RAGGI, *Questioni in materia di prova* ecc., in *Arch. giuridico,* 1910, pag. 187.

(50) Si è veduto che anche dalle norme processuali, non relative al rapporto sottoposto a decisione, ma relative al rapporto processuale (retro, n. 4*b*) nascono volontà concrete di cui è destinatario il giudice; ora, quantunque il giudice, quando esegue queste volontà di legge processuale, agisca in sostanza come qualunque pubblico funzionario, in quanto *esegue, non giudica* il diritto, certo è d'altra parte che non si può far rientrare nell'amministrazione questa attività esecutiva senza la quale in pratica il processo non potrebbe esistere, e senza la quale, quindi, non è pensabile l'esercizio della giurisdizione. Seguo in ciò l'insegnamento del CHIOVENDA, il quale spiega che la giurisdizione comprende una serie di facoltà che in sè stesse possono anche appartenere ad organi non giurisdizionali, ma che hanno carattere giurisdizionale per lo scopo a cui si coordinano (cfr. *Principii,* 379 e segg.; *Dell'azione nascente dal contratto preliminare* cit., pag. 104, nota 1; *Cosa giudicata e competenza,* n. III cit.); ma non mi sembra che l'insegnamento, il quale è giustificato per quelle attività che sono preordinate allo atto giurisdizionale, si possa estendere anche a quelle attività che, come nelle sentenze costitutive e determinative, rappresentano un sovrappiù posteriore al vero e proprio atto giurisdizionale.

(51) WACH, *Handbuch* I, pag. 47 e segg., specialmente pag. 53; cfr. CHIOVENDA, *Principii,* § 14 bis; ROCCO (ALFR.), *Sentenza civile,* § 1, nota 16.

dimostrato esistere nelle sentenze costitutive ed in quelle determinative: in tutti i casi di giurisdizione volontaria, infatti, non solo si ha creazione di rapporti o di stati giuridici nuovi, come mai accade nella giurisdizione contenziosa, ma anche manca totalmente quell'elemento di sostituzione che si riscontra in tutti i provvedimenti giurisdizionali, e che consiste, come si sa, nel compimento sussidiario da parte del giudice di una attività che in prima linea avrebbero dovuto compiere le parti. Anche qui, insomma, l'elemento caratteristico del fenomeno torna ad essere il destinatario originario della volontà di legge in base alla quale l'attività si compie; nella giurisdizione volontaria, infatti, il giudice agisce sempre in base a precetti a lui indirizzati dalla legge, che gli impongono di prender parte alla costituzione o allo svolgimento di rapporti giuridici intercedenti tra privati, per produrre entro tali rapporti effetti che per volontà del legislatore la sola attività dei privati non potrebbe produrre; talchè l'attività del giudice ha sempre, nell'esercizio della cosiddetta giurisdizione volontaria, un carattere di necessità (in contrapposizione all'attività propriamente giurisdizionale che è sempre un mezzo sussidiario di attuazione del diritto), in quanto certi rapporti giuridici della vita privata non possono sorgere e perfezionarsi *se non* colla cooperazione di questa speciale attività del giudice.

Alla teoria che trova il criterio di distinzione tra giurisdizione contenziosa e giurisdizione volontaria nella natura costitutiva di questa ultima, qualcuno ha opposto, come ostacolo insormontabile, la esistenza di effetti costitutivi anche in atti appartenenti alla giurisdizione contenziosa (sentenze costitutive) (52). Ma tale ostacolo perde ogni importanza, quando si ammetta, com'io faccio, che le sentenze costitutive e quelle determinative in tanto hanno natura costitutiva in quanto contengono, insieme con un elemento appartenente alla giurisdizione contenziosa (funzione giurisdizionale esercitata dall'organo giurisdizionale), un elemento appartenente alla giurisdizione volontaria (funzione amministrativa esercitata dall'organo giurisdizionale).

La particolarità degli atti di giurisdizione volontaria contenuti in tali sentenze è questa: ch'essi si producono in occasione di un processo e sono il seguito di un vero e proprio accertamento giurisdizionale; ma questo non altera la loro struttura (53). Ciò appare quando si consideri il loro comportamento dinanzi all'effetto della cosa giudicata, che costituisce una specie di pietra di paragone per saggiare le decisioni schiettamente giurisdizionali: infatti, per le sentenze costitutive in genere, la

---

(52) Weismann, *Lehrbuch*, I, pag. 25.

(53) Scialoia, Scritto cit., pag. 69, « Anche nello stesso esercizio della vera e propria giurisdizione il magistrato può essere chiamato a compiere atti di natura essenzialmente amministrativa ».

dottrina riconosce che l'attitudine a passare in giudicato è propria dell'accertamento in esse contenuto, ma non si estende a quella ulteriore esecuzione del mutamento giuridico, che forma la loro caratteristica (54); in particolare poi per le sentenze determinative o dispositive, vi ha chi, considerando l'esercizio di un potere discrezionale come un fenomeno di natura amministrativa ammesso per eccezione nel campo giudiziario, ritiene che per esse la cosa giudicata abbia efficacia soltanto *relativa* (55), in quanto debba venir meno dinanzi alla volontà delle parti concordi nel chiedere una nuova decisione (cfr. per le decisioni relative al rapporto processuale, retro, n. 7 *b*).

14. — Alla delimitazione dogmatica della funzione giurisdizionale ha portato recentemente un notevole contributo il REDENTI (56), secondo il quale l'elemento caratteristico della giurisdizione consiste in ciò: ch'essa costantemente si risolve in un « applicare le sanzioni previste e imposte dal diritto » (57). Senza escludere che tale idea, sostenuta dal REDENTI con tanto italiana spigliatezza di forma, presti il fianco a qualche critica (58), mi è grato riconoscere che ad essa non contrastano le osservazioni da me espresse sull'argomento dei destinatarî. Invero, se ogni norma giuridica resulta, esplicitamente o implicitamente, da una disposizione o imperativo principale, che stabilisce per i suoi destinatarî una certa regola di condotta, e da una disposizione o imperativo secondario che stabilisce le conseguenze le quali dovranno derivare dalla eventuale violazione dell'imperativo principale (*sanzione*) (59), il REDENTI, quando dice che la giurisdizione consiste sempre in

---

(54) HELLWIG, *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskr.* (1901), pag. 5; ID., *Lehrbuch*, I, pag. 48. Cfr. MAYER, *Scritto* cit., in *Arch. für öff. Recht*, pag. 44.

(55) MAYER, Scritto cit., *passim*. Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 195, nota 1.

(56) *Intorno al concetto di giurisdizione* (Parma, 1914).

(57) *Ibidem*, pag. 15; sulle traccie del REDENTI, cfr. ROSSI, *La funzione del giudice*, I (Torino, 1917) il quale definisce la funzione giurisdizionale « come quella per cui lo Stato forma ed emana i provvedimenti mediante i quali viene determinata, in rapporto ai singoli casi di inosservanza di imperativi principali di norme giuridiche, la volontà espressa in generale dalle sanzioni delle norme medesime, e ne viene ordinata l'attuazione ».

(58) Cfr. ROCCO (UGO), *Cosa giudicata*, pag. 219, nota 1 e pag. 221, nota 1.

(59) VANNI, *Lezioni di filos. del diritto* (Bologna, 1915) pag. 69; MICELI, *Principii di filosofia del diritto* (Milano, 1914) § 141. Cfr. ROCCO (ART.), *Sul cosidetto carattere « sanzionatorio » del diritto penale*, *Giur. It.*, 1910, IV, col. 53 e segg., specialmente n. 3; CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo* (*Tratt.* ORLANDO, III, pag. 3 e segg.) n. 9-10; ID., *Corso* cit., I, n. 68; BATTAGLINI, *Norme* cit., pag. 6 e segg.; REDENTI, *Scritto* cit., pag. 6-7.

una applicazione di sanzioni, viene implicitamente ad insegnare che l'attività del giudice è mossa costantemente da imperativi secondarî i quali presuppongono che non siano stati eseguiti gli imperativi principali delle norme, diretti a persona diversa dal giudice; talchè, inversamente, ogni qualvolta il giudice agisce in esecuzione di un imperativo principale, cioè in base ad una volontà di legge di cui egli è destinatario immediato, non esercita funzione giurisdizionale, perchè non applica sanzioni (60).

Quand'anche queste mie pagine non riuscissero a convincere della bontà dei risultati, stimerei del resto non inutile fatica averle scritte, se esse avessero saputo almeno dimostrare che dalla indagine sui destinatarî delle concrete volontà di legge, costituenti per il giudice il tema di decisione *in judicando* e il motivo di attività *in procedendo*, può venir nuova luce alla non facile definizione scientifica della funzione giurisdizionale.

---

(60) Bisogna però guardarsi dal credere che ogni esecuzione di sanzioni debba, nel diritto privato, avvenire necessariamente per via giurisdizionale. Si hanno infatti degli imperativi principali dai quali sorgono dei doveri primarî (per esempio art. 1218 Cod. civ. « chi ha contratto un'obbligazione è tenuto ad adempierla esattamente »), e come conseguenza della inesecuzione del dovere primario, imperativi secondarî dai quali sorgono doveri secondarî a carico della stessa persona a cui incombeva il dovere primario (articolo 1218 Cod. civ. « ... e in mancanza al risarcimento dei danni »; cfr. BATTAGLINI, *Norme* cit., n. 6). In questo caso la volontà concreta di legge da cui nasce il dovere primario di eseguire la obbligazione e quella da cui nasce il dovere secondario di risarcire il danno derivante dalla inesecuzione, hanno *lo stesso* destinatario; ma la seconda funziona come sanzione della inesecuzione della prima, in modo che se l'obbligato esegue volontariamente il dovere secondario, viene ad essere compiuta, senza intervento di giudice, la sanzione dell'imperativo principale. In questo caso, dunque, la sanzione giuridica interviene solo quando sia violato anche il dovere secondario, che fa da sanzione al dovere primario (queste costruzioni, si capisce, variano secondo il modo di concepire l'obbligazione). Altre volte, invece, la norma di diritto privato non ha altra sanzione che quella giudiziaria, ossia l'unica conseguenza che deriva dalla inosservanza del precetto è l'intervento dell'autorità giudiziaria ad attuare forzatamente lo *stesso precetto*. In questo caso però l'attività giurisdizionale non attua la sanzione (che significherebbe dichiarare ed eseguire forzatamente, in sostituzione degli obbligati, quell'imperativo *secondario* che dalla norma nasce all'indirizzo dell'obbligato come sanzione della inosservanza dell'imperativo primario), ma *esegue la sanzione*, in quanto esegue la norma processuale, che impone al giudice di attuare l'imperativo primario non eseguito volontariamente dal suo destinatario. Bisogna dunque intender bene in che senso si parla di sanzioni: che, se si parla di sanzioni solo nel senso di imperativi secondarî espressi nella norma (come sempre accade nel diritto penale per la *sanctio poenalis*), la critica fatta dal ROCCO (UGO) al REDENTI (pag. 219 nota 1 cit.) non è infondata.

IV

ZIVILPROZESSREFORMEN IN ITALIEN * (1)

I. Zur Reform des Verfahrens.

Die « Königliche Kommission für die Nachkriegszeit », die während des Krieges von der italienischen Regierung ernannt worden war, um die sozialen, wirtschaftlichen und rechtlichen Fragen der Kriegskrisis zu untersuchen und im Anschluss daran einen vollständigen Plan von Gesetzgebungsreformen für die Zeit unmittelbar nach der Beendigung des Kriegs vorzubereiten, hat auch das alte Problem der Zivilprozessreform in Angriff genommen, dessen Lösung seit Jahrzehnten von Theoretikern und Praktikern vergeblich gefordert wurde; und aus den Arbeiten dieser Kommission ist ein Entwurf der Verfahrensreform hervorgegangen, der es, durch den Umfang des benützten Stoffes der Rechtsvergleichung, durch die Klarheit der systematischen Begriffe, die ihn durchdringt, durch die radikal kühne und doch zugleich wohlerwogene und vernünftige Neuheit seiner Vorschläge, verdient, auch ausserhalb Italiens weithin bekannt und von den Gelehrten aller Länder als ein Werk echter Wissenschaft beachtet zu werden. Es handelt sich hier nicht um einen der gewöhnlichen stückweisen und unorganischen Entwürfe, in wenigen Wochen von Unberufenen improvisiert, die sich, ohne eine gründliche theoretische Vorbereitung und ohne genaue und wohlüberdachte Kenntnis der Bedürfnisse der Praxis, einbilden, das Problem des Zivilprozesses mit ein paar Teilüberarbeitungen der alten

---

(*) [Questo scritto e quello seguente sono stati pubblicati soltanto in lingua tedesca, in *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht* (Mannheim-Berlin-Leipzig), Bd. XI, 1922, Heft 2, pp. 252-258, e Bd. XII, 1923, Heft 1, pp. 95-100. La traduzione è di A. MENDELSSOHN BARTHOLDY]. [*Bibliografia*, nn. 70, 80].

(1) Diesem ersten der Vereinigung deutscher Zivilprozessrechtslehrer von einem hervorragenden Vertreter der italienischen Prozesswissenschaft erstatteten Bericht werden im nächsten Heft der RheinZ. Mitteilungen über die Gesetzentwürfe Mortara (Dezember 1919) und Fera (Dezember 1920) zur Reform der Gerichtsverfassung folgen.

Gesetze lösen zu können; der Entwurf ist, harmonisch im Zusammenhang wie ein Kunstwerk, in einem Stück dem Geist eines grossen Denkers entsprungen, GIUSEPPE CHIOVENDAS. Er, unser Lehrer des Prozessrechts an der Universität Rom, hat in diesem seinem Reformvorschlag, den er der Nachkriegskommission vorgelegt und den diese nach gründlichster Prüfung sich völlig zu eigen gemacht hat, die Arbeiten zusammengefasst,die er seit mehr als zwanzig Jahren der Vorbereitung dieser Erneuerung des italienischen Prozesses von Grund auf gewidmet hat. Der Name GIUSEPPE CHIOVENDA ist auch der deutschen Gelehrtenwelt zu gut bekannt, als dass es nötig wäre, hier die starke Wirkung zu beschreiben, die sein wissenschaftlicher Gedanke in den letzten Jahren noch auf die jüngsten Prozessualisten Italiens geübt hat; es genügt, daran zu erinnern, dass CHIOVENDA der erste war, der in das italienische Studium des Prozessrechts die strenge systematische Methode eingeführt hat (— in ihrer Anwendung hat er in seinen *Principii di diritto processuale*, 3. Auflage 1912, eine völlige dogmatische Neuentwicklung des Prozesses geben können, die auf seiner höchst eigenartigen Auffassung des Klagerechts als potestativen Rechts beruhte —), dass er aber andererseits niemals, in unfruchtbarer Hingabe an abstrakte Theorien, die dringenden Bedürfnisse der Rechtsausübung aus den Augen verloren hat. So ist die Beherrschung der Theorie und die liebevolle Kenntnis der Geschichte unserer Prozesseinrichtungen für ihn weniger ein letzter Zweck als ein Mittel zur Prüfung der Mängel des geltenden Rechts und zur Vorbereitung einer Reform, die zugleich den neuen Geboten der Prozesswissenschaft und unserer nationalen Ueberlieferung Genüge tut.

Der Chiovendasche Reformvorschlag ist (ausser in der amtlichen Drucksache der « *Commissione Reale per il dopo guerra* » — *Studi e proposte della prima Sottocommissione — Questioni giuridiche, amministrative e sociali* — Roma 1920) auch als selbständiges Werk, unter dem Titel *La riforma del procedimento civile, proposta della Commissione per il dopo guerra* — Relazione e testo annotato per cura di GIUSEPPE CHIOVENDA (Jovene, Neapel 1920) erschienen. Der Entwurf besteht aus 204 Artikeln und teilt sich in fünf Abschnitte: Allgemeine Bestimmungen (Art. 1—105), Besondere Bestimmungen über das Verfahren erster Instanz vor den Bürgerlichen Gerichten (Tribunali Civili) (Art. 106—155); Vorschriften über das Verfahren vor den Bagatellrichtern und Schiedsmännern (Art. 156—173); Besondere Bestimmungen über die Rechtsmittel (Art. 174—196); Verfahren der einstweiligen Verfügung (Art. 197—204).

Dem Text geht ein Bericht voran, der ausser einer wertvollen Erläuterung der einzelnen Bestimmungen des Entwurfs eine klare,

von Meisterhand gezeichnete Synthese der Reformbewegung enthält, die sich im Prozessrecht Italiens und des Auslands in den letzten Jahrzehnten vollzogen hat.

« Der zu befolgende Weg », schreibt CHIOVENDA zu Beginn dieses Berichts, « scheint unserem Gesetzgeber vorgezeichnet durch die Geschichte der bemerkenswertesten Prozessreformen, die sich in Europa im 19. Jahrhundert vollzogen, einer Geschichte, die sich in ständig verstärkter Geltung der Mündlichkeit gegenüber dem schriftlichen Verfahren zusammenfasst »; und auf Grund dieser Prämisse stellt er dem Verfahren, das wir gegenwärtig bei den Kollegialgerichten haben (und welches, obgleich es von dem dafür massgebenden Gesetz vom 31. März 1901 ein « summarisches » Verfahren genannt wird, in Wirklichkeit ein vorwiegend schriftliches, verwickeltes, uneinheitliches und deshalb wenig rasches Verfahren ist), einen Typus des wesentlich mündlichen Verfahrens entgegen, das auf folgenden Grundsätzen ruht: 1. Vorherrschen des gesprochenen Wortes als Ausdrucksmittel, vereinigt mit dem Gebrauch der Schrift zur Vorbereitung und Beurkundung; 2. Unmittelbarkeit der Beziehung zwischen dem Richter und den Personen, deren Erklärungen er zu bewerten hat; 3. physische Identität der Gerichtspersonen während der Anhängigkeit der Sache; 4. Konzentration der Streitsache in einem einzigen Zeitraum (Verhandlung, dibattimento), der in einem Termin oder mehreren nah beieinander liegenden Terminen verläuft; 5. Unanfechtbarkeit der Zwischenentscheidungen; 6. Erweiterung der richterlichen Gewalt sowohl für die Prozessleitung als für die Stoffsammlung (Bericht §§ 26—47).

Der Entwurf CHIOVENDA will also, wie aus dem Gesagten hervorgeht, nicht das geltende Prozessgesetz ganz verdrängen; er lässt viele Abschnitte desselben unberührt und verschiebt die Gesamterneuerung auf spätere Zeit; er hat hauptsächlich die Verbesserung des Verfahrens (im engeren Sinn) zum Zweck, « weil in der Art und Weise des Verfahrens, von der die wesentlichen Eigenschaften jedes Prozesses abhängen, die schwersten Unzuträglichkeiten wurzeln, über die man im Gang unseres Rechtsstreits klagt, wie die übertriebene Schwerfälligkeit, die unabsehbare Dauer und die ungeheuern Kosten » (Bericht § 1).

Bei der Unmöglichkeit, eine genaue Darstellung des Entwurfes in allen seinen Einzelheiten zu geben, beschränke ich mich darauf, einige seiner bezeichnendsten Vorschriften anzuführen, die, wie ich hoffe, seinen Aufbau im System erkennen lassen werden. Die Grundsätze, auf denen die Reform ruht, sind in den folgenden Vorschriften beschlossen: Art. 1: « Der Rechtsstreit wird vor dem Gericht mündlich verhandelt, ausser in den Fällen, in denen das Gesetz vorschreibt, dass ohne mündliche Verhandlung entschieden werden kann. Die Beweis-

führung und die Vornahme der anderen Prozesshandlungen findet in der mündlichen Verhandlung statt... » Art. 2: « Bei der Urteilsfällung können nur die Richter mitwirken, die der Verhandlung beigewohnt haben. » Art. 29: « Der Rechtsstreit wird unter der Aufsicht und Leitung des Richters geführt. Dieser hat, wo nicht das Gesetz ausdrücklich ihn darin beschränkt, die nötigen Verfügungen zur Ermittlung des wahren Sachverhalts und zur Sicherung einer der Gerechtigkeit gemässen Entscheidung zu treffen, die Gleichheit der Parteien im Recht aufrecht zu erhalten und darüber zu wachen, dass der Prozess so schnell und sparsam wie möglich abgewickelt wird. » Die Erweiterung der richterlichen Gewalt, im Gegensatz zu der Stellung vollkommener Passivität, in der nach geltendem Recht sich der Richter gegenüber den Aktivitäten der Parteien befindet, zeigt sich schon bei den Vorschriften über den Prozessbeginn; wfihrend nach geltendem Recht die Klage durch Vermittlung des Gerichtsvollziehers dem Beklagten ohne jede Beteiligung des Richters zugestellt wird, ist nach dem Entwurf Chiovenda die Klage der Gerichtsschreiberei einzureichen, worauf von Amts wegen der Tag der Verhandlung bestimmt und die Zustellung an den Beklagten besorgt wird (Art. 6—7); bemerkenswert ist die Bestimmung, nach welcher, um prozesshindernde Einreden wegen der Förmlichkeiten der Klageerhebung zu vermeiden, « das Gericht, falls die Klage Fehler oder Mängel aufweist, besonders wenn die Angabe der Tatsachen und die Beweismittel nicht genügend klar und genau ist, den Kläger zur Vervollständigung und Berichtigung auffordern und ihm den Termin zur erneuten Einreichung bei der Gerichtsschreiberei bestimmen kann » (Art. 8). Der Gang des Verfahrens vor den Kollegialgerichten entwickelt sich in grossen Zügen folgendermassen: Die Parteien erscheinen am bestimmten Tag nicht vor dem Kollegium, sondern zur Verhandlung in camera vor dem Vorsitzenden, dem der Gerichtsschreiber assistiert (Art. 113), in einem Vortermin (udienza preliminare), der nach seinem Zweck grosse Aehnlichkeit mit dem des § 239 der österreichischen ZPO. hat. Zwischen dem Vortermin und der Hauptverhandlung liegt der zum Wechsel vorbereitender Schriftsätze bestimmte Zeitraum; diese sind aber nicht, wie in dem heute bei uns geltenden schriftlichen Verfahren, die notwendige Form der prozessualen Erklärungen, sondern nur deren fakultative Ankündigung; sie erfolgen dann in der Verhandlung; der Wechsel der Schriftsätze, welche (im Unterschied zum § 78 der österreich. ZPO.) « kurze Ausführungen über Tat- und Rechtsfragen enthalten können » (Art. 13), vollzieht sich unter den Parteien in den vom Vorsitzenden im Vortermin bestimmten Fristen (Art. 126); nach ihrem Ablauf « kann der Vorsitzende, wenn es zweckmässig erscheint, die Parteien vor sich laden,

um die unklar gebliebenen Punkte im Tatbestand zu klären, den etwaigen Mängeln abzuhelfen, die Beweiserhebung vorzubereiten und überhaupt von den Parteien die Anträge und Erklärungen zu erhalten, die ihm dienlich erscheinen...; er bestimmt dann den Termin zur mündlichen Verhandlung über die Hauptsache... und ordnet die Ladung der Parteien, Zeugen und Sachverständigen an » (Art. 130). Am festgesetzten Tag findet vor dem Kollegium die mündliche Verhandlung statt; in ihr werden, wie schon erwähnt, die Beweise erhoben und über das Ergebnis mündlich verhandelt (Art. 1, 34, 64); die Entscheidung wird in der Verhandlung gefällt und muss regelmässig in der Sitzung, « in der die Verhandlung geschlossen wurde, verkündet werden » (Art. 67 und 68). Wenn wegen vorgerückter Zeit die Verhandlung nicht in einer Sitzung bis zum Ende durchgeführt werden kann, wird sie am folgenden Werktag fortgesetzt (Art. 58). Das Einverständnis der Parteien allein kann niemals die Vertagung, herbeiführen (Art. 61).

Sehr bemerkenswert sind die Aenderungen am gegenwärtigen System der Beweise, nicht nur deshalb, weil diese, die heute in der Regel vor einem beauftragten Richter erhoben werden, statt dessen nach dem Entwurf Chiovenda regelmässig in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht zu erbringen sind, sondern auch, weil erhebliche Aenderungen in der Struktur der einzelnen Beweismittel eingeführt werden. Im Art. 20 wird der Grundsatz bekräftigt, dass « bei der Darlegung des Tatbestandes die Parteien und ihre Rechtsbeistände verpflichtet sind, nicht wissentlich eine der Wahrheit widersprechende Behauptung aufzustellen (di non dire consapevolmente cosa contraria al vero) ». Die Vernehmung der Parteien ist völlig umgestaltet; sie wird nicht mehr, wie im geltenden Recht, nach einzelnen getrennten Artikeln geführt, sondern vollzieht sich, auf Verlangen der Partei oder Anordnung von Amts wegen, nach dem englischen Muster frei (Art. 21 und 41). Der Eid ist mit der Befragung der Parteien durch das Gericht verbunden (« interrogatorio giurato » art. 42); der Schiedseid ist insofern gründlich umgestaltet, als die feste gesetzliche Beweiswirkung, die ihm im geltenden Recht zukommt, ihm durch Art. 24 genommen wird; dieser schreibt vor, dass « im Fall des zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eides das Gericht, unter Berücksichtigung der Umstände, die Eidesleistung oder Eidesverweigerung als bindend ansehen kann ». Allerdings wird neben dem Schiedseid noch der Konventionaleid der römischen Tradition zugelassen, der darin besteht, dass « die Parteien übereinkommen können, dass die Entscheidung über eine streitige Tatsache von dem Eid, den eine von ihnen leistet, abhängen soll » (Art. 24). Zum Zeugenbeweis hatte der Entwurf Chiovenda in seiner ursprünglichen Fassung vorgeschlagen, dass die Beschränkungen der

Zulässigkeit dieses Beweismittels, die aus dem französischen Recht zu uns gekommen waren, als unzeitmässig völlig abgeschafft werden sollten; aber die Nachkriegskommission hat es für zweckmässig gehalten, die Entscheidung hierüber zu vertagen, da sie aufs engste mit der Reform des Obligationenrechts zusammenhänge.

Aus dieser kurzen Darlegung ergibt sich, dass der Entwurf CHIOVENDA viele Aehnlichkeiten mit der österreichischen Prozessordnung hat; aber eine Vergleichung im einzelnen, die hier natürlich nicht möglich ist, würde zeigen, dass auch die Verschiedenheiten zahlreich und wesentlich sind. Auf dem letzten italienischen Juristentag, der in Florenz im November 1920 gehalten wurde und auf dem die Abgeordneten aller Kurien einstimmg eine Tagesordnung zugunsten sofortiger Annahme des Entwurfs CHIOVENDA beschlossen, haben die Vertreter des Anwaltstandes der neuerworbenen Provinzen, in denen das österreichische Prozessrecht vorläufig in Kraft geblieben ist, erklärt, dass der Entwurf CHIOVENDA, während er die Vorteile des österreichischen Prozesses aufnimmt, gewisse Uebertreibungen und Härten desselben zu vermeiden gewusst hat und deshalb ihm gegenüber einen sicheren Fortschritt darstellt. Dieser Entwurf hat sich in der Tat beständig das österreichische Prozessgesetz vor Augen gehalten, da es schon der Zeit nach das Neueste und Vollkommenste darstellte, was die Wissenschaft im Gebiet des Gerichtswesens zu erdenken vermocht hatte; aber er hat auch die anderen neuen Prozessgesetze, besonders die kürzlich in Kraft getretenen Gesetze verschiedener Schweizer Kantone, nicht ausser acht gelassen; davon zeugen die mit grösstem Fleiss zusammengetragenen, äusserst nützlichen Hinweise, die man in der oben erwähnten Ausgabe in den Anmerkungen zu jedem Artikel findet. Vor allem aber hat CHIOVENDA, über die Verwertung der fremden Gesetze hinaus, in seinem grundlegenden Entwurf ein Werk ernster und treuer nationaler Wiedererweckung geleistet: ein grosser Teil der Grundsätze und Einrichtungen, von denen die neuesten Gesetze des Auslands uns eine weise praktische Anwendung zeigen, sind in Wirklichkeit in ihren Ursprüngen (das Mahnverfahren genüge als Beispiel dafür) gerade italienische Schöpfungen; so dass wer, wie CHIOVENDA, diese Grundsätze und Einrichtungen auch bei uns zu Ehren bringen will, nur wieder an die ruhmreiche Ueberlieferung des Landes anknüpft, die im 20. Jahrhundert von der Vorherrschaft der Gesetze des französischen Typs unterbrochen wurde, aber in den Bestrebungen unserer Gelehrten nie ganz in Vergessenheit geraten war.

V

ZIVILPROZESSREFORM IN ITALIEN *

II. Zwei neuere Entwürfe zur Reform der Gerichtsverfassung.

Die Arbeit der Neuordnung und Verjüngung der öffentlichen Verwaltung in allen ihren Zweigen, die auch in Italien seit dem Krieg sich auffällig verstärkt hat, ist an den Problemen der Gerichtsverfassung nicht vorbei gegangen; ihnen sind in diesen letzten Jahren zwei bemerkenswerte Reformpläne gewidmet worden, die zwar wegen der häufigen Ministerwechsel nicht Gesetz werden konnten, deren Kenntnis sich aber doch in ihren Hauptzügen lohnt, da sie die Richtungen anzeigen, die früher oder später die Entwicklung der Gesetzgebung zu beeinflussen bestimmt sind.

1. Den ersten dieser Entwürfe (16. Dezember 1919, *Riforma giudiziaria, Atti della Camera dei Deputati*, Legislatura XXV, Sessione 1919, Doc. n. 92) verdanken wir Lodovico Mortara, der für einige Monate Justizminister im Ministerium Nitti war: Dieser Entwurf muss, auch wenn man von seinen Vorschlägen zum Teil abweichen mag, Beachtung finden wegen des grossen Ansehens, das sein Verfasser verdientermassen geniesst, ist er doch nicht nur einer der bekanntesten Meister des Zivilprozessrechtes unter den jetzt lebenden in Italien (sein Kommentar zu den Prozessgesetzen kann heute ein klassisches Werk genannt werden), sondern nimmt auch das höchste Amt in der gerichtlichen Hierarchie ein, das des ersten Präsidenten des Römischen Kassationshofs; so ist er mehr als irgendein anderer imstande, mit vollkommener Beherrschung der Theorie die eigene praktische Kenntnis der Mängel zu verbinden, die dem Organismus der Gerichte anhaften. Die Probleme, die der Entwurf Mortara sich zu lösen vorgesetzt hatte, waren drei. 1. Das der Abgrenzung der Gerichtsbezirke, 2. das der

---

(*) [Vedi la nota (*) allo scritto precedente].

Auswahl der Richter, 3. das der inneren Ordnung, der Disziplinarordnung des Richterstandes.

Die Frage der Gerichtsbezirke ist eine der schwierigsten und empfindlichsten im italienischen Rechtsleben. In der Theorie sind alle darüber einig, dass die übergrosse Zahl der Gerichtsorgane einer der Fehler unseres Gerichtswesens ist, und dass jede ernste Reform der Justizverwaltung mit der Unterdrückung der überflüssigen Organe beginnen muss; jeder weiss, dass, während gewisse Amts- und Landgerichte der volksreichen Zentren mit Arbeit so überlastet sind, dass sie ihre Rückstände nicht mehr aufarbeiten können, die Tätigkeit gewisser Provinzgerichte kaum auf ein paar Dutzend Urteile im Jahr kommt, so dass es geboten scheint, solche unnützen absterbenden Organe abzustossen, um die dadurch freiwerdenden Richter dorthin zu setzen, wo man im Gegenteil ihre zu geringe Zahl aufs lebhafteste beklagen muss. Aber die Schwierigkeiten und der Zwist beginnen, wenn man im einzelnen an die Bestimmung der abzuschaffenden Organe geht; denn kaum ist die Rede davon, dass dieses oder jenes Gericht aufgelöst werden müsse, so machen sich die Lokalinteressen, die unter der Auflösung leiden könnten, geltend und die Widerstände, die sie im Parlament aufzubringen vermögen, sind so stark, dass bis heute kein Vorschlag dieser Art hat Gesetz werden können. Zur Neuordnung der Gerichtsbezirke sind zwei Systeme vorgeschlagen worden. Nach dem einen will man besonders die Zahl der Amtsgerichte verringern, der Gerichte erster Instanz mit einem Einzelrichter und mit einer sachlichen Zuständigkeit bis zu 1500 Lire, wie sie in jedem Amtsbezirk, heute mehr als 1500, bestehen; nach dem andern will man dagegen alle oder fast alle Amtsgerichte beibehalten, ihre sachliche Zuständigkeit erhöhen und dafür die Zahl der Landgerichte verringern, der Kollegialgerichte, die jetzt in erster Instanz über alle Streitigkeiten von mehr als 1500 Lire Streitwert entscheiden und von denen es gegenwärtig 162, eines für Jeden Regierungsbezirk, gibt. Der Entwurf MORTARA ging diesen zweiten Weg und schlug vor, dass die Zuständigkeit der Amtsgerichte auf 3000 Lire erhöht würde (Art. 66), dass aber ihre Zahl im wesentlichen wie bisher bestehen bliebe (der Artikel 3 gestattete nur die Abschaffung der Amtsgerichte « an Zahl nicht mehr als 100, deren Abschaffung durch ihre mit Sicherheit festgestellte Ueberflüssigkeit vermöge beständigen Mangels an Arbeit begründet ist, und bei denen die Möglichkeit der Anschliessung an den Bezirk eines benachbarten Amtsgerichts besteht »); dagegen wäre die Zahl der Landgerichte um etwa die Hälfte verringert worden, sie wären der Regel nach nur in den Hauptstädten der Provinzen beibehalten worden und hätten eine genügende Zahl von Richtern erhalten, um sie zu bedeutenden Mittel-

punkten des Rechtslebens und seiner Kultur zu machen. Einen eigentümlichen und von früheren Vorschlägen noch nicht betretenen Weg schlug der Entwurf MORATARA ein, um zur Lösung des Problems der Richterauswahl zu gelangen. Ich kann natürlich nicht auf technische Einzelheiten eingehen, die für nicht-italienische Leser kein grosses Interesse haben können; ich beschränke mich darauf zu bemerken, dass, während beim jetzigen Regime jeder Richter, um an das Landgericht erster Instanz zu kommen und von da zu den höheren Graden der gerichtlichen Hierarchie aufzusteigen, seine Laufbahn mit dem Amt des Amtsrichters beginnen muss, als der notwendigen ersten Stufe auf der Leiter der gerichtlichen Aemter, nach dem Entwurf MORTARA auf das vod 1890 bei uns schon geltende System der Zweiteilung der richterlichen Laufbahn zurückgegriffen würde, in dem Sinn, dass die Auswahl und Laufbahn der Amtsrichter getrennt würde von der der Richter an den Landgerichten und den höheren Gerichtshöfen. Auf dieser fundamentalen Unterscheidung fussend, die von der Verschiedenheit der Aufgaben des Amtsrichters und des höheren Richters ausgeht, schlug der Entwurf MORTARA in kühner Erneuerung vor, dass sowohl die Amtsrichter als die Richter der höheren Grade in Zukunft vorzugsweise aus den praktizierenden Anwälten genommen werden sollten: die Ernennung zum Amtsrichter sollte auf Grund eines Wettbewerbs erfolgen, zu welchem zugelassen wären « die Anwälte, die ihren Beruf seit mehr als fünf Jahren ausüben » (Art. 23); auf das Amt des Richters am Landgericht sollten Anspruch machen können « die seit sieben Jahren in der Anwaltsliste eingetragenen und ebenso lange den Beruf wirklich ausübenden Anwälte » (Art. 37). Eine charakteristische Besonderheit ist, dass, während nach dem jetzigen Regime zum Eintritt in die Richterlaufbahn ein Staatsexamen, aus schriftlichen und mündlichen Prüfungen bestehend, nötig ist, nach dem Entwurf MORTARA die Bewertung der technischen Fähigkeiten der Kandidaten fast ganz den berufsständischen Räten überlassen werden sollte. Diese Consigli dell'ordine degli avvocati sollten beim Wettbewerb um die Ernennung zum Amtsrichter gemäss Art. 24 ein begründetes Gutachten über die Eignung der sich bewerbenden Anwälte abgeben, und noch wichtigere Befugnisse sollten sie bei der Wahl der Richter an den Landgerichten ausüben; das zeigen die folgenden Vorschriften, die wir wiedergeben, um eine genaue Vorstellung von der originellsten Seite des Entwurfs zu geben. Art. 37: « Die Anwälte, welche seit sieben Jahren in die Liste eingetragen sind und ihren Beruf tatsächlich während dieser Zeit ausgeübt haben, können sich um das Richteramt bewerben, indem sie das Gesuch der Anwaltskammer einreichen, die Provinz und den Appellationsgerichtsbezirk angeben, in dem sie ernannt sein wollen und

dem Gesuch die Urkunden beilegen, die ihnen dafür nützlich erscheinen. Art. 38. Die Anwaltskammer stellt eine genaue Untersuchung über das private, berufliche und öffentliche Leben des Gesuchstellers an, vergewissert sich über seine körperliche und geistige Eignung zum Richteramt und über die besonderen Fähigkeiten, die eine bestimmte Stelle verlangt. Sie schreitet dann zur geheimen Abstimmung über die Zulassung des Gesuchs. Fällt diese zugunsten des Gesuchstellers aus, so legt die Anwaltskammer dem Justizministerium die Bewerbung des Gesuchstellers mit einem begründeten Bericht vor, dem die eingereichten Urkunden beigelegt sind. Gegen die ablehnende Entscheidung gibt es keine Beschwerde. Art. 39. Der Minister kann weitere Untersuchungen anordnen; in jedem Fall muss er das Gesuch der Prüfung des obersten Richterrates (Consiglio Superiore della Magistratura) unterbreiten. Das günstige Gutachten dieses Rates gibt dem Kandidaten das Recht auf die Ernennung zum Amt an der von ihm bezeichneten Stelle, sobald dieselbe frei wird ». Ich beabsichtige hier, da diese Bemerkungen nur den Zweck der Mitteilung haben, nicht, die Grundauffassung zu kritisieren, aus der sich ein so kühner Vorschlag ergab, der Vorschlag, nach englischem Vorbild aus der Anwaltschaft den Lebensbrunnen des Richterstandes zu machen, in dem sich das Richtertum durch den beständigen Zustrom der besten, in der Ausübung gerichtlichen Wirkens bewährten und auserlesenen Elemente verjüngen soll. Aber wenn wir über die Vortrefflichkeit der Ziele, denen diese Reform nahekommen wollte, alle einig sein können — jede Reform, welche die Bande der Zusammengehörigkeit zwischen Anwälten und Richtern verstärkt, kann ja dem besseren Dienst der Gerechtigkeit nur nützlich sein —, so ist doch nicht mit Unrecht bemerkt worden, dass die neue von Mortara vorgeschlagene Form der Richterauswahl den Berufskammern als Organen der Auswahl zu viel zugetraut habe und nicht genügend dem Umstand Rechnung getragen habe, dass, anders als in England, bei uns die wirtschaftliche und soziale Stellung der Richter so wenig glänzend ist, dass die besseren Anwälte kaum je den Gewinn ihres Berufs würden aufgeben wollen, um in den Richterstand einzutreten. Deshalb gab man auch der Besorgnis Raum, dass das von Mortara vorgeschlagene System der Auswahl in der Wirklichkeit aus dem Richterstand eine Zufluchtsstätte für Anwälte machen könnte, die in ihrem Beruf versagt haben.

Ueber die anderen Punkte des Entwurfs Mortara kann ich mich nicht verbreiten; ich möchte nur darauf hinweisen, dass Mortara in diesem Gesetzentwurf, entsprechend der in seinen Werken zum Ausdruck gekommenen Anschauung, im Art. 8 die Abschaffung des absurden Unsinns vorschlug, den die Mehrzahl der provinzialen Kassation-

shöfe in der italienischen Gerichsverfassung darstellt; aber dieser Vorschalg, dem sich in der Theorie keinerlei ernstliches Bedenken entgegenstellen liess, hat dem Entwurf MORTARA die bittere Feindschaft des Juristenstandes eingetragen, der sich in seinen Berufsinteressen bedroht sah; zum Rücktritt des ausgezeichneten Ministers trug nicht zum wenigsten die parlamentarische Gegnerschaft bei, die von den Anwälten in der Angst um die durch die Abschaffung von vier unter fünf Kassationshöfen eintretende Verminderung ihrer Berufseinnahmen aufgestachelt worden war.

2. Von anderen Gesichtspunkten liess sich der zweite vom Minister Fera vorgelegte Entwurf leiten. (1. Dezember 1920. *Modificazione ad alcune disposizioni dell'ordinamento giudiziario*, Atti della Camera dei Deputati, Legislatura XXV, Gen. 1919—1920, Doc. n. 1041); er war durch einen selbständigen Entwurf über die *Riforma della circoscrizione giudiziaria* (Doc. 1043) ergänzt. Durch diese Gesetzentwürfe wollte Fera die obere Grenze der amtsgerichtlichen Zuständigkeit auf 3000 Lire erhöhen (Entwurf n. 1043 Art. 1) und eine Kommission von sieben Senatoren und sieben Abgeordneten einsetzen, um die überflüssigen Gerichte zu ermitteln, deren Abschaffung er vorschlug (Art. 3). Von dieser Abschaffung überflüssiger Organe sollten aber ausgeschlossen sein — nicht umsonst war der Minister, der diesen Entwurf einbrachte, selbst ein Anwalt! — die provinzialen Kassationshöfe; für die hatte der Entwurf den glücklichen Euphemismus gefunden, der die Dinge so lassen sollte, wie sie waren: « Der Kassationshof ist auch in Zivilsachen ein einheitliches Gericht. Die Kassationshöfe von Florenz, Neapel, Palermo und Turin bilden autonome (!) territoriale Abteilungen des Kassationshofs ». (Entwurf 1041 Art. 1). Die anderen Vorschläge des Entwurfs 1041 betrafen im wesentlichen die Einrichtungen der Richterlaufbahn. Im Gegensatz zu MORTARA beabsichtigte Fera, das jetzt geltende System der einheitlichen Laufbahn und der Auswahl auf Grund von Prüfungen und Vorbereitungsdienst (uditorato) aufrechtzuerhalten; er wollte nur die Auswahl unter den Kandidaten strenger gestalten, indem er die Zahl der Prüfungsarbeiten vermehrte und den Vorbereitungsdienst ernsthafter und wirksamer gestaltete. Aber vor allen Dingen wollte dieser Gesetzentwurf, hierin zum Teil die wiederholt auf ihren Kongressen ausgedrückten Wünsche der italienischen Richter berücksichtigend, in die Gerichtsverfassung den Grundsatz der Selbstverwaltung einführen in dem Sinn, dass die Laufbahn der Richter Organen anvertraut würde, die aus dem Richterstand selbst heraus gebildet wären. Bei der jetzigen Regelung mag man in der Theorie noch so sehr sagen können, dass das Richteramt von den anderen Gewalten des Staates unabhängig gestellt sei, es fehlen doch nicht

zahlreiche Wege, auf denen die Politik ihren verderblichen Einfluss auf die Justiz fühlbar machen kann; und die diskretionären Befugnisse, die der Justizminister in bezug auf die Versetzungen und Beförderungen der Richter hat, sind so ausgedehnt, dass der Richterstand sich häufig der Regierung auf Gnade und Ungnade ausgeliefert sieht. Um die Unabhängigkeit des Richters gegen jeden Versuch politischer Einmischung zu sichern, schlug der Entwurf Fera vor, den Gerichtskörpern selbst eine Reihe von jetzt durch das Justizministerium ausgeübten Befugnissen zu übertragen: so z. B. die Verleihung der leitenden Stellen (Präsidenten der Kollegialgerichte), die heute eine dem Einfluss des Ministers unterstellte Beförderung bildet und in Zukunft durch Wahl der Richterversammlung bestimmt werden soll (Art. 29—39); der Grundsatz der Wahl soll auch gelten für die Ernennung der Mitglieder der Richterkammern und des obersten Richterrats, der Organe, denen bei Beförderung die Würdigung des Verdienstes der zu befördernden Richter zusteht (Art. 40—44); und ernstliche Bürgschaften waren auch vorgeschlagen, um unter Ausschluss aller Willkür den Uebergang der Richter von schlechteren auf bessere Stellen zu regeln (Art. 45—47).

Auch der Entwurf Fera ist nicht zur parlamentarischen Erörterung gekommen, weil in der Zwischenzeit der Minister gestürzt war. Man hat aus dem Vorschlag herausgenommen und für dringlich erklärt nur den Abschnitt, der sich auf die wirtschaftliche Stellung der Richter bezog, eine Frage, deren Lösung keinen Aufschub mehr duldete.

Ein neuer Entwurf zur Justizreform wird vom gegenwärtigen Justizminister Rodinò ausgearbeitet, und wenn die darüber umlaufenden Gerüchte wahr sind, wird der neue Entwurf, besonders was den Grundsatz der Selbstverwaltung des Richterstandes betrifft, nicht erheblich von den Grundlinien des Entwurfs Fera abweichen.

VI

LA SENTENZA SOGGETTIVAMENTE COMPLESSA (*)

SOMMARIO. — 1. Occasione e limiti dell'indagine. — 2. Elemento logico ed elemento volitivo nella sentenza: come si configuri il concetto di sentenza complessa in relazione a questi due elementi. — 3, 4. Il frazionamento del lavoro mentale del giudice in più fasi: frazionamento in senso verticale: non dà luogo a sentenza complessa, ma a pluralità di sentenze. — 5. Frazionamento in senso orizzontale: può dar luogo a sentenza complessa ineguale. — 6. Complessità della sentenza in senso soggettivo e in senso oggettivo: rinvio. — 7. Concetto di tribunale complesso e sue differenze dal tribunale collegiale: la sentenza collegiale non è una sentenza soggettivamente complessa. — 8. Esempî di tribunali complessi: la Corte d'Assise e la repartizione di attività tra i due organi che la compongono. — 9. Analisi della sentenza della Corte d'Assise, come esempio tipico di sentenza soggettivamente complessa. — 10. La sentenza complessa nei giudizî d'impugnativa. — 11. La disposizione dell'art. 547 Cod. proc. civ.: repartizione di attività tra Sezioni unite e giudice di rinvio. — 12. Analisi della sentenza complessa resultante da questa cooperazione: richiami storici (*jus* e *judicium*). — 13. Correzione e interpretazione della sentenza: il ricorso in cassazione per correzione dei motivi erronei. — 14. Il fenomeno della cooperazione di privati alla formazione della sentenza in generale. — 15. Casi di cooperazione obbligatoria: si nega che diano luogo a sentenza soggettivamente complessa. — 16. In particolare il caso del lodo arbitrale in relazione al decreto di esecutorietà: si nega che dalla fusione di questi due atti nasca una sentenza complessa. — 17. Richiami storici (*Urtheiler* e *Richter; Aktenversendung; consilium sapientis*).

§ 1. — Delimitazione del concetto.

1. — L'accenno, contenuto in un geniale scritto del CARNELUTTI (1), alla possibilità di sfruttare nel campo giudiziario la teoria del-

---

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale civile*, a. I, 1924, P. I, pp. 213-260; ristampato in *Studi*, II (Padova, Cedam, 1930), pp. 211-256; tradotto in lingua spagnola da S. SENTÍS MELENDO in P. CALAMANDREI, *Estudios sobre el Proceso Civil* (Buenos Aires, Editorial Bibliogràfica Argentina, 1945)]. [*Bibliografia*, n. 102].

(1) *Arbitrato estero*, in *Riv. dir. comm.* 1916, I, pag. 386-387 (pagine 15-16 dell'estr.).

l'atto complesso, così finemente elaborata anche in Italia dagli studiosi del diritto amministrativo, e qualche osservazione in senso dubitativo fatta in proposito dallo ZANOBINI (2), mi hanno indotto ad esaminare se e in qual senso si possa parlare di complessità in relazione all'atto giurisdizionale, e quali esempî tolti dal nostro diritto positivo si possano far rientrare sotto la figura della *sentenza complessa*. Il presente studio non ha la pretesa di esaurire in poche pagine un argomento, come questo, che porta con sè tutte le seduzioni, ma anche tutte le esitazioni, della novità; vuole essere solamente un primo tentativo di sistemazione di un tema fecondo, — che si riannoda da un lato alla dottrina della genesi logica della sentenza e dall'altro a quella della conformazione dell'organo giudiziario, — colla speranza che altri sia indotto ad approfondire, e magari a correggere, le prime linee di quest'abbozzo; il quale dalla mirabile prefazione dettata dal CHIOVENDA ai suoi *Principii* prende a suo motto le seguenti auree parole: « Il ravvicinamento d'istituti diversi aventi elementi comuni fa spesso brillare nuove luci od anche soltanto barlumi, che scoprono nuovi aspetti delle cose o sono causa di nuove meditazioni ».

Non mi sembra necessario mettermi a riassumere preliminarmente i risultati, non sempre unanimi e non tutti definitivi, ai quali la dottrina pubblicistica è giunta, svolgendo, specialmente in relazione all'atto amministrativo, il concetto di atto complesso già delineato dai privatisti (3). In mezzo alle divergenze che dividono gli autori per la suddistinzione dei varî sottotipi comprensibili sotto il fenomeno della complessità e per la classificazione entro a questi sottotipi dei casi pratici offerti dal nostro diritto positivo, mi basta per ora riassumere questa idea fondamentale, che rappresenta la premessa teorica comune a tutti gli autori: che nel campo del diritto pubblico si può parlare di atto complesso tutte le volte in cui la manifestazione di volontà pubblica sia il risultato della fusione di più manifestazioni di volontà parallele e tendenti al medesimo fine, emananti da organi diversi di uno stesso ente pubblico, o da diversi enti pubblici.

Ulteriori specificazioni non sono per ora indispensabili: se nel corso del nostro studio ci sembrerà utile esaminare più da vicino al-

---

(2) *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, pag. 349.

(3) Cfr. BRONDI, *L'atto complesso nel dir. pubblico*, Torino 1898 (Estratto dalla parte III del volume in onore di F. Schupfer); BORSI, *L'atto amministrativo complesso* (in *Studî senesi*, XX, 1903, pag. 3 e seguenti); DONATI D., *Atto complesso, autorizzazione, approvazione* (in *Archivio giur.*, XII della nuova serie, 1903, pag. 3 e segg.); per la bibliografia più recente TRENTIN, *L'atto amministrativo* (Roma 1915) pag. 151 e per l'atto complesso nel dir. privato, COVIELLO, *Manuale di dir. civ.*, 2ª ediz., pag. 320.

cuni lati delle teorie esposte dagli amministrativisti, lo faremo al luogo opportuno.

2. — Liberiamo intanto il cammino da un'obiezione preliminare, la quale, se fondata, verrebbe ad escludere che alla sentenza si possa, sia pur colle necessarie modificazioni, comunque adattare la dottrina dell'atto amministrativo complesso. L'atto amministrativo, si dice, è manifestazione di volontà; e la complessità deriva appunto dalla fusione di più volizioni emananti allo stesso fine e per un interesse comune, da organi o da soggetti diversi; ma la sentenza non è un atto di volontà, è soltanto un giudizio logico: sicchè non si potrebbe parlare di sentenza complessa nel senso in cui si parla di atto amministrativo complesso, perchè sarebbe assurdo cercare il fenomeno di una pluralità di volizioni tendenti al medesimo fine là dove la volontà non ha alcun campo d'azione. Mentre l'atto amministrativo complesso è inteso dalla dottrina come il risultato di più volontà, l'atto giurisdizionale complesso potrebbe essere tutt'al più « il risultato giuridico di più giudizî logici compiuti da diverse autorità »: e solo in questo ultimo senso sarebbe lecito parlare di sentenza complessa (4).

A questa obiezione si può rispondere, innanzi tutto, che, ov'anche la sentenza fosse nient'altro che un giudizio logico, atto cioè dell'intelletto e non della volontà, sarebbe tuttavia interessante esaminare se a quel fenomeno di ripartizione, tra diversi enti o tra diversi organi di uno stesso ente, di attività volitiva diretta ad uno stesso fine, che nel campo dell'amministrazione dà luogo all'atto amministrativo complesso, corrisponda nel campo della giurisdizione un fenomeno analogo di ripartizione, tra diverse autorità giudiziarie, di attività intellettiva, dalla cooperazione della quale scaturisca la sentenza complessa. Qua e là si avrebbe questo fenomeno parallelo: di un risultato giuridico unico, derivante dal concorso dell'attività di organi diversi.

Ma indipendentemente da questa ragione, la quale giustificherebbe lo studio della sentenza complessa anche nella ipotesi che la sentenza si dovesse considerare nient'altro che come un giudizio logico, io parto in questo mio lavoro dal concetto, contrario a quello da cui parte lo Zanobini (5), che non solamente in ogni sentenza (ed anche se non si tratti di sentenza di condanna) esista un atto di volontà, ma che anzi l'elemento essenziale per cui la sentenza del giudice si distingue dal parere di qualsiasi giurista sia non già l'elemento logico che il giudice vi pone nella sua qualità di uomo pensante, ma proprio questo elemento volitivo che il giudice vi pone nella sua qualità di orga-

---

(4) Zanobini, op. cit., pag. 349.

(5) Op. cit., pag. 348.

no dello Stato, di pubblica autorità che può comandare in nome dello Stato. E' questa una disputa annosa (6), e sarebbe pedantesco fino alla goffagine riaprire siffatta discussione; a me basti qui, a guisa di professione di fede, dichiarare che a mio avviso farebbe retrocedere di mezzo secolo la scienza processualistica chi, nello studiar la natura della sentenza, si ostinasse a lasciare in ombra l'elemento imperativo a vantaggio dell'elemento logico. Nè l'atto di volontà del giudice si può qualificare come « una mera illusione », sotto il pretesto che il giudice, sfornito nella sua funzione pura di ogni potere discrezionale, « non può volere se non quello che vuole la legge » (7). In verità questa affermazione potrebbe essere capovolta, nel senso che, nel processo, la legge non può volere se non quello che vuole il giudice: e se è vero che il giudice deve decidere *secundum legem*, vero è altresì che, formatosi il giudicato, la volontà della legge resta definitivamente fissata *secundum sententiam*. Lo Stato, quando ha investito il giudice del potere sovrano di proclamare autoritativamente ciò che nel caso concreto la legge vuole, ha affidato al giudice, mi si passi la frase, come una provvista di potestà di comando, di cui il giudice si può di volta in volta servire per formulare in concreto quella volontà che nella legge è espressa solamente in forma ipotetica ed astratta; di questa provvista il giudice non si serve durante tutto lo svolgimento dell'attività logica che precede la sua pronuncia: anzi, finchè egli si limita a ragionare, egli si serve soltanto di quella facoltà di raziocinare che è necessaria e sufficiente ad ogni interprete messo a raffrontare una fattispecie concreta colla fattispecie legale; ma quando dalla sua argomentazione di interprete che ragiona scaturisce finalmente una conclusione, soltanto allora a questo prodotto di un'argomentazione logica egli, come organo dello Stato, impone il suggello dell'autorità dello Stato (8), soltanto allora, messi da parte gli strumenti della logica giuridica che gli hanno servito fino a quel momento per andare avanti nel suo lavoro, egli mette in opera il potere di comando, tenuto fino a quel punto in riserva, per trasformare in volontà dello Stato il prodotto del suo ragionamento, per infondere ufficialmente in quella con-

---

(6) Cfr. MENESTRINA, *La pregiudiciale nel processo civile* (Vienna 1904) nn. 6-9; CHIOVENDA, *Principii*, 3ª ed., pag. 109 in nota e 157; ROCCO (ALFR.), *La sentenza civile*, n. 13; CARNELUTTI, *Lezioni di dir. proc. civ.* I, pag. 174 e segg.; KISCH, *Beiträge zur Urteilslehre*, pag. 23 e segg.

(7) ZANOBINI, op. e loc. cit.

(8) MENESTRINA, *La pregiudiciale* cit., pag. 34 « la decisione del giudice nasce dal suggello dell'autorità dello Stato imposto al prodotto di un'argomentazione ». CARNELUTTI, *Lezioni* cit., pag. 174 chiama la sentenza « un atto di volontà che rappresenta l'epilogo di un atto dell'intelligenza ».

clusione di un comune sillogismo lo spirito dell'autorità, che solo può crearne una sentenza. E' vero dunque che la sentenza, dato il suo carattere dichiarativo, non fa altro che accertare ciò che la legge vuole nel caso concreto; ma è vero altresì che la irrevocabilità di questo accertamento non deriva dalla maggiore o minore correttezza logica del ragionamento che ad esso ha condotto, ma unicamente dal potere che ha il giudice di proclamare in nome dello Stato come sentenza ciò che egli crede essere la volontà della legge in quel caso. Se la sentenza avesse efficacia solo in quanto sia conforme alla volontà manifestata in astratto nella legge, la sentenza dovrebbe cadere tutte le volte in cui si potesse dimostrare che essa non è conforme a questa volontà astratta: il fatto invece che a un certo punto sia precluso ogni riesame del giudicato e che questo resti in eterno come proclamazione autoritativa di volontà nonostante la eventuale erroneità delle sue premesse logiche, dimostra che esso non ha efficacia in quanto manifestazione mediata della volontà dello Stato impersonato nel legislatore (chè passa in giudicato anche la sentenza *contra legem!*), ma in quanto manifestazione immediata della volontà dello Stato impersonato nel giudice. Il giudice ha dunque il potere di *volere* che una determinata pronuncia da lui ottenuta mediante sillogismo, sia considerata in avvenire come la sola volontà della legge nel caso concreto: è appunto questa potestà di volere in nome dello Stato che manca al semplice giurista; è appunto la manifestazione di questa volontà che distingue la sentenza dal semplice parere dell'avvocato, il quale è padrone di giurare al suo cliente che la conclusione del suo sillogismo corrisponde alla volontà della legge nel caso concreto, ma non ha potestà di volere che questo prodotto logico valga ufficialmente come l'unica ed incontestabile formulazione della volontà della legge di fronte all'avversario!

La sentenza contiene dunque un atto di volontà, un comando; e se essa appare come l'attuazione di una volontà già obiettivata nella norma giuridica ed ivi depositata in ipotesi, non mi par dubitabile che per trasformare in concreta questa volontà astratta contenuta nella legge, occorra di volta in volta *una nuova volizione dello Stato, che è appunto la sentenza del giudice.*

A chi volesse del tutto negare la possibilità di trasferire all'atto giurisdizionale la dottrina dell'atto complesso sol perchè l'atto giurisdizionale non è un atto di volontà, quanto si è detto finora dovrebbe bastare, a mio avviso, per dimostrare il contrario. Tuttavia non si può trascurare che una certa differenza c'è tra atto giurisdizionale e atto amministrativo in relazione alla funzione che nell'uno e nell'altro esercita la volontà; non solo in quanto l'atto di volontà dell'amministratore concerne l'attività propria e l'atto di volontà del giudice concerne

l'attività altrui, ma in quanto nell'atto giurisdizionale l'intervento della volontà è riservato soltanto al momento conclusivo di una lunga attività logica anteriore. Cosicchè, se noi ci raffiguriamo il procedimento, attraverso il quale si vien formando e si perfeziona nel tempo l'atto giurisdizionale, come lo svolgimento di una lunga attività logica preparatoria seguita da un atto volitivo finale, la figura dell'atto complesso ci si può presentare nel campo giudiziario con un aspetto un po' diverso da quello che sempre assume nel campo amministrativo. L'atto amministrativo complesso deriva infatti da una ripartizione di attività volitiva tra varî organi, da un concorso di più volizioni separate; la sentenza complessa, invece, mentre in alcuni casi (oltre, n. 9) può resultare dal concorso di più volizioni derivanti da organi diversi, può essere altre volte (oltre, n. 12) il risultato di un concorso di attività, delle quali solamente l'ultima ha carattere volitivo, mentre quelle precedenti si limitano ad elaborare, in tutto o in parte, l'elemento logico che deve servire di base alla volizione finale. La repartizione di attività tra i varî organi che danno vita all'atto amministrativo complesso, significa dunque, in ogni caso, concorso di diverse attività volitive; la repartizione di attività tra i varî organi che danno vita alla sentenza complessa può significare, invece, concorso dell'attività intellettiva di un organo che compie un giudizio logico coll'attività volitiva di un organo che trasforma in comando il prodotto di questo giudizio.

3. — Le osservazioni esposte finora ci fanno intendere che per la nozione di sentenza complessa è necessario partire da un fenomeno più generale, di cui la complessità della sentenza può essere una sottospecie: dal fenomeno, cioè, del frazionamento in più fasi separate di quel lavoro mentale (intellettivo e volitivo) attraverso il quale il giudice perviene a crear la sentenza (9).

Se, come si suole, ci raffiguriamo schematicamente la sentenza quale un sillogismo, possiamo immaginare che il lavoro mentale che il giudice deve effettuare per fissarne le due premesse e per trarre da esse la conclusione, sia compiuto, anzichè in una sola tappa sufficiente a raggiunger la meta, in tante tappe distinte, ciascuna delle quali sia destinata a elaborare e a fissare una piccola porzione di quei materiali logici, dalla cui somma la conclusione finale di quelle premesse dovrà poi scaturire.

Queste tappe del cammino mentale che conduce alla sentenza possono svolgersi dinanzi allo stesso giudice in stadî processuali successivi, o dinanzi a giudici diversi: ma non si deve credere che il fe-

---

(9) Su questo argomento è fondamentale MENESTRINA, *La pregiudiciale* cit., nn. 18-19; cfr. ora anche CHIOVENDA, *Principii*, § 93.

nomeno della sentenza complessa sia in costante relazione con questa cooperazione di giudici diversi verso un'unica meta, e che, ogniqualvolta per giungere alla sentenza finale occorra l'intervento di diverse autorità giudiziarie in fasi processuali distinte, si abbia sempre, solo per questo, una sentenza complessa. Il criterio per stabilire se da questa divisione di lavoro logico possa scaturire una sentenza complessa non deve esser tratto dalla pluralità dei giudici cooperanti, ma dal modo con cui avviene tra essi il frazionamento della funzione giudiziaria: se questo frazionamento avviene in *senso verticale*, avremo una pluralità di sentenze semplici; se questo frazionamento avviene in *senso orizzontale*, avremo un'unica sentenza complessa.

Mi spiego. Se noi graficamente riproduciamo il sillogismo giudiziale, ridotto a semplice schema, in figura di tre linee parallele orizzontali, che rappresentano, scendendo dall'alto in basso, le premesse maggiore e minore e la conclusione del medesimo, possiamo supporre che il frazionamento in più fasi dell'attività mentale necessaria per compierlo, sia disposto nel senso di riservare a ciascuna fase il lavoro occorrente per formulare una porzione della premessa maggiore, la corrispondente porzione della premessa minore ed infine quel frammento di conclusione che scaturisce da queste due, ovvero nel senso di riservare alla prima fase la formulazione di tutta intera la premessa maggiore, alla seconda fase la formulazione di tutta intera la premessa minore, alla terza fase la formulazione di tutta intera la conclusione e della volizione occorrente per darle efficacia di sentenza (10).

Nel primo caso, per adoperare le parole usate dal MENESTRINA in quella sua *Pregiudiciale*, che è indubbiamente uno dei contributi più cospicui dati alla scienza processualistica dall'intelletto italiano, « attraverso le due premesse che corrono parallelamente, accompagnandosi nelle mille volubilità create dalle varie forme della vita reale, si tira una linea che le tagli allo stesso punto. Così viene a galla quello che i logici chiamano polisillogismo: l'interlocutoria è la conclusione del polisillogismo e la sentenza finale quella dell'episillogismo » (11).

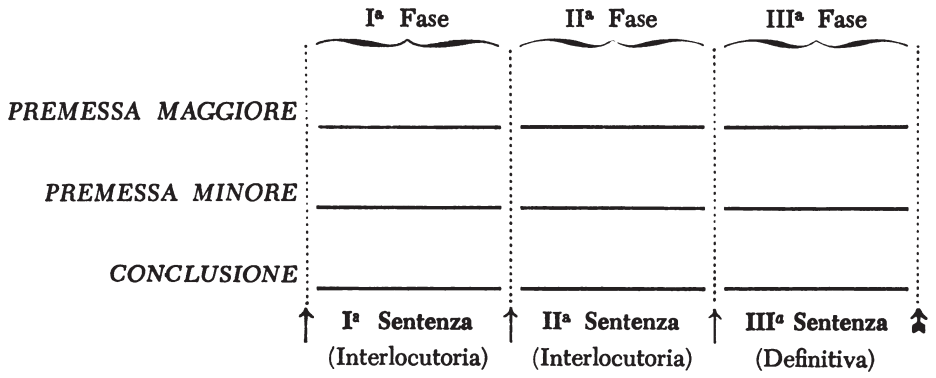
---

(10) Parlo di tre fasi per far corrispondere a ciascuna fase la formulazione di tutto intero un membro del sillogismo; ma il frazionamento orizzontale può avvenire anche nel senso di riservare alla prima fase la formulazione delle due premesse ed alla seconda la formulazione della conclusione; ovvero nel senso di riservare alla prima fase la formulazione della premessa maggiore ed alla seconda quella della premessa minore e della conclusione; oppure anche (caso della distinzione dell'antico processo germanico tra *Urtheiler e Richter*) nel senso di riservare alla prima fase l'intera elaborazione dell'elemento logico, compresa la conclusione, ed alla seconda fase la volizione occorrente per trasformare in sentenza questa conclusione.

(11) Op. cit., pag. 79.

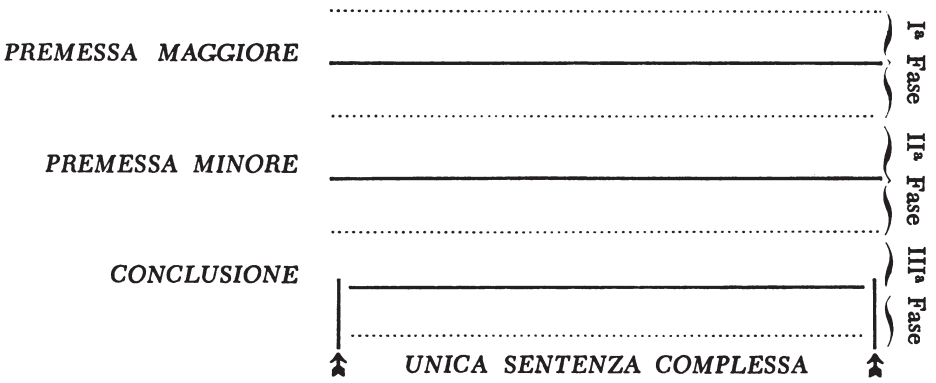
Qui, se noi raffiguriamo con linee tratteggiate, tirate verticalmente attraverso il sillogismo giudiziale, i confini tra le varie fasi in cui l'attività del giudice si fraziona, vediamo (figura A) che in ciascuna zona interclusa tra due linee tratteggiate è compresa, con tutti i suoi membri logici e colla sua conclusione, una sentenza completa la quale ha carattere di interlocutoria di fronte alla sentenza finale.

Figura A



Qui dunque il frazionamento in senso verticale dà luogo a una pluralità di sentenze, pronunciate, in distinte fasi processuali, dallo stesso giudice e da giudici diversi (fenomeno che il CARNELUTTI (12) designa colla denominazione di *formazione progressiva della decisione*) (cfr. oltre, n. 4).

Figura B



Nel secondo caso, invece, i confini tra le varie fasi, in cui l'attività del giudice si fraziona, possono essere indicati (figura B) da linee

(12) *Lezioni*, III, n. 258.

tratteggiate tirate orizzontalmente, in modo che in ciascuna zona interclusa tra due linee tratteggiate non sia compresa una intera sentenza, ma solo la formulazione di un membro logico di quella unica sentenza che sarà pronunciata soltanto nella fase finale. Qui, dunque, il frazionamento del sillogismo in più fasi non dà luogo a una pluralità di sentenze interlocutorie successive, ma dà luogo alla preparazione successiva, per opera di tribunali diversi o di organi diversi di uno stesso tribunale (trib. complesso, oltre, n. 7), dei materiali logici necessarî per formare una sentenza: la quale, appunto perchè deriva dalla cooperazione di più organi giudiziarî, dicesi sentenza complessa (cfr. oltre, n. 5).

4. — I casi in cui il frazionamento del lavoro mentale del giudice avviene in senso verticale, sono numerosi.

Anche se si lascia da parte il caso frequentissimo in cui nel corso del processo lo stesso giudice, prima o durante lo svolgimento del ragionamento sul merito, debba far oggetto di speciali decisioni incidentali o preparatorie questioni attinenti al rapporto processuale (ed è noto come la storia ci offra tipi di procedimento volti appunto a separare in stadî diversi la decisione delle questioni processuali da quella della questione sul merito (13)) certo è che lo stesso ragionamento che il giudice deve compiere per arrivare a pronunciar sulla domanda di merito può essere smembrato in più fasi, in modo che prima di giungere alla sentenza finale relativa alla esistenza della concreta volontà di legge affermata dall'attore, si debbano risolvere in tante separate decisioni interlocutorie le diverse questioni da cui deriva o potrebbe derivare la decisione finale (14).

Se consideriamo il carattere strumentale di queste sentenze (interlocutorie *lato sensu*) in relazione alla sentenza definitiva, possiamo anche considerarle come altrettante « parti di decisione » della questione del merito (15): ciascuna di esse, infatti, fissa nella sua conclusione qualcuno degli elementi che poi va a costituire una parte delle premesse della sentenza definitiva. Ma se queste sentenze interlocutorie le esaminiamo ad una ad una isolatamente, anzichè nel loro rapporto di mezzo a scopo, esse ci appaiono formalmente come altrettanti atti giurisdizionali distinti ed in sè perfetti, contenenti ciascuno, nella sua parte conclusiva, una separata volizione.

Neppure si può parlare di sentenza complessa, cioè di atto giuri-

---

(13) Cfr. MENESTRINA, op. cit. nn. 14-15; CHIOVENDA, *Principii*, § 44 bis, 1.
(14) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1155; MENESTRINA, op. loc. cit.
(15) Cfr. CARNELUTTI, *Lezioni*, III, pag. 429.

sdizionale unico nascente dal concorso di più organi giudiziarî, nel caso in cui, presentandosi durante il processo una questione pregiudiziale, la legge imponga il rinvio della medesima ad altro giudice competente affinchè la decida in via principale (*causa praejudicialis*) (16), per poi far decidere al primo giudice la controversia restata sospesa: anche qui non si ha infatti una sentenza unica, ma due sentenze su questioni diverse pronunciate da diversi giudici, ciascuna delle quali costituisce, in relazione all'oggetto della questione, un sillogismo completo; e il fatto che il giudice della causa restata sospesa debba poi porre a base della sentenza definitiva la decisione data nella causa pregiudiziale dal giudice competente, non può essere interpretato come un caso di sentenza complessa, più di quanto sia possibile vedere un siffatto fenomeno tutte le volte in cui un giudice deve porre a base del suo sillogismo la cosa giudicata formatasi in altro processo (17).

Una repartizione di attività in senso verticale si può avere altresì in certi casi in cui lo stesso giudice in due fasi separate o magari due giudici diversi in momenti successivi prendono in esame lo stesso rapporto sostanziale controverso per emanare provvedimenti di diversa natura: come può accadere nel caso di sequestro o di denuncia di nuova opera, in cui in una prima fase si compie un esame sommario della causa al solo fine di prendere una misura provvisoria; mentre in una seconda fase (che può svolgersi anche dinanzi ad un giudice diverso) si decide con cognizione completa se si possa procedere a un provvedimento definitivo (18). Qui si hanno due atti giurisdizionali diversi con diverse condizioni e diversi scopi; come due atti giurisdizionali diversi sullo stesso rapporto controverso si hanno nel processo cambiario, in cui in una prima fase il giudice esamina soltanto una parte del materiale di lite pronunciando su questo una condanna con riserva, ed in una seconda fase esamina il materiale residuo (19).

5. — Nei casi, assai meno frequenti, in cui il frazionamento del lavoro mentale del giudice avviene in senso orizzontale, ci troviamo di fronte al fenomeno della sentenza complessa della quale abbiamo già sommariamente descritto la struttura (retro, n. 3).

---

(16) Cfr. MENESTRINA, op. cit., pag. 83 e pag. 150 e seg.; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1167.

(17) Cfr. MENESTRINA, op. cit., pag. 137.

(18) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 228-231.

(19) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 119 e segg. Lo stesso avviene nel caso di condanna con riserva della eccezione di compensazione: cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 204 e segg.; MENESTRINA, op. cit., pag. 79.

Qui è opportuno aggiungere, prima di entrare nella disamina degli esempî concreti offerti dal nostro diritto positivo, che la cooperazione di più organi giudiziarî alla formazione di un'unica sentenza complessa può essere di due specie: cooperazione di più organi distinti di un unico tribunale *complesso* (oltre § 2), o cooperazione di più tribunali diversi (oltre § 3).

Nell'un caso e nell'altro, però, la sentenza complessa rappresenta sempre la somma e la fusione di più manifestazioni di volontà (o di più giudizî) *giuridicamente rilevanti,* in quanto emanate da diverse autorità giudiziarie nell'esercizio di altrettanti ufficî: questo ci deve fare intendere fin d'ora che colla figura della sentenza complessa, quale fin qui ho cercato di determinarla, non deve essere confusa la sentenza *collegiale,* la quale, come meglio si vedrà tra poco (oltre, n. 6), dev'esser considerata come il prodotto di un organo giudiziario unico, i cui componenti non hanno potere di emettere singolarmente manifestazioni di volontà giuridicamente rilevanti. Per motivi analoghi ritengo che sfuggano altresì al concetto ora delineato di sentenza complessa i numerosi casi in cui l'unica autorità giudiziaria che pronuncia la sentenza incorpora nella medesima in misura più o meno ampia elementi logici elaborati da privati; in simili casi (ai quali, per la grande affinità che hanno col nostro tema, dedicherò il § 4 di questo studio) manca del tutto quella cooperazione di più organi giudiziarî, ch'è inseparabile, come si è detto, dalla genesi di ogni sentenza complessa.

I tipi di sentenza veramente corrispondenti alla nozione di atto complesso sono dunque soltanto quei due sopra indicati: ai quali, se vogliamo scendere alle partizioni degli atti complessi proposte dagli amministrativisti, ci sembra che possa applicarsi con sufficiente approssimazione (dato che ciascuna delle autorità giudiziarie cooperanti fornisce alla formazione della sentenza complessa elementi di natura diversa) il concetto di atto complesso *ineguale* (20).

6. — Nei tipi finora considerati di sentenza complessa l'atto giurisdizionale, quando tutte le frazioni di attività dei diversi organi operanti si sono svolte e si sono fuse in un'unica manifestazione di volontà, appare *oggettivamente* come un atto *unico;* sono invece più d'uno i

---

(20) Cfr. in diverso senso Brondi, op. cit., § 5; Borsi, op. cit., pag. 47 e segg.; Donati, op. cit., pag. 9 e segg. Ho detto, nel testo, con « sufficiente approssimazione », perchè nel caso della sentenza complessa la ineguaglianza non deriva tanto, come nell'atto amministrativo, dalla diversa importanza giuridica delle volontà componenti, quanto dal fatto che la sentenza complessa può risultare dalla fusione di un giudizio compiuto da un giudice con una volizione emanante da un altro, o dalla fusione di più giudizî diversi su diversi oggetti.

soggetti (tribunali diversi, o diversi organi di un unico tribunale complesso) che a questo atto giurisdizionale hanno dato vita. A considerarla in sè, staccata dagli organi giudiziarî che le hanno dato vita, la sentenza complessa è una sentenza come tutte le altre; ma la sua diversità caratteristica consiste in ciò, che a formarla hanno cooperato più soggetti. La complessità è dunque una conseguenza della pluralità dei soggetti cooperanti: talchè potremmo qui parlare di *complessità soggettiva* della sentenza o di *sentenza soggettivamente complessa.*

Questa denominazione ho adottato come titolo del presente saggio, perchè essa può utilmente servire a distinguere la sentenza complessa che qui si studia, da un altro tipo di sentenza per la quale si può parlare di complessità in un senso profondamente diverso, che possiamo dire *oggettivo.*

Vediamo intanto che lo stesso CARNELUTTI, il quale in un capitolo delle sue *Lezioni* considera la sentenza complessa come il prodotto del concorso di più organi giudiziarî « a funzioni distinte » (21), parla poi nello stesso volume della « formazione complessa del giudizio » (22) per indicare non già il fatto della cooperazione di più organi giudiziarî alla formazione della sentenza, ma la complicata multiformità del lavoro logico che un unico organo giudiziario deve compiere per arrivare alla conclusione finale della sentenza, specialmente quando di fronte alla domanda dell'attore il convenuto contrapponga una o più eccezioni o quando l'attore nello stesso processo presenti più domande (cumulo oggettivo). Si può restare in dubbio sulla convenienza di parlare di complessità là dove si dovrebbe se mai parlare di pluralità di decisioni contenute in una sentenza formalmente unica (23); ma in ogni modo, poichè è evidente che questa denominazione prescinde qui interamente dal fenomeno, altrove da noi considerato come inscindibile dal concetto di complessità, della pluralità dei giudici cooperanti alla formazione di un'unica sentenza, sarebbe indispensabile, se proprio volessimo parlare anche qui di sentenza complessa, avvertire che qui ci troviamo di fronte a una sentenza *oggettivamente complessa,* caso ben diverso dalla sentenza *soggettivamente complessa* considerata più sopra.

Ma questa denominazione di sentenza *oggettivamente complessa,* anche se non vogliamo adoprarla per indicare la sentenza che decide su un cumulo oggettivo di domande o quella che perviene al dispositivo attraverso una complicata catena di sillogismi strumentali (tutte le

---

(21) *Lezioni,* III, n. 171.

(22) Ivi, n. 257.

(23) Cfr. CHIOVENDA, *Principii,* pag. 1135; e lo stesso CARNELUTTI, *Lezioni,* III, pag. 246.

sentenze sarebbero, in questo senso, complesse!), possiamo tuttavia utilizzarla per designare una serie di sentenze, non ancora studiate a parte come categoria sistematica: quelle sentenze, cioè, in cui il giudice, in un atto apparentemente unico che dal punto di vista formale ha tutti i caratteri di un atto giurisdizionale, pone in essere in sostanza due diversi atti, uno dei quali è una esplicazione di funzione giurisdizionale, mentre l'altro è esplicazione di funzione diversa (amministrazione o legislazione). Per questi casi, che costituiscono a mio avviso un fenomeno tipico di complessità funzionale, credo che si possa adoperare utilmente la denominazione di *sentenza oggettivamente complessa;* e adotterò appunto questo titolo per un saggio, che mi propongo di pubblicare quanto prima a complemento del presente, sull'interessante fenomeno.

§ 2. — Sentenze pronunciate da un Tribunale complesso.

7. — L'esempio più perfetto di sentenza soggettivamente complessa si ha nelle decisioni pronunciate dai tribunali *complessi.*

Di tribunale complesso si può parlare tutte le volte in cui si presenta nell'ordinamento giudiziario un giudice (nel senso di ufficio, non nel senso di persona fisica) nel quale il potere di decisione si trova repartito tra diversi organi, ciascuno funzionante entro una determinata sfera di attribuzioni e quindi fornito di una propria competenza. Secondo un insegnamento della dottrina (24) ogni organo giudiziario, ossia ogni tribunale in senso lato, costituisce un *organo complesso di giurisdizione,* perchè esso è composto da tre organi (giudice, cancelliere ed usciere) tra i quali sono repartite le varie facoltà comprese nella giurisdizione. Ma qui io parlo di organo complesso in senso più ristretto, prendendo in considerazione, dei tre organi che costituiscono il tribunale nel suddetto senso, il solo organo al quale è riservato per eccellenza il potere di decisione, cioè il giudice.

Chiamiamo pertanto tribunale complesso quell'organo giudicante (esclusi gli uffici del cancelliere e dell'usciere) che si presenta come a sua volta composto di più organi a funzioni distinte (25). I tribunali di questo tipo, che la dottrina tedesca conosce sotto il nome di tribunali *composti* (« *zusammengesetzte Gerichte* ») (26), si distinguono dai tribunali collegiali in quanto non sono formati da più persone fisiche

---

(24) Chiovenda, *Principii,* pag. 388; Wach, *Manuale,* I, pag. 313.

(25) Chiovenda, *Principii,* pag. 403; Carnelutti, *Lezioni,* III, n. 171.

(26) Cfr. Kisch, *Unsere Gerichte und ihre Reform,* Lipsia 1908, pag. 28; Doerr, *Allgemeine Lehren der Gerichtsverfassung,* nell'*Archivio del dir. pubblico,* di Laband e Stoerr, 1921, pag. 59.

che partecipino in comunione all'esercizio della giurisdizione e concorrano tutte quante con efficacia pari e senza ripartizione di attribuzioni alla formazione della sentenza, ma sono formati da più organi (ciascuno, a sua volta, costituito da una sola persona fisica o da un collegio), ognuno dei quali esercita in modo indipendente ed esclusivo una speciale porzione della funzione giurisdizionale, che assume perciò il carattere di uno speciale ufficio. La differenza tra tribunale complesso e tribunale collegiale è, dunque, tutta qui; che mentre i membri di un tribunale collegiale, non corrispondendo a ciascuno di essi una speciale sfera di pubbliche attribuzioni, non si possono considerare individualmente come altrettanti titolari di un pubblico ufficio, sicchè non essi singolarmente presi ma soltanto il collegio da essi formato può dirsi organo dello Stato, il tribunale complesso è costituito dalla somma di più componenti, a ciascuno dei quali corrisponde un distinto ufficio giurisdizionale, ossia dalla somma di più organi (27). Questa differenza fra tribunale collegiale e tribunale complesso non si attenua neanche in quei casi in cui i componenti del collegio invece di essere tutti quanti reclutati dalla categoria dei giuristi, sono tolti in parte da altre categorie professionali od economiche, sicchè diversi sono i criterî tecnici dai quali ciascuno di essi si lascia guidare nel dare il proprio giudizio: in questi collegi che la dottrina tedesca chiama tribunali *misti* (« *gemischte Gerichte* ») (28) e più esattamente da noi il CARNELUTTI designa come collegi « a formazione mista o eterogenea » (29), la diversità delle attitudini tecniche in vista delle quali sono reclutati i varî membri del collegio non dà luogo ad alcuna repartizione di uffici, nè toglie al collegio il carattere di organo unico (30).

Neppure infine si potrebbe considerare come complesso il tribunale collegiale per il fatto che speciali funzioni siano attribuite nel processo al presidente del collegio o ad alcuno dei suoi componenti (giudice delegato, giudice relatore); questa attribuzione di speciali funzioni, infatti, non significa in alcun modo che gli investiti delle medesime partecipino alla formazione della volontà del collegio in modo giuridicamente diverso dagli altri componenti.

---

(27) Qualcosa di simile si verifica per il Parlamento, che il DONATI, scritto cit., pag. 8, considera come un organo collettivo, costituito dalla somma di più organi (Camere e Re).

(28) KISCH, op. cit., pag. 22; DOERR, scritto cit., pag. 60-61.

(29) *Lezioni*, cit., III, pag. 47.

(30) La differenza tra tribunale collegiale misto e tribunale complesso si vede evidentissima nell'ordinamento giudiziario tedesco paragonando la struttura del tribunale penale con intervento di scabini (*Schöffengericht*) con quella del tribunale penale con giuria (*Geschworenengericht*), corrispondente alla nostra Corte d'Assise: cfr. KISCH, op. cit., pag. 33.

Le osservazioni fatte finora servono a confermarci sulla opportunità, già da noi rilevata (retro, n. 5), di escludere la sentenza collegiale dal novero delle sentenze soggettivamente complesse. Non si nega che anche la figura della sentenza collegiale meriti di essere attentamente studiata, specialmente allo scopo di cogliere in qual modo le manifestazioni di volontà dei singoli componenti riescano a trasformarsi, fondendosi, in manifestazione di volontà del collegio; ma è certo, d'altra parte, che lo studio della formazione della volontà collegiale ci trasporterebbe in un ordine di fenomeni diverso da quello che qui ci interessa; poichè, mentre nell'atto soggettivamente complesso si ha la cooperazione di più volontà pubbliche, ciascuna delle quali, in sè isolatamente presa, risponde ad un suo speciale ufficio ed ha una speciale rilevanza giuridica, nell'atto collegiale si ha la cooperazione di più volontà private, ciascuna delle quali, prima che dalla loro fusione si formi un'unica manifestazione di volontà pubblica, si presenta come del tutto irrilevante per il diritto (31).

8. — Cospicui esempi di tribunali complessi nel senso ora chiarito ci sono offerti dalla storia: anche se non si vuole considerare come un unico organismo giudiziario il *praetor* e il *judex* dell'antico processo romano, ed essi come gli organi componenti di un unico tribunale complesso (oltre, n. 12 in fine), certo è che una caratteristica repartizione del potere di decisione fra due organi costituenti un unico tribunale si può vedere nel primitivo processo germanico, ov'era nettissima la divisione di lavoro fra gli *Urtheiler* ed il *Richter* (oltre, n. 16 in fine). Ma nel diritto oggi vigente da noi non sappiamo trovare esempî altrettanto calzanti, se restiamo nel campo della giurisdizione civile: e dobbiamo per forza entrare nel campo della giurisdizione penale, ove la conformazione della Corte d'Assise ci offre il caso più evidente di un tribunale complesso, le cui decisioni possono essere e sono citate come il tipo scolasticamente più dimostrativo della sentenza soggettivamente complessa (32).

Che la Corte d'Assise si possa qualificare come un tribunale complesso non par dubbio; essa infatti risulta dalla riunione di due parti

---

(31) In questo senso, per l'atto amministrativo collegiale: TRENTIN, *L'atto amministrativo* cit., pag. 156; DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi* (Roma 1917), pag. 31 in nota; cfr. anche ROMANO, *Principii*, n. 59. Considerano invece l'atto collegiale come una specie di atto complesso: BRONDI, scritto cit., § 6; BORSI, scritto cit., pag. 48; DONATI, scritto cit., pag. 7 nota 2; VITTA, *Gli atti collegiali* (Roma 1920) pag. 33-34.

(32) Cfr. CARNELUTTI, *Arbitrato estero* cit., pag. 16 dell'estr.; *Lezioni* cit., III, pag. 45; ZANOBINI, scritto cit., pag. 349; DOERR, scritto cit., pag. 59; KISCH, op. cit., pag. 20.

organicamente coordinate — il presidente e la giuria — le quali, avendo ciascuna una propria sfera di attribuzioni determinata dalla legge e esplicando ciascuna queste funzioni proprie su un diverso oggetto e in un diverso momento, hanno certamente, entrambe, la qualità di organi (33). Questo è sicuro per il presidente; ma anche per la giuria, quantunque vi sia nella dottrina una tendenza a considerare i giurati come semplici privati temporaneamente incaricati di esercitare una pubblica funzione, che, secondo alcuni, non avrebbe neppure carattere giurisdizionale (34), pure mi sembra che ormai, dopo la limpida dimostrazione data dallo ZANOBINI (35), non si possa negare che, se organo dello Stato non è il giurato singolo che non può da solo compiere nessuna manifestazione di volontà statuale giuridicamente efficace, organo è certamente la giuria, giacchè ad essa corrisponde una speciale sfera predeterminata di attribuzioni pubbliche.

Ciò premesso, in qual modo tra questi due organi che formano la Corte d'Assise si ripartisce il potere di decisione? Tradizionalmente, specialmente per influsso della dottrina francese, si suole esprimere questa repartizione col dire che il presidente è giudice *del diritto* e la giuria giudice *del fatto* (36), secondo il vecchio aforisma « *de jure judices, de facto judicant juratores* ». Ma questa affermazione che va per le scuole, è in realtà, come altra volta fu rilevato (37), manchevole ed imprecisa, al pari di quell'altra frase fatta che schematizza ogni sentenza in un sillogismo, di cui la legge sarebbe la premessa maggiore e il fatto la premessa minore. Questo insegnamento trascura due cose: anzitutto che, per arrivare alla formulazione delle due premesse che costituiscono nella sentenza il sillogismo *finale* (38), il giudice deve compiere una serie di sillogismi strumentali di cui quelle premesse rappresentano la conclusione; in secondo luogo che, quand'anche non si voglia tener conto di tutto il lavoro precedente volto a costruire le premesse del sillogismo finale, e si voglia ridurre la sentenza a quell'ultimo sillogismo isolato dal quale scaturisce immediatamente la pronuncia consacrata nel

---

(33) MANZINI, *Trattato di proc. pen.*, I, n. 161 « Siffatta unità (della Corte d'Assise) è meramente formale, perchè, quantunque la Giuria e il Presidente siano giudici della medesima causa e quantunque le loro decisioni si integrino in un unico giudizio complessivo, nondimeno la loro giurisdizione si esercita sopra parti distinte della causa... ».

(34) LANZA, *Sistema di dir. proc. penale italiano* (Roma 1922), I, pag. 305.

(35) Op. cit., n. 34.

(36) MANZINI, op. cit., I, pag. 351-356; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 403; CARNELUTTI, *Lezioni*, III, pag. 45.

(37) Cfr. la mia *Genesi logica della sentenza civile*, nota 111, in *Studi*, I, pag. 50 [e in questo volume, pag. 53]; MANZINI, *Trattato* cit. I, n. 356; BINDING, *Grundriss des deuts. Strafprozessrechts*, 5ª edizione 1904, n. 49.

(38) Cfr. CARNELUTTI, *Lezioni*, III § 258.

dispositivo, non è esatto considerare la premessa minore dell'ultimo sillogismo come un puro giudizio di fatto. In realtà il sillogismo giudiziale, anche quando si schematizzi in quel modo scheletrico e monco che s'usa per comodità didattica, contiene nella sua premessa minore non soltanto l'affermazione della verità di un certo rapporto di fatto, ma anche la affermazione della coincidenza di questo rapporto di fatto col rapporto di fatto ipotizzato dalla norma giuridica che serve da premessa maggiore: ora, in questa affermazione di coincidenza tra la fattispecie legale e la fattispecie reale, c'è evidentemente un giudizio di diritto, perchè per poter stabilire questo rapporto di identità occorre che i fatti concreti si presentino come già giuridicamente qualificati.

Queste osservazioni valgono anche per la sentenza della Corte d'Assise, la quale si può schematizzare in un sillogismo cosiffatto: « chi è colpevole del reato x incorre nella pena y; Tizio è colpevole del reato x; dunque esso è condannato alla pena y ». E' evidente che la premessa minore, nella quale si afferma che Tizio si è reso colpevole di un certo reato, non contiene soltanto la risoluzione di una questione di fatto, ma contiene altresì una affermazione di coincidenza tra fattispecie legale (reato previsto dalla norma) e fattispecie concreta (reato commesso dall'incolpato), che non può essere raggiunta se non attraverso una qualificazione giuridica dei fatti semplici. Nella premessa minore di questo sillogismo non c'è, dunque, soltanto un giudizio di fatto intorno alla esistenza delle circostanze grezze, ma vi è altresì un giudizio di diritto « sulla *colpevolezza*, cioè sulla imputabilità fisica e psichica dell'imputato in rapporto al fatto e alle circostanze di esso » (art. 446 e segg. Cod. proc. pen.) (39); solamente in forza di questo giudizio sulla colpevolezza, contenuto nella premessa minore, si può giungere nella conclusione del sillogismo a un giudizio sulla responsabilità giuridica e sulle sanzioni penali che si debbono nel caso applicare (art. 468-469 Cod. proc. pen.) (40).

Ora, se osserviamo attentamente in qual modo nella Corte d'Assise la funzione del giudicare sia repartita fra i due organi componenti, non possiamo appagarci di dire che alla giuria spetta la risoluzione della questione di fatto ed al presidente la risoluzione della questione di diritto; con assai maggior esattezza possiamo dire invece che, mentre al presidente spetta di determinare la premessa maggiore del sillogismo e di trarne la conclusione, alla giuria spetta di fissare la premessa minore contenente il giudizio sulla colpevolezza (41), il che si-

---

(39) Cfr. MANZINI, *Trattato*, I, pag. 356.

(40) Cfr. MANZINI, *Trattato*, I, pag. 352.

(41) Anche la dottrina tedesca contrappone la *Schuldfrage* alla *Straffrage*, e insegna che la prima, che costituisce la premessa minore del sillogismo e che

gnifica che è riservata ai giurati la risoluzione di tutte le questioni, *di diritto e di fatto,* che occorre risolvere per poter decidere se Tizio in concreto è colpevole o no di un determinato reato. Nè si dica che i giurati conoscono in realtà pure questioni di fatto, dal momento che nelle questioni come sono ad essi poste deve essere contenuta « la enunciazione degli elementi costitutivi del reato *senza dar loro alcuna denominazione giuridica* » come prescrive espressamente l'art. 446 Cod. proc. pen., il che potrebbe far credere che la qualifica giuridica dei fatti e la loro sussunzione sotto la legge venga ad essere compiuta in un momento successivo dal presidente. In realtà le stesse disposizioni degli art. 446 e segg., le quali prescrivono in qual modo devono esser posti i quesiti ai giurati, dimostrano che i fatti, sulla verità dei quali i giurati son chiamati a pronunciarsi, se pur nei quesiti non sono indicati col loro *nomen juris,* sono già considerati, da chi formula il quesito, come elementi costitutivi di un reato, o come circostanze che possono comunque influire sulla punibilità; talchè i giurati sono chiamati a pronunciarsi non sulla verità di fatti semplici, ma sulla verità di fatti che costituiscono già, per il modo in cui sono stati scelti e presentati, gli estremi necessari e sufficienti di una figura giuridica prevista dal Codice penale (42).

9. — Ciò premesso, possiamo considerare la sentenza della Corte d'Assise come la somma di due giudizî: quello della giuria sulla colpevolezza, quello del presidente sulla responsabilità giuridica. Ma quale relazione passa fra questi due giudizî? E da quale dei due organi cooperanti proviene l'elemento volitivo? Il verdetto dei giurati si deve esso stesso considerare come una sentenza completa, contenente, sul punto della colpevolezza, un atto conclusivo di volontà, o si deve considerare soltanto come una premessa logica (premessa minore) di un atto di volontà, che al solo presidente sarebbe riservato di compiere

---

è in parte questione di fatto e in parte questione di diritto, è di competenza dei giurati: cfr. cenni in Binding, *Grundriss* cit., § 49, II, 2, a; Gerland, *Die englische Gerichtsverfassung,* Lipsia 1910, pag. 77. Lo stesso Binding, nel suo classico scritto *Die drei Grundfragen der Organisation des Strafgerichts,* analizza con profondo acume la ripartizione di funzioni tra giuria e giudice togato, e distingue, oltre i due punti della *Schuldfrage* e della *Straffrage,* anche il punto della *Subsumtionsfrage,* che, secondo lui, rientrerebbe nella competenza del giudice togato: cfr. riprodotto quello scritto in Binding, *Abhandlungen* (Monaco e Lipsia 1915), II, pag. 67 e segg., 83 e seguenti.

(42) Cfr. Manzini, *Trattato,* I, pag. 356. Questa osservazione vale anche nei casi, previsti dai nn. 1° e 2° dell'art. 451, in cui i giurati si limitano a negare che il fatto sussista o che l'imputato l'abbia commesso, senza scendere alla questione della colpevolezza prevista dal n. 3 dello stesso articolo.

nella sentenza pronunciata da lui? Qualcuno, partendo dall'erroneo presupposto che la giuria non sia un organo giudiziario, arriva ad insegnare, riducendo il verdetto quasi al valore di una perizia sul fatto, che la sentenza della Corte d'Assise è una sentenza « di giudice unico » (43). Ma questo insegnamento non può trovar credito presso di noi, dopo quanto si è detto per dimostrare che la Corte d'Assise è un tribunale complesso: per noi, di conseguenza, la sentenza della Corte d'Assise è indubbiamente il resultato della cooperazione di due organi giudiziarî; solo punto da risolvere è, per noi, questo: se, in questa cooperazione, la giuria si limiti a fornire un semplice giudizio logico, o se invece partecipi altresì alla formazione dell'atto di volontà che trasforma il giudizio in sentenza.

Dopo lunga meditazione credo di poter ritenere che il verdetto dei giurati costituisca, *considerato nella sua sostanza anzichè nella sua forma*, una vera e propria sentenza (44): in quanto contiene già, anche prima che in base al verdetto pronunci il presidente, un vero e proprio accertamento giurisdizionale. Quando infatti i giurati nel loro responso affermano che Tizio è colpevole per aver commesso un certo fatto, che, nel modo in cui è stato enunciato nel quesito, esaurisce tutti gli estremi di un determinato reato, vengono con ciò a fare qualcosa di più di un semplice accertamento di fatto, il quale non potrebbe mai, in sè stesso, essere una sentenza (45); vengono, cioè, ad accertare che nel caso concreto si è verificata, per causa del fatto di Tizio, una violazione di un imperativo penale, come potrebbe fare in materia civile una sentenza di mero accertamento che, per esempio, dichiarasse Tizio inadempiente a una determinata obbligazione, lasciando impregiudicata la questione del risarcimento dei danni derivanti dalla inadempienza. La relazione che passa tra il verdetto dei giurati e la sentenza del presidente è dunque molto simile a quella che corre tra una sentenza di mero accertamento e una sentenza di condanna basata sulla medesima; tra una sentenza che dichiara pregiudizialmente la esistenza di un certo rapporto giuridico (colpevolezza) e la sentenza che pronuncia le conseguenze giuridiche (sanzione penale) derivanti da questo rapporto (46).

---

(43) Lanza, *Sistema* cit., I, pag. 305.

(44) Manzini, *Trattato*, II, pag. 498: « esso (il verdetto) costituisce una *decisione giurisdizionale* assolutamente definitiva irrevocabile e per sè stessa inoppugnabile... Il verdetto, pur senza essere una « sentenza » (art. 98 Cod. proc. pen.) contiene in sè virtualmente quell'autorità di cosa giudicata, che si concreterà o si manifesterà poi con la sentenza pronunciata dal presidente ».

(45) Menestrina, op. cit., pag. 97; Chiovenda, *Principii*, pag. 178.

(46) Cfr. Chiovenda, *Principii*, pag. 176 e 1159; Menestrina, op. e loc. cit.

Lo scopo ultimo del giudizio di Assise (come di qualsiasi altro giudizio penale) è quello di stabilire se esista nel caso concreto, e in che misura esista, il diritto di punire vantato dallo Stato attraverso l'organo della pubblica accusa; ma per poter decidere questo, che è il punto di arrivo di tutto il giudizio, bisogna decidere pregiudizialmente se l'imputato sia colpevole di aver contravvenuto a quell'imperativo penale, della cui infrazione la pena si presenta come una sanzione: a risolvere questo punto pregiudiziale sono chiamati i giurati; il verdetto dei quali sta alla sentenza del presidente dell'Assise nello stesso rapporto in cui di fronte alla sentenza civile definitiva sta l'interlocutoria che nello stesso processo accerta con forza di preclusione una questione pregiudiziale (47). Potremo dunque definire il verdetto come l'accertamento incidentale della colpevolezza dell'imputato, che è necessario al presidente per decidere se nel caso concreto la pretesa punitiva dello Stato sia legalmente fondata.

Bisogna per altro guardarci dallo spingere alle estreme conseguenze questa identificazione tra l'interlocutoria civile e il verdetto dei giurati; chè, altrimenti, si rischia, per voler troppo dissociare le due premesse che costituiscono la sentenza dell'Assise, di considerare questa non più come una sentenza complessa sostanzialmente unica, ma addirittura come la successione di due sentenze, formalmente giustapposte, ma in sostanza fornite ciascuna di vita propria. In verità, tra il verdetto dei giurati e la interlocutoria civile passa questa profonda differenza: che mentre la interlocutoria contenente un accertamento incidentale su una questione di merito è in sè stessa, formalmente e sostanzialmente, una sentenza perfetta, pronunciata dall'intero tribunale e capace, se poi per qualsiasi ragione non sia seguita dalla sentenza definitiva, di valere anche fuori del processo come giudicato (48), il verdetto dei giurati, invece, poichè esso non proviene da tutto intero il tribunale, ma solo da un ramo di esso, è destinato a non aver vita fuori del processo se non in quanto sia seguito immediatamente e contestualmente dalla pronuncia del presidente, cioè dalla pronuncia integrativa proveniente dall'altro ramo del tribunale complesso (art. 467 Cod. proc. pen.). Se, per qualsiasi ragione, appena letto il verdetto il presidente non redige la sentenza che del verdetto costituisce il necessario complemento, il verdetto è viziato da nullità assoluta (49); l'efficacia del verdetto è per-

---

(47) Si noti che il CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1155 accosta, non senza ragione, il verdetto dei giurati all'interlocutoria.

(48) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 913 e pag. 1172; CARNELUTTI, *Lezioni*, III, pag. 424-430.

(49) Art. 467 Cod. proc. pen.; cfr. MANZINI, *Trattato*, II, n. 285 bis. 1, ove espressamente include questo articolo tra i casi di nullità assoluta rilevabili di

ciò condizionata alla immediata pronuncia della sentenza: esso non è destinato a entrare, indipendentemente da questa, nel commercio giuridico. Una riprova di questo carattere condizionato del verdetto si ha altresì in quella disposizione dell'art. 466 Cod. proc. pen. che dà al presidente in certi casi il potere discrezionale di invalidare il verdetto e di rinviare il giudizio a nuova sessione. Il verdetto dei giurati, perciò, non avendo le forme di una sentenza (art. 98 Cod. proc. pen.) non può conseguire fuori del processo in cui è stato emanato, l'autorità di cosa giudicata, se non in quanto sia integrato dalla sentenza del presidente (50); esso costituisce soltanto, nell'interno del processo, un caso di preclusione (51). Così la sentenza della Corte d'Assise rappresenta l'esempio più caratteristico di atto giurisdizionale *complesso,* ma *unico;* complesso perchè internamente esso è la somma di due distinte manifestazioni di volontà provenienti da organi giudiziarî diversi; unico, perchè esso non acquista esistenza giuridica all'esterno se non in quanto concorrano a costituirlo ambedue queste manifestazioni di volontà in rapporto di reciproca integrazione.

§ 3. — **Sentenze pronunciate mediante cooperazione di più Tribunali**

10. — Se la sentenza della Corte d'Assise costituisce il tipo più perfetto di atto giurisdizionale complesso, nel senso, in cui la complessità è intesa dagli amministrativisti, di fusione tra due atti di volontà, si può parlare di sentenza complessa anche nel caso (retro, n. 2) in cui

---

ufficio (art. 136 Cod. proc. pen.). Non mi pare che la nullità comminata dall'ultimo capoverso dell'art. 467 si possa considerare come limitata alla sola pronuncia del presidente, fermo restando il verdetto. Se la disposizione dell'art. 467 mira ad assicurare che la pronuncia della pena segua immediatamente il verdetto, la comminatoria di nullità limitata alla sola pronuncia del presidente raggiungerebbe uno scopo perfettamente contrario, perchè, per evitare che tra il verdetto e la pronuncia della pena sia frapposto un intervallo di qualche ora, renderebbe necessaria, dopo dichiarata tale nullità in cassazione, una nuova pronuncia di pena in sede di rinvio a distanza di qualche mese o magari di qualche anno dal verdetto rimasto invariato!

(50) Cfr. MANZINI, *Trattato,* II, n. 460.

(51) CHIOVENDA, *Principii,* pag. 1155 in fine. La disposizione dell'art. 528 Cod. proc. pen. per cui in certi casi la Corte di Cassazione annulla la sentenza del presidente ma non il verdetto, in base al quale deve esser pronunciata la nuova sentenza in sede di rinvio, non dimostra che il verdetto possa avere una esistenza giuridica autonoma fuori del processo: ma è soltanto una applicazione del principio per cui nel giudizio di rinvio restano ferme le preclusioni già formatesi nel giudizio di merito sui punti non colpiti da cassazione: cfr. CHIOVENDA, *Principii,* pag. 1065, nota 1.

l'atto giurisdizionale resulti, anzichè dalla somma di due volizioni, dalla somma di un giudizio logico fornito da un soggetto con una volizione fornita da un altro soggetto: il che può verificarsi quando la repartizione del potere di decisione ha luogo, anzichè fra diversi organi di uno stesso tribunale complesso, tra tribunali diversi.

Sembrerebbe a prima vista che a una vera e propria cooperazione di autorità giudiziarie diverse alla decisione di una stessa controversia (52) possa dar luogo l'esperimento dei mezzi di impugnativa, in forza dei quali la stessa lite viene successivamente presa in esame da giudici di grado diverso o dallo stesso giudice in diverse fasi del processo. Ma in realtà, quando si esamini più da vicino il contenuto dei giudizî di impugnativa, si vede facilmente che questa successione di riesami sulla stessa lite può dar luogo ad una serie di sentenze diverse, ciascuna delle quali si sostituisce alla precedente, ma non a una collaborazione di giudici diversi alla formazione della stessa sentenza. E' noto che quando il mezzo con cui si impugna una sentenza ha il carattere di un « mezzo di gravame » come sarebbe l'appello (53), la sentenza del secondo giudice, anche se esteriormente appare come la *conferma* della prima sentenza, è in realtà una sentenza nuova che prende il posto della prima, caduta nel nulla per la mancanza della condizione sospensiva negativa, sotto la quale era stata pronunciata(54). Quando poi contro una sentenza si esperimenta una azione di impugnativa per un vizio determinato, la pronuncia del secondo giudice si presenta sempre come un giudizio sulla validità della precedente sentenza (*judicium rescindens*), seguito eventualmente da una nuova decisione sul merito (*judicium rescissorium*), la quale viene pronunciata *ex integro*, dopo che è stata tolta di mezzo la precedente. Ed anche quando, come nel caso dell'art. 493 Cod. proc. civ., il giudice di seconda istanza non risolve definitivamente la questione di merito, ma, dopo aver deciso una questione incidentale di natura processuale, rinvia ai primi giudici per la decisione del merito, non si può dire che vi sia tra il giudice della impugnativa ed il giudice di primo grado un vero e proprio concorso alla formazione della stessa decisione, perchè il giudice di appello si è limitato a decidere una questione processuale, separata da quella di meri-

---

(52) Cooperazione di autorità giudiziarie diverse a *uno stesso processo*, in momenti anteriori a quello della decisione, si può avere in varî casi: si pensi per esempio al caso delle prove raccolte per rogatoria (art. 208 Cod. proc. civ.). Ma qui ci interessa soltanto la cooperazione di giudici diversi nella fase decisoria.

(53) Sulla differenza tra mezzo di gravame e azione di impugnativa, cfr. la mia *Cassazione*, II, tutto il cap. VII e specialmente il n. 89; e nel I° Volume degli *Studî*, pag. 192 e seguente.

(54) Cfr. sulla natura della sentenza soggetta a gravame ivi [*Cassazione*, II], n. 88.

to, che nella continuazione del processo dovrà essere decisa dal giudice di primo grado. Qui si ha la pluralità di sentenze semplici, non sentenza complessa (cfr. retro, n. 3).

Tuttavia il sistema dei mezzi di impugnativa offre un esempio tipico di questo concorso di tribunali diversi alla formazione di una unica sentenza complessa in un solo caso: quello che si verifica nel giudizio di rinvio che segue a una seconda cassazione « per gli stessi motivi » (art. 547 cpv. Cod. proc. civ.: cfr. art. 532 Cod. proc. pen.).

11. — Intorno a questa singolare disposizione — comune a tutte le legislazioni che hanno più o meno larvatamente imitato il sistema francese della Cassazione (55) — esiste un'ampia letteratura, che sarebbe ozioso riassumere (56). Basti qui ricordare che le Sezioni unite, quando annullano « per gli stessi motivi » una sentenza di rinvio e rimandano la decisione del merito a un secondo giudice di rinvio, non si pronunciano sulla questione di merito, ma soltanto sulla speciale azione di impugnativa fatta valere in cassazione dal ricorrente, mantenendo il riesame del giudizio di merito entro i limiti in cui ciò può servire ad accertare la fondatezza dell'azione di impugnativa (57). Il sillogismo che le Sezioni unite compiono per pronunciare l'annullamento della sentenza denunciata per vizio di *error juris in judicando* si può schematicamente riassumere così: « *premessa maggiore*: l'art. 517 n. 3 del Cod. proc. civ. stabilisce che le sentenze viziate da violazione o falsa applicazione di legge siano cassate; *premessa minore*: la sentenza denunciata è viziata da violazione di legge per i seguenti motivi...; *conclusione*: dunque deve essere annullata ».

Di solito, leggendo una sentenza della Corte di Cassazione, la suddetta premessa maggiore non vi si trova espressa, ma vi è indubbiamente sottintesa; mentre la più gran parte della motivazione è destinata a dimostrare le ragioni giuridiche su cui si basa la premessa minore. Ora la singolarità del fenomeno è proprio questa: che nel secondo giudizio di rinvio, nel quale, accolta ormai la impugnativa, si rimette in discussione la questione di merito, il giudice è obbligato a porre come premessa maggiore del suo sillogismo quella opinione giuridica che le Sezioni unite hanno enunciata per giustificare nella motivazione la pre-

---

(55) Cfr. per la storia di questa disposizione e per le legislazioni straniere, la mia *Cassazione*, I, nn. 186-188; II, n. 109 e specialmente nota 2 a pag. 308 e note 1 e 2 a pag. 312.

(56) *Cassazione*, II, nn. 109-111; agli scritti citati ivi, nelle note, si deve aggiungere ora SCHULTZENSTEIN, *Die Bindung an das Revisionsurteil*, nella *Riv. per il pr. civ. tedesco*, XLVIII, pag. 63 e segg.; STEIN, *Die Bindung des Tatrichters nach* § 565 *Abs.* 2 *C. P. O.*, nella *Jur. Wochenschrift* 1922, pag. 1489.

(57) *Cassazione*, II, pag. 306.

messa minore del sillogismo surriportato; le Sezioni unite, in altre parole, per giustificare l'annullamento della sentenza denunciata per falsa interpretazione di legge, devono enunciare quale è la retta interpretazione da darsi alla legge: e questa enunciazione, che nella sentenza delle Sezioni unite serve di base alla premessa minore del sillogismo, diventa obbligatoriamente, nel giudizio di rinvio, la premessa maggiore del sillogismo concernente la questione di merito.

La sentenza del giudice di rinvio sulla questione di merito contiene dunque e obbligatoriamente utilizza un elemento logico costruito fuori del processo da un altro giudice. Ma sarebbe inesatto anche qui, come già dissi per la sentenza dell'Assise (retro, n. 8), imperniare la repartizione di lavoro, derivante da questo concorso di due giudici alla stessa sentenza, sulla netta contrapposizione tra questione di diritto e questione di fatto: poichè, se è vero che il giudice di rinvio è sempre libero, anche nel caso regolato dal capoverso dell'art. 547, di riesaminare la verità dei fatti supposti veri dalle Sezioni unite e di disapplicare così il principio giuridico da esse proclamato (58), è vero altresì che molte volte, secondo la diversa estensione e la diversa natura del « punto di diritto » su cui le Sezioni unite hanno basato la loro sentenza di annullamento (59), al giudice di rinvio può rimanere la più ampia libertà di decisione su quella parte della questione di diritto su cui la sentenza della Cassazione non si è pronunciata. Neppure sarebbe esatto determinare i confini di attività tra questi due organi col dire che alle Sezioni unite spetta risolvere la questione di diritto astratta, e al giudice di rinvio la questione di diritto concreta, cioè l'applicabilità del principio di diritto fissato dalla Cassazione ai fatti della causa: in realtà vi possono essere dei casi in cui la sentenza delle Sezioni unite contiene già la sussunzione dei fatti ritenuti veri sotto il principio giuridico da essa proclamato, sicchè in questo caso il giudice di rinvio si trova vincolato anche nel giudizio giuridico concreto, cioè nel giudizio sulla qualifica giuridica del rapporto controverso (60). Resulta da tutto questo che quando, per riassumere in una regola questa repartizione di uffici stabilita dall'art. 547, si dice che alle Sezioni unite spetta la formulazione della premessa maggiore ed al giudice di rinvio quella della premessa minore e della conclusione sulla questione di merito, si adopra una formula approssimativa, la quale in alcuni casi, secondo la diversa estensione che le Sezioni unite hanno dato alla risoluzione del « punto di diritto », può riuscire inesatta.

---

(58) *Cassazione*, II, pag. 323 nota 1.

(59) Per maggiori dettagli, ivi, n. 111.

(60) Cfr. *Cassazione*, II, n. 111, b. *Adde*: SCHULTZENSTEIN, scritto cit., pag. 86; STEIN, scritto cit., *passim*.

12. — In ogni modo, qualunque sia il criterio da adottare per stabilire una precisa linea di separazione fra le attività dei due organi cooperanti, certo è che qui ci troviamo di fronte al caratteristico fenomeno di una sentenza unica resultante dalla cooperazione di due tribunali diversi, e cioè di fronte ad una sentenza soggettivamente complessa (61). Si noti però che qui la complessità si presenta in un modo un po' diverso da quello che abbiamo analizzato nella sentenza della Corte d'Assise: in questa, infatti, abbiamo creduto di vedere la somma di due concrete volizioni, una relativa alla colpevolezza, l'altra relativa alla responsabilità giuridica dell'imputato; ma nel caso regolato dall'art. 547 Cod. proc. civ. quel frammento di decisione che le Sezioni unite preparano ed impongono al giudice di rinvio non può in alcun modo esser qualificato come un atto giurisdizionale sostanzialmente completo, cioè come una conclusione concreta trasformata in sentenza da un atto di volontà. L'atto giurisdizionale può inserirsi soltanto sulla conclusione di un sillogismo, non sulla enunciazione di una parte più o meno ampia delle premesse del medesimo. Versano per ciò in errore tutti coloro i quali hanno considerato la decisione « sul punto di diritto » delle Sezioni unite come una interlocutoria sul merito: mentre è chiaro che, dovendo avere anche la interlocutoria la struttura logica di un sillogismo completo faciente capo ad una conclusione concreta, non si può parlare di interlocutoria là dove si ha soltanto una enunciazione di princìpî giuridici (62); come in errore anche più grave versano coloro (e tra questi si trova anche... il legislatore italiano che nell'art. 532 del Cod. proc. pen. attribuisce alla sentenza delle Sezioni unite « autorità di giudicato irrevocabile sul punto di diritto deciso »!) che considerano l'efficacia vincolante della sentenza delle Sezioni unite come un caso di cosa giudicata, mentre è noto che l'autorità di cosa giudicata non può essere acquistata dalle premesse, ma solo dalla conclusione del sillogismo (63). L'unica spiegazione logica e corretta di questa efficacia vincolante è quella di chi vede in essa un caso di preclusione nella preparazione delle premesse logiche della sentenza di merito (64); mentre l'atto di volontà che pone fine al giudizio compete per intero al giudice di rinvio, l'attività logica che ne prepara i motivi è ripartita tra

---

(61) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 398; VIERHAUS, nella *Rivista per il proc. civ. tedesco*, VI, pag. 229.

(62) Cfr. la mia *Cassazione*, II, pag. 319 nota 1.

(63) Cfr. per questa e per le altre costruzioni suggerite dagli autori per spiegare l'efficacia vincolante della sentenza delle Sezioni unite, la mia *Cassazione*, II, n. 100. Esclude che qui si possa parlare di cosa giudicata anche SCHULTZENSTEIN, scritto cit., pag. 75.

(64) Cfr. la mia *Cassazione*, II, n. 110 *e*), pag. 318 e autori ivi citati.

il giudice di rinvio e le Sezioni unite, e il lavoro compiuto da queste resta acquisito al giudizio di merito, nel quale il giudice di rinvio riprende e prosegue il ragionamento dal punto in cui le Sezioni unite lo hanno lasciato: qui dunque la complessità della sentenza attiene al giudizio, non alla volontà.

La figura di sentenza finora analizzata richiama, meglio di qualsiasi altra figura di sentenza complessa del diritto moderno, quella caratteristica repartizione di attività giurisdizionale tra *praetor* e *judex* nelle due fasi *in jure* e *in judicio*, che era propria del processo romano dell'*ordo judiciorum privatorum*. Questi riaccostamenti storici, quantunque assai seducenti, devono essere fatti sempre colle più ampie riserve: ma è certo che, quando si tenga conto della funzione quasi legislativa che aveva la *formula* del *praetor*, e si ricordi altresì che in molti casi questa formula aveva una estensione ed una finalità ben diversa da quella della enunciazione ipotetica di un principio di diritto (65), certo è che in alcuni tipi di formule più noti scolasticamente si ravvisa una struttura in certo senso molto simile a quella della decisione « del punto di diritto » fatta dalle Sezioni unite: sicchè la *sententia* apparisce come l'applicazione fatta al caso concreto dal *judex* di un principio di diritto stabilito in ipotesi dal *praetor*, il quale perciò appare come il formulatore della premessa maggiore del sillogismo (66).

13. — A casi interessanti, che presentano certi aspetti di somiglianza con quel tipo di complessità che abbiamo studiato in questo § 3, dà luogo quel procedimento col quale si può chiedere allo stesso giudice *a quo* la *correzione* degli errori materiali che siano intervenuti nel tenore della sua decisione (art. 473 Cod. proc. civ.; art. 271 Reg. gen. giud.). Il procedimento per correzione, come è noto (67) non mira a far modificare o invalidare la sentenza, nè può quindi essere annoverato fra i mezzi di impugnativa: mira anzi a mettere in evidenza nella sua vera intenzione la volontà del giudice, nei casi in cui essa non abbia trovato nel tenore della sentenza esatta e completa espressione. Dopo la correzione, perciò, la portata del giudicato non può desumersi soltanto dal tenore della primitiva sentenza viziata da errore materiale; ma deve desumersi dal tenore della sentenza primitiva integrato dalle annotazioni a margine effettuate in seguito al provvedimento (decreto o sentenza) che ordina la correzione (art. 473). Qui dunque il giudicato

---

(65) Sulla repartizione di funzioni tra *jus* e *judicium*, alla quale erroneamente si è fatta corrispondere quella tra *quaestio juris* e *quaestio facti*, cfr. riassunto lo stato della dottrina nella mia *Cassazione*, I, n. 13 e note.

(66) Cfr. CARNELUTTI, *Lezioni*, III, n. 171.

(67) Cfr. la mia *Cassazione*, II, n. 91 b.

appare esteriormente come la fusione di due provvedimenti: la sentenza originaria, e il provvedimento di correzione, i quali di regola, pur essendo provvedimenti separati, provengono dallo stesso giudice; ma possono anche, quando la domanda di correzione sia presentata al giudice *ad quem*, insieme coll'appello, provenire da due giudici diversi (68). Tuttavia non si può dire che qui si abbia complessità di sentenza nel senso che il provvedimento di correzione modifichi o integri il contenuto, logico o volitivo, della sentenza corretta: qui l'atto giurisdizionale, nel suo elemento logico e nel suo elemento volitivo, è contenuto tutto intero nella primitiva sentenza, e il provvedimento di correzione, senza nulla aggiungere di sostanziale, mira soltanto a dare maggiore evidenza formale agli stessi elementi logici e volitivi che erano finora imperfettamente espressi.

A una vera e propria sentenza complessa, nel senso di concorso di elementi logici e volitivi apportati da provvedimenti diversi, possono invece dar luogo quegli istituti processuali, ammessi da qualche legislazione straniera, che mirano a provocare da parte del giudice, il quale abbia ragionato e conseguentemente voluto in modo oscuro e incompleto, una dichiarazione sul significato della sentenza e una integrazione di questa sui punti restati indecisi (69). Qui, evidentemente, il ragionamento e l'atto di volontà da cui ha origine il giudicato non è contenuto per intero nella prima sentenza, ma è ripartito tra due diverse pronuncie: onde il giudizio e la conseguente volizione da cui deriva il giudicato si può considerare come la somma di due diversi provvedimenti, ognuno dei quali apporta una porzione di elementi costitutivi al contenuto dell'atto giurisdizionale sostanzialmente unico. Nel nostro diritto questo procedimento di *interpretazione* e di *integrazione* di una sentenza oscura o incompleta non è esplicitamente regolato dalla legge; ma nella pratica esso è di frequente adoprato in sede di cassazione, quando, contro una sentenza la cui motivazione è oscura o erronea, si ricorre non per farla annullare, ma unicamente per ottenere che la Corte suprema, pur respingendo il ricorso, chiarisca o corregga la motivazione *in iure* della sentenza denunciata (70). E' noto che il semplice errore di diritto contenuto nella motivazione di una sentenza non basta a farla cassare, se non ha il carattere di *error causalis*: se, cioè,

---

(68) Cfr. *Cassazione* cit., II, pag. 213, nota 5.

(69) Cfr. *Cassazione* cit., II, pag. 214, nota 3 con dati di legislazione comparata.

(70) Cfr. per ultimo Cass. Roma, 28 nov. 1923, in *La Corte di Cassazione* 1924, I, 83: « non è interdetto ricorrere in cassazione per ottenere che al motivo erroneo della decisione, ritenuta esatta, sia sostituito il motivo vero e meglio rispondente alla decisione adottata ».

la sentenza impugnata può esser tenuta ferma per altri motivi (71). Ma la Corte di Cassazione per pratica costante (cfr. art. 531 Cod. proc. pen.) può correggere *in iure* la sentenza denunciata, sostituendo ai motivi erronei quelli giusti, e lasciando invariato il dispositivo della medesima: in tal caso il definitivo giudicato non è più costituito solamente dalla sentenza di merito, ma dal dispositivo di questa integrato e chiarito dalla nuova motivazione contenuta nella decisione di rigetto della Suprema Corte.

Il § 561 dell'Ordinamento proc. civ. germanico offre un esempio che ha qualche analogia con questo, in quanto stabilisce che quando il giudice di revisione decida definitivamente sul merito, fanno stato per lui i fatti accertati dal giudice di appello; in modo che la sentenza definitiva ha qui natura complessa, essendo la somma di un giudizio sulla *quaestio facti* compiuto dal giudice di appello e di un giudizio sulla *quaestio iuris* compiuto dal giudice di revisione, al quale anche spetta trarre da queste premesse la conclusione definitiva. Qualcosa di simile avviene anche nel caso, pocanzi esaminato, del ricorso in cassazione per correzione dei motivi: qui la conclusione del sillogismo è opera del giudice di appello, non del giudice di cassazione; ma il giudice di cassazione, pur lasciando invariata questa conclusione e la risoluzione della *quaestio facti*, apporta al giudicato una nuova risoluzione, totale o parziale, della *quaestio iuris*.

§ 4. — Cooperazione di privati alla formazione delle premesse logiche della sentenza.

14. — Abbiamo parlato finora di sentenze resultanti dalla collaborazione di più organi dello stesso tribunale complesso o da quella dei tribunali. Ma vi ha una quantità di altri casi in cui alla formazione di una sentenza, la quale ufficialmente appare come il prodotto di un solo giudice, vengono forniti elementi logici, di cui il giudice si vale in misura più o meno ampia secondo le varie configurazioni che questo fenomeno può assumere, da soggetti che non sono organi giurisdizionali dello Stato (72). Dovremo far rientrare anche questa svariata serie di casi nel concetto di sentenza complessa?

Se dovessimo rispondere di sì, verremmo in sostanza ad ammettere che tutte le sentenze siano per un verso o per un altro di natura complessa; giacchè non vi è, si può dire, sentenza, alla formazione del-

---

(71) Cfr. *Cassazione* cit., II, n. 74; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1026.

(72) Cfr. MENESTRINA, *La pregiudiciale* cit., pag. 83 e seguenti.

la quale qualche elemento, direttamente o indirettamente, non sia stato fornito al giudice da soggetti, che, pur senza perdere la loro qualità di privati e senza diventare con ciò titolari di un pubblico ufficio, sono però di fatto collaboratori, talora necessarî, del giudice.

Si consideri innanzi tutto che, in forza del principio dispositivo, l'attività del giudice si trova ad essere indirizzata, durante tutto il corso del processo ed anche durante la formazione logica della sentenza, dall'attività delle parti: anche senza risalire all'interessante esempio del processo germanico primitivo, in cui sfuggiva interamente al giudice la formulazione della premessa minore, affidata alle parti (73), certo è che anche nel processo civile moderno il giudice non solo si trova prigioniero entro le barriere innalzate dalle parti nelle loro deduzioni, non solo mantiene le sue indagini istruttorie nel circonscritto campo visivo dei fatti allegati dai litiganti, ma utilizza altresì le argomentazioni giuridiche che i patrocinatori delle parti gli offrono nelle loro scritture e nelle loro discussioni orali. In sostanza le comparse conclusionali non sono, per il giudice, altro che abbozzi di sentenze già pronti per assumere veste ufficiale: e molte volte il lavoro del giudice deliberante si riduce (e qui si manifesta specialmente l'efficacia, troppo spesso disconosciuta dagli stessi giudici, della collaborazione che gli avvocati danno all'amministrazione della giustizia) a scegliere fra proposte di sentenza già preparate dai due patrocinatori avversarî. Ma questa cooperazione di privati alla preparazione di elementi logici della sentenza non si ferma alle parti ed ai loro patroni: in quella serie di sillogismi strumentali, attraverso ai quali il giudice perviene a formulare il dispositivo, è facile scorgere, per chi voglia rintracciare la sorgente dei varî elementi ond'essi si compongono, una quantità di materiali eterogenei provenienti da soggetti che non possono in alcun modo considerarsi come organi giurisdizionali, giudizî di fatto forniti da testimoni, o tratti da scritture private o da documenti redatti da ufficiali autorizzati a far pubblica fede, massime di esperienza elaborate da periti tecnici, argomentazioni giuridiche prese di peso dalle memorie degli avvocati o da pareri di giuristi insigni o da trattati scientifici o da precedenti giurisprudenziali: a chi volesse rifare in senso inverso il cammino attraverso il quale si sono formate nella mente del giudice le premesse della sentenza, questa apparirebbe, se mi è lecita l'immagine, come un paziente lavoro di intarsio sul quale il giudice si è limitato a stendere la vernice della ufficialità.

Ma in tutti questi casi sarebbe inesatto parlare di sentenza complessa. Invero, sebbene qualcuno abbia voluto qualificare come orga-

---

(73) Cfr. la mia *Cassazione*, I, n. 41.

ni dello Stato tutti i privati (testimoni, periti) che collaborano col giudice nel giudizio, e perfino gli stessi litiganti (74), mi sembra tuttavia certo che qui la espressione di organo non è stata usata nel senso proprio di titolare di un pubblico ufficio investito di una propria sfera di pubbliche attribuzioni. Gli elementi logici che questi privati forniscono al giudice non mi pare che si possano considerare come manifestazioni di volontà dello Stato, e neppure come prodotti di una attività meramente intellettiva di un organo statuale: tanto più che, anche nei casi in cui la sentenza del giudice utilizza, nelle svariate forme suddette, porzioni di giudizio costruite da estranei, questi materiali eterogenei vengono assimilati e fatti proprî dal giudice, il quale esercita sui medesimi una sottile opera di critica e di selezione, ragionando sui medesimi in prima persona. Proprio è dunque del giudice, dal punto di vista giuridico, non solo l'atto di volontà, ma anche il ragionamento che lo giustifica; unico è l'organo, ed a lui solo ufficialmente risale l'atto giurisdizionale, non solo nella sua volizione finale ma altresì nelle sue premesse logiche: le quali sono ammesse dal giudice a formare altrettanti anelli della catena sillogistica che lo guida fino alla meta, non già perchè gli siano imposte come resultati obbligatorî di un'attività sottratta per legge alla sua competenza, ma perchè egli le ripensa e le adotta come sue attraverso la libera valutazione da lui compiuta.

15. — Senonchè si presentano numerosi casi in cui il giudice, quando assorbe nelle premesse logiche della sua sentenza elementi che gli vengono forniti dal di fuori, fa questo non perchè vi sia indotto da libera determinazione critica, ma perchè la legge gli impone di accettarli ad occhi chiusi, come altrettanti passaggi obbligati del suo cammino logico.

Questo obbligo di utilizzare nella sentenza alcuni elementi logici elaborati da estranei, il quale costituisce insieme un divieto fatto al giudice di spingere la propria indagine critica nei campi riservati a questa attività estranea, si presenta con diversa ampiezza secondo le diverse situazioni processuali, che possiamo accennare qui in ordine di graduatoria crescente.

Il caso più semplice di questo fenomeno si ha nelle varie sopravvivenze, che sussistono ancora nel nostro processo, del sistema della prova legale: quando la legge dispone che la dichiarazione proveniente da una parte della verità di un fatto ad essa sfavorevole fa piena prova, o quando attribuisce efficacia decisoria al giuramento — o quan-

---

(74) CARNELUTTI, *Arbitrato estero* cit., pag. 11 dell'estratto; contro ZANOBINI, op. cit., pag. 345 nota 1 e n. 30.

do nel processo del diritto comune imponeva al giudice di credere alle affermazioni concordi di un determinato numero di testimoni —, viene con questo a ridurre il campo entro il quale può spaziare il giudice e a dargli come *collaboratori necessari* della costruzione logica della sua sentenza la parte da cui proviene la confessione o il giuramento, o i testimoni da cui proviene la concorde affermazione di verità. Questo fenomeno di collaborazione necessaria, che qui è limitato a piccoli frammenti di qualche premessa logica isolata, va allargandosi in quei casi in cui il giudice è obbligato ad accettare senza critica da privati non già una sola premessa, ma un intero sillogismo o addirittura un gruppo di sillogismi sufficienti ad esaurire una delle questioni del giudizio. Questo avviene, ad esempio, in quei casi, in cui il giudice è tenuto per legge a rimettersi, per la soluzione di alcune questioni, al parere di un perito o di un collegio di periti. E' stato osservato giustamente che il perito, il quale non si limita a fornire al giudice massime di esperienza astratte, ma gliele fornisce di solito già applicate al fatto concreto che occorre valutare (75), rappresenta il primo passo verso la trasformazione del giudice giurista in giudice tecnico (76). Ed anche nel nostro diritto sono chiaramente segnate le tappe di questa graduale trasformazione del perito, privato ausiliare del giudice, in giudice tecnico organo dello Stato: partendo dal caso normale della perizia, la quale può essere ammessa o no secondo il criterio del giudice, e, una volta ammessa ed eseguita, « non vincola l'autorità giudiziaria » (art. 270 Cod. proc. civ.), ma resta subordinata al suo libero apprezzamento, si passa a casi in cui il giudice è obbligato ad ammettere la perizia, pur senza perdere con ciò la sua libertà di apprezzarne i resultati (l. 30 ottobre 1859, n. 3731, sulle privative industriali, articolo 62) (77); e si arriva finalmente ad altri casi, posti sull'estrema soglia al di là della quale il perito diventerebbe giudice, in cui la valutazione contabile di un valore controverso è sottratta per legge all'autorità giudiziaria e rimessa a un collegio di periti, il cui responso vincola il giudice, che è tenuto ad incorporarlo senza variazioni nella sentenza (l. 20 maggio 1897, n. 217, sulla tassa di registro, art. 24 e segg.) (78).

---

(75) Cfr. Stein, *Das private Wissen des Richters*, pag. 56; Menestrina, *La pregiudiciale* cit., pag. 83; Carnelutti, *Lezioni*, III, n. 174.

(76) Cfr. oltre Carnelutti, citato nella nota precedente, Chiovenda, *Principii*, pag. 1308.

(77) Chiovenda, *Principii*, pag. 1309; Carnelutti, *Lezioni*, III, pag. 61.

(78) Chiovenda, *Principii*, pag. 113. Altre volte, però, queste perizie obbligatorie preparano il contenuto, anzichè di un atto giurisdizionale, di un atto amministrativo: cfr. l. 25 giugno 1865, n. 2359 sulle esp. per pubb. utilità, art. 47 e segg.; l. 20 giugno 1909, n. 364 sulle antichità e belle arti, art. 9-10; l. 22 giugno 1913,

E finalmente, giungendo al sommo di questa graduatoria, vediamo numerosi esempî in cui la collaborazione obbligatoria di privati si amplia fino al punto di togliere al giudice ogni diretta ingerenza nella formazione logica della sentenza: non più una premessa isolata il giudice è tenuto ad accettare da un estraneo, non più un solo sillogismo dei molti attraverso i quali la sentenza si forma, ma addirittura tutto quanto il ragionamento che sta a base dell'atto giurisdizionale; sicchè, di fronte a un'argomentazione logica interamente proveniente da una persona diversa dal giudice, questi deve limitarsi a dare carattere di comando ufficiale, ossia di atto giurisdizionale, ad una conclusione di cui egli non ha costruito le premesse. In questa categoria si può far rientrare il caso della sentenza emanata in base a rinuncia da parte dell'attore o a riconoscimento da parte del convenuto: qui il giudice si limita a imporre il suggello dello Stato a una conclusione già anteriormente staccata, per opera delle stesse parti litiganti, dalle proprie premesse (79). Un caso analogo si può vedere nel procedimento monitorio puro, in cui il giudice, quando emana la ingiunzione, non fa altro che attribuire condizionalmente (nella ipotesi, cioè, che il debitore non faccia tempestiva opposizione) carattere di sentenza a una conclusione le cui premesse sono interamente opera del ricorrente (80). Ma l'esempio più noto di questo fenomeno è certamente quello dell'arbitrato, in forza del quale l'autorità giudiziaria si limita a dar forza di sentenza, mediante il decreto previsto dall'art. 24 del Cod. proc. civ., a un giudizio logico compiuto per intero dagli arbitri (81): caso al quale è stato più volte, e con ragione, assimilato quello del giudizio di delibazione, in cui l'autorità giudiziaria si limita di regola a dare efficacia di sentenza italiana alla decisione pronunciata da un giudice straniero.

Tutti gli esempi che abbiamo esaminati finora, quantunque differiscano profondamente l'uno dall'altro per la diversa *quantità* in cui per ciascuno di essi si produce questa obbligatoria sostituzione dell'attività privata all'attività del giudice, sono tuttavia espressioni di un fenomeno *qualitativamente* identico. La disposizione per la quale il giudice è

---

n. 702, art. 10; ecc. Un caso di arbitrato, e non di semplice perizia obbligatoria, è quello regolato dall'art. 115 del regolamento 13 marzo 1904, n. 141 per la esecuzione della legge sugli infortunî.

(79) WACH, *Vorträge*, 2ª ed., pag. 160; MENESTRINA, *La pregiudiciale* cit., pag. 85.

(80) Cfr. il mio scritto *Sulla struttura del procedimento monitorio nel dir. italiano*, n. 19 (nel volume *Il proc. mon. nella legislazione italiana*, Milano 1926, pag. 19).

(81) Cfr. oltre gli autori che saranno citati nelle note seguenti, MENESTRINA, *La pregiudiciale* cit., pag. 83; CHIOVENDA, *Principii*, da pag. 108 a pag. 111, in nota.

obbligato, di fronte a un lodo regolare, ad accettare ad occhi chiusi la conclusione proveniente dagli arbitri e ad omologarla, e quella per la quale il giudice non ha potere di sottrarsi alla forza probatoria della confessione, sono, in fondo, quantunque si trovino ai due estremi opposti della graduatoria ora percorsa, molto più affini di quello che a prima vista potrebbe apparire: nell'un caso e nell'altro, infatti, queste inclusioni obbligatorie di elementi eterogenei nel lavoro mentale del giudice si limitano esclusivamente al campo della sua attività logica, ma non invadono neppure parzialmente il campo riservato alla sua attività volitiva. Può la confessione parzialmente o l'arbitrato totalmente scacciare il giudice da quella parte del suo dominio in cui normalmente egli ragiona; ma non possono nè la confessione nè l'arbitrato varcare i limiti entro i quali il giudice sovranamente comanda.

In conclusione, se si ritiene sistematicamente corretto il ravvicinamento tentato fra i vari casi esaminati in questo n. 15, ci appare monca e unilaterale l'indagine di chi ha creduto di poter studiare isolatamente il problema della natura del lodo arbitrale in relazione al decreto di esecutorietà, come se questo problema non fosse uno degli aspetti concreti del problema più generale attinente alla sistemazione di tutti i casi surricordati; nei quali il giudice ci appare tenuto per legge ad accettare in misura più o meno ampia i risultati logici di ragionamenti compiuti da privati e ad ammetterli senza critica nella sua sentenza.

16. — Sarebbe troppo lungo passare in rassegna, in relazione alla dottrina dell'atto complesso, tutti gli esempî di collaborazione necessaria tra giudice e privati, di cui si è parlato nel numero precedente. Mi limiterò a fare qualche osservazione sul caso, che è quello trattato di preferenza dagli autori, della collaborazione tra arbitri e pretore, avvertendo però che le conclusioni alle quali perverrò per esso, potranno estendersi, *mutatis mutandis*, a tutti gli altri casi surricordati, che, a mio avviso, sono manifestazioni di un fenomeno qualitativamente identico.

Non sembra inutile ricordare che è stato proprio lo studio dei rapporti che passano tra gli arbitri che pronunciano il lodo e l'autorità giudiziaria che lo rende esecutorio, l'occasione che ha invogliato il Carnelutti (82) ad utilizzare anche nel campo giurisdizionale la nozione

---

(82) *Arbitrato estero* cit., pag. 15 dell'estratto; cfr. anche *Lezioni*, III, n. 171; e lo scritto *L'eccesso di potere*, in *Rivista dir. proc.*, I, pag. 37. Un accenno a tale concetto trovasi già, ma al solo scopo di confutarlo, in Fedozzi, *L'arbitrato nel dir. proc. civ. internazionale* (Palermo 1908), pag. 44.

di atto complesso, servendosi di essa per definire il lodo reso esecutorio dal pretore come *un atto complesso ineguale;* mentre lo ZANOBINI (83) tornando dopo di lui sull'argomento, ha sostenuto, sulle traccie del FEDOZZI (84), che qui non di una sentenza complessa si potesse parlare, ma, caso mai, di una sentenza seguita da un atto di approvazione.

Rientrare qui a discutere a fondo la natura dell'arbitrato, già tanto discussa da autorevoli studiosi, sarebbe contrario alla economia del presente lavoro; mi limiterò soltanto, con una rapidità che, se non fosse voluta e confessata, potrebbe sembrare superficialità, ad accennar le ragioni per le quali non credo accettabile nè l'opinione del CARNELUTTI, nè quella dello ZANOBINI, cioè dei due autori che per ultimi hanno trattato questo così interessante argomento.

L'opinione dello ZANOBINI, che vede nel lodo degli arbitri una vera e propria sentenza, parte dal concepire la giurisdizione, secondo un avviso che io non condivido (retro, n. 2), come una attività prettamente intellettiva, che consisterebbe unicamente in un puro sillogizzare, con assoluta esclusione di qualsiasi intervento della volontà (85). Chi, partendo da questa nozione, esamini la repartizione di attività tra gli arbitri che pronunciano il lodo e il pretore che ne decreta la esecutorietà, si accorge che la funzione intellettiva, in che, secondo lo ZANOBINI, si concreta il potere giurisdizionale, si concentra tutta negli arbitri e interamente manca al pretore; sicchè qui non si potrebbe parlare di sentenza complessa, perchè l'atto giurisdizionale è uno solo, cioè il lodo degli arbitri, ma unicamente di un visto di esecutorietà di natura amministrativa, che si aggiunge a una sentenza semplice già in sè giurisdizionalmente perfetta. Ora, siccome la giurisdizione, come attributo proprio della sovranità è funzione essenzialmente statuale, ne consegue che gli arbitri, in quanto esercitano vera giurisdizione, sono investiti di una funzione pubblica; talchè l'arbitrato deve considerarsi come un caso di assunzione di una funzione pubblica da parte di privati.

Questo ragionamento non farebbe una grinza, se potesse accettarsene la premessa. Ma poichè, come già si è avvertito, io ritengo invece che il potere caratteristico del giudice pubblico non sia quello di compiere sillogismi su ciò che è diritto, ma quello di proclamare ciò che in avvenire deve valere incontrovertibilmente come diritto nel caso singolo, nella collaborazione tra arbitri e pretore vedo carattere giurisdizionale solo nell'attività del pretore, che appunto dà forza obbligatoria di *lex specialis* alla conclusione di un sillogismo (non importa se compiuto

---

(83) Op. cit., pagg. 349-350.
(84) *L'arbitrato* cit., pag. 44 e segg.
(85) Op. cit., pag. 348.

da altri), non già nell'attività degli arbitri, che compiono un sillogismo, senza potere da soli dare alla conclusione del medesimo altra efficacia di quella derivante dalla maggiore o minore forza di persuasione inerente alle ragioni logiche che lo giustificano. Gli arbitri non sono quindi, a mio modo di vedere, investiti di una pubblica funzione, per il semplice motivo che il puro ragionare su ciò che è diritto, senza potestà di comandare in conformità del ragionamento, *non è giurisdizione*. Correttamente insegna lo ZANOBINI che « qualunque funzione resta qualificata non dalla posizione del soggetto che la esercita, ma dalla natura del fine che le è proprio »; ma si può ritenere che l'attività logica volta a determinare mediante sillogismi qual'è nel caso concreto la volontà della legge, sia in ogni caso rivolta al proseguimento di un pubblico fine? Pubblico fine è, nella funzione giurisdizionale, quello di rendere incontrovertibile nell'avvenire, mediante una pronuncia autoritativa, ciò che deve valere come concreta volontà di legge nel rapporto controverso: talchè se il nostro ordinamento processuale riconoscesse al lodo degli arbitri la virtù di passare in giudicato senza intervento dell'autorità giudiziaria, la loro funzione sarebbe indubbiamente giurisdizione (86) e la loro attività dovrebbe essere qualificata appunto come un caso di esercizio privato di pubbliche funzioni. Ma pubblico fine non è, in sè stesso, quello di ragionar sul diritto, chè altrimenti, se volessimo a tutti i costi scorgere negli arbitri un esercizio privato di funzione giurisdizionale per il solo fatto che essi preparano il materiale logico che solo l'intervento del giudice potrà poi far diventare sentenza, si dovrebbe per la stessa ragione ritenere investito di giurisdizione il perito o il testimone o magari l'avvocato e perfino la parte (!), solo perchè essi possono cooperare a fissare una frazione di quel ragionamento logico, in cui, secondo lo ZANOBINI, si esaurisce la sentenza. L'attività intellettiva volta a determinare per via di ragionamento qual'è la volontà della legge nel caso concreto ha carattere di funzione pubblica solamente quando chi la compie è un giudice; ma in tal caso il carattere pubblico di essa è una conseguenza del fatto che il *soggetto* da cui essa deriva è titolare di un pubblico ufficio; se invece questa attività meramente logica noi la consideriamo staccata dal giudice, allora, venendo a cessare ogni ragione soggettiva in contrario, essa si riduce *oggettivamente*, a una attività privata, quale può essere compiuta dall'avvocato o dallo stesso litigante che afferma di aver ragione, senza che con ciò esso eserciti funzione giurisdizionale.

Dato questo mio modo di concepire la giurisdizione, è chiaro come io debba respingere la opinione dello ZANOBINI che vede nel lodo degli arbitri una sentenza già perfetta, di fronte alla quale il decreto del

---

(86) Contro: CHIOVENDA, *Principii*, pag. 110, in nota.

pretore costituirebbe un semplice visto di esecutorietà: dal suo punto di vista la costruzione dello ZANOBINI è corretta; ma se si adotta un punto di vista contrario, essa necessariamente cade, perchè non si riuscirà mai a dimostrare che una semplice approvazione amministrativa possa trasformare in sentenza ciò che sentenza non è.

Ma neppure la opinione del CARNELUTTI, il quale nella somma del lodo arbitrale col decreto di esecutorietà vede un caso di sentenza complessa, mi soddisfa (87). Invero, per la costituzione di una sentenza soggettivamente complessa è necessario — come per l'atto amministrativo complesso — che le diverse manifestazioni di volontà o i diversi giudizî di cui la sentenza si compone *abbiano tutti carattere pubblico,* ossia derivino tutti da organi dello Stato. Perchè si possa operare, tra i diversi elementi cooperanti a costituire la sentenza, quella fusione senza la quale non c'è complessità, occorre infatti che questi diversi elementi siano *omogenei,* cioè siano tutti quanti provenienti da autorità statuali (88): appunto da questa cooperazione di più organi dello Stato alla costruzione di un unico atto giurisdizionale, nasce in quest'atto il carattere della complessità; ma se l'atto giurisdizionale resulta dalla volontà di un unico organo pubblico il quale in misura più o meno ampia si vale della cooperazione di un privato, il concetto della sentenza complessa svanisce. Per poter accettare la costruzione del CARNELUTTI bisognerebbe dunque che l'attività degli arbitri fosse una attività pubblica, cioè giurisdizionale, il che più sopra ho negato; se non è pubblica, neppure sussiste nella somma del lodo col decreto il fenomeno della complessità, perchè manca tra questi due atti quella *omogeneità* senza la quale non è possibile alcuna addizione. La verità è che qui l'atto giurisdizionale è uno solo, cioè il decreto del pretore (89). Il fenomeno che si presenta qui non rientra dunque in quello della complessità della sentenza,ma in altro fenomeno, che potremmo chiamare di *preparazione privata della sentenza,* nel quale non c'è alcun frazionamento di potere giurisdizionale fra organi diversi, perchè il

---

(87) Cfr. G. SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato* (Cortona 1923), n. 30, pag. 91, nota 4.

(88) Cfr. BRONDI, scritto cit., pag. 32, il quale esclude che possa derivare un atto amministrativo complesso dalla cooperazione di fattori eterogenei; come sarebbe quella di una volontà privata con una pubblica: conf. KUNTZE, *Der Gesammtakt,* ivi citato, pag. 70-71.

(89) Si potrà, se mai, parlare genericamente di *atto complesso* (così CHIOVENDA, *Principii,* pag. 109 in nota; « lodo esecutivo vuol dire *un atto complesso* in cui l'atto privato porta la materia logica, l'atto dell'organo pubblico porta la materia giurisdizionale di una sentenza »), ma non di una *sentenza complessa;* perchè nel caso del lodo la sentenza, come espressione di giurisdizione, *è tutta* nel decreto del Pretore.

fatto che il giudice si valga nel decidere di elementi logici preparati da privati, non esclude che l'attività giurisdizionale cominci solamente là dove sui materiali predisposti comincia ad operare il giudice.

L'unica obiezione apparentemente seria a questo modo di concepire la natura del lodo, può sembrar questa: che qui, se per unico atto giurisdizionale consideriamo il decreto del pretore, questo si presenta come una parvenza svuotata di ogni contenuto sostanziale, dal momento che il giudice non giudica, ma si limita a dare efficacia a ciò che altri ha in precedenza stabilito. La volontà del giudice è qui incolore e inconsistente: egli vuole a occhi chiusi ciò che altri ha deciso. Ma la circostanza che il giudice sia tenuto a plasmare la sua volontà secondo un contenuto prestabilito da privati, non può far ritenere che l'atto giurisdizionale cominci ad esistere prima che il giudice eserciti, sia pure entro limiti prestabiliti, questo suo potere di comando: il fatto che l'attività volitiva del giudice non possa, quando si manifesta, allontanarsi dai resultati di un ragionamento già compiuto da altri, non distrugge questa verità fondamentale: che questa attività volitiva ha *una sola manifestazione,* che è il decreto; e che quindi non può parlarsi di fusione di *più manifestazioni* di volontà pubblica. Se altra volta noi abbiamo considerato come sentenza complessa (retro, n. 12) il risultato della cooperazione di un giudizio compiuto da una autorità giudiziaria colla volizione compiuta da un'altra, ciò è stato perchè qui eravamo in presenza di due manifestazioni di attività pubblica e anche l'attività del primo organo, quantunque meramente logica, aveva carattere giurisdizionale *ratione personae.* Ma se noi volessimo vedere una sentenza complessa anche nel caso del lodo, in cui, finchè non interviene il decreto del pretore, non *esiste ancora alcuna manifestazione di attività pubblica,* dovremmo per coerenza vedere una sentenza complessa in tutti i casi in cui i materiali di fatto sono acquisiti al giudizio in seguito a confessione, o nel caso (col quale l'istituto dell'omologazione del lodo ha tanti punti di coincidenza) in cui il contenuto della sentenza viene integralmente determinato dalla rinuncia dell'attore o dal riconoscimento del convenuto.

Le osservazioni fatte fin qui potrebbero esser ripetute a parola per il giudizio di delibazione. Che la sentenza del giudice straniero sia già, in sè stessa, una sentenza italiana, per dare esecuzione alla quale basti una semplice approvazione amministrativa, non credo che lo stesso Zanobini vorrebbe sostenere: nè tanto meno, che il giudice straniero si possa considerare, in relazione all'eventualità che la sua sentenza debba essere eseguita in Italia, come investito di pubbliche funzioni dello Stato italiano (90). Ma neppure mi pare che la sentenza straniera più

(90) Cfr. in questo senso, Scaduto, op. cit., pag. 92, nota 4.

la sentenza di delibazione possano essere considerate, dal punto di vista del nostro diritto pubblico interno, come i fattori di un'unica sentenza complessa: affinchè si possa parlare di sentenza complessa occorre che questa, come manifestazione di volontà dello Stato italiano, si formi in più momenti, nel senso che lo Stato italiano intervenga in più momenti mediante diversi suoi organi a formularla: ma qui, nel caso del giudizio di delibazione, la sentenza straniera, finchè non è stata nazionalizzata dal nostro giudice, non solo non è una sentenza italiana completa, ma neppure può essere considerata come frazione di sentenza italiana, avente la omogeneità necessaria per fondersi con altre frazioni ulteriori in un'unica sentenza complessa. La giurisdizione italiana comincia a manifestarsi unicamente in sede di delibazione, *non prima*: e, nell'interno del nostro ordinamento giuridico, la sentenza italiana ha in questa sede non solo la sua nascita, ma anche il suo concepimento iniziale.

17. — Nella indagine delle questioni affrontate finora non ci dobbiamo lasciare sviare da facili, ma pericolose analogie storiche. Il rapporto fra arbitro e pretore, nel quale quest'ultimo si limita a proclamare come volontà dello Stato lo schema di decisione preparato dal primo, ci riporta con incalzante evidenza al rapporto che nell'antico processo germanico passava tra l'*Urtheiler* o *Urtheilsfinder*, che proponeva il contenuto della sentenza, e il *Richter* che dava a questo responso il carattere di un comando ufficiale (91). In questo ordinamento la pronunzia del *Richter* aveva indubbiamente il carattere di una sentenza complessa; ma questo carattere è storicamente in stretta connessione colla speciale natura di organo complesso che aveva presso gli antichi Germani, e in particolare presso i Franchi, il tribunale popolare al quale partecipava il *comes* come rappresentante del potere regio e gli *scabini* come rappresentanti della consociazione popolare depositaria del diritto consuetudinario. Analogie da questo antico ordinamento non si possono trarre, per chiarire oggi la natura del lodo; chè il nostro arbitro non è oggi l'organo formulatore del diritto non scritto, come sarebbe stolto pensare che alla contrapposizione tra arbitro e pretore corrisponda oggi una repartizione costituzionale tra essi dell'esercizio della sovranità.

Imprudente del pari sarebbe costruire la teoria della sentenza complessa del diritto moderno su altri istituti nati sotto diversi climi storici e tramontati nel secolo scorso: come, per dirne uno, quel singolarissimo istituto tedesco dell' « invio degli atti » (*Aktenversendung*), in

---

(91) Letteratura nella mia *Cassazione*, I, n. 38.

forza del quale, prima dell'andata in vigore dell'ordinamento processuale oggi vigente, i giudici tedeschi su richiesta delle parti erano obbligati a inviare tutti gli atti del processo a una delle facoltà giuridiche universitarie, e a pronunciare in base al parere emanato da questa. Sulla natura di questo istituto sono state date le più svariate spiegazioni; e mentre alcuno vi ha scorto un caso di perizia obbligatoria, altri ha parlato di *mandatum jurisdictionis*, oppure ha vigorosamente sostenuto che l'invio degli atti costituiva una vera e propria ripartizione di funzioni giudiziarie tra organi cooperanti, cioè tra i giudici ordinari e le facoltà universitarie che per questo dovevano considerarsi come potenzialmente investite di una frazione di giurisdizione (92). Se quest'ultima concezione fosse esatta, noi avremmo qui un caso tipo di sentenza complessa, che forse sarebbe fruttuoso mettere in relazione con quell'altro istituto, così interessante eppur così poco studiato, del nostro processo dell'età di mezzo, che fu il *consilium sapientis* (93): il quale aspetta ancora, relegato nelle carte dei nostri archivi, l'indagatore amoroso disposto a ricostruire la storia di un ordinamento processuale in cui i giudici, più sinceri di quelli odierni, riconoscevano esplicitamente che il mezzo più spiccio per risolvere rettamente una lite era quello di farsi fare la sentenza da un avvocato.

---

(92) Cfr. per la storia dell'istituto e per le varie spiegazioni date su di esso BÜLOW, *Dans Ende der Aktenversendung*, nell'*Arch. per la pratica civile*, LXV, pag. 1 e segg.; MENESTRINA, op. cit., pag. 35.

(93) PERTILE, *Storia*, 2ª ed. Vol. VI, pag. 208 e segg.; MENESTRINA, op. cit., pag. 36-37, nota 1.

VII

LINEE FONDAMENTALI DEL PROCESSO CIVILE INQUISITORIO (*)

SOMMARIO. — 1. Processo civile a tipo dispositivo e processo civile a tipo inquisitorio: posizione del tema. — 2. Il principio dispositivo nel processo in relazione alla disponibilità del rapporto sostanziale controverso. — 3. La disponibilità del rapporto controverso come preteso carattere differenziale tra processo civile e processo penale. — 4. Casi di processo civile su rapporti dei quali le parti non hanno la disponibilità: conseguente applicazione del principio inquisitorio. — 5. Osservazioni sulla natura di questi rapporti e sull'interesse pubblico ad essi connesso. — 6. L'amministrazione pubblica del diritto privato: casi di sentenze costitutive *necessarie*. — 7. Critica della teoria del CARNELUTTI che nega carattere sostanzialmente giurisdizionale a queste sentenze. — 8. Nel processo civile inquisitorio, come nel processo penale, vi ha un'eccezione al principio della esecutorietà degli atti amministrativi. — 9. Analisi dei due interessi che si trovano in conflitto nel processo civile inquisitorio. — 10. Confutazione della teoria che considera questo processo come un processo « senza parti ». — 11. Rassegna delle caratteristiche del processo civile inquisitorio. — 12. Diversa importanza sociale dei due interessi che vi stanno in conflitto.

1. — La ritrosia che ripetutamente illustri penalisti nostri hanno manifestato a considerare il processo civile e il processo penale come due aspetti di un unico fenomeno, e che li spinge, ogniqualvolta se ne presenti il destro, a riaffermare energicamente, con una specie di insocievolezza dottrinale, la fondamentale diversità di scopo e di struttura dei due processi e la infruttuosità di una trattazione scientifica almeno in alcune parti comune, deriva probabilmente dal fatto che essi si limitano a considerare, in contrapposto al processo penale, un tipo di processo civile, che, costituendo nella sua struttura la perfetta antitesi di quello, sembra dar piena ragione al loro assunto. In questo tipo di processo civile che i penalisti hanno presente, l'iniziativa delle parti pre-

(*) [Pubblicato in *Studi in onore di Giuseppe Chiovenda* (Padova, Cedam, 1927), pp. 131-171; ristampato in *Studi*, II (Padova, Cedam, 1930), pp. 321-358; tradotto in lingua spagnola da S. SENTÍS MELENDO in P. CALAMANDREI, *Estudios sobre el Proceso Civil* (Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945)]. [*Bibiografia*, n. 140].

vale nettamente sulla iniziativa del giudice: e, come oggetto del giudizio è un conflitto di due interessi privati, la composizione dei quali avrebbe potuto esser raggiunta anche fuor del processo se i due interessati si fossero trovati d'accordo, così privato è l'esercizio dell'azione, privato l'impulso che accelera o ritarda il ritmo del procedimento, e perfino sulla materia della controversia è sovrana la disposizione delle parti, le quali possono a loro arbitrio restringere l'ambito del dibattito e limitare in corrispondenza il campo visivo del giudice; sicchè questi, in siffatto tipo di processo, deve rassegnarsi a indagare la realtà, spesso deformata o mutilata, attraverso lo schermo degli *alligata et probata partium*.

Con questo tipo di processo civile, che potremmo, tanto per intenderci, chiamare *lato sensu* processo civile « dispositivo », non ha niente di comune, almeno nella sua struttura esterna, il processo penale. Ma il processo civile non si esaurisce nel solo tipo « dispositivo »; la nostra legislazione infatti, e più della legislazione la nostra giurisprudenza, conoscono, accanto al processo civile tipicamente dominato dal potere di disposizione delle parti, un altro tipo di processo civile, che possiamo fin d'ora denominare *lato sensu* processo civile « inquisitorio », la struttura del quale, specialmente per quanto attiene al rapporto tra la iniziativa delle parti e quella del giudice, si palesa assai somigliante, ove non addirittura identica, a quella tipica del processo penale. Più che una descrizione analitica degli aspetti formali di questa somiglianza, io vorrei tentare qui una indagine delle ragioni sostanziali della medesima: nella speranza che tale indagine possa riuscire non solo un utile contributo alla costruzione scientifica di un tipo di processo civile, che, forse a causa della incompleta e frammentaria disciplina legislativa, non è stato finora molto studiato; ma possa altresì dare nuovo argomento per concludere che tra processo civile e processo penale, anzichè la assoluta separazione di un incolmabile abisso, corre a guisa di ponte di passaggio una zona di forme processuali intermedie, attraverso le quali la graduale continuità tra i due tipi estremi di processo è mantenuta, e confermata la loro essenziale unità di destinazione.

2. — Non si potrebbe affermare, senza disconoscere la natura essenzialmente pubblicistica del diritto processuale, che la prevalenza della iniziativa di parte nel processo civile sia nient'altro che una proiezione sul sistema processuale dei poteri di disposizione che nel campo del diritto sostanziale privato sono attribuiti alla volontà degli interessati (1); ma neppure è lecito dimenticare che, ove questi poteri di

---

(1) Cfr. Rocco (Alfr.), *Sentenza civile*, pag. 79, nota 1; Cicu, *Diritto di famiglia*, pag. 117.

disposizione non esistessero nel campo del diritto privato, verrebbe a mancare *a priori*, nel delicato congegno del processo civile a tipo dispositivo, quel giuoco dei contrapposti interessi, che ne costituisce, per così dire, la forza motrice. Per intendere infatti come la disponibilità del rapporto sostanziale controverso sia condizione essenziale per il buon funzionamento del principio dispositivo nel processo, giova osservare che le controversie, per risolver le quali è costruito il processo a tipo dispositivo, hanno tale natura, che le parti avrebbero potuto, ove si fossero trovate d'accordo, conseguire anche stragiudizialmente, mediante la loro concorde volontà, quello stesso effetto giuridico che sperano di conseguire attraverso il processo: ciò vale se l'effetto giuridico sperato è il semplice accertamento, chè nulla vieta alle parti, in quelle zone del diritto privato in cui la loro volontà è sovrana, di dar vita consensuale a un accertamento obbligatorio di un rapporto giuridico vertente tra loro (2); vale anche per gli effetti giuridici inerenti alla sentenza di condanna, in quanto le parti, senza ricorrere al giudice, possono raggiunger lo stesso scopo colla creazione di un titolo esecutivo contrattuale; nè per costituire, modificare od estinguere un rapporto giuridico è indispensabile agli interessati lo strumento della sentenza costitutiva, quando lo stesso effetto essi possono assai più economicamente conseguire mediante il contratto.

Se, dunque, in tutti i casi ora considerati, invece di chiedere all'accordo delle loro volontà il conseguimento dell'effetto giuridico sperato, gli interessati preferiscono ricorrere al giudice per ottenere allo stesso scopo una sentenza (di accertamento, di condanna o costitutiva), ciò significa che in tutti questi casi gli interessati non sono riusciti a mettersi d'accordo intorno agli effetti giuridici da conseguire e che l'opera del giudice è necessaria qui per comporre secondo il diritto un conflitto di interessi tra le parti. Qui, pertanto, l'interesse ad agire è dato esclusivamente dalla esistenza in atto di una lite, cioè, come definisce questo concetto il Carnelutti, che ne fa una delle basi del suo sistema, di un conflitto di interessi regolato dal diritto (3). Intanto l'opera del giudice è richiesta e necessaria, in quanto vi è una lite, sul componimento della quale le parti non sono riuscite (come avrebbero legalmente potuto) a mettersi d'accordo stragiudizialmente: esatto è dunque, in questi casi (*ma solo in questi*, come si dirà), porre nella lite l'elemento sostanziale che serve a far riconoscere la funzione giurisdizionale (4): imperocchè solo in quanto le parti siano in disaccor-

---

(2) Carnelutti, *Lezioni*, I, n. 46.

(3) *Lezioni*, I, n. 44; cfr. il nostro scritto *Il concetto di « lite » nel pensiero di F. Carnelutti*, in *Studi*, II, pag. 359 segg. [in questo vol., pagg. 200 e segg.].

(4) Ivi, II, pag. 183.

do e solo nei limiti di questo disaccordo, è richiesta, nella fase di cognizione, l'opera del giudice.

Si comprende ora assai facilmente come in queste categorie di controversie, nelle quali la funzione giurisdizionale ha per necessario presupposto la esistenza di un conflitto di interessi tra le parti, il principio dispositivo possa dare il suo massimo rendimento. Lasciare alle parti l'ufficio di segnare i confini del dibattito e attribuire ad esse il monopolio della cernita e della prova dei fatti sui quali il giudice è chiamato a decidere, si può senza pericolo soltanto quando le parti si trovino nel processo in effettivo contrasto di interessi, sicchè ciascuna di esse serva di controllo e di correttivo all'attività dell'altra e, pur nella forzata mancanza di iniziativa del giudice, ciascun contraddittore sia spinto dall'interesse proprio a mettere in luce dinanzi al giudice tutte quelle circostanze che l'altro contraddittore avrebbe interesse a lasciare nel buio (5). La possibilità, teoricamente inseparabile da un sistema processuale basato sul principio dispositivo, di un accordo tra le parti volto a trarre in inganno il giudice e a conseguire, attraverso un processo fraudolento o simulato, effetti estranei alla normale destinazione della giurisdizione, viene in pratica se non del tutto annullata certo ridotta al minimo, quando, come nei casi finora prospettati, la controversia verta intorno al conseguimento di un effetto giuridico, al quale gli interessati possono per legge pervenire, senza bisogno di ricorrere al giudice, col loro semplice accordo. Non c'è da temere, infatti, almeno normalmente (se altri motivi non intervengono, come sarebbe quello della frode fiscale o della frode dei terzi), che le parti si mettano d'accordo nel processo per valersi *in fraudem legis* del principio dispositivo e per ottenere dal giudice una sentenza basata su presupposti di fatto non corrispondenti al vero, quando per conseguire lo stesso resultato gli interessati hanno aperta dinanzi la via più semplice e più sollecita del contratto. Così la disponibilità del rapporto sostanziale controverso da parte degli interessati è essenziale garanzia del buon funzionamento del principio dispositivo nel processo: tutte le volte in cui, anche nel corso della lite, le parti si trovino d'accordo sul componimento da dare al conflitto d'interessi tra esse vertente, non hanno bisogno, per attuare questo parziale o totale componimento concordato, di servirsi del giudice come di uno strumento inconsapevole delle loro pattuizioni: esse possono infatti in ogni momento liberamente ed apertamente conclu-

---

(5) Che il principio dispositivo abbia come presupposto il conflitto degli interessi di parte, è insegnato da HELLWIG, I, 140, III, 1; cfr. anche recentemente CARNELUTTI, *Contro il processo fraudolento*, in *Riv. dir. proc.*, 1926, II, pag. 14 e segg.

dere accordi totali o parziali sul rapporto finora controverso, e far cessare così alla luce del sole, mediante transazioni, rinuncie o riconoscimenti, la materia del contendere.

Credo di aver dimostrato così che il principio dispositivo, se non si può considerare come una conseguenza teoricamente immancabile della disponibilità del rapporto sostanziale da parte degli interessati (chè basterebbe la famosa riforma fridericiana in Prussia a mostrarci storicamente attuato un sistema processuale nel quale il principio inquisitorio era esteso a tutte le controversie di diritto privato), ha tuttavia in tale disponibilità la sua giustificazione logica: sicchè in tanto i legislatori hanno visto nel principio dispositivo lo strumento migliore per conseguire gli scopi della giurisdizione civile, in quanto hanno presupposto che questa giurisdizione avesse per oggetto rapporti di diritto sostanziale, soggetti, prima e fuori del processo, al potere di disposizione degli interessati concordi.

3. — Appunto nella disponibilità per parte degli interessati del rapporto sostanziale controverso, fu da taluno (6) cercato il criterio fondamentale per distinguere il processo penale dal processo civile: e si insegnò che mentre « il primo è dominato dal principio della *non disponibilità dell'oggetto* stesso suo proprio da parte sia dell'accusatore sia dell'imputato, il secondo è dominato dal diritto di disposizione » (7); e che anche « il rapporto penale deve essere sottratto ad ogni disposizione delle parti: introdotto nel processo, le sorti di esso, come norma generale e salve le eccezioni, sono indipendenti dalle escogitabili disposizioni delle parti, dirette (accordo, riconoscimento, rinuncia rimpetto alla pretesa penale) od indirette (ad es. la confessione ed il giuramento) e non può trovare la sua definizione che nella decisione del giudice. Le parti non hanno o non dovrebbero avere diritto di disposizione circa la pretesa penale nè per variarla, nè per riconoscerla, nè per rinunciarvi », — mentre tutto il contrario avverrebbe nel processo civile.

Ora io credo che questo criterio, che vorrebbe porre la distinzione tra processo penale e processo civile sulla base della disponibilità del rapporto sostanziale controverso, sia tutt'altro che esatto ed esauriente.

Si può innanzitutto osservare, e lo ha fatto egregiamente il Florian (8), che anche nel campo penale un certo diritto di disposizione

---

(6) Heinze, *Dispositionsprinzip und Offizialprinzip, Verhandlungsform und Untersuchungsform,* in *Archiv. f. gem. deuts. und f. preuss. Strafr.* vol. XXI, pag. 265 e segg.

(7) Florian, *Il processo penale e il nuovo Codice,* (Vallardi 1914), n. 27.

(8) *Il processo penale* cit., n. 28; cfr. Rocco (Alfr.), *La sentenza civile,* pag. 6, nota 8.

sull'oggetto del processo viene, sia pure eccezionalmente, riconosciuto all'imputato e alla parte mediante gli istituti della oblazione e della rimessione, e che colla tendenza, sempre più evidente nella nostra legislazione, a estendere l'azione degli organi amministrativi nel campo penale ed a favorire la composizione amministrativa di certe infrazioni, « il diritto penale è sottoposto al beneplacito di chi lo violi, anzi è messo nelle mani di lui » (9).

D'altra parte, a chi esamini la struttura del processo penale nei congegni destinati a fissare il materiale di fatto, non possono sfuggire certe significative applicazioni del principio dispositivo, che, se fosse rigorosamente esatto il criterio di distinzione sopra proposto, avrebbero dovuto apparire inconciliabili colla natura inquisitoria del processo penale: alludo sopra tutto al procedimento per decreto (art. 298 e segg. Cod. proc. pen.), nel quale, come nel processo monitorio civile, si ha un accertamento giurisdizionale creato nella supposizione che il condannato non vi si opporrà e destinato quindi a divenire definitivo in base ad una semplice preclusione (10).

Ma, quand'anche fosse vero che il processo penale è in ogni caso rigorosamente fedele al principio della « non disponibilità dell'oggetto », il contrario non sarebbe vero per il processo civile: chè proprio nel campo della giurisdizione civile si hanno numerosi casi, così importanti da poter essere raccolti sistematicamente sotto un « tipo » di processo nettamente distinto da quello di cui si sono ricordate poco fa (retro, n. 2) le caratteristiche, nei quali, come è abolito o limitato nel campo del diritto sostanziale il potere di disposizione degli interessati anche se concordi, così nel campo processuale è parallelamente esclusa o ristretta la iniziativa delle parti.

4. — I casi di cui parlo sono quelli nei quali, per conseguire un determinato effetto giuridico, gli interessati, *anche se concordi*, debbono necessariamente seguire la via giudiziaria, in quanto la legge prescrive che quell'effetto giuridico non possa esser raggiunto, quand'anche le parti siano d'accordo nel richiederlo, se non attraverso la sentenza del giudice (11).

---

(9) Florian, *La natura giuridica del decreto penale dell'intendente di finanza*, in *Scuola positiva*, 1926, II, pag. 97 e segg.

(10) Cfr. il mio *Proc. mon. nella legisl. italiana* (Milano 1926) pag. 26 e seguenti; contro, ma senza motivazione, Florian, *Il pr. pen.*, pag. 53, nota 2; il Manzini, *Trattato di proc. pen.*, I, pag. 185, considera questo caso come una sottomissione volontaria dell'imputato alla pena senza processo.

(11) Cfr. Chiovenda, *Principii*, § 8, IV; Cammeo, Comm., pag. 716, parla per questi casi di « rapporti giuridici, la cui costituzione, modificazione o dissoluzione debba per ordine pubblico farsi mediante azione ».

Qui il giudice non è necessariamente chiamato a comporre un conflitto di interessi tra le parti: può darsi infatti che gli interessi di ambedue le parti si dimostrino convergenti nel richiedere al giudice lo stesso provvedimento; e, ciò nondimeno, il giudice è tenuto a esaminare se questa concorde richiesta delle parti sia giuridicamente fondata e a respingerla ove manchi dei necessarî presupposti di diritto e di fatto. Così l'interesse ad agire si fonda qui, a differenza dei casi precedentemente esaminati, non già sulla esistenza di una « lite », ma sulla speciale natura del rapporto giuridico sostanziale, sul quale il giudice deve operare.

Non si esclude che anche in questi casi le due parti del rapporto dedotto in giudizio possano trovarsi in dissenso, e che, in relazione al conseguimento dell'effetto giuridico, possa esistere tra esse una vera e propria lite; ma l'esistenza di questa lite *inter partes* è processualmente irrilevante, nè modifica in alcun modo il comportamento del giudice durante il processo. Sicchè, se si ritiene (come meglio tra breve si dimostrerà) che anche in questi processi il giudice sia chiamato ad esercitare funzione giurisdizionale, non si può più considerare la lite come presupposto indispensabile della giurisdizione: dato che in questi casi l'intervento del giudice è necessario anche se la lite non c'è, il contenuto della sua funzione è identico, tanto se manchi quanto se sia presente il contrasto di interessi *inter partes*.

E' facile rendersi conto delle ragioni per le quali, nei processi che hanno per oggetto alcuno di questi rapporti sottratti per legge alla disposizione degli interessati concordi e modificabili solo mediante sentenza del giudice, cessi di aver vigore il principio « dispositivo », che pure in altri casi può riuscire, come abbiamo visto, lo strumento meglio idoneo all'accertamento della verità in giudizio. Se, come si è detto, il principio dispositivo trae la sua giustificazione logica dal conflitto degli interessi di parte e dal controllo che ciascuna di esse esercita sull'attività della parte avversaria, è evidente che questo principio perde ogni sicurezza di rendimento in quei processi nei quali è normalmente possibile che entrambe le parti abbiano identico interesse al conseguimento dell'effetto giuridico sul quale il giudice è chiamato a decidere, e in cui pertanto l'esistenza di una lite non è condizione determinante dell'attività giurisdizionale. Nel processo a tipo dispositivo, infatti, le parti ricorrono al giudice solamente quando, e solamente perchè sono in disaccordo; nel processo a tipo inquisitorio, invece, può darsi che tra le parti, impossibilitate, anche se concordi, ad ottenere fuor del processo l'effetto giuridico desiderato, si stringa un'alleanza aperta o larvata, allo scopo di ottenere dal giudice, nel comune interesse, una sentenza di determinato contenuto. Ma dalla possibilità che in questo secondo tipo di processo, in luogo di un conflitto di interessi

tra le parti, si nasconda un'alleanza di interessi contro il giudice per strappargli un provvedimento di cui mancano i presupposti legali, deriva come indispensabile che in questi casi il giudice nella ricerca della verità sia svincolato dalla iniziativa degli interessati, che forse si trovano d'accordo, per il comune intento di frodare la legge, nell'ingannarlo sulle circostanze del rapporto da decidere.

5. — Il cammino che abbiamo fatto fin qui ci permette, dunque, di isolare un gruppo di processi, nei quali, in conseguenza della indisponibilità da parte degli interessati anche se concordi del rapporto sostanziale sottoposto a decisione, il principio dispositivo non può essere utilmente applicato. Tali processi, che sono quelli aventi per oggetto rapporti concernenti lo stato e la capacità delle persone (cause matrimoniali, cause relative alla filiazione, cause relative ai minorenni sotto tutela, cause relative alla interdizione e alla inabilitazione) (12), si possono comprendere sotto la denominazione di processo civile « inquisitorio », già proposta dal KOHLER, che per alcuni di questi casi parla di *Untersuchungsprozess* (13), e adottata da noi dal CICU, in quel suo volume sul diritto di famiglia, che segna un notevole passo anche nel campo degli studî processuali (14). Le pagine che seguono potranno chiarire quale sia il preciso significato da darsi a questa denominazione (cfr. oltre, n. 11), la quale dovrebbe servire a richiamare in una sola parola una quantità di speciali caratteristiche processuali costituenti altrettante deviazioni dal tipo normale del processo civile e riferibili al comune principio informatore della prevalenza dell'iniziativa ufficiale sulla iniziativa di parte.

Risulta intanto dalle cose dette finora che la speciale struttura di questo tipo di processo civile che noi denominiamo « inquisitorio » non è che una conseguenza della speciale natura del rapporto sostanziale sottoposto al giudice: anche qui si conferma la regola che il processo, dato il suo ufficio di strumento costruito per l'attuazione del diritto sostanziale, si conforma diversamente secondo le diverse esigenze del suo oggetto: è lo spirito — per adoprare l'energica frase del WACH (15) — che si plasma il corpo. Ma in che consiste la speciale natura dei rapporti di diritto sostanziale che sono oggetto dei processo civile inquisitorio?

---

(12) Questa classificazione è del CHIOVENDA, il quale per il primo ci ha dato nei suoi *Principii*, pag. 1234-1270, una compiuta analisi delle caratteristiche di questi processi: cfr. anche CICU, *Il diritto di famiglia*, pag. 157 e seguenti.

(13) *Zivilprozess*, §§ 44 e 78.

(14) Op. cit., pag. 180.

(15) *Struktur des Strafprozesses* (München und Leipzig, 1914), p. 5.

Per rispondere a questa domanda si adoprano comunemente frasi alquanto generiche ed approssimative: si parla, ad esempio, di rapporti che interessano l'ordine pubblico (16), di cause « di importanza sociale » (17), di norme « che hanno maggiore importanza per la vita sociale » (18), e non manca chi addirittura fa rientrare questi rapporti nel campo del diritto pubblico (19). D'altro lato, sotto le espressioni più diverse, riaffiora in tutti gli autori il concetto che a questi rapporti lo Stato partecipi come diretto interessato; ma quale sia il contenuto di questo interesse pubblico che si sovrappone e si intreccia cogli interessi individuali privati partecipanti al rapporto, non è ben definito: si parla di « pubblico interesse alla decisione giusta » (20); di « interesse generale per assicurare l'osservanza delle norme che hanno maggiore importanza per la vita sociale » (21); di interesse dello Stato « al retto funzionamento degli istituti famigliari » (22), e così via. Ora, pur senza voler neppure tentare una analisi degli interessi che formano la sostanza di questi rapporti (analisi del resto già compiuta con grande profondità dal Cicu), mi limito ad osservare che forse nessuna delle spiegazioni surriportate, pur contenendo ciascuna qualche spunto di verità, sembra sufficiente di per sè sola a giustificare l'abolizione del principio dispositivo e la sua sostituzione col principio inquisitorio.

Assai spesso, infatti, anche il comune processo civile ha per oggetto rapporti regolati da norme « di ordine pubblico » (*ius cogens*), senza che per questo cessi di aver vigore il principio dispositivo che normalmente lo informa; e può del pari avvenire, nel nostro sistema basato almeno teoricamente sul canone della « giurisdizione unica », che il processo civile serva a decidere rapporti di diritto pubblico (per es. quelli in materia di imposte), senza che per questo al principio dispositivo subentri necessariamente il principio inquisitorio. D'altra parte il fatto che lo Stato sia interessato direttamente nel rapporto sostanziale sottoposto a decisione, o che addirittura figuri come parte nel processo, non porta sempre come conseguenza necessaria la trasformazione del processo da dispositivo in inquisitorio: basta pensare infatti che tutte le volte in cui la pubblica amministrazione è parte in

---

(16) Cicu, op. cit., pag. 205 e segg.

(17) Chiovenda, *Principii*, pag. 735.

(18) Ranelletti, *Dir. amministrativo*, pag. 261, nota.

(19) Cicu, op. cit., pag. 204; cfr. anche Rocco (Alfr.), *Sentenza civ.*, pag. 79, nota 2.

(20) Hellwig, *System*, pag. 21.

(21) Ranelletti, op. loc. cit.

(22) Cammeo, *Comm.*, pag. 717, nota 7.

un giudizio civile, il processo, pur essendo sottoposto a qualche deviazione dalle regole ordinarie specialmente in tema di competenza (in misura maggiore dopo la istituzione del foro erariale), conserva inalterato il principio della iniziativa di parte, nonostante che uno dei soggetti in lite sia lo Stato (23).

Non credo pertanto che, almeno nella nostra legislazione, l'adozione del principio inquisitorio nel processo vada di pari passo colla natura pubblicistica del rapporto sostanziale sottoposto a decisione; nè che si possa correttamente basare la distinzione fra i due tipi di processo civile sulla contrapposizione tra giurisdizione concernente rapporti di diritto privato e giurisdizione concernente rapporti di diritto pubblico (24). Non basta, affinchè il processo civile assuma i caratteri del tipo inquisitorio, che sia in questione dinanzi al giudice un interesse pubblico qualsiasi: occorre bensì che il rapporto sottoposto a decisione (privato o pubblico, ciò è indifferente) sia tale *che lo Stato abbia interesse a non permetterne la modificazione se non attraverso un accertamento giurisdizionale.*

Questo interesse pubblico non deve esser confuso, come sembra che sia da qualche autore (25), coll'interesse pubblico alla attuazione del diritto oggettivo (26), che opera indistintamente in ogni processo, qualunque sia la natura dei rapporti sostanziali che il giudice è chiamato a decidere; ma non dev'esser confuso neppure cogli interessi che formano la materia del rapporto controverso, i quali possono avere natura pubblicistica senza che per questo sia esclusa *a priori* la possibilità di ottenerne il regolamento giuridico in via diversa da quella giurisdizionale. Se si volesse adottare la terminologia del Carnelutti (27), potremmo dire che lo speciale interesse pubblico, in forza del quale nella categoria dei processi che qui si studiano è adottato il principio inquisitorio, è nettamente distinto così dall'interesse alla composizione del conflitto, come dagli interessi in conflitto: esso si può configurare piuttosto come l'interesse dello Stato alla esclusione di qualsiasi altra composizione del conflitto che non sia quella me-

---

(23) Cfr. Cammeo, *Comm.*, I, pag. 1056, il quale, pur facendo voto che *in iure condendo* in tutte le cause in cui si fa sentire l'interesse pubblico prevalga il principio officiale sul principio dispositivo, constata che *in iure condito* ciò non avviene.

(24) Cicu, op. cit., pag. 195.

(25) Hellwig, op. e loc. cit.

(26) Cfr. Chiovenda, *Principii*, pag. 1234, il quale trova la ragione principale e comune di questi processi « nel fatto che in essi lo Stato non è soltanto interessato come in ogni processo al migliore possibile esercizio della funzione giurisdizionale, ma è interessato nei rapporti stessi che sono oggetto del processo ».

(27) *Lezioni*, specialmente II, n. 84.

diante sentenza; e, mentre il determinare quali siano le categorie di rapporti giuridici per le quali esso si fa sentire, è indagine di diritto sostanziale, rientra nel campo processuale precisare la natura di questo interesse e il modo col quale esso opera sulla giurisdizione e sul processo.

6. — La natura di questo speciale interesse dello Stato può essere a pieno chiarita, quando esso sia posto in relazione con quella funzione di *amministrazione pubblica del diritto privato* che lo Stato esercita in forme svariate e mediante svariati organi per prender parte alla formazione di atti giuridici dei privati (28). E' noto che nel campo del diritto privato non sempre lo Stato considera socialmente utile che la costituzione di certi effetti giuridici sia interamente rilasciata alla semplice volontà degli interessati; sicchè in tali ipotesi, spinto dall'interesse alla migliore amministrazione del diritto privato (29), si riserva di intervenire caso per caso a controllare se esistono in concreto i presupposti stabiliti dalla legge per il conseguimento dell'effetto voluto, e ad integrare colla propria volontà la volontà dei privati che da sè sola basterebbe a raggiungere quel fine.

Questa attività di controllo e di integrazione, avente fine essenzialmente *costitutivo*, è esercitata in certi casi da organi soggettivamente amministrativi (30) (si pensi alla funzione dell'ufficiale di stato civile nella celebrazione del matrimonio). In altri casi invece essa è esercitata da organi soggettivamente giudiziarî o nelle forme della cosiddetta giurisdizione volontaria, o addirittura nelle forme contenziose del processo e della sentenza.

Si ha in quest'ultima ipotesi il fenomeno, che sembra esorbitare dal campo oggettivo della funzione giurisdizionale, di una sentenza che eccezionalmente, anzichè all'attuazione di rapporti giuridici già esistenti, serve alla costituzione di rapporti giuridici nuovi; e poichè l'effetto di siffatte sentenze *costitutive* non sembra, se si astrae dalla forma, differire in sostanza dall'effetto costitutivo degli atti di volontaria giurisdizione posti in essere da organi giudiziarî, o addirittura dall'effetto di tutti gli atti di amministrazione del diritto privato comunque compiuti da altri organi dello Stato, una corrente della dottrina riavvicina per certi lati questa categoria di sentenze a quella spe-

---

(28) Cfr. ZANOBINI, *Sull'amministrazione pubblica del dir. privato* (estr. dalla *Riv. dir. pubbl.* 1918), il quale però esclude da questo concetto, contrariamente all'opinione che io ritengo accettabile, tutta quella parte della giurisdizione volontaria che consiste in atti discrezionali (cfr. ivi, nn. 4, 6, 9).

(29) Cfr. CARNELUTTI, *Lezioni*, II, pag. 195.

(30) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 315; CARNELUTTI, *Lezioni*, II, n. 90; CICU, op. cit., pag. 201, n. 30.

cie di attività amministrativa che i giudici esercitano nella giurisdizione volontaria e, pur senza negare che alla base di esse stia un accertamento giurisdizionale, crede di ravvisare nelle medesime la somma di un elemento giurisdizionale con un elemento amministrativo, considerandole così come una categoria di quelle sentenze « oggettivamente complesse », che meriterebbero di essere più profondamente studiate come caratteristica combinazione di un atto giurisdizionale con un atto di funzione diversa (31).

Sulla natura di queste sentenze costitutive giova peraltro far qualche distinzione, per meglio mettere in chiaro l'origine del processo civile inquisitorio. Agli effetti della nostra indagine, le sentenze costitutive, pur rappresentando sempre, come si è detto, un caso di concorso dello Stato alla formazione di rapporti giuridici nuovi, possono essere distinte in due sottospecie, secondochè esse si riferiscano a effetti giuridici, che le parti avrebbero potuto conseguire, se concordi, anche senza ricorrere al giudice, ovvero si riferiscano a effetti giuridici, per conseguire i quali la legge prescrive, anche nella concordia delle parti, la pronuncia del giudice in forma di sentenza. Vi hanno infatti dei casi, come potrebbe essere, ad esempio, quello previsto dall'art. 1165 del Cod. civ., in cui l'intervento dell'autorità giudiziaria volto a modificare un rapporto di diritto privato è reso necessario unicamente dal fatto che gli interessati nel rapporto non si trovano d'accordo nel produrre consensualmente tale modificazione: la sentenza che risolve il contratto nel caso del suddetto articolo è indubbiamente una sentenza costitutiva, ma se i contraenti, invece di ricorrere al giudice, si fossero trovati consenzienti nel considerare sciolto il vincolo contrattuale, lo stesso effetto risolutivo sarebbe stato raggiunto da essi *senza bisogno di tale sentenza.* Vi sono invece altri casi, come potrebbero essere quelli previsti dagli art. 104 e seguenti del Cod. civile per l'annullamento del matrimonio, in cui la sentenza costitutiva è l'unica via aperta agli interessati per conseguire un certo effetto giuridico, anche se essi si trovano concordi nel volere l'effetto medesimo: se gli sposi sono consenzienti nel voler l'annullamento del matrimonio, non per questo essi possono considerare sciolto per mutuo dissenso il vincolo matrimoniale, il quale continua a sussistere fino a che non sia intervenuta ad annullarlo una pronuncia del giudice, che

---

(31) Cfr., per questo modo di concepire le sentenze costitutive, i miei scritti *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile,* in *Studi,* I, pag. 231 e segg. [in questo volume, pag. 65 e segg.]; e *La sentenza soggettivamente complessa* n. 6 in fine, in *Studi,* II, pag. 211 e segg. [e in questo volume, pag. 106 e segg.]; contro, CHIOVENDA, *Principii,* pag. 1244, nota 2; conforme, RASELLI, *Del concetto di status e delle sue applicazioni nel dir. processuale,* pag. 279 e segg.

assume così, in questo caso, il carattere di sentenza costitutiva *necessaria.*

E' evidente che in questi due gruppi di casi, pur avendosi sentenze ugualmente costitutive e quindi identiche nell'effetto, diversa è la causa che provoca la pronuncia della sentenza: nel primo caso la sentenza è pronunciata perchè le parti sono in disaccordo sull'effetto giuridico, che, se volessero, potrebbero raggiungere anche senza il concorso del giudice; nel secondo caso la sentenza è pronunciata perchè le parti, per conseguir quell'effetto giuridico, non possono fare a meno, anche se concordi, del concorso del giudice. Questa diversità, non di contenuto, ma — si potrebbe dire — di occasione, induce una parte della dottrina a ritenere che alle sentenze costitutive del secondo gruppo manchi del tutto la sostanza di atti giurisdizionali che si riscontrerebbe soltanto nelle sentenze costitutive del primo gruppo: mentre, secondo la nostra opinione, in tutte le sentenze costitutive, del primo e del secondo gruppo, il momento amministrativo (costituzione dell'effetto giuridico) non si trova mai disgiunto dal momento giurisdizionale che lo precede (accertamento del diritto alla costituzione), secondo una teoria recentemente enunciata dal Carnelutti le sentenze costitutive del primo gruppo avrebbero sempre natura esclusivamente giurisdizionale (32), al contrario di quelle del secondo gruppo che — ogni qualvolta manchi fra le parti il dissenso, cioè la « lite » —avrebbero sotto forma giurisdizionale sostanza esclusivamente amministrativa, del tutto identica a quella degli atti della *jurisdictio inter volentes* (33).

E' opportuno fermarsi a discuter questa teoria, perchè essa tocca il punto essenziale della presente nostra indagine.

7. — E' noto che il Carnelutti considera la « lite », intesa nel senso che abbiamo già visto, come presupposto indispensabile della funzione giurisdizionale (che egli chiama funzione *processuale*). Posto come fine essenziale della funzione processuale la « giusta composizione della lite », egli ammette che il processo di cognizione, accanto a questo fine essenziale, possa avere anche altri fini accessorî, quali la costituzione di un rapporto giuridico o il conseguimento di un titolo esecutivo. Normalmente, egli insegna (34), questi fini accessorî *coesistono col fine principale,* e la sostanza del processo resta giu-

---

(32) Carnelutti, *Lezioni,* II, pagg. 184-185, concorde in ciò col Chiovenda e col Rocco (Alfr).

(33) *Lezioni,* II, n. 89.

(34) *Lezioni,* II, n. 89.

risdizionale appunto perchè esso serve innanzi tutto a comporre una lite: ma può darsi eccezionalmente che « il fine accessorio sussista senza il fine principale e sorregga da solo il processo »; si presenta allora un « processo senza lite », il quale, con un fenomeno analogo a quello che si verifica nelle leggi formali, atti amministrativi sotto forma di legge, conserva della funzione giurisdizionale la sola forma, mentre la sostanza, in mancanza di lite (*inter volentes*), ha natura meramente amministrativa.

Questa riduzione teorica della giurisdizione in senso sostanziale alla risoluzione di liti, e questa parificazione delle sentenze costitutive rese *inter volentes* ai provvedimenti della giurisdizione volontaria, trova la sua coerente espressione pratica nel *Progetto di codice di procedura civile* compilato dal CARNELUTTI, in quell'articolo 89 il quale dispone che « quando intorno alla produzione di un effetto giuridico le parti sono d'accordo, ma la legge non consenta che l'effetto si produca senza l'accertamento del giudice, si procede secondo le norme contenute nella parte terza », cioè secondo le norme della giurisdizione volontaria (35). Se, dunque, in accoglimento della teoria surriferita, questa disposizione diventasse legge, lo studio presente dovrebbe chiudersi col rifiutare al processo civile inquisitorio diritto di cittadinanza nel campo giurisdizionale, e col relegarlo nel dominio della giurisdizione volontaria.

Non intendo dedicarmi qui *ex professo* a tentar la confutazione della concezione carneluttiana (36), che si presenta del resto, ove si accettino le sue premesse, armonica e consequenziaria: osservo soltanto, di passata, riservandomi di tornare in altra occasione su questo interessante argomento (36 bis), che se nel processo civile inquisitorio è giuridicamente irrilevante (dato che in questo tipo di processo non è in vigore il principio dispositivo) la circostanza che le parti siano o non siano concordi sulla costituzione dell'effetto giuridico che si richiede al giudice, sembra strano basarsi proprio su questa circostanza *giuridicamente irrilevante* per qualificare talvolta giurisdizionale e talaltra amministrativa l'attività che il giudice esplica in questi processi, mentre in realtà questa attività si svolge sempre in modo

---

(35) Questa disposizione però non si trova nel Progetto riveduto dalla Sottocommissione.

(36) Tale teoria, partendo dalla premessa che l'atto giurisdizionale presupponga necessariamente un conflitto di due parti, trova, se non erro, una indiretta confutazione anche nella dimostrazione data dal REDENTI (*Il giudizio civile con pluralità di parti*, n. 23 e segg.), della possibilità di un provvedimento giurisdizionale unico *per più di due parti*.

(36 bis) Cfr. lo scritto in *Studi*, II, pag. 359 e segg. [in questo volume, pag. 200 e segg.].

identico e indipendente dalla condotta delle parti, appunto perchè il giudice in questi processi deve compier le sue indagini di ufficio, senza curarsi se tra le parti vi sia dissenso o consenso: non so capacitarmi insomma, per una ragione di semplice buon senso, come sia atto sostanzialmente giurisdizionale la sentenza che annulla il matrimonio su domanda della moglie e contro la volontà del marito, e come invece la sentenza che pronuncia ugualmente l'annullamento del matrimonio in un caso in cui la « moglie e il marito concordi riconoscano la nullità del matrimonio » (37) sia atto sostanzialmente amministrativo; quando in realtà lo scopo a cui la sentenza mira e il modo con cui il giudice ne costituisce le premesse, sono, nel primo caso e nel secondo, assolutamente equivalenti.

Si aggiunga che, se la teoria del CARNELUTTI fosse accettata, si dovrebbe arrivare a vedere in tutte le sentenze penali, pronunciate in seguito a confessione dell'imputato o in seguito a ritiro dell'accusa da parte del P. M., semplici atti di volontaria giurisdizione di contenuto sostanzialmente amministrativo: il che, in verità, anche per chi nel campo scientifico non sia schiavo delle concezioni tradizionali, ha forte sapore di eresia (38)!

La verità è, a parer mio, che nel caso delle sentenze costitutive previste dall'art. 89 del Progetto CARNELUTTI (come nel caso delle sentenze penali) esiste indubbiamente, a base di quel mutamento giuridico che di tali sentenze è l'effetto, un atto sostanzialmente giurisdizionale, cioè un accertamento simile in tutto a quello che si trova nelle sentenze che risolvono liti; con questa differenza: che mentre nei processi in cui l'esistenza di una lite è giuridicamente rilevante, l'accertamento giurisdizionale è richiesto solo in quanto esista una lite, nei processi previsti dal surricordato art. 89 l'accertamento è necessario perchè lo Stato si rifiuta di prestare l'attività amministrativa occorrente per porre in essere il mutamento giuridico richiesto, se non vi sia prima una sentenza del giudice che dichiari dovuta e legittima tale prestazione.

L'accertamento non serve dunque a rimuovere la incertezza derivante dal dissenso delle parti sull'effetto giuridico da raggiungere (lite); ma a rimuovere la incertezza derivante dal fatto che lo Stato, anche se i privati interessati sono concordi nella richiesta del mutamento giuridico, non è disposto ad eseguirlo fino a quando non sia giurisdizionalmente dichiarata l'esistenza dei suoi presupposti legali.

---

(37) CARNELUTTI, *Lezioni*, II, pag. 183.

(38) Cfr. ROCCO (ALFR.), *Sentenza civile*, nota 11, pag. 11 lett. *e*.

8. — Un più attento esame di questa situazione ci può dimostrare i numerosi punti di contatto che passano in questi casi tra la giurisdizione civile e la giurisdizione penale, e che spiegano l'affinità tra il processo penale e il processo civile inquisitorio.

E' noto che, secondo l'insegnamento di autorevoli maestri (39), la giurisdizione penale, considerata nello Stato moderno come il tramite necessario della funzione punitiva, costituisce una delle più rilevanti eccezioni al principio della esecutorietà delle pretese amministrative. Data la natura amministrativa della funzione punitiva (40), il surricordato principio importerebbe che lo Stato potesse senz'altro applicar la pena in via amministrativa contro il creduto reo, salvo a questo il diritto di provocare un giudizio sulla legalità della punizione (41); ma poichè l'interesse pubblico alla punizione dei colpevoli trova di fronte a sè, altrettanto rilevante nello Stato moderno, l'interesse pubblico alla difesa della libertà dei cittadini (42), lo Stato prima di applicar la pena in via amministrativa chiede agli organi giudiziarî il controllo giurisdizionale sul fondamento della sua pretesa, e al responso preventivo dei medesimi conforma la sua condotta.

Qui, dunque, la necessità dell'accertamento giurisdizionale non sorge *a posteriori,* come pure è avvenuto in altri ordinamenti ricordati dalla storia (43), dalla reazione dell'imputato contro l'azione punitiva dello Stato, sicchè, ove l'imputato si rassegni senza protesta alla pena, l'intervento del giudice non abbia ragion d'essere: qui, al contrario, l'accertamento giurisdizionale è richiesto in ogni caso, perchè lo Stato, indipendentemente dall'atteggiamento dell'imputato di fronte alla pena minacciatagli, si astiene dal punire finchè non abbia la certezza legale del fondamento giuridico della punizione. Per questo per la giurisdizione penale si usa parlare di giurisdizione *a priori* (44), nel senso che l'amministrazione non esplica la sua attività punitiva se prima la giurisdizione non abbia accertato che essa è conforme alla legge.

Di giurisdizione *a priori* si potrebbe in senso analogo parlare anche per quella categoria di processi civili, che qui si studia. L'accertamento giurisdizionale, posto dalla legge come condizione *sine qua non* del mutamento giuridico, non è richiesto per rimuovere un conflitto

---

(39) Cfr. MORTARA, *Comm.*, I, nn. 2, 62; CAMMEO, *Comm.* I, nn. 25, 367.

(40) Contro: ZANOBINI, *Sui rapporti fra il dir. amministrativo e il dir. penale,* in *Studi senesi,* 1922, pag. 189.

(41) CAMMEO, *Comm.*, I, n. 25.

(42) Cfr. MANZINI, *Trattato di proc. pen.*, I, nn. 40, 41; ROCCO (ALFR.), *La sentenza civile,* pagg. 19, 20.

(43) PAOLI U., *Legge e giurisdizione in diritto attico,* in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, pag. 146 e segg.

(44) CAMMEO, *Comm.*, I, pag. 711.

(lite) già sorto tra gli interessati intorno all'effetto giuridico da conseguire, ma è richiesto perchè lo Stato, al quale spetta esplicare l'attività amministrativa necessaria per procurare il mutamento domandato dagli interessati, si astiene dall'esplicarla se non ha preventivamente la certezza legale della sua legittimità. Siamo anche qui in presenza di una eccezione al principio della esecutorietà degli atti amministrativi (45): lo Stato, invece di procedere direttamente in via amministrativa alla costituzione degli effetti giuridici richiesti, condiziona in questi casi l'esercizio della sua funzione di amministrazione del diritto privato al preventivo controllo giurisdizionale, di cui in altri casi non sente il bisogno.

In tutti i casi di amministrazione pubblica del diritto privato lo Stato, concorrendo cogli interessati alla costituzione di certi effetti giuridici, esplica, come si è detto, un'attività sostanzialmente amministrativa; ma, mentre in certi casi coloro che hanno interesse alla prestazione di attività possono direttamente richiederla agli organi soggettivamente amministrativi o ai giudici eccezionalmente funzionanti come organi amministrativi nella giurisdizione volontaria, in altri casi per ottenere questo concorso dello Stato alla costituzione di rapporti giuridici gli interessati debbono previamente munirsi dell'accertamento giurisdizionale, senza il quale lo Stato si rifiuta di dare il suo concorso. Anche in queste sentenze costitutive *inter volentes*, come a mio credere in tutte le sentenze costituite, vi è dunque un doppio elemento: quello giurisdizionale, che, pur non risolvendo una lite tra le parti del rapporto giuridico da modificare, accerta il diritto della parte attrice (o di entrambe, se sono concordi) a ottenere dallo Stato la mutazione richiesta; e quello amministrativo, col quale lo Stato, impersonato nello stesso giudice, esegue a favore degli interessati la prestazione che nel primo momento è stata dichiarata dovuta. Perfino in quei casi in cui la iniziativa di provocare il mutamento giuridico vien presa non dai privati interessati, ma dallo stesso Stato rappresentato dal P. M., questi deve procedere per via d'azione, non essendo sufficiente ad ottenere il mutamento la valutazione di un organo amministrativo senza il preventivo accertamento giurisdizionale (46).

La affinità tra l'oggetto del processo civile in questi casi e l'oggetto del processo penale, non ha bisogno, mi sembra, di più ampia dimostrazione; nell'un caso e nell'altro si tratta infatti di giudicare *a priori* se una certa attività amministrativa, che lo Stato sta per esplicare (su richiesta degli interessati, o per iniziativa ufficiale del P. M.) sia conforme alla legge; nell'un caso e nell'altro la necessità della sen-

---

(45) Cammeo, *Comm.*, I, pag. 717.
(46) Cammeo, *Comm.*, I, pag. 717.

tenza deriva, indipendentemente dall'esistenza di una « lite », dall'assoggettamento della funzione amministrativa al preventivo controllo giurisdizionale.

9. — Si potrà, dopo questo, insistere nel disconoscere il carattere sostanzialmente giurisdizionale di questo preventivo controllo del giudice sull'amministrazione?

In verità, anche se si volesse a tutti i costi considerar come scopo inscindibile dalla funzione giurisdizionale la composizione di una « lite », non sarebbe difficile dimostrare come anche in questi casi di sentenze costitutive, che possiamo chiamare *inter volentes*, l'accertamento del giudice serve sempre a risolvere un conflitto d'interessi. Se infatti lo Stato si induce a limitare il libero esercizio della funzione amministrativa, e a ritardarne il corso incanalandola nei complicati meandri del processo, vuol dire che di fronte all'interesse che tale funzione è chiamata a soddisfare (l'interesse alla punizione del reo nel processo penale; l'interesse al mutamento giuridico nel processo civile costitutivo), si erge contrapposto un interesse altrettanto ragguardevole (l'interesse pubblico alla difesa della libertà individuale nel processo penale; l'interesse pubblico al mantenimento di certi stati o rapporti giuridici nel processo civile costitutivo), il quale consiglia di frenare l'attività punitiva o costitutiva dell'amministrazione colle cautele e colle remore che il processo porta con sè. E' appunto il conflitto tra questi due interessi che il processo serve a risolvere in questi casi, anche se gli interessi delle parti apparenti sembrano coincidere. Solo chi si fermi alla superficie delle cose può credere che in una causa per annullamento di matrimonio manchi il conflitto di interessi unicamente perchè entrambi i coniugi si dichiarano concordi nel voler sciogliere il vincolo matrimoniale: il conflitto d'interessi, se non esiste tra gli interessi individuali dei coniugi ormai alleati nel volersi liberare da un vincolo a entrambi gravoso, esiste però tra l'interesse comune dei coniugi all'annullamento del matrimonio e l'interesse dello Stato alla conservazione del medesimo nei casi in cui non sussistano realmente le cause di nullità stabilite dalla legge. Qualcosa di simile avviene nel processo penale, nel quale mal si crederebbe di ravvisar la mancanza d'ogni conflitto d'interessi, sol perchè il P. M. ritiri l'accusa e riconosca l'innocenza dell'imputato, o, viceversa, l'imputato si confessi colpevole: in realtà, al di sopra delle persone dell'accusatore e dell'incolpato, c'è in ogni processo penale un conflitto tra due interessi pubblici, quello alla punizione del reo e quello contrapposto alla tutela della libertà; ed è appunto il conflitto talora latente ma tuttavia immancabile tra questi due interessi, dei quali nè il P. M. nè l'imputato possono disporre, che regge il processo penale e che rende necessaria una pronuncia del giudice, anche quan-

do le persone tra le quali si svolge il dibattimento si dimostrino alleate nell'aspirare ad uno scopo comune.

Male, dunque, nei processi civili qui studiati si argomenta dalla concordia delle parti la mancanza di quel conflitto di interessi che, secondo il CARNELUTTI, sarebbe inseparabile presupposto di ogni atto giurisdizionale; anche se i privati sono d'accordo intorno alla produzione dell'effetto giuridico, essi non possono disporre di quell'interesse pubblico superiore che vigila affinchè tale effetto non si produca quando ne mancano i presupposti, allo stesso modo che la spontanea sottomissione dell'imputato alla pena non estingue nel processo penale l'interesse pubblico alla tutela della libertà, e non autorizza quindi il giudice a condannarlo senza istruttoria. In un certo senso si può pertanto accogliere l'idea affacciata dal CICU (47), che nei processi su rapporti matrimoniali e in genere su rapporti di diritto familiare lo Stato, anche quando non agisce o non interviene il P. M., si debba considerare parte in causa: non già nel senso che lo Stato sia uno dei soggetti del rapporto sostanziale privato di cui si chiede la costituzione o il mutamento, ma nel senso che in questi casi il processo serve innanzi tutto ad accertare se l'amministrazione abbia o non abbia il dovere di effettuare in quel rapporto sostanziale il mutamento giuridico che le parti richiedono. Lo Stato sarebbe dunque in ogni caso parte in causa come il soggetto nei cui confronti dev'essere accertato il diritto che le parti vantano ad una determinata prestazione di natura amministrativa: e forse la circostanza che non sempre in questi processi lo Stato figura esternamente rappresentato dal P. M., si potrebbe spiegare (arrischio una ipotesi, non pongo una tesi) ricorrendo al concetto, di cui si parla talvolta nella giustizia amministrativa, di *contumacia istituzionale* dell'amministrazione (48), la quale eccezionalmente verrebbe ad essere rappresentata in questi processi dallo stesso giudice: il che non sembra qui repugnante alla realtà delle cose, quando si pensi che, secondo la nostra concezione, in ogni sentenza costitutiva il giudice funziona anche da amministratore.

Tutto questo è detto per dimostrare come la natura giurisdizionale di questi processi resti ferma anche quando si accetti il concetto del CARNELUTTI che non vede giurisdizione ove non sia composizione di lite. Ma a mio credere, anche senza bisogno di ricercare in questi processi i latenti conflitti di interessi, alla stessa dimostrazione si può giungere quando si consideri che in questi processi, anche se manca una vera e propria « lite », la sostanza della giurisdizione si ritrova in quel necessario accertamento, senza il quale la legge non permette

---

(47) Op. cit., specialmente a pag. 192.

(48) Cfr. CAMMEO, *Comm.*, I, pag. 287.

che il mutamento giuridico si produca. Anche se non si ha aperta controversia, si ha in questi casi quello stato di incertezza del diritto, che nelle azioni dichiarative è condizione necessaria e sufficiente per provocare l'accertamento giurisdizionale; si tratta, qui, di una incertezza voluta *a priori* dalla legge, di una incertezza diremo quasi obbligatoria od istituzionale, in forza della quale l'amministrazione non può muoversi nel senso chiesto dai privati prima che il giudice abbia dichiarato se questi hanno diritto ad ottenere il mutamento richiesto, e non abbia così creato, al posto di quella incertezza, la certezza legale nascente dal giudicato (49). Si noti che in questo modo resta integro anche in questi processi quel carattere di « sostituzione », che il CHIOVENDA giustamente addita come uno degli elementi essenziali della giurisdizione (50): si ha infatti, in questi processi civili quel fenomeno di sostituzione di *organi* che si verifica anche nel processo penale (51): la sostituzione cioè del giudice all'amministrazione nell'accertare se esiste una volontà di legge, per la quale l'amministrazione (impersonata qui dallo stesso giudice) sia tenuta ad operare il mutamento giuridico richiesto dagli interessati.

10. — Quanto si è detto finora ci permette anche, se non erro, di intendere sempre meglio la inesattezza, già affermata dal CHIOVENDA (52), di quell'insegnamento secondo il quale nel processo civile a tipo inquisitorio si dovrebbe riconoscere, come nel processo penale (53) e nel processo amministrativo (54), un « processo senza parti »: insegnamento che già si trova nel KOHLER (55), che contrappone il processo civile inquisitorio al processo civile di parti (*Parteiprozess*), e che nella dottrina italiana è stato specialmente accolto e sviluppato con molta finezza dal CICU, nelle sue penetranti indagini sulla natura processuale delle controversie familiari. Tutti gli argomenti che si portano per giustificare questa singolare figura del processo « senza parti » fanno capo, per un verso o per un altro, a questo argomento fon-

---

(49) ALFR. ROCCO insegna (in *Sent. civile*, pag. 70 n. 40) che nei casi in cui non è possibile l'accordo tra le parti perchè si tratta di materia in cui vige il principio della officialità, « il rapporto appare come obiettivamente incerto e occorre sempre una sentenza che l'accerti ».

(50) *Principii*, pag. 296.

(51) CHIOVENDA, ivi, pag. 325.

(52) *Principii*, pag. 581.

(53) MANZINI, *Trattato*, I, pag. 35-36; FLORIAN, *Il processo pen.* cit., n. 52 e la dottrina ivi richiamata.

(54) Cfr. sull'argomento SALEMI, *Il concetto di parte e la pubblica amministrazione* (Roma 1916), Parte III, pag. 183 e segg.; D'ALESSIO, *Le parti nel giudizio amministrativo*, (Roma 1915).

(55) *Zivilprozess*, § 44.

damentale: che mentre nel processo di parti si trovano in conflitto, in una specie di duello giuridico (56), due interessi individuali contrapposti, nel processo inquisitorio unico è l'interesse alla cui tutela giuridica il giudice deve provvedere, in modo che il contraddittorio, anche se c'è, « può essere alimentato da un diverso apprezzamento dell'identico interesse, non da due interessi in antitesi » (57). Ciò avverrebbe, a detta del CICU, nei processi per impugnativa delle deliberazioni del consiglio di famiglia, nei quali « in causa è unicamente l'interesse dell'incapace » (58); nei processi per nullità di matrimonio, in cui, specialmente quando attore e convenuto concordano, l'interesse in questione è « l'interesse famigliare-statuale alla costituzione o non costituzione della famiglia » (59); e soprattutto nei processi d'interdizione, in cui « la controversia si aggira sull'unico interesse famigliare e statuale a che sia curato l'interesse dell'infermo di mente » (60). In tutti questi casi il contraddittorio è puramente apparente, fittizio; e le parti, che pur esteriormente figurano di fronte al giudice, sono « per così dire, messe su artificialmente » (61): si tratta, insomma, di parti in senso formale, in quanto soggetti apparenti del processo, non di parti in senso sostanziale, in quanto titolari di interessi contrapposti (soggetti dell'azione, non della lite, direbbe il CARNELUTTI) (62).

Contro questa singolare concezione di un processo « senza parti », — che io ritengo errata nel nostro diritto positivo non solo per questa categoria di processi civili, ma altresì per il processo penale e per il processo amministrativo — militano in sostanza le stesse ragioni che più sopra mi hanno indotto a respingere la teoria, secondo la quale lo scopo essenziale della giurisdizione sarebbe la composizione delle « liti ». Bene insegna il CHIOVENDA che la presenza di almeno due parti non discende necessariamente dal fatto che si trovino in contrasto dinanzi al giudice due persone titolari di contrapposti interessi, ma dal fatto che una di queste persone domandi al giudice in proprio nome una attuazione di diritto destinata ad essere operativa di fronte all'altra: che poi quest'altra persona, di fronte alla quale il provvedimento giurisdizionale è chiesto, si opponga, o resti inerte

---

(56) « *Ein geistiger Zweikampf* » è definito il processo civile dal KOHLER, *Zivilpr.*, § 31.

(57) CARNELUTTI, *Lezioni*, II, pag. 189.

(58) *Diritto di famiglia*, pag. 183-184.

(59) Ivi, pag. 190-191.

(60) Ivi, pag. 197. Anche WACH, *Handbuch*, pag. 57; il quale però logicamente conclude, data tale premessa, che qui siamo in tema di giurisdizione volontaria.

(61) CICU, op. cit., pag. 181.

(62) *Lezioni*, II, n. 110.

o magari dimostri addirittura di non avere interesse contrario all'accoglimento della domanda, tutto questo sulla qualità di parte non ha niente a che fare (63). Ma c'è di più: che, cioè, quand'anche fosse esatto vedere un processo « di parti » in senso proprio solo là dove oggetto del processo sia un conflitto di interessi, male in questi processi che si vogliono chiamare « senza parti » si argomenterebbe la mancanza del conflitto di interessi e quindi la mancanza di parti dal fatto che assai di frequente gli interessati appaiono qui d'accordo anzichè in contrasto sull'effetto giuridico da conseguire mediante sentenza. Chi così argomentasse confonderebbe la mancanza del conflitto di interessi *colla mancanza nelle parti del potere di comporlo consensualmente.*

Se, ad esempio, fosse vero che nel processo di interdizione (quello che più tipicamente coincide per la sua struttura col processo penale) il contraddittorio è alimentato non dalla contrapposizione di due diversi interessi, ma solo da un diverso apprezzamento dell'identico interesse, non si intenderebbe perchè il processo debba continuare e la sentenza sia tuttavia necessaria anche quando l'interdicendo, aderendo alla domanda del suo apparente contraddittore, abbia dimostrato di apprezzare questo unico interesse nello stesso modo in cui lo apprezza chi nel processo sta di fronte a lui (64). La verità è che nell'interdicendo si impersona un interesse nettamente contrapposto a quello fatto valere da chi ha promosso l'interdizione, che è l'interesse alla tutela della personalità, cioè al mantenimento della capacità di agire che gli si vuol togliere: finchè l'interdicendo, opponendosi alla interdizione chiesta contro di lui, si batte nel processo per la difesa di questo suo interesse, appare anche qui ben visibile, alla ribalta per così dire, quel « *geistige Zweikampf* » che sarebbe la caratteristica del processo « di parti »; ma al momento in cui l'interdicendo cessa di combattere e si dichiara concorde colla controparte nel ritenere opportuna quella menomazione della sua personalità che gli si vuole infliggere, ecco che dietro a lui, a quel modo che nei combattimenti omerici gli dei d'Olimpo apparivano alle spalle dei caduti per continuare la lotta colle loro stesse armi, sorge lo Stato a raccoglier la difesa di quell'interesse che egli ha lasciato cadere; poichè quell'interesse alla tutela della personalità non è un interesse individuale di cui l'interdicendo possa a piacer suo disporre come di cosa sua, ma è anche un interesse pubblico, analogo a quell'interesse pubblico alla tutela della libertà, che nel processo penale, pur essendo tipicamente

---

(63) *Principii,* pagg. 316, 580.

(64) Su questa situazione Cicu, op. cit., pag. 190.

impersonato nell'imputato, non vien meno neppure quando costui, col riconoscersi colpevole, dimostri di rinunciare a difenderlo (65).

In conclusione io ritengo che la concezione di un « processo senza parti » sia nient'altro che una *contradictio in adiecto*. Non si nega che in questi casi « lo Stato potrebbe adottare un diverso sistema e attuare il suo interesse senza bisogno di giurisdizione » (66), sostituendo a questi processi le più semplici forme della giurisdizione volontaria: come non si nega che lo Stato, il quale può tutto, e così anche rifare a ritroso il cammino dei secoli, potrebbe ridurre la funzione punitiva a pura attività di polizia. Ma finchè in tutti i casi che abbiamo esaminato, l'effetto giuridico è inseparabile da una sentenza, la necessità dell'accertamento giurisdizionale è la miglior dimostrazione della esistenza di un conflitto di due interessi, uno dei quali, quello di cui la parte attrice chiede il sacrificio, è considerato dallo Stato di tale importanza sociale, da non ritener sufficiente ad accogliere la domanda neppure la piena adesione del singolo in cui tale interesse nel caso concreto si personifica.

11. — Visto così il fondamento sostanziale di questo particolar tipo di processo civile, resta chiarito che quando adottiamo per esso, in contrapposizione al processo civile ordinario in cui signoreggia il principio dispositivo, la qualifica di « inquisitorio », intendiamo questa parola non già nel senso in cui la adottano i penalisti quando contrappongono la forma inquisitoria a quella accusatoria (nel senso cioè di un processo in cui, essendo riunite nel giudice anche le funzioni di accusatore e di difensore, l'imputato cessa di essere un soggetto del processo per diventare soltanto l'oggetto dell'istruttoria), ma nel senso di un *processo di parti, in cui prevalga il principio inquisitorio*: in cui cioè il giudice, pur avendo dinanzi a sè due parti, sia svincolato, per la ricerca della verità, dalla iniziativa e dagli accordi delle medesime (67).

Questo processo civile inquisitorio nel quale, come nel processo penale, si tratta di decidere *a priori* se esistono i presupposti giuridici necessarî affinchè lo Stato possa esercitare una sua attività amministrativa, presenta, a chi lo esamini nei dettagli, una quantità di caratteri

---

(65) Cfr. MANZINI, *Trattato*, I ,n. 40, IV.

(66) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1263, nota 5.

(67) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 727. Anche nel processo penale si distingue tra *forma* inquisitoria e *principio* inquisitorio: e si riconosce che il principio inquisitorio può applicarsi anche nella forma accusatoria (FLORIAN, *Il processo pen.* cit., pag. 9).

che lo avvicinano al processo penale anche nelle singole regole che disciplinano il suo svolgimento.

Fare una rassegna minuziosa di questi caratteri non posso qui, data l'indole del presente scritto che si propone soltanto di tracciare i lineamenti essenziali di questa forma di processo; nè, potendo, vorrei, chè una completa disamina analitica dei processi civili retti da norme speciali è stata già fatta dal Maestro che qui onoriamo, in quell'ultima puntata dei suoi *Principii,* che, nella precisa e sicura applicazione delle premesse teoriche agli istituti meno studiati della nostra legislazione processuale, porta nuova luce alla comprensione di questi e costituisce insieme la migliore riprova della bontà del sistema (68). Mi limito soltanto ad osservare che quando si tenga presente ciò che forma oggetto di questo processo civile inquisitorio — nel quale si tratta di decidere non se esista un diritto di un privato verso un altro privato, ma se lo Stato sia tenuto o no a costituire, modificare od estinguere un rapporto giuridico tra privati — si intende come proprio alla special natura di questo oggetto siano riferibili, come a loro comune giustificazione ed origine, i varî caratteri per i quali il processo civile inquisitorio si differenzia dal processo civile ordinario.

Si intende così il divieto di sottoporre questa speciale categoria di controversie agli arbitri, il quale, parallelo al divieto di transigerle (art. 8 Cod. proc. civ.) e basato in sostanza sulle stesse ragioni per le quali arbitrato e transazioni sono inconcepibili nella giustizia penale, mira a sottrarre lo Stato alla decisione dei giudici privati, il cui responso potrebbe facilmente essere vincolato o indirizzato da accordi delle parti, interessate ad ottenere l'attività costitutiva dello Stato anche quando non ne ricorrono i presupposti; così si intende la « cura posta dalla legge nell'assicurare a questi rapporti il miglior giudice » (69), ed in ispecie la inderogabilità della competenza per territorio, la quale, come avviene nella giurisdizione penale (70) e nella giurisdizione volontaria (71), è una conseguenza inseparabile dell'adozione del sistema inquisitorio, di cui mancherebbe il pieno rendimento, quando le parti avessero facoltà di portare il processo dinanzi a un giudice territorialmente diverso da quello, che la legge ritiene essere il solo idoneo a compiere, nello stesso territorio ove ha origine il rap-

---

(68) Cfr. specialmente *Principii,* § 95 bis.

(69) Chiovenda, *Principii,* pag. 1234.

(70) Nel processo penale la incompetenza per territorio può essere rilevata d'ufficio: cfr. Manzini, *Trattato,* II, n. 137, I.

(71) Cfr. la sentenza della Cass. 18 febbraio 1925 e le note di Liebman, in *Riv. dir. proc. civ.,* II, 274 e segg.; e di Lipari, in *La Corte di Cass.,* 1925, pag. 1240.

porto da modificare, indagini fruttuose sul medesimo (72); si spiega altresì, in questi processi, la frequente partecipazione del Pubblico Ministero, il quale — mentre nei casi in cui si fa attore in vece della parte rappresenta l'interesse a che lo Stato presti in quel caso la sua attività costitutiva (oltre, n. 12) con una posizione in certo senso analoga a quella che il P. M. ha nel processo penale — rappresenta in altri casi, quando figura come semplice concludente, l'interesse dello Stato a che il mutamento non avvenga senza la sicurezza dell'esistenza dei suoi presupposti, assumendo quindi, quasi come cooperatore del giudice e come rafforzamento dei poteri inquisitorî a questo concessi, la posizione di un interveniente litisconsortile meglio che adesivo (73).

Ma soprattutto appare chiara, quando si pensi alla natura del rapporto sostanziale che costituisce l'oggetto di questi processi, la ragione per la quale in essi i poteri del giudice si trovano, in confronto a quelli attribuitigli nel processo civile ordinario, notevolmente aumentati: non soltanto in relazione all'impulso processuale, che assai volte, in questi processi, è ufficiale anzichè di parte (74), ma principalmente nel campo delle prove, ove, in numerose deviazioni dal processo civile ordinario signoreggiato dal principio dispositivo, si afferma quel principio inquisitorio da cui questi processi, come dalla loro più evidente caratteristica, prendono il nome. Anche in questo il processo civile inquisitorio si avvicina in modo evidente al processo penale; e quando i penalisti contrappongono il processo penale a quello civile, considerando il primo come dominato dal principio « della ricerca della verità reale » e il secondo ristretto invece alla ricerca di una verità cosiddetta « formale », quale si otterrebbe « mediante speciali regole probatorie, presunzioni, preclusioni, finzioni, transazioni

---

(72) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1264, nota 1. Si può avere nel processo civile competenza territoriale inderogabile, senza che per questo nel processo sia adottato il sistema inquisitorio (per es. nelle cause civili, in cui, essendo parte la pubblica amministrazione, si deve necessariamente adire il foro erariale: cfr. art. 19 e segg. r. d. 30 dicembre 1923, n. 2828); ma non viceversa, per la ragione detta nel testo, si può avere il secondo scompagnato dalla prima.

(73) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, § 23, II, B; CARNELUTTI, *Lezioni*, II, n. 109, il quale parla (pag. 295) di « intervento adesivo »; ma poichè può darsi che il P. M., intervenendo in un processo vertente tra altri, non aderisca in realtà nè alla tesi dell'uno nè a quella dell'altro, ma anzi si ponga in contrasto (come può accadere per es. quando i coniugi siano d'accordo sull'annullamento del matrimonio) con entrambi, è preferibile avvicinare questa forma di intervento a quello che la dottrina tedesca chiama interv. litisconsortile (cfr. HELLWIG, *System*, II, pag. 44).

(74) Specialmente nei processi di interdizione e di inabilitazione: CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1235.

ecc. » (75), affermano cosa inesatta per lo meno nei confronti del processo civile inquisitorio, in cui quasi del tutto (cfr. però oltre, n. 12) scompaiono i residui di prova legale che valgono nel processo ordinario, e il giudice, non più vincolato dal potere dispositivo delle parti, ha il potere e il dovere di ricercare d'ufficio i fatti influenti sulla decisione e di esperimentare i mezzi di indagine che crede a ciò necessarî (76). Di questa prevalenza del principio inquisitorio sul principio dispositivo già all'inizio di questo studio abbiamo trovato la ragione estrinseca e possiamo dire meccanica nella possibilità che in questi processi manchi tra i soggetti del rapporto sostanziale sottoposto al giudice un effettivo contrasto di interessi: qui, prossimi alla conclusione delle nostre indagini, possiamo trovarne la ragione più profonda nel considerare che, essendo qui il giudice chiamato in sostanza a decidere su un conflitto tra l'interesse di chi aspira a ottenere dallo Stato un certo mutamento giuridico e l'interesse dello Stato di non effettuarlo se ne mancano i presupposti, non può il giudice esser vincolato dagli accordi e dalla condotta processuale dei soggetti del rapporto da modificare, che rappresentano, o possono rappresentare, soltanto il primo dei due interessi in contrasto.

Di molti altri particolari caratteri del processo civile inquisitorio sarebbe agevole trovar la ragione in considerazioni analoghe a quelle fatte finora, e ravvisare la coincidenza coi corrispondenti caratteri del processo penale: così, ad esempio, ritengo che in questa forma di processo civile il diritto di impugnare una sentenza possa in certi limiti essere indipendente da quel presupposto della soccombenza che è indispensabile nel processo a tipo dispositivo (77), e che l'idea sostenuta da molti autori e consacrata perfino in qualche legislazione (78) che le sentenze pronunciate in questi processi facciano stato *erga omnes*, possa venire assai chiarita quando si risalga ai motivi per i quali, a ragione o a torto, la stessa affermazione vien ripetuta per le sentenze

---

(75) MANZINI, *Trattato*, I, pag. 149.

(76) Cfr. anche qui per tutti CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1235. Sembra però che il CARNELUTTI, nel suo scritto *Contro il processo fraudolento*, pag. 20, sostenga che *in iure condito* il principio dispositivo resti in vigore anche in questi processi. Cfr. la sentenza del Tr. di Torino 2 maggio 1926, con nota di RICCA BARBERIS, *Perizie sottratte all'accordo delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 1927, II, 81.

(77) Mi domando, per citare un caso, se nella famosa controversia risolta dalla Cassazione civile colla sentenza 12 settembre 1925 (sulla quale vedi CARNELUTTI, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, II, pag. 14 segg.) il resultato al quale giunse la Suprema Corte non sarebbe stato diverso, ove si fosse tenuta presente la speciale natura inquisitoria del giudizio di merito: cfr. in questo senso per casi analoghi GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage* (Berlin, 1925), pag. 336, nota 1710 *a*.

(78) Cfr. *CPO* germ. (testo 13 maggio 1924), § 629.

penali e per quelle delle giurisdizioni amministrative, e quando si ricerchi se eventualmente tale identità di soluzioni, intravista più che affermata, non derivi dal fatto che queste sentenze civili, al pari di quelle penali e amministrative, contengono, come si è detto, un elemento di natura amministrativa o dispongono intorno all'esercizio di un'attività amministrativa.

Ma tutto questo sarebbe fuori dai confini di questo lavoro. Qui mi limiterò soltanto ad avvertire che il processo civile inquisitorio, nascosto finora nelle pieghe della vigente legislazione processuale, fuor delle quali per metterlo in luce e per ricostruirlo ad unità hanno dovuto adoprarsi gli studiosi, è stato oggetto di speciale attenzione nel *Progetto di codice di procedura civile* preparato da FRANCESCO CARNELUTTI e rivisto dalla Sottocommissione reale. Nel suddetto *Progetto* molte caratteristiche di questo processo sono state poste in evidenza e consacrate in apposite disposizioni, le quali regolano, in deroga alle corrispondenti disposizioni del processo ordinario, i seguenti punti: azione e intervento del P. M. (art. 1, 13, 16, 18; 14 del Pr. riveduto); esonero dalla cauzione a garanzia della responsabilità (art. 36; art. 38 Prog. riv.); poteri di iniziativa del giudice (art. 27; art. 29 Prog. riv.); consulenza dei congiunti (art. 83); prove ordinate d'ufficio (art. 105; art. 175 Prog. riv.); conseguenza della inattività della parte (art. 106); inefficacia probatoria della ammissione (art. 298; art. 288 Prog. riv.); divieto dell'arbitrato (art. 396; art. 397 Prog. riv.).

12. — Per completare questo sommario quadro di quelli che a mio credere sono i lineamenti fondamentali del processo civile inquisitorio, debbo fare un'ultima osservazione; la quale, ponendo in evidenza un punto in cui la identità tra la struttura di questo processo e quella del processo penale è soltanto parziale, serve, se non mi inganno, a fissare con maggior chiarezza la fisionomia del nostro istituto.

Tale identità soltanto parziale, che è quindi parziale diversità di struttura, si riferisce alla estensione del funzionamento del principio inquisitorio: il quale, mentre nel processo penale funziona a pieno e in tutte le direzioni, nel processo civile inquisitorio funziona a mezzo, in una direzione sola, lasciando che nel resto sopravviva il principio dispositivo.

Quando i penalisti insegnano che il processo penale è tutto quanto dominato dal principio della *obbligatorietà* (79), non si riferiscono soltanto ai caratteri di *ufficialità* (80) e di *legalità* (81), che son proprî

---

(79) Cfr. MANZINI, *Trattato*, I, n. 50 e segg.

(80) ID., op. cit., n. 51 e segg.; FLORIAN, op. cit., n. 18 e segg.

(81) MANZINI, op. cit., I, n. 55 e segg.; FLORIAN, op. cit., n. 23 e segg.

dell'azione penale, l'esercizio della quale, svincolato dall'iniziativa dei privati e indipendente da qualsiasi apprezzamento di opportunità, costituisce un potere-dovere dello Stato (82); ma si riferiscono altresì a quel carattere che vien chiamato della *irretrattabilità* (83), della *indisponibilità* (84), o anche della *immutabilità* del processo penale (85), in forza del quale il processo penale, una volta messo in moto dal necessario esercizio della pubblica accusa, non può essere revocato o sospeso o concluso in forma diversa da quella, del pari inevitabile, della sentenza del giudice, pronunciata in seguito a dirette indagini probatorie da questo compiute (86).

Non solo, dunque, il processo è l'unica via attraverso la quale può realizzarsi la pretesa punitiva dello Stato; non solo lo Stato ha il dovere, quando sussistano certi presupposti legali, di mettere in moto, in veste di pubblico accusatore, il processo penale; ma questo processo, una volta messo in moto, deve fatalmente svolgersi, come pietra rotolante fino al fondo della china, fino al suo pieno esaurimento giuridico.

Questa immutabilità o indisponibilità del processo penale è tale che non ammette eccezioni in nessuna direzione: nè verso il pubblico ministero che agisce, nè verso l'imputato che si difende. Non solo, infatti, l'imputato non può far venire meno la necessità del processo e della sentenza col dichiararsi reo e pronto a sottomettersi alla pena; ma neppure il pubblico accusatore, alla cui iniziativa si deve se la macchina giurisdizionale si è messa in moto, è più in grado, dopo aver dato la prima spinta iniziale, di fermare il processo ritirando l'accusa e riconoscendo l'innocenza dell'imputato. Nell'un caso e nell'altro il giudice, nonostante che tra i due soggetti del processo sia venuta a cessare, per adoperare una frase del processo civile, la « materia del contendere », continuerà di propria iniziativa le sue indagini, e non si fermerà se non quando sia pervenuto a una decisione, la quale potrà anche essere disforme dalle concordi richieste delle due parti. Il principio « *nemo iudex sine accusatore* », che vige nel processo penale accusatorio, è dunque vero soltanto nella fase iniziale del processo: quando l'organo dell'accusa ha dato al processo il primo impulso indispensabile per metterlo in moto, il perseverar dell'accusa non è indispensabile per l'ulteriore suo svolgimento; c'è in verità in quest'autonomia del giudice penale che continua ad avanzare per conto suo anche quando il P. M. abbandona la sua parte di pro-

---

(82) Florian, op. cit., n. 17 bis.

(83) Manzini, op. cit., I, n. 58.

(84) Florian, op. cit., n. 27.

(85) Heinze, scritto cit., IV, pag. 233.

(86) Cfr. Manzini, op. cit., I, pag. 184-186; Florian, op. cit., n. 27.

pulsore, una chiara sopravvivenza, che non è del resto la sola (87), della forma inquisitoria, nella quale il giudice era anche, fin da principio, la sola forza motrice del processo. Così, in conseguenza di questa indisponibilità del processo penale estesa anche al pubblico accusatore, non solo è giuridicamente irrilevante ai fini della sentenza penale la dichiarazione dell'imputato di sottomettersi spontaneamente alla pena, ma altresì la rinuncia all'azione fatta dal P. M.; e tutte le forme di prove legali o di accertamenti basati sulla inattività di una delle parti e sulla conseguente preclusione di ogni ulteriore indagine (sul tipo della *ficta confessio* del processo civile) sono bandite dal processo penale non solo quando esse potrebbero servire a far condannare l'imputato, ma anche quando potrebbero servire a farlo assolvere. Tutto questo dimostra che nel processo penale stanno a fronte due interessi pubblici, quello alla punizione del reo e quello alla tutela della libertà, che lo Stato considera di pari importanza, e che, prima della decisione, sono per così dire in condizione di equilibrio: nè dell'uno nè dell'altro lo Stato consente il sacrificio unilaterale derivante da spontanea rinuncia, e prima di affermare la prevalenza dell'uno sull'altro esige indistintamente che il giudice esperimenti indagini dirette sui fatti, ugualmente scrupolose ed approfondite, quale che sia dei due interessi quello destinato a soccombere.

La imparzialità che lo Stato mostra di fronte ai due interessi pubblici contrapposti nel processo penale, e la identica cura colla quale esso mira a garantire ad entrambi lo stesso rigore di strumenti probatorî, non trova riscontro nel processo civile inquisitorio: nel quale quella maggior libertà di iniziativa che il principio inquisitorio consente al giudice per la scoperta della verità e quel contemporaneo ripudio di tutti i mezzi di prova che direttamente o indirettamente implicherebbero un potere di disposizione delle parti sul materiale di lite, costituiscono un presupposto indispensabile della decisione, solamente quando questa accolga la domanda dell'attore e ponga in essere il mutamento giuridico che questi si proponeva di conseguire: che se, al contrario, la sentenza sia di rigetto e accerti con ciò la inesistenza del diritto ad ottenere il mutamento giuridico richiesto, per arrivare a questo resultato negativo potrà e dovrà il giudice servirsi di tutti quei mezzi probatorî che son consentiti nel processo ordinario e muoversi senza deviazioni entro il ristretto sentiero del principio dispositivo. Quantunque nessuna disposizione esplicita sia contenuta in proposito nel nostro diritto positivo, nessuno ha mai dubitato che nei processi aventi per oggetto lo stato e la capacità delle persone, nei quali

---

(87) Cfr. WACH, *Struktur des Strafprozesses* cit., pagg. 7, 10 ecc.

il riconoscimento dell'azione da parte del convenuto resta giuridicamente irrilevante, sia invece ammissibile e pienamente efficace, come nel processo civile ordinario, la rinuncia all'azione fatta dall'attore: la dichiarazione colla quale l'interdicendo eventualmente riconoscesse la propria incapacità non esonererebbe il giudice dall'indagare d'ufficio se esistono o no i presupposti legali della interdizione; ma al contrario il processo cesserebbe automaticamente qualora l'attore dichiarasse di rinunciare alla domanda d'interdizione da lui proposta, nè potrebbe il giudice, dopo questa rinuncia, continuar d'ufficio ad inquisire sulle facoltà mentali dell'interdicendo. Lo stesso avviene, nel processo civile inquisitorio, per le prove legali e per le preclusioni: la confessione come dichiarazione facente piena prova, il giuramento decisorio, la *ficta confessio* (88) non sono, come nel processo penale, assolutamente banditi; ma sono utilizzabili solamente in quanto concorrano a far pronunciare il rigetto della domanda e ad impedire il mutamento giuridico che la domanda mirava a provocare. Per giungere all'accoglimento della domanda il giudice deve dunque esercitare sul rapporto sostanziale sottoposto alla sua decisione un controllo assai più rigoroso e approfondito di quello che è ritenuto sufficiente nel caso contrario: attore e convenuto non si trovano qui in condizione di parità nell'esperimento dei mezzi di prova ad essi consentiti dalla legge, poichè l'attore per giungere ad ottenere dal giudice l'accoglimento della sua domanda deve superare *in agendo* ostacoli assai più gravi di quelli che il convenuto incontra *in excipiendo* per farla respingere. Tra l'attore che chiede il mutamento di un certo stato giuridico e il convenuto che ne chiede il mantenimento, lo Stato guarda con occhio di favore il secondo, e cerca, col facilitargli la prova delle eccezioni, di metterlo in condizione di superiorità di fronte al primo.

Siamo dunque, qui, in presenza di un processo in cui il principio

---

(88) Cfr. Chiovenda, *Principii*, pag. 1225; Cicu, op. cit., pag. 178-180 (Cap. II, § 5, n. 14); Hellwig, *System*, II, § 245 (specialmente pag. 22-23), il quale insegna che secondo il diritto germanico nelle cause matrimoniali il principio inquisitorio prevale sul principio dispositivo solo allo scopo di mantenere in vita il matrimonio, non allo scopo contrario (« *zum Zwecke der Aufrechterhaltung der Ehe* », dice testualmente il § 622 della *CPO* germ.). Nel diritto austriaco, nel quale le cause matrimoniali sono ancora rette dal decreto 23 agosto 1819, modificato dall'ordinanza ministeriale 9 dicembre 1897, il giudice ha il dovere di *difendere d'ufficio* il matrimonio valido contro ogni arbitraria impugnativa (§ 10 della predetta ordinanza) e può anche, quando i coniugi siano d'accordo nel chieder la nullità del matrimonio, esser nominato nel processo un *defensor matrimonii*: cfr. Pollak, *System*, pag. 672; Neumann, *Komm.*, II, pag. 1653 e seguenti; Ohmeyer, *Gegen den Ehebandsverteidiger, in Gerichts- Zeitung*, 15 marzo 1927, pag. 81 e segg.

dispositivo e il principio inquisitorio coesistono senza sovrapporsi, in direzione diversa: una specie di erma bifronte, che mostra il principio inquisitorio a chi procede, e il principio dispositivo a chi si oppone o recede. La ragione di questa coesistenza dei due principî nello stesso processo, si trova facilmente, quando si pensi che, mentre nel processo penale sono contrapposti due interessi pubblici, che lo Stato, finchè non sia intervenuta la decisione del giudice, ritiene degni di uguale rispetto, nel processo civile inquisitorio si trovano di fronte due interessi che, dal punto di vista della utilità sociale, non possono esser considerati come equivalenti. Nel processo civile inquisitorio sono infatti in questione certi stati o certi rapporti giuridici la cui permanenza ha sì alta importanza sociale da far ritenere meno pericoloso per il bene della collettività il loro mantenimento anche nei casi in cui esisterebbero fondati motivi giuridici per farli modificare, anzichè la loro modificazione nei casi in cui tali motivi non esistono (89).

Tra la sopravvivenza di un matrimonio giuridicamente annullabile e l'illegale annullamento di un matrimonio giuridicamente valido, l'ordine sociale deve guardarsi più dalla seconda eventualità che dalla prima: cosicchè è naturale che in un processo, in cui si tratta di decidere dell'annullamento di un vincolo matrimoniale, lo Stato cerchi di cautelarsi contro questa seconda eventualità con maggior rigore probatorio di quello adoprato per evitare la prima. Lo Stato insomma, nei processi in cui si tratta di decidere sulla validità di un rapporto giuridico concernente lo stato e la capacità delle persone, si adopra *magis ut valeat quam ut pereat*: e perciò si accontenta del principio dispositivo *ut valeat,* ma fa del principio inquisitorio una condizione indispensabile *ut pereat.*

Quanto si è detto finora non è in contrasto col fatto che in certi casi lo Stato, ritenendo socialmente utile che non resti in vita un rapporto giuridico di diritto privato viziato da quei difetti che costituiscono il presupposto legale per provocarne il mutamento, si sostituisca con un suo organo amministrativo (Pubblico Ministero) al privato che sarebbe legittimato ad agire in giudizio a tale scopo e che è restato inerte. Anche in questi casi, quantunque il mutamento sia provocato da un organo dello Stato, il quale dimostra così di considerare come interesse pubblico la effettuazione del mutamento, i due interessi in contrasto nel processo non arrivano mai a trovarsi in quella condizione di equilibrio che si produce nel processo penale. Infatti anche quando il processo civile inquisitorio è messo in moto dal Pub-

---

(89) Cfr. Chiovenda, *Principii,* pag. 1235, nota 1; Kohler, *Zivilpr.,* pag. 300, 337 in fine.

blico Ministero in quei casi in cui la legge lo consente (per es. art. 85, 104, 112, 326 cod. civ., ecc.), questi può sempre rinunciare all'azione e far venir meno così la necessità della pronuncia del giudice: il che significa, se non erro, che l'interesse che il P. M. rappresenta in questo caso è meno rigorosamente tutelato dell'interesse opposto, il quale invece non può esser sacrificato se non attraverso la pronuncia del giudice. In ciò consiste la differenza caratteristica — l'unica forse veramente essenziale — tra il processo civile inquisitorio e il processo penale: in questo, mentre la regola per la quale la pretesa punitiva non può esser soddisfatta senza previo accertamento giurisdizionale esclude ogni possibilità di una punizione in via amministrativa e tutela così l'interesse alla libertà del singolo, la regola contrapposta per la quale l'esercizio dell'azione penale non può esser sospeso per ragioni di opportunità (*legalità dell'azione penale*) esclude il pericolo che lo Stato resti inerte di fronte ad un reato, e tutela così l'interesse alla punizione del reo; in quello invece, mentre l'interesse a che il mutamento giuridico non si produca quando ne mancano i presupposti è sempre necessariamente tutelato, in quanto il mutamento non può conseguirsi se non attraverso una sentenza che ne accerti la legittimità, l'interesse contrapposto al conseguimento del mutamento giuridico non è del pari garantito in ogni caso, perchè non esiste nè per i privati legittimati ad agire a tale scopo, nè per il Pubblico Ministero, un dovere di provocare il mutamento, parallelo a quel dovere che sorge per l'organo accusatore dal principio della legalità dell'azione penale. Cosicchè la struttura del processo civile inquisitorio, mentre mira ad escludere in ogni caso che un rapporto giuridico concernente lo stato e la capacità delle persone possa esser modificato in via diversa da quella giurisdizionale, non esclude (nè vuol escludere) che rapporti giuridici di questa natura sopravvivano invariati per mancato esercizio dell'azione anche quando esisterebbero i presupposti legali per ottenerne dal giudice il mutamento.

Tutto questo, mi sembra, non fa che confermare quella che vorrebbe essere l'idea centrale del presente studio; che, cioè, il processo civile a tipo inquisitorio è costruito per servire nel miglior modo possibile a questo scopo fondamentale: garantire che l'attività amministrativa occorrente per modificare certi rapporti di diritto privato, che è socialmente utile mantenere invariati finchè manchino i presupposti di modificabilità o di annullabilità rigorosamente previsti dalla legge, non possa esser prestata dallo Stato se non in seguito a pronuncia giurisdizionale che accerti la esistenza di siffatti presupposti.

VIII

IL PROCESSO COME SITUAZIONE GIURIDICA (*)

Il prof. J. Goldschmidt, dell'Università di Berlino, in questo suo ponderoso volume apparso nel 1925 (*Der Prozess als Rechtslage-Eine Kritik des prozessualen Denkens,* Berlino, Springer, 1925; pag. 602), si propone di porre la scienza processuale civile su basi teoriche profondamente diverse da quelle finora accettate come conquista definitiva dalla gran maggioranza degli studiosi tedeschi: e crede che da questo nuovo orientamento sistematico discenda la necessità di adottare per lo studio e per la esposizione del diritto processuale un metodo di trattazione (*Betrachtungsweise*) tutto speciale e ben distinto da quello che si adopra per la trattazione del diritto sostanziale.

L'idea centrale del libro è questa: che il processo non dev'esser considerato, come finora si è fatto, quale un rapporto giuridico (*Prozess als Rechtsverhältniss*), ma piuttosto quale una situazione giuridica (*Pr. als Rechtslage*) o quale una serie di situazioni giuridiche tra loro concatenate. Nella dimostrazione di questa tesi, dalla quale il G. prende lo spunto per sottoporre a una profonda rielaborazione tutti i concetti fondamentali della nostra scienza, le due parti nelle quali il volume si divide hanno ciascuna, sia pur con intento coordinato, una propria funzione ben distinta: la prima (pagg. 1-145), dedicata alla revisione della teoria del rapporto giuridico processuale, ha carattere critico e negativo; la seconda (pagg. 146-535), destinata a chiarire e a sviluppare nella sua portata sistematica il concetto di « situazione giuridica processuale », ha — o vorrebbe avere — funzione ricostruttiva.

La critica del concetto di rapporto giuridico processuale, la cui storia nella dottrina tedesca è rapidamente schizzata nelle prime pagine, è condotta non soltanto in relazione al vigente diritto processuale ger-

---

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale civile,* a. IV, 1927, P. I, pp. 219-226; tradotto in lingua spagnola da S. Sentís Melendo in P. Calamandrei, *Estudios sobre el Proceso Civil* (Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945)]. [*Bibliografia,* n. 147].

manico, ma altresì in relazione al processo romano e al processo comune, interpretati, con voluto antistoricismo (1), al lume delle teorie moderne. La conclusione che il G. crede di poter trarre da questa prima parte del suo lavoro, è quella della *perfetta inutilità scientifica del concetto di rapporto giuridico processuale*: sia perchè non ha niente a che vedere col rapporto giuridico processuale la nozione, che erroneamente si è voluta connettervi, dei cosiddetti « presupposti processuali », i quali in realtà non sono condizioni del processo, ma condizioni della decisione di merito (pagg. 4-75); sia perchè non può trovarsi nel rapporto giuridico processuale l'origine di rispettivi obblighi e diritti del giudice e delle parti, in quanto là dove si parla inesattamente di obblighi nascenti dal rapporto processuale si dovrebbe più esattamente parlare di oneri processuali, ovvero, se di veri e propri obblighi si tratta, la loro origine dev'esser cercata non nel rapporto giuridico processuale, ma nel rapporto di diritto pubblico che passa, prima e fuori del processo, tra lo Stato e le persone che nel processo agiscono come giudice e parti (pagg. 76-133). A questa conclusione il G. perviene attraverso una diligente rassegna di tutti i casi nei quali, nei processi antichi e moderni, si è parlato di *doveri processuali* del giudice e delle parti: il dovere del giudice di decidere la controversia in modo conforme alla legge non è di natura processuale, ma di natura costituzionale, e trova la sua base giuridica non nel rapporto processuale ma nel rapporto d'ufficio che passa tra lo Stato e i suoi funzionarî giudiziarî (pagg. 76-81); in quanto ai cosiddetti doveri processuali delle parti, il processo moderno non conosce un dovere generale delle parti di comparire e di partecipare al giudizio, mentre nei processi antichi, che tale dovere hanno conosciuto, esso derivava non dal processo, ma dalla condizione di sudditanza per cui tutti i cittadini erano sottoposti al potere giudiziario dello Stato (pagg. 81-107); nel diritto moderno si può tutt'al più parlare di un onere di comparire: e come oneri devono esser considerati tutti i cosiddetti obblighi di compiere certe attività nel processo, l'omissione delle quali danneggia soltanto colui che si è astenuto dal compierle (così l'onere di emettere nel processo una dichiarazione; l'onere di comparire personalmente; ecc.). Là dove si deve vedere nelle parti un vero e proprio dovere di compiere certe attività destinate ad agevolare l'opera del giudice (per es. il dovere di produrre documenti), si tratta non di doveri processuali, ma di doveri civici paragonabili a quelli che possono incombere anche sui cittadini estranei al processo, quale il dovere di testimoniare o il

---

(1) Su questo antistoricismo, cfr. la recensione del WENGER citata più avanti nel testo.

dovere di prestarsi come perito. In quanto all'obbligo di pagare le tasse giudiziarie, esso è una conseguenza di quel generale rapporto che passa tra ogni contribuente e lo Stato; l'obbligo di pagar le spese giudiziarie all'avversario vincitore sarebbe poi un obbligo di dir. privato, derivante non dal processo come rapporto giuridico ma dal processo come fatto (pagg. 107-118). Analoghe considerazioni si posson fare per quei casi in cui qualcuno ha voluto scorgere nelle parti il dovere di astenersi dal compiere certe attività nel processo: il preteso obbligo della buona fede processuale, per il quale le parti dovrebbero astenersi dalla *chicane* nelle sue molteplici forme (bugia giudiziaria, lite temeraria, condotta dilatoria del processo) o consiste in un onere processuale o si riduce a un puro dovere morale; che se poi, in certe legislazioni, questo onere o questo dovere morale assurge alla consistenza di un vero dovere giuridico accompagnato da speciali sanzioni penali, esso diventa un obbligo di polizia giudiziaria, derivante, al solito, dal rapporto di sudditanza, non dal rapporto processuale (pagg. 119-133). La parte critica, dopo aver così voluto dimostrare la inutilità teorico-pratica del concetto di rapporto processuale, termina affermando che anche i fenomeni della successione processuale e del litiscorsorzio possono benissimo essere spiegati senza ricorrere a questo concetto (pagg. 134-145).

Ritenendo di aver così dimostrato che al concetto di rapporto giuridico processuale può tutt'al più riconoscersi una importanza meramente « ornamentale », il G. crede che la ricostruzione sistematica del dir. processuale debba prender le mosse dal processo considerato nella sua realtà empirica, cioè dal processo nel suo più ristretto significato di procedimento di cognizione mirante al raggiungimento della cosa giudicata (pag. 151). Segue a questa premessa una lunga trattazione (pagg. 151-211) sulla cosa giudicata *come scopo del processo*: dopo aver confutato la teoria, che fa capo al Bülow, secondo la quale la sentenza creerebbe il diritto per il caso concreto (pagg. 151-164), nonchè la teoria ripresa dal Pagenstecher, della cosa giudicata *in senso materiale* (*die materielle Rechtskrafttheorie*), secondo la quale il giudicato avrebbe sempre efficacia costitutiva (pagg. 164-211), il G. passa ad esporre la sua concezione della cosa giudicata (212-227): la quale, a suo avviso (in conformità della denominazione tedesca *Rechtskraft* che equivale etimologicamente a « *Gerichtskraft* ») si riassume tutta quanta nel fatto che una pretesa valga *in giudizio* come giuridicamente fondata o come giuridicamente infondata. L'efficacia del giudicato, cioè, ha la sua origine non nella legge, ma nel comando del giudice, ed è, in un certo senso, *metagiuridica*, in quanto la funzione di applicare il diritto sta fuori del diritto allo stesso modo che ne sta fuori la

funzione legislativa: in questo modo la teoria della cosa giudicata *in senso meramente processuale* (*die prozessuale Rechtskrafttheorie*), sostenuta da Hellwig in contrapposto a Pagenstecher, si completa e si perfeziona secondo il G. colla teoria del « doppio ordinamento giuridico » (pag. 214).

Ed eccoci a quello che vuol essere la chiave di volta di tutto il volume: alla contrapposizione tra l'aspetto sostanziale o statico e lo aspetto processuale o dinamico del diritto, ed alla corrispondente contrapposizione tra due opposti metodi di trattazione scientifica, il secondo dei quali (*die prozessuale Rechtsbetrachtungsweise*) sarebbe l'unico appropriato allo studio del diritto processuale (pagg. 227-253). Secondo il G. le due opposte concezioni del diritto, — l'una, rappresentata dalla cosiddetta *teoria degli imperativi*, che vede nelle norme giuridiche dei comandi indirizzati ai sudditi o agli organi statuali, l'altra che in ogni norma vede un giudizio ipotetico avente per contenuto la volontà dello Stato condizionatamente diretta a un determinato proprio comportamento — avrebbero entrambe la loro ragion d'essere; in quanto la teoria degli imperativi sarebbe quella scientificamente meglio appropriata allo studio del diritto sostanziale, mentre la scienza del diritto processuale dovrebbe basarsi sulla opposta concezione che considera il diritto come direttiva per l'attività logica del giudice. Il diritto insomma non dev'esser considerato soltanto come un sistema di regole di vita, ma anche come un sistema di norme per la decisione delle liti; in relazione al quale il giudice dev'esser considerato non come il potere che è sottoposto al diritto, ma come il potere al quale il diritto è sottoposto. Partendo dal punto di vista secondo il quale il diritto oggettivo è la direttiva per le sentenze del giudice, questi, da siffatto punto di vista, sta sopra e fuori del diritto; e tutti i rapporti giuridici hanno come termine di riferimento la sentenza che dal giudice si attende. Ciò porta in tutti i rapporti giuridici una fondamentale incertezza, la quale ha la sua origine non solo nella libertà del potere discrezionale del giudice, ma altresì nel soggettivismo della sua concezione dei fatti e del diritto: *ora è proprio questa incertezza che meglio serve a caratterizzare, dal punto di vista dinamico, cioè processuale, le relazioni giuridiche*: il diritto si riduce alla promessa di una sentenza favorevole o alla minaccia di una sentenza contraria, la attuazione delle quali dipende dal compimento di certe attività nel processo. L'aspettativa di un vantaggio processuale (in ultima analisi, di una sentenza favorevole), la liberazione da un onere processuale e la possibilità di conseguire tale situazione mediante il compimento di un atto nel processo: a questo si riducono i diritti nel significato processuale della parola. Reciprocamente la necessità di evitare un pre-

giudizio processuale (in ultima analisi, una sentenza sfavorevole), mediante il compimento di un atto nel processo, costituisce un *onere processuale.* Alle due categorie di diritto soggettivo e di obbligo giuridico, proprie del diritto sostanziale, corrispondono così nel diritto processuale le due categorie di aspettativa e di onere, le quali però non si integrano nel concetto comprensivo di rapporto giuridico, ma cadono entrambe sotto il concetto più ampio di « relazione posta dal diritto tra una persona ed una futura sentenza », cioè sotto il concetto di *situazione giuridica.* L'avente diritto in senso sostanziale dispone dello imperativo, l'avente diritto in senso processuale dispone della situazione; chi è soggetto a un obbligo è sottoposto all'imperativo, chi è soggetto a un onere è sottoposto alla situazione. Il processo non si deve considerare quindi come un rapporto giuridico, *ma come una situazione giuridica.*

Ho riassunto con una certa larghezza questa parte centrale del lavoro, perchè essa contiene il nucleo essenziale della teoria del G. e mostra attraverso quali passaggi logici egli, partendo dal concetto tradizionale di rapporto giuridico processuale, sia giunto a considerare come generale caposaldo sistematico del processo quel concetto di situazione giuridica (*Rechtslage*) che il Kohler introdusse per primo nella scienza processuale e che dopo di lui i processualisti, non escluso il Chiovenda (*Principii,* 3ª ediz., pag. 859, nota 1) utilizzarono soltanto parzialmente. Da questo punto in avanti il libro, nella sua ultima parte, che ne costituisce tipograficamente una buona metà (*Die Elemente der prozessualen Rechtsbetrachtungsweise,* pagg. 253-535), non è che uno sviluppo ed una applicazione di questi concetti, ed una amplissima revisione della teoria degli atti processuali considerati dallo speciale punto di vista in cui l'Autore si è posto. La situazione giuridica, intesa come « l'aspettativa giuridicamente fondata a una sentenza giudiziale favorevole e conseguentemente al riconoscimento in giudizio della fondatezza o infondatezza giuridica della pretesa fatta valere », tanto più nel suo esito corrisponderà alla previsione della parte, quanto più diligentemente questa saprà sfruttare nel corso del processo le possibilità che le si offrono, adempiere agli oneri che le incombono e realizzare le aspettative intermedie che ad ogni atto processuale si ricollegano; se si tengon presenti tutte queste pensabili modalità, la situazione giuridica processuale può essere definita come la somma delle aspettative processuali, delle possibilità, degli oneri e delle liberazioni da oneri di una parte (pagg. 253-268).

Segue, nei due capitoli successivi, una rassegna dei vari tipi di diritti processuali (pagg. 268-334) e di oneri processuali in particolare (pagg. 335-362). Alla categoria dei diritti processuali appartengono,

secondo il G., le seguenti figure: *l'aspettativa di un vantaggio processuale* (la quale si verifica tutte le volte in cui il vantaggio è conseguibile senza che la parte, a cui giova, compia nessun atto processuale); *la possibilità processuale* (situazione in cui si trova la parte la quale, soltanto col compiere un determinato atto processuale, può mettersi nella condizione di conseguire un certo vantaggio processuale); *la liberazione da un onere processuale* (che si verifica quando una parte è libera di non compiere un certo atto, senza che da questa omissione debba temere un pregiudizio processuale). Alla categoria degli oneri processuali appartengono tutte quelle situazioni in cui la parte, se vuole evitare uno svantaggio processuale (in ultima analisi, una sentenza sfavorevole), deve compiere un determinato atto processuale: l'onere processuale è imposto alla parte unicamente dal proprio interesse e non è mai un diritto dell'avversario; l'onere processuale è anzi in stretta relazione colla « possibilità processuale » della stessa parte su cui grava, in quanto i vantaggi che essa parte può conseguire nel processo sono condizionati appunto all'assunzione degli oneri corrispondenti.

Agli atti processuali (*Prozesshandlungen*) — considerati come atti delle parti o del giudice che danno luogo a situazioni giuridiche processuali, cioè che costituiscono, modificano e estinguono aspettative, possibilità, oneri o liberazioni da oneri processuali — è dedicato il lunghissimo capitolo che segue (pagg. 335-516), diviso in due sezioni, una concernente gli atti delle parti, l'altra concernente gli atti del giudice. Le attività delle parti si distinguono in due gruppi, *Erwirkungshandlungen* (pagg. 364-494) e *Bewirkungshandlungen* (pagg. 495-515), corrispondenti all'incirca alle due categorie degli atti di impulso processuale e dei negozî giuridici processuali, che anche la nostra dottrina conosce (Chiovenda, *Principii*, § 52); agli atti del primo gruppo, il cui carattere comune è quello di essere destinati a provocare, mediante un influsso psichico sul giudice, una decisione di determinato contenuto, appartengono le domande, le affermazioni, le produzioni di prove; al secondo gruppo appartengono tutti quegli atti di parte che non hanno lo scopo suddetto, quali le dichiarazioni di volontà (*Willenserklärungen*: accordi processuali o dichiarazioni unilaterali), le partecipazioni di volontà (*Willensmitteilungen*), le partecipazioni di conoscenza (*Vorstellungsmitteilungen*), gli atti materiali (*Realakte*). Le attività del giudice, la cui categoria più importante è quella delle decisioni (aventi natura di dichiarazione o di partecipazione di volontà), comprendono anche un gruppo di partecipazioni di conoscenza, un gruppo di atti materiali, e il caratteristico gruppo degli atti attinenti alla assunzione di prove (pagg. 495-516).

Il volume è chiuso da tre brevi capitoli che trattano rispettivamente dello svolgimento della situazione processuale (pagg. 516-521), della successione nella situazione processuale (521-526) e della uguaglianza di situazioni processuali (pagg. 526-535).

*
* *

Lo schematico riassunto, che specialmente per l'ultima parte ho dovuto mantenere nei limiti di un ristretto sommario, è insufficiente a dare un'idea sia pure approssimativa dell'opera del G., che il Kisch (1) ha giudicato come « uno dei più importanti lavori, se non addirittura il più importante, che siano apparsi da molti anni in Germania nel campo della scienza processuale ». Intorno alla idea centrale di questo elaboratissimo volume, di cui ho cercato di segnare schematicamente ma fedelmente le linee direttive, si raggrupano nei varî capitoli trattazioni sui più dibattuti argomenti delle teorie processuali, ciascuna delle quali potrebbe costituire una monografia separata degna di essere lungamente meditata ed ampiamente recensita: dalla nozione di ordinamento giuridico a quella di cosa giudicata, dalla teoria del diritto di azione a quella delle prove, dai vizî della volontà negli atti processuali ai motivi di impugnabilità delle sentenze, tutte le questioni più difficili e più dibattute della nostra scienza si trovano trattate con assoluta padronanza della dottrina, non solo processualistica, ma anche civilistica, penalistica, romanistica e filosofica, e con novità di vedute logicamente coerenti colla tesi fondamentale del lavoro. Sicchè dalla non facile lettura di questo volume, che, perfino nell'imponente apparato delle sue 2847 densissime note a piè di pagina, dà l'impressione di una costante serietà di metodo e di intenti, non si può non essere indotti a ammirazione per una sì nobile fatica, alla quale l'Autore ha avuto la costanza, sempre meno frequente e meno apprezzata nei nostri tempi, di dedicare un decennio di disinteressate meditazioni. La opera, che, con una meticolosità veramente tedesca di preparazione, riesce a spaziare in vastissimi orizzonti teorici senza mai venir meno alle premesse da cui essa parte, incute senza dubbio in ogni lettore, capace di apprezzare la probità e la coerenza scientifica, un senso di profondo rispetto: ma che essa lasci il lettore convinto oltrechè ammirato, non oserei dire.

Far la critica a un lavoro come questo in un breve rendiconto, sarebbe una stolta presunzione: anche il Wenger, che sulla *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* (*Rom. Abt.*, 1926, pag. 438 e segg.) ha dedicato

---

(2) Nella *Leipz. Zeitschr. f. deut. Recht*, 1926, pag. 127 e segg.

a questo volume venti pagine di minutissima stampa, si è limitato a fare soltanto alcuni rilievi sulla parte romanistica. Ma, anche senza neppur tentare una critica che per essere seria presupporrebbe una preparazione adeguata alla vastità del tema, è tuttavia lecito osservare che con questo lavoro la opportunità di gettar via dalla scienza processuale, come un vecchio strumento fuori d'uso, il concetto di rapporto giuridico processuale per sostituirlo con quello di situazione giuridica processuale, non sembra pienamente dimostrata. Non neghiamo che molti dei cosiddetti obblighi processuali si riducano a semplici oneri processuali, e siamo più che convinti della utilità di chiarir sempre meglio nel campo del processo questo concetto di « onere », al quale da noi ha saputo dare così efficace rilievo nelle sue *Lezioni* il Carnelutti; ma la parte in cui il libro del G. meno ci ha convinti è quella in cui si tenta di dimostrare che i veri e propri doveri (non semplici oneri) nascenti dal processo a carico del giudice o delle parti avrebbero la loro origine non nel rapporto giuridico processuale, ma nel superiore rapporto di diritto pubblico che intercorre tra lo Stato e i sudditi; e sopra tutto ci siamo dubitativamente domandati se proprio convenga, scientificamente e didatticamente, frantumare la unità e la individualità giuridica del processo, concepito come rapporto giuridico complesso, in una spezzettatura di situazioni giuridiche, le quali, anzichè successivi e concatenati aspetti di un unico rapporto in movimento, vengano considerate l'una separata dall'altra, e ravvicinate soltanto nella loro meccanica successione di puro fatto.

La impressione più viva che si ha leggendo il libro del G. è che egli guardi il processo non quale dovrebbe essere secondo il diritto processuale, ma quale esso, indipendentemente e fuori dal diritto, si riduce ad essere nella realtà pratica, in conseguenza delle manchevolezze del giudice che non sa o non vuole decidere secondo il diritto, e della maggiore o minore destrezza con cui le parti riescono a profittar delle circostanze e a sfruttare a loro vantaggio gli istituti giudiziarî che per definizione dovrebbero servire soltanto alla giustizia. In fondo, par che dica il G., il processo non è, come lo credono gli ingenui, un mezzo per attuare il diritto; ma è al contrario *un mezzo per fare apparire e valere come diritto ciò che diritto non è.* Orbene, questa concezione, che possiamo chiamare realistica, del processo, potrà anche in qualche caso (e nessuno lo sa meglio di chi guarda il processo con occhi di avvocato) esser la vera; ma ci domandiamo se questo modo di considerare il processo, sotto un aspetto diciamo così metagiuridico, sia quello meglio appropriato per costruire una teoria giuridica del processo; ci domandiamo, insomma, se per riedificare

il sistema del diritto processuale, destinato a rappresentarci il processo *quale deve essere*, sia lecito porre a base di ogni indagine il processo *quale è in realtà*, nei casi, anormali e patologici, in cui serve a scopi diversi da quelli ai quali secondo il diritto dovrebbe servire!

Nella breve prefazione, il G. confessa che la critica del pensiero processuale, contenuta in questo suo volume, potrebbe diventare addirittura una più generale critica del pensiero politico. L'esito della ultima guerra, egli scrive, ha dimostrato che ogni diritto cade alla fine nel nulla quando si lasciano fuggire le occasioni per farlo valere: per il singolo come per i popoli, nonostante lo Stato o la Società internazionale, ogni diritto si riduce in ultima analisi ad una somma di possibilità e di oneri in contrasto, per ottenere ciò che *deve valere come diritto*. Ora è facile intendere che questa concezione, se è discutibile dal punto di vista politico, non sembra la meglio adatta a servir di base a un'opera giuridica: con questo « scetticismo » processuale, il quale concepisce sistematicamente la giustizia come uno strumento obbediente a chi meglio sappia servirsene contro il diritto, si arriva a giustificare anche il giudice di Rabelais, che decideva le cause secondo la sorte dei dadi!

Ritengo pertanto che abbia colto nel giusto il Neuner, quando, in una recensione pubblicata sulla *Zeitschr. f. deuts. Zivilprozess* (maggio 1926, pag. 44 e segg.) ha osservato che la concezione che sta a base di questo volume è più sociologica che giuridica (pag. 50). Il che non toglie, intendiamoci, che questo lavoro abbia anche per la scienza giuridica un'importanza fondamentale, se non altro per i problemi che pone e per le obiezioni che suscita. Certamente invano si cercherebbe in questo lavoro, che, colla sua macchinosa mole, lascia nel lettore — come quello comparso pochi anni prima del Sauer, *Grundlagen des Prozessrechts* — un certo senso di stanchezza, la geniale concisione di alcuni classici saggi del Bülow e del Wach, che, nel periodo aureo della scienza processualistica germanica, apparivano di anno in anno sulle riviste, a porre, in poche pagine definitive, gli indistruttibili capisaldi della teoria del processo, senza mai perder di vista lo scopo pratico della riforma. Oggi, arrivato all'ultima pagina di volumi poderosi come quelli del Sauer o del Goldschmidt, il lettore invano si domanderebbe quale contributo possa venire da siffatti lavori alla giurisprudenza pratica ed al miglioramento della legislazione positiva: lo sforzo di virtuosismo teorico in essi contenuto è mirabile; ma non mi pare che essi aiutino la giustizia ad esser meno ingiusta di quello che è!

Il volume è corredato da circa 70 pagine di diligentissimi indici della letteratura, delle fonti, delle materie: ci duole di vedere nel

primo, che pure per la bibliografia processuale tedesca può esser considerato completo, omesso il nome di valorosi giuristi italiani (lo stesso Wenger ha lamentato che non sia stato neppur ricordato il lavoro sulla cosa giudicata del nostro Betti), e citati i *Principii* del Chiovenda nella seconda edizione del 1908.

IX

NOTE INTRODUTTIVE ALLO STUDIO DEL PROGETTO CARNELUTTI (*)

SOMMARIO. — 1. Motivo delle presenti note. — 2. La preparazione della riforma nell'opera di G. CHIOVENDA. — 3. Costituzione della Sottocommissione e direttive del suo lavoro. — 4. Le due tendenze pro e contro l'oralità: il progetto MORTARA. — 5. Riunioni preliminari della Sottocommissione. — 6. I lavori del Comitato interno. — 7. Il progetto CARNELUTTI e la personalità scientifica del suo autore. — 8. Il progetto riveduto dalla Sottocommissione. — 9. Conclusione.

1. — Per bene intendere la struttura e i caratteri del Progetto di Codice di procedura civile presentato al Ministro della Giustizia il 24 giugno 1926 (1), ritengo che poco potrebbe giovare ai lettori tedeschi un riassunto, sia pur fedele e dettagliato, fatto da un italiano: sia perchè solamente la attenta lettura di tutto il testo del Progetto può dare agli studiosi stranieri la misura esatta del suo contenuto, sia perchè la grande utilità degli studi di diritto comparato consiste, a mio credere, proprio nella diretta valutazione critica compiuta sui materiali legislativi di una Nazione da studiosi di nazionalità diversa, i quali portano in questo lavoro le proprie concezioni storico-dogmatiche e i propri metodi di studio, e possono perciò, ponendosi da punti di vi-

---

(*) Il presente scritto, inedito in italiano, fu pubblicato in tedesco sulla *Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht* (Berlin), Jahrg. 2, 1928, pp. 56-68, allo scopo di informare i lettori tedeschi dei precedenti e della genesi del Progetto che porta il nome di FRANCESCO CARNELUTTI. Ritengo non inutile ripubblicarlo qui, a distanza di più di dieci anni, affinchè, mentre fervono le discussioni sul Progetto SOLMI, non si dimentichi il potente contributo di proposte ardite e originali che questo Progetto CARNELUTTI portò alla riforma del processo civile. [Il testo tedesco porta il titolo: *Einleitende Bemerkungen zum Studium des Entwurfs der italienischen Zivilprozessordnung*. Il testo italiano è stato pubblicato in *Studi*, IV (Padova, Cedam, 1939), pp. 87-101]. [*Bibliografia*, nn. 149, 225].

(1) *Commissione Reale per la riforma dei Codici - Sottocommissione C. - Codice di Procedura Civile - Progetto* (Roma, Provv. Gen. dello Stato, Libreria, 1926, n. 422).

sta ad essi peculiari, scorgere aspetti e rilevare deficienze che gli studiosi nazionali non saprebbero forse vedere. Anche nelle scienze giuridiche è molto utile, per imparare a conoscer noi stessi, sapere come ci vedono gli altri: per questo i processualisti italiani attendono con grande interesse la pubblicazione in questa RIVISTA dei già annunciati studi sul nostro Progetto da parte di valorosi professori tedeschi, i quali certamente, avendo come termine di paragone la legislazione processuale germanica, potranno cogliere sul Progetto italiano differenze ed affinità, pregi e difetti, lacune e dubbî, che a noi italiani, movendo dall'attuale procedura italiana, possono essere sfuggiti.

Ad integrare ed a facilitare gli studi critici sul Progetto da parte di studiosi stranieri, credo però che possa essere utile dar qui qualche notizia introduttiva sui lavori preparatorî dai quali il Progetto è uscito. Mentre di solito i progetti legislativi vanno accompagnati da diffuse relazioni, destinate, insieme coi verbali delle Commissioni legislative, a orientare gli studiosi sui motivi delle nuove leggi, nessuna relazione esplicativa — all'infuori di una breve lettera del Presidente della Sottocommissione al Ministro della Giustizia — illustra per ora il disegno del nuovo Codice di procedura civile: sicchè non è inutile dar conto dei suoi immediati precedenti scientifici e delle vicende della sua preparazione, le quali possono forse spiegare una certa ineguaglianza di stile e una certa eterogeneità di concezioni teoriche che un lettore attento potrebbe in qualche parte notarvi.

Le presenti note non hanno dunque lo scopo di spiegare o riassumere *come è* il Progetto, ma soltanto di spiegare *perchè il Progetto è come è.*

2. — E' noto che l'attuale Codice di procedura civile, vigente in Italia fin dal 1866, risente in ogni sua parte l'influsso non solo della legislazione napoleonica, alla quale anche nel campo processuale si inspirò, attraverso le codificazioni dei vari Stati italiani anteriori alla unificazione, la legislazione dell'Italia unificata; ma altresì di quella scuola esegetica francese, alla quale, al tempo della unificazione legislativa, la dottrina processualistica italiana (nonostante i lavori geniali di grandi giuristi come il PESCATORE, o come i commentatori del Codice di procedura civile sardo MANCINI, PISANELLI e SCIALOJA) era in gran parte asservita. Attorno al Codice del 1865, il metodo esegetico continuò a dominare, non solo nella pratica giudiziaria ma anche nell'insegnamento universitario, fin quasi alla fine del secolo XIX; sicchè le parziali riforme che furono via via introdotte nel testo originario non obbedirono mai a un piano sistematico di rinnovamento, e, limitandosi a parziali ritocchi suggeriti dalle più urgenti necessità del momento, non furono inspirate a direttive teoriche molto diverse da quel-

le a cui si era inspirato il Codice nuovo: ciò si può dire non solo della Legge 31 marzo 1901, n. 107, che introdusse come procedimento ordinario dinanzi ai Tribunali il cosiddetto procedimento « sommario »; ma si può dire perfino delle riforme più recenti, come quella della l. 15 settembre 1922, n. 1287, che ha aumentato la competenza dei Pretori e dei Conciliatori, senza scostarsi dal sistema di tutta la precedente legislazione processuale.

Il primo che abbia posto il problema della riforma del processo civile nella sua totalità, sostenendo che invece di ritoccare qua e là il vecchio Codice occorreva ricostruirlo *ab imis* secondo un diverso sistema, è stato GIUSEPPE CHIOVENDA, nell'opera del quale, che domina la scienza processuale italiana in questo primo quarto di secolo, va di pari passo da una parte, come egli stesso si esprime, « la revisione storico dogmatica delle dottrine processuali e la costruzione di un sistema » del processo vigente, e dall'altra la propaganda di quell'idea dell' « oralità e concentrazione » di cui il CHIOVENDA si è fatto autorevole banditore. Insistere sulla importanza fondamentale dell'opera di GIUSEPPE CHIOVENDA, che ha scavato per primo il solco nel quale oggi lavora tutta la scienza processuale italiana, sarebbe fare offesa agli studiosi stranieri, i quali anche recentemente, collaborando così numerosi ed autorevoli al volume che si è pubblicato in suo onore nel 25° anno del suo insegnamento, hanno dimostrato quanto sia conosciuto anche all'estero il valore del nostro Maestro; mi limito pertanto a ricordare che le idee direttive dell'opera sua e le tappe della battaglia da lui sostenuta per la riforma, sono state recentemente riassunte nella prefazione da lui stesso dettata alla terza edizione dei *Principii*.

L'apostolato di GIUSEPPE CHIOVENDA per il rinnovamento radicale del processo civile, iniziatosi nel 1906 e proseguito per quindici anni in scritti e in conferenze, fino a concretarsi in quella « proposta di riforma del procedimento civile » che il CHIOVENDA preparò nel 1919 per incarico della Commissione per il dopo guerra, trovò un terreno singolarmente propizio in quel fermento legislativo che anche in Italia fu una conseguenza della crisi bellica; e le sue idee, le quali bandivano in Italia quello stesso verbo che il KLEIN nel 1895 aveva fatto trionfare in Austria, parvero vicine alla vittoria, anche perchè, con l'annessione all'Italia delle nuove Provincie nelle quali si lasciò provvisoriamente in vigore la procedura austriaca, l'oralità era ormai entrata ufficialmente nel nostro diritto positivo, e non sembrava che si potessero trascurare nella imminente riforma i voti di quelle regioni, favorevoli alla sua conservazione.

Così la necessità di una riforma del processo civile inspirata a una profonda rinnovazione del sistema diventò un'idea corrente, riaffermata ripetutamente nei congressi forensi di quegli anni; e fin dai

primi del 1922 il Ministro della Giustizia Luigi Rossi nominò una Commissione di studio coll'incarico di preparar la riforma prendendo per base il progetto Chiovenda. Ma le vicende politiche di quel periodo agitato non permisero nè a lui nè ai Ministri della Giustizia immediatamente successigli di attuare il proposito; che potè esser ripreso e proseguito solamente quando, dopo l'avvento del regime fascista, il nuovo Governo assunse la riforma generale di tutti i codici.

3. — In seguito alla legge 30 dicembre 1923, n. 2814, che delegò al Governo la facoltà di riformare il codice civile e di pubblicare nuovi codici di procedura civile, di commercio e per la marina mercantile, il Ministro della Giustizia, che era allora l'avv. Aldo Oviglio, costituì, con l'incarico di studiare la riforma, una numerosa commissione di giuristi, suddivisa in quattro sottocommissioni, una per ciascun codice; gli studi per il nuovo Codice di procedura furono affidati alla Sottocommissione C, la quale sotto la presidenza di Lodovico Mortara e la vicepresidenza di Giuseppe Chiovenda, risultò composta di sette professori universitari (Bolchini, Calamandrei, Cammeo, Carnelutti, Castellari, Menestrina, Redenti), di sette alti Magistrati (D'Amelio, primo presidente della Cassazione, Alberici, Appiani, Hàlasz, Margara, Mosca, Ricci), di tre avvocati (Cattaneo, Janfolla, Zanolla). La Sottocommissione iniziò i suoi lavori nel giugno del 1924, e li continuò quasi ininterrottamente fino al 24 giugno 1926 cioè fino al giorno in cui il Presidente della Sottocommissione presentò al Ministro della Giustizia prof. Alfredo Rocco, succeduto nel frattempo al predecessore Oviglio, il Progetto poi pubblicato, comprendente le prime due parti del nuovo Codice (I - Processo di cognizione, II - Processo di esecuzione).

Prima di riassumere lo svolgimento dei lavori della Sottocommissione, è opportuno ricordare quali erano le direttive che il Ministro Oviglio le aveva tracciato, in quella relazione al disegno di legge per la delega al Governo della riforma dei Codici, di cui il § IV era appunto dedicato al Codice di procedura civile (2): il Ministro, dopo aver rilevato la inefficacia delle riforme parziali innestate sul tronco del vecchio Codice e aver ricordato le ragioni che consigliavano, al momento in cui si procedeva all'unificazione legislativa dell'Italia uscita più grande dalla guerra, una riforma integrale del processo, poneva il problema dell'opportunità di introdurre anche in Italia il sistema dell'oralità a tipo austriaco: e pur riconoscendo che « i principî della

---

(2) Disegno di legge per la delega al Governo della facoltà di pubblicare nuovi Codici, ecc. (poi legge 30 dicembre 1923 n. 2814). Atti della Camera dei Deputati, Legisl. XVI, sessione 1921-23 Doc. n. 2013, pag. 27 e segg.

« oralità, della concentrazione processuale e della identità del magi-« strato durante tutto il corso della lite hanno pregi rilevanti », tuttavia esprimeva il dubbio che « il sistema processuale in vigore nelle « nuove Provincie possa con utilità essere integralmente trapiantato « fra noi... dove profondamente diverse sono le consuetudini forensi in « mezzo alle quali dovrebbe attuarsi »; e consigliava perciò di « af-« frontare con molta circospezione la trasformazione del nostro siste-« ma processuale ».

Con queste caute riserve il Ministro credeva che il nuovo procedimento dovesse soprattutto orientarsi nel senso di consentire « al giudice di prendere parte diretta nello svolgimento dell'istruzione », e suggeriva come mezzi per conseguire questo intento e per abbreviare e semplificare il processo, la immediata esecuzione delle prove in udienza dinanzi al collegio « quando le parti lo richiedano o la natura del mezzo istruttorio lo consenta », il divieto di discutere le questioni concernenti i provvedimenti istruttorî separatamente dal merito, il divieto della impugnativa separata delle interlocutorie, l'aumento dei poteri del giudice nel periodo istruttorio; altri punti da riformare il Ministro indicava nel sistema dei mezzi d'impugnativa e del procedimento esecutivo.

Dalla stessa cautela con la quale il Ministro toccava in questa sua relazione il problema della oralità, appar che fin da allora questo veniva posto come un problema preliminare, intorno al quale si prevedeva che più avrebbe dovuto faticare la Sottocommissione per trovare una via d'accordo.

4. — Questo problema preliminare della oralità si imponeva alla Sottocommissione con tanta maggior urgenza, in quanto si trovavano tra i suoi stessi componenti i due più autorevoli campioni delle contrapposte tendenze, Chiovenda e Mortara, e in quanto il lavoro da iniziare doveva necessariamente prendere in considerazione, come non trascurabili precedenti, due progetti corrispondenti a queste tendenze antagonistiche: fino dal 1923, infatti, di fronte al progetto preparato dal Chiovenda, di cui sopra si è discorso, Lodovico Mortara aveva a sua volta pubblicato un volume che sotto il modesto sottotitolo di « Riflessioni e proposte » conteneva in realtà un progetto organico e meditato di codice, comprendente il processo di cognizione e di esecuzione (3).

---

(3) Mortara, *Per il nuovo Codice della Procedura Civile - Riflessioni e proposte* (Torino, 1923).

Le premesse teoriche di questi due progetti e il metodo con cui erano stati rispettivamente redatti, erano profondamente diversi. Mentre il progetto CHIOVENDA, mirando a costruire dalle fondamenta un processo civile inspirato a quei caratteri di oralità e di concentrazione che furono vanto del processo romano e del processo statutario italiano, rompeva decisamente ogni legame con la tradizione francese e si inspirava prevalentemente, sia pure con geniale indipendenza di movimenti, alle più moderne legislazioni processuali a tipo germanico-austriaco dalle quali quei caratteri furono prima raccolti e sono oggi meglio applicati, il progetto MORTARA partiva dal proposito « di con-« servare al processo civile l'impronta fondamentale del nostro proce-« dimento sommario » apportandovi però i miglioramenti ritenuti necessarî (4). Là dove il CHIOVENDA voleva ricostruire ex novo risalendo a una più antica tradizione italiana bruscamente interrotta dalla codificazione napoleonica, il MORTARA riteneva che si potesse conservare nelle sue linee maestre il vecchio edificio modellato in origine sul tipo francese, solo apportandovi quei parziali restauri che una esperienza di oltre mezzo secolo aveva dimostrato ormai indispensabili. Nessun giurista e nessun uomo politico era ed è meglio di LODOVICO MORTARA in grado di conoscere quali sono le disposizioni dell'attuale procedura italiana che più sono invecchiate e di cui una lunga esperienza giudiziaria consiglia la modificazione: avvocato e professore universitario, Ministro della Giustizia e Primo Presidente della Corte di Cassazione di Roma (ufficio da lui tenuto fino a quando fu attuata nel 1923 quella unificazione delle Cassazioni regionali, che egli aveva preparato col suo tenace apostolato di decenni (5)) egli ha dedicato tutta la sua nobile vita a studiare ed a migliorare l'amministrazione della giustizia in Italia; sia cooperando direttamente o indirettamente a tutte le riforme parziali attuate in quest'ultimo quarantennio, sia inspirando con la sua grande autorità di supremo magistrato una giurisprudenza contraria ai formalismi processuali, sia dando alla scienza col suo celebre *Commentario* non solo il più perfezionato frutto di quella scuola esegetica di cui egli stesso si considera l'ultimo rappresentante (6), ma anche il ponte di passaggio al metodo sistematico e alla concezione pubblicistica del processo civile.

---

(4) Cfr., a pag. 9-12 del Volume citato nella nota precedente, i punti e le ragioni del dissidio del MORTARA dalle idee innovatrici del CHIOVENDA, mirabilmente riassunte da questo nei §§ 1-50 della relazione al suo progetto.

(5) Cfr. il mio scritto, *Gegenwart und Zukunft der Kassation in Italien*, in *Rhein. Zeitsch.*, XIV, pag. 204 e segg.

(6) Cfr. il mio scritto su LODOVICO MORTARA, in *Studi*, Vol. IV, pag. 211.

5. — Posta così di fronte a due tendenze, a due metodi, a due progetti, la Sottocommissione dovè, nelle prime riunioni, stabilire innanzi tutto il suo programma.

Nelle due sedute preliminari del 25 e 26 giugno 1924 l'occasione per questo primo orientamento fu data dal commissario avv. ZANOLLA, rappresentante della curia di Trieste, a nome della quale egli espresse il desiderio che la riforma del processo italiano rispettasse quello che, a suo avviso, vi era di buono nella procedura austriaca: e cioè il largo impiego del giudice unico, la oralità intesa soprattutto come immediatezza nell'assunzione delle prove, la ammissibilità della prova testimoniale senza limiti di valore. Questi *desiderata* della curia triestina, provocarono un primo scambio di idee, il quale servì a rivelare le tendenze della Sottocommissione; unanime nel respingere il sistema del giudice unico dinanzi ai tribunali, essa si trovò divisa sulle questioni dell'oralità e della illimitata ammissibilità della prova testimoniale: e mentre la maggioranza si dichiarò contraria all'adozione integrale del sistema dell'oralità a tipo austriaco, parve che una via di conciliazione delle due correnti, rappresentata dal commissario CARNELUTTI, potesse essere cercata nell'adottare il principio dell'immediatezza non come regola assoluta, ma come tendenza generica da adottarsi nei limiti e coi temperamenti dettati dalle pratiche possibilità. In sostanza, però, quali fossero questi limiti e questi temperamenti non fu detto: sicchè si può confessare che in queste prime riunioni il problema dell'oralità fu piuttosto rinviato che risolto.

Si rivelò anche, in questa occasione, un singolare « conflitto di competenze » che sorse per alcune materie tra la Sottocommissione incaricata di preparare la riforma del Codice processuale, e le Sottocommissioni incaricate di preparar le riforme dei codici sostanziali (commerciale e civile). E' noto che nella legislazione italiana attuale, inspirata come si è detto a quella francese, il regolamento di alcune parti importantissime del diritto processuale (come ad es. la materia dei mezzi di prova, della espropriazione immobiliare ecc.) si trova contenuto in parte nei codici di diritto sostanziale. La netta distinzione che la scienza moderna ha saputo tracciare tra il diritto sostanziale e l'azione porterebbe a rivendicare al codice di procedura queste materie: e in tal senso la Sottocommissione decise, fin dalle prime sue riunioni, di estendere anche a quei campi il proprio lavoro. Ma da parte loro le Sottocommissioni dei codici sostanziali non sembravano disposte ad accogliere questa specie di *actio finium regundorum* intentata dai processualisti, e specialmente vi si oppone la Commissione per il Codice civile, che vorrebbe mantenere inclusa nel diritto delle obbligazioni la materia delle prove, in conformità del progetto italo-

francese già elaborato. Il conflitto dovrà, anche su questo punto, esser deciso dal Governo.

6. — Da questo primo scambio di idee, il Presidente MORTARA trasse la convinzione che, per svolgere i lavori in modo ordinato e proficuo era opportuno che la preparazione fosse elaborata, anzichè dalla intera Sottocommissione composta di diciannove membri, da un piccolo Comitato interno, sulle cui proposte la Sottocommissione fosse poi chiamata a discutere e a deliberare.

Tale Comitato, che fu composto dal Presidente MORTARA e dai commissari CALAMANDREI, CAMMEO, CARNELUTTI, JANFOLLA, MARGARA e RICCI, lavorò assiduamente dal settembre 1924 al maggio 1925: e fin dalle prime riunioni emerse e si impose la forte individualità del CARNELUTTI, al quale fu dato senz'altro l'incarico di concretare le sue proposte in un vero e proprio schema di progetto. Così i lavori assunsero fin da principio questo andamento: da prima il Comitato determinava in modo approssimativo il contenuto e le linee generali di ciascun titolo del progetto; poi, tenendo conto di queste osservazioni preliminari, il CARNELUTTI ne preparava lo schema; e sulle sue proposte concrete il Comitato tornava a discutere.

Da questo lavoro uscì il Progetto nel testo originario, quale resulta pubblicato in edizione non ufficiale, come supplemento della *Rivista di dir. proc. civile* (7).

Diverso fu il metodo di preparazione del progetto concernente il processo di esecuzione, che per la ristrettezza del tempo, fu redatto dal CARNELUTTI (8) su alcuni criterî fissati dalla Sottocommissione, senza alcuna cooperazione del Comitato; ma è da notarsi che anche il progetto del processo di cognizione, quantunque appaia come resultante dalla cooperazione del Comitato, deve in realtà quasi per intero considerarsi come opera originale del commissario CARNELUTTI: soprattutto perchè tutte le volte in cui, durante le discussioni del Comitato, sorse dissidio tra il relatore e gli altri componenti, il testo del Progetto restò quello proposto dal relatore, senza impegnare gli altri commissari che si riservarono di far valere i loro punti di vista dinanzi alla Sottocommissione.

7. — Questo « Progetto Carnelutti » non può essere convenientemente inteso se non tenendo conto della personalità scientifica del

---

(7) CARNELUTTI, *Progetto del Codice di Procedura Civile, Parte I, Del processo di cognizione.*

(8) CARNELUTTI, Id., *Parte II, Del processo di esecuzione* (Padova, 1927).

suo autore, che si disegna con caratteri ben rilevati nel campo degli studi giuridici italiani.

Il Progetto Carnelutti ha un carattere fondamentale, che non so se per un codice sia un pregio o un difetto: di essere un codice *personale,* espressione fedele e coerente del pensiero originalissimo del suo autore. Senza entrare a descriverne o a discuterne il contenuto, il che, come ho detto da principio, non vuol essere ufficio di queste note, giova avvertire, per facilitarne la comprensione, che esso trova la sua migliore integrazione, direi quasi il suo commento anticipato, negli scritti scientifici del CARNELUTTI, ed in ispecie in quelle sue *Lezioni di diritto processuale,* le quali, pur non essendo ancora conosciute all'estero come meriterebbero, forse perchè sono edite per ora soltanto nella modesta veste di un corso universitario litografato (9), contengono la suggestiva esposizione di un sistema processuale, concepito, con geniale novità di criterî, da un intelletto superiore.

FRANCESCO CARNELUTTI è oggi una delle figure più eminenti della scienza giuridica italiana: esploratore infaticabile di ardui problemi nei più disparati campi del diritto, dotato di una prodigiosa rapidità di intuito che lo porta a scoprire gli aspetti più nascosti di ogni questione e a prediligere nelle sue ricerche le vie meno battute, il CARNELUTTI è un grande dialettico e un affascinante oratore: cosicchè, come nelle aule giudiziarie dov'è avvocato principe, la sua eloquenza ha trionfato nei lavori della Sottocommissione, la quale, pur trovandosi spesso in disaccordo con le idee da lui esposte, è restata assai spesso non diciamo incantata dalla sua facondia (che sarebbe mancar di rispetto alla serietà dei suoi componenti), ma più facilmente disposta a differire ad altro momento la concreta enunciazione del dissenso. Se la mentalità del CHIOVENDA, lucida, sobria, impeccabile, nell'informazione e nell'argomentazione, può rassomigliarsi a quella del WACH, la mentalità del CARNELUTTI ricorda sotto tanti punti di vista quella del KOHLER. Serva questo ravvicinamento a far capire ai lettori tedeschi lo spirito di questo Progetto: nel quale il CARNELUTTI non ha voluto cercare un sistema intermedio che conciliasse le due tendenze della Sottocommissione, ma ha voluto far di sua testa, fuor da ogni modello, ponendo alla base della riforma una concezione scientifica che non è più quella del MORTARA, ma che non è neanche quella del CHIOVENDA: una concezione del processo che non deriva nè dalla scuola esegetica nè da quella sistematica, ma che deriva tutta e soltanto dal pensiero di FRANCESCO CARNELUTTI.

---

(9) *Lezioni di diritto processuale civile,* 4 Volumi (Introduzione - Processo di cognizione) Padova, 1920-1925.

L'idea centrale sulla quale il CARNELUTTI ha basato il suo Progetto è una concezione della funzione giurisdizionale profondamente diversa da quella accolta dalla dottrina moderna; per lui non si ha funzione giurisdizionale se non là dove il giudice risolve una « lite »; e « lite » non si ha, nello speciale senso tecnico che egli dà a questa espressione, se non dove esiste un contrasto effettivo di interessi regolato dal diritto. Là dove il giudice non risolve con la sua decisione un contrasto effettivo di interessi (come può avvenire nel processo civile inquisitorio, e forse anche nelle azioni di mero accertamento), la funzione del giudice non è giurisdizione ma amministrazione: e deve perciò rientrare nel campo della giurisdizione volontaria (cfr. art. 86, 87, 89 del Pr.).

Da questa riduzione della giurisdizione a decisione di liti, che lascia da parte il concetto di azione come diritto a un determinato provvedimento del giudice, e sostituisce al binomio processo-azione il binomio processo-lite (10), tutti gli istituti processuali sono prospettati in questo Progetto sotto un angolo visuale diverso da quello ormai consueto alla pratica ed alla scienza: mi limito a indicare, tra i varî concetti elementari che appaiono in questo Progetto con fisionomia rinnovata, quelli di oggetto del processo (art. 86), di connessione e di litispendenza (art. 90-103), di parte (art. 2 e seg.), di interesse ad agire (art. 86), il rinvio del concetto di « processo senza lite » alla giurisdizione volontaria (art. 89), la contrapposizione tra il concetto di « lite » e quello di « questione » (art. 90), utilizzata non solo per determinare più esattamente l'oggetto del processo, ma anche per stabilire i limiti della efficacia della sentenza (art. 300) e delle impugnative (art. 337); ecc..

La lettura di questo Progetto dà l'impressione che il suo autore abbia voluto costruire non tanto una riforma *pratica*, che sia esteriormente sensibile nella modificazione degli istituti finora esistenti, quanto una perfetta riforma *teorica*, nella quale anche gli istituti che son destinati a restare praticamente immutati, trovino una nuova collocazione e una nuova espressione nel sistema che il CARNELUTTI predilige.

Ciò si rileva non solo nella novità della terminologia di tutto il Progetto, che è sempre tecnicamente esatta, minuziosa e coerente, ma ha assai spesso il difetto di essere quasi un « gergo » carneluttiano: ma anche nella stessa configurazione degli istituti. Questa palingenesi teorica di tutto il sistema processuale, che sposta l'angolo vi-

---

(10) Cfr. il mio scritto, *Il concetto di lite ecc.*, a pag. 359 del II. Vol. degli *Studi* [in questo vol. a pag. 200 segg.].

quale da cui è guardato il processo, se da una parte permette di scoprire aspetti prima ignorati di alcuni istituti e di meglio definirne i contorni (questo pregio è sensibilissimo specialmente nel titolo che tratta delle prove), lascia dall'altra nell'ombra istituti che nella pratica erano finora ben delineati. Data la tendenza alla sintesi e ai riaccostamenti teorici di materie disparate, accade spesso che qui si vedono disposizioni generiche abbraccianti sotto uno stesso principio astratto istituti che nel codice attuale si trovano senza danno regolati ciascuno in modo specifico e distinto: con l'effetto che questi istituti, il cui profilo era finora ben chiaro nella pratica, appaiono come scoloriti ed assorbiti in norme di minore evidenza e di men facile intelligenza per il pratico; così è avvenuto, per dare un esempio, della chiamata in garanzia (art. 39 e 97), delle presunzioni e dell'onere della prova (articolo 147).

8. — Di fronte a questo Progetto, che porta in ogni sua disposizione l'impronta riconoscibilissima della mente che lo ha concepito con una rapidità quasi miracolosa (si pensi che tutto il lavoro fu compiuto dal CARNELUTTI in meno di sei mesi!) la Sottocommissione, accingendosi ad esaminarlo nel maggio 1925, si trovò necessariamente portata a discutere fuori dal campo di quei problemi pratici, in cui essa dapprima aveva creduto di doversi mantenere. Anche il problema fondamentale dell'oralità (che il Progetto Carnelutti risolveva in modo eclettico, largamente utilizzando il sistema austriaco dell'udienza preparatoria, ma permettendo alle parti concordi di derogare alla immediatezza e all'oralità; art. 229, 240 ecc.) passava in seconda linea di fronte a un progetto che, inspirandosi tutto a teorie personalissime dell'autore, costringeva la Sottocommissione ad affrontare innanzi tutto i problemi teorici. Così, attraverso discussioni che restarono veramente memorande per chi ebbe la fortuna di parteciparvi, la Sottocommissione si dimostrò contraria ad accoglier nel nuovo codice il concetto di « lite » nel senso sostenuto da CARNELUTTI, e tutte le innovazioni teoriche da questo derivate: coerentemente fu soppresso l'intero titolo « della lite » che nel Progetto originario comprendeva gli art. 86-103, e si aggiunsero gli art. 1 e 2, che, riproducendo in gran parte (con qualche modificazione di espressione e con un'aggiunta relativa alle azioni di mero accertamento) gli art. 35-36 del Codice attuale, riaffermano i concetti oggi correnti di interesse ad agire e di azione. Ma, una volta fatta questa affermazione di principio, la Sottocommissione nel suo lavoro di revisione del Progetto Carnelutti non solo dovè occuparsi di quelle disposizioni che rappresentavano vere innovazioni pratiche del processo attuale (le quali, quasi tutte, costituivano pregevoli miglioramenti), ma dovè anche occuparsi di liberare tutto il

Progetto da quell'involucro teorico, proprio del sistema carneluttiano, di cui, respinta l'idea centrale di quel sistema, sarebbe stato inutile conservar l'apparenza. Fu osservato a questo proposito da qualcuno dei commissarî che l'originario Progetto Carnelutti, per la rigorosa logica della sua architettura e per il tecnicismo del suo linguaggio sembrava redatto in uno stile troppo superiore alla cultura media dei pratici del diritto; e che, appunto perchè i codici devono servire alla pratica, sarebbe stato utile attenuare alquanto questo suo carattere teorico: sia evitando di modificare le norme oggi vigenti, per il sol scopo di prospettare da un diverso punto di vista sistematico, che può essere anche personale dell'autore del sistema, istituti che restano invariati nella sostanza; sia raggruppando sotto una sola collocazione norme concernenti uno stesso istituto — anche quando teoricamente esso si presterebbe ad esser separatamente considerato sotto diversi aspetti in parti diverse del sistema —, per dare al pratico la possibilità di rendersi conto senza sforzo dell'istituto nella sua totalità (ad es. sembrava praticamente pericoloso tener lontane le norme riguardanti l'intervento adesivo da quelle riguardanti l'intervento principale, anche se ciò appariva sistematicamente più corretto; art. 15 e 97 del Prog. originario, diventati gli art. 16 e segg. del Progetto riveduto).

E' evidente come per compiere questa non grata opera destinata ad abbassare il tono scientifico del Progetto e a togliergli ogni traccia di *personalismo teorico,* sarebbe stato necessario un lungo esame di dettagli, paziente e non affrettato. Ma la Commissione potè compierlo solo in parte, perchè fu sollecitata dal Ministro della Giustizia a presentare senz'altro indugio i primi due libri del Progetto (il terzo dovrà esser dedicato ai procedimenti speciali), limitandosi a fissarne i capisaldi e senza entrare in premature discussioni di particolari.

9. — Così si spiegano certe incoerenze e certe disuguaglianze che ogni attento lettore può scorgere nel Progetto uscito dai lavori della Sottocommissione: la quale, pur avendo respinto alla base la teoria su cui il Carnelutti aveva costruito il suo sistema, non ebbe poi tempo di liberare il Progetto riveduto da tutti i residui di questa concezione; sicchè in esso si trovano spesso poste accanto disposizioni che, almeno nella terminologia, si inspirano a concezioni dogmatiche assolutamente eterogenee e inconciliabili. Basti osservare a prova di ciò, che moltissimi articoli del Progetto riveduto conservano ancora immutati quei vocaboli di « lite » e di «questione » che, forniti di un preciso significato tecnico finchè si accetta il sistema carneluttiano, non hanno più senso fuori di quel sistema (11).

---

(11) Talvolta poi nel Progetto riveduto sono incorse vere e proprie sviste: basti ricordare l'art. 358 che detta modalità per il ricorso « in revisione » nono-

Dal punto di vista sistematico, direi quasi dal punto di vista estetico, l'originario Progetto Carnelutti si presenta, non si può disconoscerlo, più coerente e più armonico. Ma questi difetti di definitiva coordinazione che si notano nel Progetto riveduto non sono sfuggiti alla Sottocommissione; la quale però, pur accorgendosene, ha creduto miglior partito rinviare a un secondo momento questo lavoro di rifinitura, soprattutto perchè, dovendo restare l'ultima parola al Governo, sembrava più opportuno lasciare il Progetto, almeno nei particolari, allo stato grezzo; e in molti punti limitarsi a porre dei problemi, anzichè risolverli.

Questo carattere di « provvisorietà » del Progetto, il quale rappresenta una tappa intermedia, ma non l'ultima, verso quello che sarà il nuovo processo civile italiano, è consacrato anche nella lettera, ad esso premessa, nella quale il Presidente MORTARA rileva che « la Sot-« tocommissione considerò che il lavoro necessario al perfezionamento « avrebbe richiesto tempo non breve, e per di più sarebbe inutilizzato « completamente, qualora i principî accolti nel progetto non rimanes-« sero tutti ugualmente fermi », dato che « la revisione del progetto e « le deliberazioni finali nella riforma legislativa sono riservate al Go-« verno ».

E' buona sorte che quest'opera di revisione possa esser compiuta da chi, come l'attuale Ministro della Giustizia ALFREDO ROCCO, è autore di pregevoli opere di diritto processuale civile, ed è quindi in grado di perfezionare il Progetto anche dal punto di vista strettamente tecnico, sì da renderlo omogeneo nello stile e nelle premesse teoriche. Ma chi legge questo Progetto, anche grezzo e provvisorio com'è uscito dai lavori della Sottocommissione, non può non accorgersi del grande cammino che la scienza processuale italiana ha fatto in questi ultimi decenni, della serietà di preparazione e di intenti con cui essa cerca le sue nuove vie: dalle linee maestre che già si intravedono nel Progetto, è dato ormai prevedere che il nuovo Codice processuale italiano, al quale hanno collaborato tre generazioni di processualisti — la lunga esperienza giudiziaria del MORTARA, la fondamentale revisione storico-dogmatica compiuta dal CHIOVENDA, la genialità ricostruttrice del CARNELUTTI — figurerà degnamente, con caratteri nettamente originali, accanto ai più perfetti e moderni Codici degli altri Stati d'Europa.

---

stante che questo mezzo di impugnativa, proposto nel Progetto originario (art. 365-367) non sia stato conservato dalla Sottocommissione.

X

IL CONCETTO DI « LITE » NEL PENSIERO DI FRANCESCO CARNELUTTI (*)

I. — Lite e giurisdizione.

SOMMARIO. — 1. Principî fondamentali della teoria del C. sulla « lite ». — 2. Pacificazione sociale e garanzia dell'osservanza della legge come scopo della giurisdizione. — 3. La definizione della giurisdizione di fronte alla cognizione ed alla esecuzione. — 4. La contenziosità come elemento della giurisdizione. — 5. Inconciliabilità di tale concezione col processo civile inquisitorio. — 6. Idem col processo penale. — 7. Lo scopo di accertamento nella fase di cognizione comune anche ai processi senza lite. — 8. La lite e l'interesse ad agire.

1. — La chiave di volta di quella geniale sistemazione del processo civile, la cui architettura si disegna nelle *Lezioni* e nel *Progetto* di FRANCESCO CARNELUTTI, è il concetto, che nel pensiero carneluttiano assume uno specifico significato tecnico, di « lite ».

Premessa sociologica di ogni ordinamento giuridico — insegna il C. in quel primo volume delle *Lezioni* che, sotto il modesto titolo di introduzione allo studio del diritto processuale, compendia la sostanza di un trattato di teoria generale del diritto — è l'interesse collettivo alla composizione dei conflitti di interessi individuali (1): cioè l'interesse che ogni consociazione ha, per mantenere la pacifica convivenza sociale dei suoi componenti, ad assicurare tra i medesimi la composizione di quei conflitti di interessi, che possono sorgere tra loro in conseguenza della insufficienza dei beni naturali a soddisfare ugualmente i bisogni di tutti i consociati. La composizione del conflitto (la

---

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale civile*, a. V, 1928, P. I, pp. 1-22, 89-98; ristampato in *Studi*, II (Padova, Cedam, 1930), pp. 359-388; tradotto in lingua spagnola da S. SENTÍS MELENDO in P. CALAMANDREI, *Estudios sobre el Proceso Civil* (Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945)]. [*Bibliografia*, n. 152].

(1) *Lezioni*, I, nn. 8-9.

quale si risolve nella subordinazione di un interesse all'altro, cioè nell'assoggettamento dei due interessati alla volontà altrui, espressa in un *comando* (2)) può essere *individuale,* quando si raggiunga per volontà degli stessi contendenti mediante il contratto (3); può essere *sociale,* quando si compia attraverso un potere esercitato sui contendenti da un terzo (4). Ma i poteri di questo terzo possono essere diversamente estesi: può darsi che la consociazione abbia dato a questo terzo il potere di stabilire volta per volta la soluzione meglio adeguata al singolo conflitto da comporre, formulando per ciascun conflitto uno speciale comando non desunto da regole generali preesistenti (*arbitrato* in ampio senso) (5), ovvero può essere che la consociazione abbia prestabilito in astratto certe regole generali di condotta, secondo le quali devono essere risolti i conflitti di interessi (*norme giuridiche materiali*), sicchè il terzo, nel comporre in concreto il conflitto, non debba far altro che applicare ad esso la norma preesistente (6). In questa ultima ipotesi si presenta al giudice quella che il C. chiama tecnicamente la « lite »: mentre in senso lato ad ogni conflitto di interessi potrebbe appropriatamente darsi questa denominazione, il C. la riserva ai conflitti di interessi che già prima dell'intervento del giudice sono stati regolati dal diritto: « tenendo conto di questo elemento formale, « nella nozione di *lite* o *controversia,* al conflitto di interessi (che ne « costituisce la sostanza) si sovrappone il conflitto tra due applicazioni « della norma, e perciò tra due opinioni o tra due modi di condotta « dei soggetti del rapporto (che ne costituisce la forma) » (7). La lite si può dunque definire come *un conflitto di interessi regolato dal diritto*: l'art. 87 del *Progetto* ne dà meno concisamente questa nozione: « Due persone sono in lite quando l'una pretende che il diritto tuteli « immediatamente il suo interesse in conflitto con un interesse del- « l'altra e questa contrasta la pretesa, o, pur non contrastandola, non « vi soddisfa ».

Di questa specifica nozione di lite il C., nel seguito delle sue *Lezioni,* si serve per determinare il contenuto proprio della funzione giurisdizionale e lo scopo caratteristico del processo. Ritiene il C. che la tradizionale denominazione di funzione *giurisdizionale* non risponda alle rigorose esigenze del linguaggio scientifico quando sia riferita

---

(2) *Ibid.,* n. 15: secondo il C. anche nel contratto c'è l'assoggettamento di un contraente alla volontà dell'altro (pag. 36-38).

(3) *Ib.,* n. 12.

(4) *Ib.,* n. 13.

(5) *Ib.,* n. 14 e n. 42 (pag. 149).

(6) *Ib.,* n. 43.

(7) *Ib.,* n. 44 (pag. 167).

anche al processo esecutivo (8): l'attributo di giurisdizionale corrisponde soltanto alla funzione esercitata dal giudice nella fase di cognizione (9); più esatto è, se si vuol comprendere sotto una sola denominazione la cognizione e l'esecuzione, parlare di *funzione processuale* (10). Ciò premesso, il C. insegna che scopo del processo è la *giusta composizione della lite* (11) e che il caratteristico contenuto che differenzia la funzione processuale dalla funzione legislativa ed amministrativa si riassume nella formazione di un comando concreto per la giusta composizione di una lite (12).

Vi sono però alcuni casi, osserva il C. (13), in cui il processo di cognizione non serve allo scopo della giusta composizione di una lite, ma serve soltanto, *in mancanza di lite*, a produrre la modificazione di un rapporto giuridico sulla quale le parti sono concordi (processo costitutivo) o alla creazione di un titolo esecutivo per un debito che il convenuto riconosce (processo di condanna). In questi casi, che il C. denomina « processi senza lite », manca l'elemento sostanziale per riconoscere la funzione processuale; onde si deve ritenere che, con fenomeno analogo a quello che accade per le leggi *formali* aventi contenuto amministrativo, si abbia qui da parte del giudice l'esercizio, sotto forma di processo (processo *improprio*), di funzione sostanzialmente amministrativa (14). Considerazioni di natura politico-legislativa possono consigliare in questi casi al legislatore di utilizzare le forme del processo ad uno scopo diverso da quello normale della composizione della lite, in vista delle garanzie di controllo che esse forniscono; ma in realtà anche quando si utilizzano queste forme, la funzione del giudice resta qui, in mancanza di lite, sostanzialmente ben diversa dalla vera e propria funzione processuale, come dalla giurisdizione contenziosa differisce nella sostanza la giurisdizione volontaria (15).

Il pensiero teorico del C. ha trovato piena espressione pratica nel *Progetto* di Codice da lui redatto, nel quale, mentre un intero titolo (Lib. I, Tit. II, art. 86-103) tratta espressamente « della lite », tutta la disciplina del processo trova in questa nozione la sua base: la funzione del giudice nella fase di cognizione è espressamente ridotta alle

---

(8) *Ib.*, II, pag. 76.
(9) *Ib.*, pag. 75.
(10) *Ib.*, pag. 76, e n. 85, pag. 146.
(11) *Ib.*, n. 82.
(12) *Ib.*, n. 79 e *passim.*
(13) *Ib.*, II, n. 8.
(14) *Ib.*, pag. 182-192.
(15) *Ib.*, II, n. 90.

decisioni delle liti (art. 1: « Il giudice *decide le liti civili* quando ne sia fatta domanda dalle parti »; art. 86: « Nessuno può domandare che il giudice pronunci intorno a una questione, se da questa non dipenda *la decisione di una lite* »); e là dove manca lo scopo di decidere una lite, subentra necessariamente alla funzione processuale la giurisdizione volontaria: « quando intorno alla produzione di un ef- « fetto giuridico le parti sono d'accordo, ma la legge non consente che « l'effetto si produca senza la pronunzia del giudice, si procede secon- « do le norme contenute nella parte terza » (art. 89; appunto secondo le norme che saranno stabilite per l'esercizio della giurisdizione volontaria).

Da quanto ho detto finora, industriandomi di riassumere fedelmente nei suoi elementi più caratteristici il pensiero del C., appare come egli, riducendo la giurisdizione a pura decisione di liti, sia tornato alla vecchia concezione della dottrina e pratica del processo italiano medievale, che non vedeva funzione giurisdizionale se non là dove fosse definizione di controversie (16), e che coerentemente poneva nella *contenziosità* il criterio distintivo tra la giurisdizione vera e propria e la cosiddetta *iurisdictio voluntaria* (17). Tale concezione pareva superata dalla dottrina (18); ma il Carnelutti nel riportarla in onore, ha saputo darle una così suggestiva inquadratura sistematica, da farla apparire come una teoria interamente nuova, degna di esser ripresa in attento esame.

Già in un mio precedente scritto (19) ho avuto occasione di accennare di scorcio ad alcuni dubbi suscitati in me da questa riesumazione, fatta dal C. con sì scintillante dialettica: mi propongo oggi di chiarire *ex professo* le ragioni del mio dissenso, le quali possono raggrupparsi intorno a due quesiti: primo, se *in iure condito* sia esatto, da un punto di vista storico-dogmatico, ridurre la giurisdizione a pura decisione di liti; secondo, se *in iure condendo* sia conveniente, da un punto di vista politico legislativo, adottare il concetto di lite come uno dei capisaldi del nuovo Codice e relegare nel campo della giurisdizione volontaria tutte quelle attività del giudice che non abbiano per scopo immediato la decisione di liti. Da questo secondo punto di

---

(16) Chiovenda, *Principii*, pag. 69.

(17) *Ib.*, 314-315.

(18) Cfr. Rocco (Alfr.), *La sentenza civile*, pag. 11, nota 11, lett. *e;* Hellwig, *System*, I, pag. 38; Sperl, *Lehrbuch der bürg. Rechtspflege*, I (Wien, 1925), pag. 10; Rosenberg, *Lehrbuch d. deuts. Zivilprozessrechts* (Berlin, 1927), § 1, II, 2.

(19) *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, in *Studi*, II, n. 7 [in questo volume, pag. 157 segg.].

vista, il presente scritto vuol essere anche un contributo alla riforma del processo civile ed una interpretazione dei lavori finora compiuti a tale scopo dalla Sottocommissione incaricata di prepararla.

2. — Il fatto che la teoria del C. costituisca in sostanza un ritorno all'antico non basterebbe di per sè solo a farla ritenere infondata: anche nel campo scientifico le nuove ricerche servono non di rado a dimostrar l'esattezza di concezioni che parevano superate e la stessa riforma del processo civile dovrà essere in molti punti un cauto riaccostamento alla tradizione. Ma, di fronte al problema che qui si studia, l'opinione corrente tra i dottori medievali, secondo la quale non si concepiva vera giurisdizione là dove mancasse una *contentio inter partes* (20), appare oggi fondamentalmente inadeguata a spiegare la posizione della amministrazione della giustizia nel moderno Stato di diritto, il quale, rivendicando a sè come esclusivo monopolio l'esercizio della funzione giurisdizionale, le ha dato un contenuto più ampio e pienamente intelligibile soltanto se coordinato con le altre manifestazioni della sovranità. Considerare oggi la giurisdizione come semplice definizione di controversie mi pare che sia rimpicciolirne la finalità. Non si nega che agli albori storici della civiltà possa rintracciarsi nell'arbitrato la prima origine della funzione giurisdizionale, inizialmente contenuta nei limiti di una interposizione di un terzo tra contendenti, al solo scopo di dirimere il conflitto individuale e di mantenere, col divieto dell'autodifesa, la pace sociale; ma in luogo di questo intento della pacificazione sociale, che in origine basta a giustificare l'intervento della consociazione nelle liti dei consociati, lo Stato moderno ha posto, da quando al giudice è stato riservato l'ufficio di applicare a casi concreti norme giuridiche generali già formulate in astratto dal legislatore, un intento più alto, che è quello di garantire e controllare *a posteriori* nei casi concreti la osservanza della volontà dello Stato, già manifestata *a priori* nella legge. Oggi lo Stato — sono verità elementari, che il C. potrebbe insegnarmi — non considera esaurito l'ufficio della giurisdizione per il solo fatto che il conflitto sia stato composto (a raggiunger questo solo intento potrebbe bastare anche il giudice Bridoye, immortalato dal Rabelais, che risolveva le liti secondo il responso dei dadi!); ma vuole che la composizione del conflitto sia raggiunta, ove conflitto c'è, attraverso l'applicazione della legge. Per questo fu detto autorevolmente che nello Stato moderno la funzione giurisdizionale è una integrazione e una prosecuzione della funzione legislativa; perchè lo Stato, dopo aver manifestato nella leg-

---

(20) Cfr. WACH, *Handbuch*, pag. 48, nota 4.

ge la sua volontà in forma generale ed astratta, riafferma attraverso i giudici questa sua volontà nei casi concreti, e quindi, col controllare che i suoi precetti siano fedelmente adempiuti, viene, nei processi civili, a riconfermare la propria autorità e la propria ragion d'essere. E' vero che le norme di diritto materiale, che lo Stato pone mediante la funzione legislativa, mirano tutte quante — come il C. lucidamente insegna — a dirimere dei conflitti di interessi previsti e regolati in anticipo; onde si sarebbe portati a ritenere che, se la giurisdizione non è che un complemento e una prosecuzione della legislazione, anche il suo fine ultimo e mediato debba esser per forza la composizione in concreto di quei conflitti di interessi che la legge compone in astratto. Senonchè, se è vero che ogni norma di diritto materiale compone in astratto il conflitto di due interessi, non è del pari vero, come tra poco si vedrà (oltre, n. 7), che l'intervento della giurisdizione allo scopo di applicare la norma a un rapporto concreto presupponga immancabilmente un disaccordo attuale tra i soggetti di questo rapporto. All'interesse alla pacificazione sociale (quello che il C. ha di mira quando parla dell'interesse alla composizione dei conflitti) (21), per soddisfare il quale basterebbe limitare l'intervento del giudice ai soli casi in cui si debba comporre un conflitto manifestato in un disaccordo tra le parti, lo Stato moderno ha sostituito l'interesse alla attuazione del diritto oggettivo (22); la soddisfazione di questo interesse si accompagna normalmente, nel processo civile, colla soddisfazione del primo (in quanto il giudice, attuando la legge, risolve di solito una lite *inter partes*), ma può anche in certi casi esserne scompagnata, sì da costituire essa sola la finalità veramente tipica, *e in ogni caso immancabile*, della giurisdizione.

Ritengo perciò che la teoria modernamente prevalente, dal WACH al CHIOVENDA, che pone nell'attuazione del diritto oggettivo lo scopo caratteristico della funzione giurisdizionale, sia idonea, meglio di quella che il C. vorrebbe resuscitare, a mettere in evidenza la natura essenzialmente pubblicistica del processo nei moderni ordinamenti giuridici, come strumento per realizzare in concreto la astratta volontà dello Stato (23).

---

(21) Il C. esplicitamente insegna che lo scopo ultimo della giurisdizione è il mantenimento della pace sociale (Vol. II, pag. 7).

(22) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 65.

(23) L'idea che lo scopo ultimo della giurisdizione sia non tanto quello di comporre i conflitti, quanto quello di far valere nei medesimi la volontà dello Stato è stata recentemente riaffermata dal ministro Alfredo Rocco nella sua relazione alla Camera dei Deputati sulla legge che ha istituito la Magistratura del Lavoro.

3. — D'altra parte la teoria che da noi fa capo al CHIOVENDA ha il grande merito di definire la giurisdizione con una formula, la quale si adatta ugualmente, in materia civile, al processo di cognizione ed a quello di esecuzione: l'accertamento, e l'esecuzione forzata, infatti, non sono per questa teoria che stadi diversi dell'attuazione giurisdizionale del diritto (24), in ciascuno dei quali si riscontra quella « sostituzione dell'attività di organi pubblici all'attività altrui » che secondo il CHIOVENDA è il carattere distintivo della giurisdizione. In luogo di questa concezione che possiamo dire integrale della funzione giurisdizionale, in quanto abbraccia nella sua formula anche il processo esecutivo, bisogna per forza arrestarsi ad una visione parziale e ristretta della medesima quando i suoi caratteri essenziali si ricerchino nel solo stadio di cognizione: il che porta coerentemente ad escludere dalla funzione giurisdizionale la esecuzione. A questo risultato era giunta infatti la dottrina del periodo intermedio, la quale, partendo dalla premessa che la giurisdizione consistesse soltanto nel giudicare (*jurisdictio in sola notione consistit*), cioè nel definire controversie, aveva logicamente insegnato che l'esecuzione non era giurisdizione, giacchè essa non serviva a risolvere liti, ma solo a realizzare praticamente diritti non più litigiosi (25).

Alla stessa conclusione sembra che dovrebbe giungere anche la teoria del C., dato che essa considera come essenziale della giurisdizione quello scopo di composizione delle liti che si riscontra soltanto nello stadio di cognizione. Ma su questo punto non sono riuscito a ricostruire con assoluta chiarezza il pensiero carneluttiano, forse perchè manca ancora alle sue *Lezioni* l'atteso quinto volume, nel quale dovrà essere svolta la teoria, per ora soltanto preannunciata, del processo esecutivo. Dai volumi finora usciti mi sembra che possa desumersi a questo proposito quanto segue: la differenza tra processo di cognizione e processo di esecuzione è anzitutto differenza di scopo, in quanto il primo mira alla formazione di un comando per la composizione di una lite, mentre il secondo mira alla realizzazione di questo comando (26). Per adoprare una terminologia, che possa riferirsi con pari esattezza alla cognizione ed all'esecuzione, il C., come già si è detto (retro, n. 1 in fine), ritiene preferibile — in luogo della denominazione corrente di funzione giurisdizionale, la quale a rigor di

---

(24) CHIOVENDA, *Principii*, pagg. 67 e 301.

(25) CHIOVENDA, pag. 302. Giustamente osserva il ROCCO (ALFR.), *La sentenza civile*, pagg. 11-12 in nota, che la concezione secondo la quale la giurisdizione è risoluzione di controversie ha il difetto di essere incompleta perchè esclude *a priori* dalla giurisdizione tutto il processo esecutivo.

(26) *Lezioni*, II, n. 79.

termini è esatta soltanto per la fase di cognizione — parlare di *funzione processuale* (27). Anche il processo esecutivo, che non si può considerare esplicazione di giurisdizione in senso stretto, è esplicazione di funzione processuale: « io sono schiettamente persuaso — scrive il C., a pagg. 185-186 del Vol. II delle *Lezioni* — della natura *processuale della esecuzione* ».

Sta bene: ammettiamo pure la opportunità di questa innovazione di terminologia, e chiamiamo pure funzione processuale quella che tradizionalmente si chiamava con minor proprietà giurisdizione; ma resta ora da sapere, per venire alla sostanza, quale sia, di fronte alle altre funzioni dello Stato, il carattere distintivo di questa funzione *processuale*, che abbraccia in sè, come si è veduto, il processo di cognizione e quello di esecuzione. Se cerchiamo una risposta a questa domanda, non mi sembra che sia possibile trovarla nei volumi delle *Lezioni* finora usciti: si hanno, è vero, nel II volume due capitoli (nn. 85-86) i quali studiano i caratteri che distinguono la funzione processuale dalle funzioni legislativa ed amministrativa; ma la distinzione è sempre fatta prendendo come termine di paragone la funzione processuale quale si svolge nella fase di cognizione (formazione di comandi concreti per la composizione delle liti), non quale si svolge nella fase di esecuzione. Il che sembra che debba portare a una di queste due conseguenze: o si arriva a ritenere che, mancando nella fase di esecuzione quello scopo di composizione dei conflitti mediante la formazione di un comando concreto, che secondo il C. è lo scopo caratteristico della funzione processuale, la fase di esecuzione non appartenga alla funzione processuale, il che sarebbe rigorosamente logico, ma — come si è visto — non risponde al pensiero del C.; ovvero si ritiene che la esecuzione, pur non avendo lo scopo della composizione delle liti, rientri anch'essa nella funzione processuale, ed allora bisogna confessare che il criterio di distinzione desunto da quello scopo non è sufficiente, e bisogna cercare in un *genus proximum* che comprenda cognizione ed esecuzione una definizione integrale, tale da corrispondere, come quella proposta dal Chiovenda, a tutte le esplicazioni, e non soltanto ad una, della funzione definita.

4. — Ma, quand'anche si lasci da parte il processo di esecuzione, i dubbi suscitati dalla suggestiva teoria del C. non sembrano eliminati dal limitar l'indagine al più ristretto campo del processo di cognizione. E in verità il problema resta lo stesso: è proprio vero che, nel processo di cognizione, non v'ha esercizio di funzione processuale

---

(27) Ivi, pag. 75-76.

(cioè giurisdizionale) ove la pronunzia del giudice non serva a comporre una lite *inter partes*?

Il problema, come già è accennato, trova la sua pratica ragion d'essere nel fatto che nel nostro diritto si incontra un gruppo abbastanza numeroso di processi, i quali non hanno come necessario presupposto l'esistenza di una controversia, e non servono perciò alla composizione della medesima (« processi senza lite »). Ora, per giungere alla collocazione sistematica di questi « processi senza lite », i quali esteriormente si svolgono secondo le forme della giurisdizione e portano alla pronuncia di una sentenza formalmente simile a quelle che decidono liti, due vie si possono seguire: o considerarli come esplicazioni di vera e propria funzione giurisdizionale e adottare allora una definizione di giurisdizione basata su caratteri che si riscontrino *anche* in questi processi senza lite; ovvero, se si adotta una nozione più ristretta di giurisdizione desunta dai soli processi che servono a definir controversie, tagliar fuori questi processi senza lite dal sistema della giurisdizione in senso proprio, e considerarli storicamente aggregati ad esso, come i procedimenti della giurisdizione volontaria, solo per ragione di opportunità contingente.

Il C., come si è visto, segue questa seconda via: io ritengo preferibile la prima, e mi propongo di esporre brevemente le ragioni di questa mia preferenza. Giova preliminarmente avvertire, tanto per ridurre la discussione al solo punto essenziale, che colla teoria che considera la contenziosità come requisito indispensabile del processo di cognizione, non è affatto messa in causa la natura schiettamente giurisdizionale, che lo stesso C. non nega, del processo contumaciale o di certi speciali processi di cognizione che si iniziano *inaudita altera parte*: a questi processi, infatti, manca il contraddittorio, ma non manca — o può non mancare — la lite (28). D'altra parte mi sembra che la teoria del C. potrebbe essere meno recisamente respinta, quando ci si limitasse ad applicarla soltanto a quelle sentenze con le quali, nell'ordinario processo a tipo dispositivo (29), il giudice dà atto della rinuncia all'azione proveniente dall'attore o del riconoscimento dell'azione proveniente dal convenuto; per questi casi, in cui può sembrare che la sentenza non serva ad altro che a omologare un accordo *che le parti avrebbero potuto validamente concludere anche fuori del processo*, non manca, neanche nella dottrina prevalente, una certa tendenza a ritenere che, sotto la forma di sentenza, la sostanza apparten-

---

(28) Carnelutti, *Lezioni*, II, nn. 99-101.

(29) Adopro questa espressione nel senso in cui l'ho adoprata nel mio scritto *Linee fondamentali del proc. civ. inquisitorio*, non nel senso in cui l'adopra il Carnelutti, *Lezioni*, II, n. 72.

ga piuttosto alla funzione amministrativa (giurisdizione volontaria) che a quella giurisdizionale (30): e il pensiero ricorre per analogia alle numerose forme storiche di processi *apparenti,* in cui la sentenza era soltanto la veste di un negozio di diritto privato (31).

Ma il mio dissidio dalla teoria del C. resta tuttavia insuperabile di fronte a quella categoria di giudizî civili che si possono raggruppare, secondo la denominazione adottata in un mio recente studio, sotto la tipica figura del « processo civile inquisitorio ». Proprio dall'esistenza di questi processi, nei quali l'attività del giudice ha tutt'altro scopo che quello di risolvere liti *inter partes,* la teoria del C. riceve, a mio avviso, la più efficace confutazione: sicchè mi sembra opportuno limitare a questa sola categoria di processi senza lite il mio discorso, poichè la loro collocazione nel sistema della giurisdizione rappresenta veramente per la teoria carneluttiana l'*experimentum crucis.*

5. — Il carattere fondamentale del processo civile a tipo inquisitorio è questo: che esso serve a far conseguire alle parti mediante una sentenza costitutiva, un effetto giuridico (creazione, modificazione, estinzione di un rapporto giuridico) che le parti, *anche se concordi,* non potrebbero conseguire all'infuori del processo (32). Si può dunque parlare in questi casi di sentenza costitutiva *necessaria,* in quanto le parti non possono liberamente accordarsi per raggiungere contrattualmente quello stesso scopo che, se sussistono le condizioni stabilite dalla legge, possono conseguire attraverso la sentenza. In questi processi, come altrove ho cercato di chiarire, il disaccordo tra le parti non è, come nel processo a tipo dispositivo, il presupposto indispensabile della sentenza: può darsi che, anche qui, questo disaccordo ci sia di fatto, nel senso che il convenuto abbia interesse contrario al conseguimento dell'effetto giuridico desiderato dall'attore; ma l'esserci o meno questo disaccordo di fatto non ha rilevanza giuridica in relazione alla funzione del giudice, giacchè la pronunzia di questo è ugualmente necessaria e si svolge con le stesse regole processuali anche quando le parti siano pienamente d'accordo sull'effetto da conseguire.

E' evidente che in questi casi la sentenza, se può di fatto servire anche a comporre un conflitto di interessi quando questo conflitto

---

(30) Cfr. l'interessante studio del LIEBMANN, *Sul riconoscimento della domanda* (in *Studî in onore di Chiovenda*), specialmente nn. 14 e 15.

(31) CHIOVENDA, *Principii,* pag. 80.

(32) ROCCO (ALFR.), *La sentenza civile,* pag. 6: « Vi sono casi in cui l'incertezza circa la tutela giuridica di un determinato interesse dipende dal fatto che la legge, per ragioni di interesse generale, non permette che questa determinazione sia fatta dagli stessi interessati ».

eventualmente ci sia, non ha come suo scopo giuridico la composizione di tale conflitto, giacchè essa è necessaria anche quando il conflitto non c'è: in questi processi, dunque, che una lite esista o non esista tra le parti, è giuridicamente indifferente; lite e sentenza non sono qui concetti correlativi e coincidenti; anzi si potrebbe perfino dire che in questi processi non può esservi mai, in nessun caso, una vera e propria lite nel senso voluto dal CARNELUTTI, perchè, mentre nella vera e propria lite la necessità per l'attore di ricorrere al giudice è una conseguenza del contegno della controparte, che, invece di aderire alla richiesta dell'attore « contrasta la pretesa o, pur non contrastandola, non « vi soddisfa » (art. 87 Pr. CARNELUTTI), in questi processi inquisitorî la necessità di ricorrere al giudice sorge dalla speciale natura del rapporto giuridico, non dal contegno della controparte, alla quale non si può far carico di contrastare la pretesa dell'attore, quando si sa che, anche se di fatto non volesse contrastarla, non potrebbe « soddisfarla » senza pronuncia del giudice.

Di fronte a questi processi, per i quali la esistenza di una lite è giuridicamente irrilevante, il C. mantiene fermo il suo punto di vista secondo il quale l'esistenza della lite è l'elemento distintivo della giurisdizione. Anche qui, per prender l'esempio, portato dallo stesso C., del processo per annullamento di matrimonio promosso dal marito (uno dei più tipici esempi di processo civile inquisitorio), si possono fare due ipotesi: se « la moglie convenuta dal marito per nullità del ma- « trimonio contesta la nullità e resiste alla domanda » si ha lite e quindi la sentenza che decide sulla medesima ha natura giurisdizionale; se invece « la moglie e il marito concordi riconoscano la nullità del « matrimonio », la sentenza del giudice che pronuncia l'annullamento (o magari respinge, nonostante la concordia delle parti, la domanda) non ha natura giurisdizionale (33).

Ma questa distinzione non persuade. Si può dubitare se nell'ordinario processo a tipo dispositivo, in cui il componimento concordato fra le parti fa cessare la materia del contendere ed estingue, insieme colla lite, l'interesse dei litiganti ad ottenere una pronunzia giurisdizionale sulla medesima, la funzione del giudice cambi natura secondochè egli decida una lite o si limiti a dar atto (come nei casi di riconoscimento dell'azione o di rinuncia alla medesima) di un accordo concluso tra le parti; ma è certo che nel processo a tipo inquisitorio, in cui l'esistenza di una lite è giuridicamente irrilevante e in cui l'interesse ad agire sorge da tutt'altro presupposto, non si può logicamente basare una così importante distinzione funzionale proprio su un elemento dal quale la struttura di questo tipo di processo interamente

(33) CARNELUTTI, *Lezioni*, II, pagg. 182-183.

prescinde. Nel processo civile inquisitorio, infatti, non solo il convenuto non ha potere di fare venir meno nell'attore, coll'aderire alla sua domanda, l'interesse ad agire; ma neppure può produrre, col concordare le affermazioni dell'attore, quegli effetti preclusivi limitati al campo della prova che, nel processo a tipo dispositivo, si producono, come conseguenza della concordia delle parti, per i fatti non controversi. Nel processo a tipo inquisitorio il fatto che le parti siano concordi nell'affermar vere certe circostanze di causa, non esonera il giudice dal ricercare, con tutti i mezzi a sua disposizione, se quelle affermazioni delle parti corrispondono a verità. Cosicchè anche il cammino logico che il giudice deve compiere per giungere alla sua pronuncia non è in alcun modo dipendente, in questo tipo di processo, dal contegno del convenuto. Vi sia o non vi sia lite, permane ugualmente nell'attore l'interesse ad agire, permane nel giudice il dovere di accertare la verità dei fatti anche se non controversi, resta immutato l'oggetto della decisione, e le norme, indipendenti da qualsiasi potere di disposizione degli interessati, da applicare al caso: come si può dunque sostenere che la natura della funzione del giudice varî in questi processi, e da giurisdizionale diventi amministrativa, secondo che vi sia o non vi sia nel rapporto da decidere quell'elemento contenzioso che, proprio in questi processi, il giudice ha il dovere di non prendere in alcuna considerazione? E' certo che il giudice, mentre esercita il suo ufficio, non sempre è in grado di analizzare esattamente la natura teorica della funzione che compie; ma è altresì vero che nessun giudice, col suo buon senso pratico, sarebbe disposto a credere che in un processo per annullamento di matrimonio la sua sentenza da atto giurisdizionale si trasformi magicamente, quasi per invisibile influsso operante a distanza, in atto amministrativo, solo perchè, invariati restando il tema della decisione e le leggi del processo, si verifichi quella concordia dei coniugi nel chieder l'annullamento, alla quale il legislatore, appunto per evitare gli annullamenti dei matrimoni *in fraudem legis,* ha negato ogni efficacia processuale! E più ancora resterebbe, nel suo buon senso pratico, sorpreso e disorientato il giudice penale, se gli si dicesse che quando egli, in un processo in cui il P. M. abbia concluso per l'assoluzione dell'imputato, va in contrario avviso e lo condanna, egli *non giudica,* ma fa senza avvedersene — come monsieur Jourdain di Molière, che senza avvedersene faceva della prosa — della giurisdizione *volontaria!*

6. — Le osservazioni critiche che ho fatto finora alla teoria del C. a proposito del processo civile inquisitorio, si possono infatti ripetere, e forse con più immediata evidenza dimostrativa, per il processo penale.

Il CARNELUTTI è uno dei più autorevoli assertori della unità fondamentale del processo: e uno dei grandi pregi delle sue *Lezioni* è quello di aver delineato un sistema nel quale, quasi a riprova della esattezza dei suoi principî, trovano la loro collocazione anche gli istituti del processo penale ed amministrativo. E' indubitabile perciò che il C., il quale pone alla base dei tre processi nozioni fondamentali comuni, respingerebbe una definizione della funzione giurisdizionale che, tenendo conto soltanto del processo civile, non apparisse esauriente anche di fronte al processo penale ed amministrativo, che sono esplicazioni della stessa funzione; in verità, quantunque nel linguaggio ordinario si parli di giurisdizione civile contrapposta a giurisdizione penale, come se si trattasse di due funzioni diverse, ciò che varia da un caso all'altro è la natura dei rapporti di diritto sostanziale che sono oggetto della giurisdizione, ma la funzione rimane unica, ed unica quindi deve essere la sua definizione.

Ciò premesso, può ritenersi soddisfacente anche per il processo penale la teoria che non vede giurisdizione se non là dove il processo serva a comporre una lite (34)? Per rispondere negativamente a questa domanda basta considerare che quella irrilevanza processuale della lite, che nel campo della giurisdizione civile abbiamo visto essere carattere proprio dei soli processi a tipo inquisitorio, è regola generalissima nel processo penale. Il processo penale, infatti, non ha lo scopo di rimuovere un disaccordo esistente tra accusatore ed accusato intorno all'esistenza del reato e alla misura della pena, sicchè il processo perda la sua ragion d'essere là dove questo disaccordo sia amichevolmente composto tra i due « litiganti »; ma ha luogo perchè, nel nostro ordinamento giuridico, la punizione del colpevole non può avvenire che attraverso la pronuncia giurisdizionale. Il processo penale ha dunque in ogni caso, per raggiungere l'effetto giuridico della punizione del reo, quello stesso carattere di *necessità* (*nulla poena sine judicio*) che nel campo civile, per raggiungere effetti giuridici non conseguibili dalle parti attraverso il contratto, è proprio del processo a tipo inquisitorio (35).

Non si nega che in altre civiltà il processo penale abbia potuto esser limitato ai soli casi in cui non fosse intervenuto un accordo stra-

---

(34) « La funzione essenziale del giudice è quella di decidere una lite. Per me questa è così la funzione del giudice civile *come del giudice penale* ». CARNELUTTI, *Sulla « reformatio in peius »*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, I, 184.

(35) Cfr. ora, oltre i citati nel mio scritto sul processo civile inquisitorio, MASSARI, *Lineamenti del processo penale italiano* (Napoli, 1927), pag. 47 e segg.; FLORIAN, *Principî di diritto processuale penale* (Torino, 1927), I.

giudiziale tra accusatore ed accusato, e ciò anche in qualche ordinamento, nel quale, superata la primitiva confusione tra il processo civile e il processo penale, la persecuzione dei reati aveva già assunto il carattere di una funzione pubblica (36); ma si nega che nell'odierno Stato di diritto, di cui il principio *nulla poena sine judicio* dovrebbe essere uno dei capisaldi, il processo penale possa esser ridotto a mera composizione di conflitti, quando è noto che in questo processo l'eventuale consenso manifestato dalle parti (o perchè il P. M., convinto dell'innocenza dell'imputato, ne chieda l'assoluzione; o perchè l'imputato si riconosca colpevole e si dichiari pronto a scontare la pena) non esonera il giudice dall'esaurire fino in fondo le sue indagini, e dall'applicare la legge penale in conformità del suo convincimento, che può voler dire anche in contrasto colla richiesta delle due parti concordi.

7. — La verità è che nel processo penale in genere, come nel processo civile inquisitorio, il concetto di lite *non è utilizzabile* come elemento distintivo della funzione giurisdizionale, per la semplice ragione che gli interessi, al regolamento dei quali è preordinato il necessario intervento del giudice, non sono disponibili da coloro che figurano come parti del processo; sicchè in questi casi non si può costruire una teoria sulla esistenza o sulla mancanza di una lite, cioè di un conflitto tra due volontà individuali che perseguono scopi contrastanti, quando si sa che queste volontà non hanno il potere di accordarsi per il regolamento giuridico degli interessi sottoposti alla indagine del giudice, e che quindi dal componimento di questo conflitto di volontà non può mai derivare quell'assestamento giuridico di interessi contrastanti che appunto il giudice è chiamato ad effettuare. Su questo punto non vorrei essere frainteso: indubbiamente, così nel caso del processo civile inquisitorio come nel caso del processo penale, in tanto è necessaria per il conseguimento di un certo effetto giuridico la pronuncia giurisdizionale, in quanto si trovano in giuoco e direi quasi in equilibrio due interessi contrastanti, tra i quali il giudice, e non altri che il giudice, deve caso per caso scegliere quello destinato a prevalere e quello destinato ad essere sacrificato: e la ragione per la quale non è data per la risoluzione di questo contrasto altra via all'infuori di quella giurisdizionale è appunto che, per la grande importanza sociale

---

(36) Cfr. PAOLI U., *Legge e giurisdizione in diritto attico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, pag. 146 e segg.; FLORIAN, *Principî*, cit., pag. 2, in nota. Diverso dall'accordo stragiudiziale sulla pena è l'istituto della « rinunzia dell'imputato al dibattimento », ammesso da qualche moderna legislazione (cfr. MASSARI, *Lineamenti* cit., pag. 53), che non esclude il giudizio, ma dà carattere di prova legale alla confessione dell'imputato.

di ambedue questi interessi, lo Stato non permette che l'uno o l'altro sia sacrificato senza la garanzia del pubblico giudizio. Ciò è vero nel processo civile inquisitorio, dove, per servirci di un esempio già precedentemente adoprato, di fronte all'interesse sociale all'annullamento di un matrimonio di cui mancano le condizioni essenziali, sta l'interesse sociale alla conservazione del medesimo nei casi in cui non sussistano le cause di nullità stabilite dalla legge; ciò è vero del pari nel processo penale, dove, di fronte all'interesse dello Stato alla punizione del colpevole, sta l'interesse che è anche dello Stato, alla tutela della libertà individuale (37). Ma, dopo aver riconosciuto che anche alla base di questi processi sta un contrasto di interessi, che lo Stato si propone di risolvere attraverso la pronuncia del giudice, mi pare che si debba anche riconoscere che questo contrasto non è in alcun modo dipendente dall'atteggiamento nel processo delle parti, nè vien meno per il fatto che tra queste non sussista quel conflitto di interessi individuali che nella terminologia carneluttiana si chiama « lite ». Di solito, nella massima parte dei casi, al conflitto di interessi pubblici che costituisce per così dire lo sfondo di questi processi, corrisponde anche, in primo piano, una « lite » tra le parti, da ciascuna delle quali uno dei due interessi pubblici in contrasto è rispettivamente sentito anche come interesse individuale; sicchè nel conflitto individuale ciascuna delle parti appare quasi come rappresentante di uno dei due interessi pubblici contrastanti, il conflitto dei quali viene per così dire a « drammatizzarsi » nella lite. Ma se questa coincidenza tra lite individuale e conflitto di interessi collettivi si verifica nella massima parte dei casi, non si può dire per questo che nei meno numerosi casi in cui tale coincidenza non esiste, venga a sparire, con la lite individuale, quel conflitto di interessi pubblici che basta da sè solo, anche se la lite vien meno, a tenere in vita il processo.

Per questo non mi pare che sia nel giusto il MASSARI, quando, nel suo pregevole corso sul processo penale, assegna alla giurisdizione lo scopo caratteristico di « risolvere un conflitto di diritti soggettivi in « contrasto » e insegna che « la sola differenza fra la giurisdizione pe« nale e quella civile consiste in ciò: che nel diritto privato il giudice « interviene soltanto se vi sia un conflitto *effettivo* tra le parti: mentre « nel diritto penale tale conflitto è presunto » (38). In realtà mi sembra che basti il processo civile inquisitorio a dimostrare come, anche nel diritto privato, l'intervento del giudice possa essere necessario senza che esista un conflitto *effettivo* di interessi (lite) tra le parti; nè mi pare che sia esatto affermare che nel processo penale questo conflitto

---

(37) Cfr. per ultimo MASSARI, *Lineamenti*, pag. 35.

(38) *Lineamenti*, pag. 36.

sia sempre *presunto* (la stessa affermazione, se fosse esatta, si potrebbe ripetere per il processo civile inquisitorio), perchè la presunzione dovrebbe venir meno, se di presunzione si trattasse, di fronte al dichiarato accordo delle parti; mentre la irrilevanza processuale di tale accordo dimostra che il processo non è destinato qui a risolvere un conflitto di interessi individuali (lite), ma un più alto conflitto di interessi pubblici, che talvolta si rivela anche nella lite, ma che nasce sempre, al di fuori di essa, per il solo fatto che sia stato chiesto — da una parte o da ambedue le parti concordi, ciò non cambia la situazione — un certo mutamento giuridico di speciale rilevanza sociale.

8. — Di fronte alla teoria carneluttiana, la quale, ponendo la composizione della lite come scopo caratteristico del processo di cognizione, deve logicamente tagliar fuori dal campo propriamente giurisdizionale tutti quei processi di cognizione che non servono a questo scopo, cioè i processi civili a tipo inquisitorio e tutti indistintamente i processi penali (sicchè si può dire che secondo il C. il campo di azione della giurisdizione *coincide col contratto;* in quanto il regolamento degli interessi operato nel processo avrebbe carattere giurisdizionale solo quando si tratti di interessi che le parti avrebbero potuto, ma non vollero, regolare *contrattualmente* fuori del processo), credo che sia preferibile cercare la nota distintiva della funzione giurisdizionale nella fase di cognizione in qualche carattere che sia comune a tutti i processi di cognizione, anche a quelli che non risolvono liti. A ciò la dottrina è giunta, ponendo lo scopo della fase di cognizione non già nella risoluzione di una lite, ma nella remozione dello stato di incertezza (cioè, come si dice, nell'*accertamento*) in cui si trova un rapporto giuridico vertente tra persone diverse dal giudice.

Questo scopo di accertare, cioè di fissare in modo non più legalmente controvertibile, il regolamento giuridico di un determinato rapporto, si riscontra immancabilmente in tutti i processi di cognizione: e l'accertamento è l'effetto essenziale di tutte le sentenze, anche se con esso, in certi speciali tipi di sentenze, possono andar cumulati altri effetti accessorî, dei quali l'accertamento è in ogni caso la necessaria premessa. Talvolta può perfino accadere che questi effetti accessorî siano il risultato di una attività sostanzialmente amministrativa esplicata dallo stesso giudice, a complemento della attività giurisdizionale (come accade sempre, a mio avviso, nelle sentenze costitutive (39)) ma l'accertamento, effetto caratteristico della giurisdizione nel processo di cognizione, non vi può mai mancare.

---

(39) Cfr. i miei scritti citati in *Studi*, II, pag. 334, nota 31 [in questo volume, nota 31 a pag. 156].

Quello che può variare a seconda dei casi è la causa che rende necessario l'accertamento giurisdizionale, cioè il fatto che fa sorgere l'interesse ad agire. Talvolta la necessità di ricorrere all'ufficio del giudice deriverà dal fatto che le parti non riescano a regolare d'accordo un loro conflitto di interessi che per legge potrebbero, se volessero, comporre consensualmente, e allora si potrà dir veramente che presupposto del giudizio è la « lite » nel senso carneluttiano, cioè la contenziosità del rapporto giuridico che vien sottoposto alla decisione del giudice. Tal'altra però l'interesse ad agire deriverà, nelle azioni di mero accertamento, da uno stato di *incertezza oggettiva* sulla esistenza di un rapporto giuridico, la quale potrà anche non aver la sua origine in un fatto del convenuto, ed esser quindi del tutto indipendente da un effettivo conflitto di interessi tra i soggetti del rapporto incerto (40): qui dunque l'interesse ad agire non sorgerà dalla esistenza di una « lite », sibbene dalla « incertezza del diritto dinanzi alla opinione comune » (41), alla quale potrà darsi benissimo che il convenuto non abbia da parte sua dato alcuna causa. E finalmente vi saranno dei casi (che sono appunto quelli del processo civile inquisitorio e del processo penale in genere) in cui l'intervento del giudice sarà imposto dalla stessa legge, la quale vieta che certi mutamenti giuridici si producano se prima l'esistenza dei loro presupposti legali non sia stata accertata in giudizio (42). Così, nelle tre ipotesi che abbiamo fatto, il giudizio di cognizione servirà sempre a portare la certezza giuridica sopra un rapporto che prima della sentenza si trova in stato di incertezza; diversa sarà soltanto la origine di questa incertezza: nel primo caso incertezza derivante da controversia fra gli interessati; nel secondo caso incertezza oggettiva, esistente, anche indipendentemente dal fatto del convenuto, nella pubblica opinione; nel terzo caso incertezza voluta *a priori* dalla legge, con esclusione di ogni potere degli interessati di rimuoverla stragiudizialmente (43).

---

(40) Cfr. CHIOVENDA, pag. 177-178.

(41) Cfr. CHIOVENDA, pag. 177. Cfr. anche l'interessante articolo del CAMMEO, *Le azioni dichiarative nel diritto inglese e nordamericano* (in *Studî in onore di Chiovenda*) specialmente i nn. 12-13.

(42) ROCCO, *Sentenza civ.*, pag. 6-7.

(43) Lo scopo di accertare irrevocabilmente mediante il giudicato la esistenza dei presupposti del mutamento giuridico è ciò che distingue le sentenze costitutive *necessarie* dagli atti della giurisdizione volontaria. Il legislatore potrebbe *in iure condendo* eliminare in molti casi che oggi dànno luogo a processo civile inquisitorio questa necessità del preventivo accertamento giurisdizionale e farli quindi passare nel campo della giurisdizione volontaria (CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1262-63, nota 5); ma *in iure condito* è certo che anche in questi processi c'è non solo la forma ma *anche la sostanza della giurisdizione*, perchè c'è l'accertamento.

La insufficienza della teoria del CARNELUTTI mi sembra che resti così dimostrata anche sotto il profilo dell'interesse ad agire. Secondo il C. l'interesse ad agire deriverebbe sempre dalla *esistenza oggettiva della lite,* e la legittimazione ad agire dalla esistenza nell'agente di una situazione soggettiva *rispetto alla lite* (44); ma poichè l'interesse ad agire sorge soltanto quando l'agente si trovi nella impossibilità di conseguire con mezzi stragiudiziali quella stessa utilità che egli si propone di conseguire mediante l'opera degli organi giurisdizionali, sembra che la esistenza della lite non possa esser considerata come condizione necessaria dell'interesse ad agire in tutti i casi nei quali, *anche se non esistesse lite, non per questo sarebbe possibile all'interessato conseguire stragiudizialmente, per spontaneo consenso della controparte, ciò che solo la sentenza può dargli.* Ciò avviene, come ampiamente si è dimostrato, in tutti i casi di sentenze costitutive *necessarie*; ma può avvenire altresì nelle azioni di mero accertamento, di fronte alle quali l'interesse ad agire può esistere indipendentemente dalla esistenza di una lite tra l'attore e il convenuto, potendo anche l'incertezza che si vuol rimuovere mediante la sentenza derivare dal fatto di un terzo, senza che il convenuto, contraddittore necessario per il formarsi del giudicato, abbia mai in alcun modo contrastato la pretesa dell'attore (45).

II. — Lite e processo.

SOMMARIO. — 9. L'importanza sistematica della lite nel Prog. CARNELUTTI. — 10. Lite e oggetto del processo. — 11. Criterî del C. per la identificazione delle liti. — 12. La lite e le questioni. — 13. La lite e il provvedimento del giudice. — 14. Inconvenienti pratici della teoria del CARNELUTTI.

9. — Quanto si è detto finora non ha un valore puramente teorico: assume anzi una grandissima importanza pratica perchè, come già si accennò, il concetto di « lite » non solo costituisce uno dei capisaldi del sistema insegnato dal CARNELUTTI nelle sue *Lezioni,* ma costituisce altresì una generale premessa dogmatica del *Progetto di Codi-*

---

(44) *Lezioni,* II, n. 102.

(45) Cfr. CHIOVENDA, *Principii,* pag. 177-178. Secondo il C. anche il processo di mero accertamento ha come necessario presupposto la lite (*Lezioni,* II, n. 71); ma, mentre ivi, pag. 10, il C. si riserva di chiarire in seguito il concetto di lite in relazione a questa specie di processo, non sono riuscito a trovare, nei volumi finora usciti, il promesso chiarimento. Certo la definizione della lite, qual'è data dall'art. 87 del Pr. CARNELUTTI, non sembra che si adatti alle azioni di accertamento.

ce da lui redatto, che non solo contiene un intero titolo dedicato alla lite (art. 86-103), ma anche in tutte le altre sue parti fa riferimento esplicito o sottinteso a questa nozione: sicchè in questo *Progetto* gli istituti processuali, anche quando mantengono la struttura che hanno nel diritto vigente, sono presentati sotto un angolo visuale diverso da quello tradizionale, in quanto sono tutti quanti ripensati ed orientati in relazione alla « lite ».

Ora, mentre chi legge il *Progetto* preparato dal C., non può non restare ammirato, oltrechè dinanzi alle numerose felici innovazioni pratiche che esso contiene, anche dinanzi alla coerenza logica colla quale rielabora con nuovi criterî sistematici e compone ad unità omogenea tutti i vecchi istituti processuali (sicchè non c'è articolo in cui non si rilevi la originalissima personalità dell'autore), l'ammirazione non può andar disgiunta da un certo senso di esitazione, quando si pensa al disorientamento che questa palingenesi processuale produrrebbe tra i pratici del diritto, ai quali più che assuefarsi agli istituti veramente nuovi introdotti dalla riforma, costerebbe fatica il dover considerare sotto nuove apparenze teoriche istituti sostanzialmente immutati.

Un canone di buona politica legislativa consiglia, specialmente in materia processuale, di contener le riforme nei limiti della utilità pratica e di non rendere le innovazioni più faticose a chi deve uniformarvisi, con non necessarî mutamenti di terminologia o con consacrazioni legislative di concezioni teoriche personali e perciò discutibili. Ora, anche se nel caso nostro fosse dimostrato (contrariamente alle considerazioni precedentemente svolte) che la lite costituisca veramente presupposto immancabile della giurisdizione secondo quanto il C. insegna, sarebbe tuttavia dubbia la utilità di dare alla nozione di lite, nella imminente riforma del Cod. di proc. civ., quella soverchiante importanza sistematica che il C. le ha assegnato nel suo *Progetto,* incardinato sul binomio « *processo-lite* » anzichè sul binomio « *processo-azione* », ormai comunemente accettato dalla dottrina moderna.

Nell'impossibilità di entrare in questo scritto in quella dettagliata analisi del *Progetto* Carnelutti, che pur sarebbe necessaria per dimostrare quali spostamenti di punti di vista tradizionali siano prodotti in tutti i campi dal riferimento al concetto di lite, mi limito ad alcune considerazioni di ordine generale: le quali avranno pienamente raggiunto il loro scopo se provocheranno da parte dell'amico Carnelutti una replica che mi persuada del mio torto.

10. — Durante le discussioni che furono svolte in seno alla Commissione reale sull'originario *Progetto* Carnelutti e che portarono ad eliminare dal *Progetto riveduto* il concetto di « lite », fu autorevolmen-

te osservato da qualcuno dei commissari che nel linguaggio usuale della pratica giudiziaria la parola « lite » non ha quel preciso significato tecnico che il CARNELUTTI le vorrebbe assegnare; essa infatti si usa nello stesso significato generico delle parole « controversia », « causa », « processo », « giudizio », delle quali i pratici si servono indifferentemente per designare ora il processo in senso proprio, ora il rapporto sostanziale che del processo è oggetto. Ma questa usuale indeterminatezza di significato della parola « lite » non sarebbe una ragione di per sè sufficiente per respingere *a priori* dalla nuova legislazione processuale il significato tecnico più preciso che il C. vorrebbe darle: ove fosse dimostrata l'utilità di introdurre nel sistema del nuovo Codice il concetto che il C. designa colla parola « lite », niente vieterebbe di accogliere anche questo perfezionamento di terminologia, al quale la pratica dovrebbe in breve assuefarsi.

D'altra parte è indubbia la assoluta necessità sistematica, se la riforma vorrà mantenersi fedele a corretti principî scientifici, di tenere esattamente distinti anche nelle parole quei due concetti che, come sopra si è detto, la pratica suole assai spesso confondere: il concetto di *processo,* cioè di quella serie di atti coordinati, regolati dal diritto processuale, attraverso i quali si compie l'esercizio della giurisdizione, ed il concetto di *rapporto sostanziale,* che è l'oggetto, il tema, sul quale la giurisdizione si esercita. Giustamente il C. ripete, in diversi punti delle sue *Lezioni,* che su questa distinzione si impernia tutta la moderna scienza processuale; e che lo studio del processo non ha potuto elevarsi a dignità di trattazione scientifica autonoma fino a quando non si è giunti a veder nettamente distinto il processo dal diritto sostanziale che nel processo si fa valere; il giudizio in cui il giudice è attore, dalla materia del giudizio, di cui il giudice è spettatore.

Se, aiutandoci con un po' di fantasia, concepiamo il processo come un congegno attraverso il quale il giudice riesce a far convergere un fascio di luce su fatti fino a quel momento immersi nell'ombra, e a vedere perciò nettamente rapporti giuridici fino a quel momento incerti, è facile intendere come non si possa confondere il processo, strumento che serve ad esplorare e a chiarire, col rapporto da decidere, che è la meta di questa esplorazione e di questo chiarimento: come non si può confondere la lente di ingrandimento coll'oggetto ingrandito, o collo schermo illuminato il raggio che vi si proietta. Non si nega perciò la legittimità di una sistematica distinzione tra lo strumento dell'attività intellettiva del giudice, che è il processo, e l'oggetto di questa attività, che è il rapporto sostanziale da attuare; tra il processo che è il contenente, e il *thema decidendum* che è il contenuto. Ma solamente si dubita se il contenuto del processo sia esattamente definito mediante quella nozione di « lite » che il C. suggerisce; se, in

altre parole, l'oggetto sul quale il giudice proietta attraverso il processo la sua indagine, sia proprio la « lite » quale ce la descrive il C., o non sia piuttosto qualche altra cosa che la dottrina aveva già prima di lui più esattamente individuato in una nozione diversa.

11. — Coerentemente col proprio sistema, il C. vede un problema di identificazione di *liti* là dove finora si era veduto un problema di identificazione di *azioni*; e, come la dottrina aveva fissato nel trinomio tradizionale (*personae, causa petendi, petitum*) gli elementi differenziali dell'azione, così egli (46) indica gli elementi differenziali della lite in questi tre: a) le *parti;* b) il *bene;* c) gli *interessi in contrasto.* La identificazione della lite prescinde dunque assolutamente dalle ragioni giuridiche che le parti invocano per la protezione dei rispettivi interessi: ciò è energicamente chiarito dallo stesso C., il quale insegna che la individuazione della lite deve essere fatta « alla stregua degli interessi in contrasto *isolati dalle ragioni giuridiche, che costituiscono il fondamento della pretesa* » (47). In verità, anche per chi accetti in pieno la teoria carneluttiana sulla lite, qualche esitazione può esser qui ingenerata dalla difficoltà di conciliare questo insegnamento collo stesso concetto di lite — « conflitto di interessi *regolato dal diritto* » (48), « disaccordo delle parti intorno alla esistenza di un *rapporto giuridico* » (49) — quale si desume da numerosi passi delle *Lezioni* (cfr. retro, n. 1) (50). Ma questo non entra qui nel nostro discorso: anzi, questa così energica scissione della lite dalle ragioni giuridiche che le parti invocano a tutela dei rispettivi interessi fornisce, se non sono in errore, nuovi argomenti alla mia tesi.

E torno perciò al punto di partenza: si può dire che la lite, individuata nei tre suddetti elementi (*parti, bene, interessi*) e così nettamente purificata da ogni riferimento alla tutela giuridica pretesa dalle

---

(46) *Lezioni,* vol. IV, pag. 5 e segg.

(47) Ivi, pag. 7.

(48) *Lezioni,* I, pag. 167.

(49) *Lezioni,* II, pag. 7.

(50) Se la lite è un conflitto di interessi *regolato dal diritto,* sembra che la protezione giuridica dell'interesse e quindi la ragione giuridica per la quale la parte invoca questa protezione o vi contrasta, debba essere, per definizione, elemento indispensabile per individuare la lite. Alla stessa conclusione par che persuada l'art. 87 del *Progetto,* secondo il quale perchè esista lite tra le parti non basta che vi sia tra le parti un conflitto di interessi isolato dalle ragioni giuridiche della loro protezione, ma occorre altresì che vi sia un conflitto intorno alla tutela giuridica spettante ai medesimi. Così insegna anche il C. quando scrive: « La esistenza della pretesa è ciò che trasforma il semplice conflitto di interessi in lite » (*Lezioni,* II, 345).

parti, costituisca l'oggetto immediato della funzione giurisdizionale? Si può dire che bastino quei tre suddetti elementi a circoscrivere il campo della attività intellettiva del giudice, a delimitare il tema della sua decisione? A questa domanda credo che risponderebbe di no lo stesso CARNELUTTI: la lite così concepita è infatti non soltanto separata dal processo, in quanto esiste prima e all'infuori di esso, ma addirittura *indifferente per il processo,* in quanto le manca quel riferimento alla tutela giuridica degli interessi in contrasto della quale il processo è appunto lo strumento. Finchè la lite si presenta come individuata nei soli tre elementi differenziali che il C. enumera, essa appartiene al mondo sociologico, non al mondo giuridico: essa potrà esser composta da un paciere che si interponga tra le parti senza bisogno che queste invochino una precisa tutela giuridica dei rispettivi loro interessi, ma non entra in quell'ordine di fenomeni al quale si limita il campo visivo del giudice.

Affinchè la lite possa entrare nel processo occorre dunque che sia presentata al giudice, anzichè nel suo aspetto sociologico, nel suo aspetto giuridico; occorre, in altre parole, che essa sia sottoposta al giudice non nei soli tre elementi primordiali, ma in relazione ad altri elementi che permettano al giudice di vedere, nel conflitto di meri interessi economici, « un disaccordo (adopero una frase del C.) intorno alla esistenza *di un rapporto giuridico* ». Per ottenere ciò, bisogna trovar tra lite e processo un termine medio, una specie di ponte di passaggio che permetta di ravvicinare e di innestare tra loro i due concetti che resterebbero altrimenti, come si è detto, su piani diversi, destinati a non incontrarsi mai. Questo termine medio sarebbe dato, secondo il C., dal concetto di *questione.*

12. — « Le questioni — insegna il C. con quel suo stile immaginoso che riesce a dare apparenza corporea ai più sottili concetti (51) — sono *una specie di legame fra il processo e la lite; una specie di « attacco o di saldatura fra la lite e il processo* » (52).

La questione — cioè « ogni punto dubbio di fatto o di diritto, « ogni incertezza intorno alla realtà di un fatto o intorno alla sua effi- « cacia giuridica » (53) — non si confonde colla lite, nè costituisce un elemento della medesima. « Essa è invece una *causa* o una *con- « dizione* della lite. La lite esiste *perchè* esiste una questione intorno « ai presupposti di fatto o di diritto della tutela pretesa da ciascuno

---

(51) *Lezioni,* vol. IV, pag. 11.
(52) *Ib.,* pag. 30.
(53) *Ib.,* pag. 3.

« dei contendenti » (54). In tanto « la lite entra nel processo, in quanto il processo stesso ne risolva le questioni » (55); si possono, quindi, verificare tre casi: che tutte le possibili questioni di una lite siano portate nel processo, e allora si avrà un processo che contiene tutta una lite (*processo integrale*); che alcune soltanto fra le sue possibili questioni siano portate nel processo, e allora si avrà un processo che contiene solamente una parte della lite (*processo parziale*); che in uno stesso processo siano portate più liti diverse quando presentino alcune questioni comuni (*processo cumulativo*) (56). D'altra parte per stabilire in concreto quali sono le questioni di una lite che entrano nel processo, bisogna riferirsi alla domanda: « la lite entra nel processo per quel tanto che indica la domanda »; « la domanda segna i confini del processo rispetto alla lite »; « il processo comprende tutte le questioni la cui risoluzione costituisce un presupposto della statuizione sulla domanda » (57).

Da questa ricostruzione, schematica ma esatta, del pensiero carneluttiano sui rapporti che passano tra la lite, la questione e il processo, mi sembra intanto che si possa trarre un primo corollario: che, cioè, la lite nel senso carneluttiano non è, in sè e per sè considerata, oggetto *immediato* del processo. Se il compito di « portare la lite al cospetto del giudice » (58) è adempiuto dalla parte mediante la domanda, è certo che il giudice si trova in cospetto non direttamente della lite quale è fuori del processo, ma solo di quella porzione di lite che si trova messa in evidenza nella domanda: il che significa, in altre parole, che ciò di cui il giudice si trova « in cospetto » non è la lite, ma è la *domanda.* I termini del problema che il giudice deve risolvere si trovano tutti e soltanto nella domanda, senza bisogno di andare al di là: quello che c'è al di là delle domande delle parti, cioè — per restar nell'ordine di idee del C. — quella porzione di lite che resta nell'ombra perchè non compresa nelle questioni poste dalle parti al giudice, non entra nel processo ed è quindi irrilevante per il diritto processuale. Non riesco perciò a comprendere come si possa parlare, *restando nel campo del diritto processuale,* di processo *integrale* e di processo *parziale*: questa distinzione può avere un significato soltanto se si pone il processo in relazione alla lite considerata nel suo aspetto sociologico o economico o psicologico; ma se si resta nel cam-

---

(54) *Ib.*, pag. 3.
(55) *Ib.*, pag. 11.
(56) *Ib.*, n. 278.
(57) *Ib.*, pag. 21.
(58) *Ib.*, II, pag. 342.

po giuridico mi sembra che tutti i processi si possano chiamare *integrali*, nel senso che servono a risolvere tutta intera la lite quale appare al giudice attraverso la domanda (cioè in tutte le questioni che la domanda pone al giudice), e si possono con altrettanta legittimità chiamar tutti quanti *parziali*, nel senso che non servono a risolvere tutte le altre questioni, di numero indefinito — com'è indefinito il numero dei fatti che potevano accadere ma non sono accaduti! — che le parti potevano sollevare e non sollevarono. Insomma, a mio credere, la lite processualmente intesa, cioè il rapporto sostanziale che forma il *thema decidendum* del processo, è sempre, tutta intera, nella domanda. Quello che sta fuori della domanda *non è lite*; potrebbe definirsi, casomai, *la parte non litigiosa della lite*: ossia quella parte del disaccordo, su cui gli interessati... si trovan d'accordo!

13. — Mi par di poter desumere, da quanto ho detto finora, che la lite, quando sia individuata nei soli tre elementi differenziali indicati dal C. (parti, bene, interessi in contrasto) senza alcun riferimento alla tutela giuridica rispettivamente invocata dalle parti, non sia un concetto scientificamente utilizzabile nella sistematica processuale: ossia che, tutte le volte in cui per la risoluzione di numerosi problemi pratici (litispendenza, connessione, limiti oggettivi del giudicato) si rende indispensabile identificare con assoluta esattezza l'oggetto del processo, non sia sufficiente il criterio desunto dai soli tre elementi differenziali della lite intesa nel senso carneluttiano, ma occorra riferirsi ad altri elementi contenuti nella domanda (*causa petendi*), dai quali soltanto si può stabilire in che misura e sotto quali aspetti il conflitto economico di interessi sia presentato al giudice come disaccordo intorno all'esistenza di un rapporto giuridico.

Ma c'è di più: il concetto di lite, anche quando sia integrato, come precedentemente si è visto, con quel riferimento alle *questioni* che dovrebbero costituire la saldatura fra la lite e il processo, lascia nell'ombra un altro elemento della domanda, che è certamente essenziale per la identificazione del *thema decidendum*: cioè la determinazione del provvedimento giurisdizionale invocato dalla parte, che, secondo la dottrina dominante in tema di identificazione di azioni, costituisce l'oggetto *immediato* dell'azione (59). Se la lite entra nel processo per quel tanto che è indicato dalla domanda (60), questa delimitazione dell'oggetto del processo che è funzione specifica della domanda viene operata da essa non soltanto attraverso la determi-

---

(59) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 281.; BELLAVITIS, *L'identificazione delle azioni* (Venezia, 1924), pag. 127 e segg.

(60) CARNELUTTI, *Lezioni*, IV, pag. 21 già citato.

nazione delle *questioni* (che sono mezzo e non fine (61), ed attengono alla costruzione delle premesse del sillogismo giudiziale), ma altresì attraverso la determinazione della concreta tutela giuridica che la parte invoca dal giudice come conclusione del suo sillogismo (62). Il *thema decidendum*, in altre parole, non è costituito dalla lite quale preesiste al processo nei suoi tre elementi primordiali (parti, bene, interessi), ma è segnato dalle parti al giudice, non solo in quanto esse designano le questioni da decidere, ma in quanto esse designano altresì la specie del provvedimento richiesto per tutelare i loro interessi: non si può quindi esattamente individuare l'oggetto del processo colla sola individuazione del conflitto di interessi preesistente al processo, ma bisogna altresì determinare in che questo conflitto di interessi assuma carattere di disaccordo intorno all'esistenza di un rapporto giuridico (*causa petendi*), e con qual provvedimento giurisdizionale le parti pretendono che il conflitto sia composto (*petitum*). Il giudice, infatti, non deve decidere un rapporto di fatto, non giuridicamente qualificato, come si presenta nella grezza realtà (63); ma deve decidere se da quel dato rapporto di fatto derivano le conseguenze giuridiche pretese dalle parti, e se sussiste a favore dell'una o dell'altra quel diritto alla concreta tutela giuridica che l'una e l'altra rispettivamente affermano a proprio favore.

Per tutte queste considerazioni ritengo che sia molto più aderente alla realtà dei fenomeni processuali la dottrina (64) che considera come oggetto immediato del processo l'azione (la quale è veramente, meglio e più che la questione, il termine di saldatura fra la lite e il processo), e che individua quindi l'oggetto del processo nei tre elementi tradizionali (*personae, causa petendi, petitum*), costituenti per il giudice la parte visibile, e quindi la sola processualmente rilevante, della lite.

---

(61) Id., nn. 383-384, specialmente pagg. 464 e 470.

(62) Per questo non posso concordare neanche colla identificazione che il C. fa tra il concetto di « questione » da lui proposto e il concetto di « capo » quale si trova nel nostro diritto positivo (cfr. per ultimo, dello stesso C., il già citato scritto sulla *reformatio in peius* in *Riv. dir. proc.*, 1927, I, pag. 184): mi sembra infatti che in tanto si possa parlar di « capo », in quanto il giudice, in seguito alla risoluzione di una o più « questioni », abbia concluso prendendo un determinato provvedimento. Ritengo d'altra parte che la delimitazione del concetto di « capo » non possa esser fatta se non in relazione alla diversa natura dei varî mezzi di impugnativa: i « capi » di cui parla l'art. 488 in relazione all'appello, sono, a mio avviso, qualcosa di diverso dai « capi » di cui parla l'art. 543 in relazione alla cassazione. Ma su ciò spero di tornare di proposito in altrro scritto.

(63) Sperl, *Lehrbuch*, I, pag. 13.

(64) Chiovenda, *Principii*, pag. 83.

14. — Per comprendere e discutere le conseguenze pratiche che deriverebbero dal considerare tutti i problemi di identificazione di azioni come problemi di identificazione di liti, bisognerebbe discendere ad esaminare attentamente le applicazioni che il C. fa di questa teoria, specialmente nel IV volume delle sue *Lezioni*, ai temi della litispendenza, della connessione di cause, della estensione del giudicato, ecc. Credo di non essere in errore quando ritengo che questa riprova analitica confermerebbe le conclusioni a cui sono giunto e dimostrerebbe come la sostituzione del concetto di lite al concetto di azione complicherebbe, anzichè semplificare, la soluzione di quei problemi; ma poichè qui non mi è dato entrare in questa analisi, nè voglio con leggerezza affermare senza dimostrare, mi limito qui a dare un solo esempio della gravi conseguenze pratiche a cui potrebbe portare, se accettata e codificata, la teoria del CARNELUTTI.

Dato che, secondo questa teoria, la identificazione delle liti deve essere fatta in base ai soli elementi del conflitto di interessi, senza tener conto del provvedimento chiesto al giudice (oggetto immediato dell'azione), la identità della lite non vien meno per il solo fatto che, immutato restando il conflitto di interessi, varî la forma di protezione giuridica che le parti invocano dal giudice. Così, secondo il C., quando resta identico il conflitto di interessi, non vi è diversità di lite tra il processo petitorio e il processo possessorio (65); nè tra il processo di accertamento e il processo di condanna (66); e così via. Come le soluzioni pratiche, a cui necessariamente si giunge partendo da queste premesse, siano (specialmente in tema di litispendenza e di cosa giudicata) in assoluto contrasto con quelle oggi accettate dalla dottrina dominante (67), non è chi non veda: e basterebbe questo per far ritenere inopportuna una aperta consacrazione legislativa di questa altrettanto originale quanto discutibile teoria carneluttiana nel nuovo Codice, il quale tanto meglio corrisponderà alle speranze di chi dovrà applicarlo, quanto più lascerà riservate agli studiosi le dispute *de apicibus iuris* e presenterà le riforme nella veste più semplice e meno lontana dalla tradizione.

Saggiamente perciò la Sottocommissione per la riforma del Cod. di proc. civ. ha lasciato fuori dal *Progetto riveduto* gli art. 86-90 dell'originario *Progetto* CARNELUTTI, nei quali si trovavano esplicitamente

---

(65) *Lezioni*, II, pag. 92.

(66) *Ibid.*, IV, pag. 17.

(67) Si confronti, in tema di litispendenza, ciò che insegna il CHIOVENDA, *Principii*, pag. 616, con quello che insegna il CARNELUTTI, *Lezioni*, IV, n. 279; non dico, qui, quale dei due insegnamenti sia preferibile: voglio solo mostrare la differenza delle conclusioni pratiche a cui portano le due teorie.

formulate le più caratteristiche proposizioni della teoria della lite; solo è da lamentare che in questo *Progetto riveduto* le traccie della primitiva concezione non siano state cancellate anche da molte altre disposizioni: le quali, conservando la originaria terminologia schiettamente carneluttiana, che era coerente a tale concezione (68), ma che, separata da questa, perde ogni significato, velano al lettore la struttura sistematica del nuovo Codice e forse non gli lasciano intendere quali siano le premesse teoriche sulle quali i suoi compilatori hanno voluto basarlo.

(68) Cfr. per es. gli art. 142, 146, 156, ecc.

XI

REGOLE CAVALLERESCHE E PROCESSO (*)

SOMMARIO. — 1. Caso deciso dal Consiglio di Stato: sindacabilità in sede di legittimità della violazione di regole cavalleresche. — 2. Natura astrattamente giuridica delle regole cavalleresche. — 3. L'ordinamento giuridico cavalleresco. — 4. Suo carattere processuale. — 5. Rapporti tra ordinamento cavalleresco e ordinamento statuale. — 6. La violazione di regole cavalleresche come violazione di legge. — 7. Id. come eccesso di potere.

1. — Non riuscirà discaro all'insigne mio maestro Santi Romano apprendere che dinanzi alla IV. Sezione del Consiglio di Stato, poco tempo prima che egli fosse chiamato così degnamente alla suprema presidenza di quel consesso, il suo libro sull'*Ordinamento giuridico* (1), che tutti crederebbero destinato a regnare nel puro olimpo della teoria, si è prestato a discendere nel basso mondo forense ed a fornire preziosi argomenti defensionali per la decisione di un caso pratico. Si trattava di stabilire preliminarmente se il Consiglio di Stato in sede di legittimità potesse sindacare la violazione di una regola cavalleresca, in cui, secondo il ricorrente, era incorso un provvedimento amministrativo: e quegli altissimi giudici non si sono rifiutati di seguire con grande attenzione il ragionamento del difensore, che, invocando l'autorità del Romano, cercava la soluzione del problema nella teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici.

L'antefatto era, nelle sue grandi linee, il seguente. La moglie di un ufficiale in s.a.p., trovandosi, di notte, col marito e con alcuni conoscenti, a fare una passeggiata in luogo solitario, era stata aggredita da uno di essi, che, in un momento in cui ella si era allontanata dal resto della comitiva, aveva tentato di usarle violenza: attratto dalle grida della signora, era sopraggiunto il marito, che aveva ripetutamente schiaffeg-

---

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale civile*, a. VI, 1929, P. I., pp. 155-170; ristampato in *Studi*, III (Padova, Cedam, 1934), pp. 1-18]. [*Bibliografia*, n. 162].

(1) *L'ordinamento giuridico*, parte I (Pisa, 1918).

giato e percosso l'aggressore, fino a che questi si era salvato con la fuga. Il giorno seguente l'ufficiale, consultatosi anche con alcuni colleghi, aveva ritenuto che non fosse il caso di sfidare l'aggressore della moglie, che da sè, col suo contegno, si era messo fuori dalle regole cavalleresche: e si era limitato a denunciarlo all'autorità giudiziaria. Ma dopo qualche tempo, venuta la cosa a conoscenza dei superiori dell'ufficiale, era stato convocato contro di lui un consiglio di disciplina, il quale, in applicazione degli art. 73 e 71 *e*) della legge 11 marzo 1926, n. 397 sullo stato degli ufficiali, lo aveva dichiarato non meritevole di conservare il grado, per avere, nell'episodio surriferito, tenuto un contegno contrario alle regole cavalleresche: e poco dopo, in conformità del responso del consiglio di disciplina, l'ufficiale era stato, con decreto reale, remosso dal grado e dall'impiego.

Contro questo decreto, l'ufficiale ricorse al Consiglio di Stato in sede di legittimità, sostenendo che il consiglio di disciplina aveva malamente applicato al suo caso le regole cavalleresche, le quali, date le speciali circostanze in cui l'episodio si era svolto, non solo gli davano diritto, ma altresì gli imponevano il dovere di non sfidare l'aggressore (2); e prospettò la mala applicazione delle regole cavalleresche che viziava la decisione del consiglio di disciplina, e quindi il decreto che su di essa si basava, sotto il duplice profilo della violazione di legge e dell'eccesso di potere. La IV Sezione del Consiglio di Stato, con decisione 30 novembre 1928 - 18 gennaio 1929, n. 23 (3), pur rigettando il ricorso in quanto ritenne che le regole cavalleresche fossero state, in relazione ai fatti accertati, bene applicate, ha stabilito però come massima che la violazione delle regole cavalleresche possa in certi casi esser motivo sufficiente per annullare un provvedimento amministrativo, ma esclusivamente sotto il profilo dell'eccesso di potere per *illogicità*. « Os- « serva il Collegio — si legge a questo proposito nella decisione — che, « a parte una tal quale esagerazione, che potrebbe rinvenirsi nella equi- « parazione alle norme giuridiche delle così dette leggi cavalleresche, « che sono piuttosto semplici regole di comportamento sociale fra certe « determinate classi della Nazione, mentre neppure le leggi della mo- « rale possono, in sè e per sè, equipararsi a norme giuridiche vere e

---

(2) Codice cavalleresco, art. 18: « In generale le vie di fatto sfuggono allo « apprezzamento cavalleresco; e perciò, quando non sono effetto immediato di « una grave offesa subita, si considerano aggressione, per la quale si ammette solo « l'azione penale »; art. 216: « Tra le persone alle quali è interdetto di trattare « questioni cavalleresche si annoverano... x) l'aggressore »; art. 14 « Per le offese « di turbata pace domestica non è obbligatorio il ricorrere alle consuetudini ca- « valleresche ».

(3) Riportata per intero nel *Foro toscano*, 1929, pag. 169.

« proprie e dalle norme giuridiche si distinguono, pur dovendosi rico-
« noscere che, volendo stare nella sfera dei doveri degli impiegati in
« genere e degli ufficiali in particolare, il dipendente dello Stato che
« infranga certe regole della morale o dell'onore sia passibile di san-
« zione disciplinare, — è certo che costituirebbe eccesso di potere un
« provvedimento disciplinare che si fondasse sul comportamento del-
« l'ufficiale violante una data regola cavalleresca, qualora il fatto o i
« fatti ritenuti dal provvedimento o dal parere del consiglio di disci-
« plina, che ne è a base, fossero incontrastabilmente tali da non rien-
« trare nella violazione di regole cavalleresche. In tal caso l'eccesso di
« potere si verificherebbe sotto l'aspetto particolare della illogicità del
« provvedimento e degli atti che ne furono la base e la determinante ».

Ritengo che questa motivazione si presti a qualche considerazione di ordine generale sulla natura delle regole cavalleresche, sulla rilevanza delle medesime nell'ordinamento giuridico statuale, e sull'aspetto col quale esse si presentano al giudice dello Stato quando debba eventualmente tenerne conto nel suo giudizio.

2. — La surriferita decisione del Consiglio di Stato, la quale definisce le regole cavalleresche come « semplici regole di comportamen-
« to sociale fra certe determinate classi della Nazione », sembra volerle ugualmente distinguere così dalle norme giuridiche, come dalle « leggi della morale »; avvicinandole piuttosto, a quanto si può intendere, alle così dette *norme del costume*, quali sarebbero le regole di educazione, convenienza, etichetta, ecc.. Ma, se si può facilmente ammettere che le regole cavalleresche non abbiano niente a che vedere con la morale, se non altro perchè esse mirano a disciplinare relazioni esterne intersoggettive, considerando la condotta umana sotto quell'aspetto *sociale*, da cui la morale può anche prescindere, non altrettanto facile riesce distinguerle, sotto l'aspetto logico, dalle norme giuridiche, colle quali hanno in comune (distinguendosi in ciò dalle semplici regole di buona creanza, quale sarebbe quella di augurare salute a chi starnutisce, o di mandare le felicitazioni a chi si sposa) il carattere della eteronomia, in quanto esse appaiono come la manifestazione di una volontà superiore e distinta da quella dei soggetti che debbono conformarvisi (4), e della coercibilità, in quanto la loro osservanza è garantita da sanzioni esterne e coattive. L'unica differenza fondamentale che passa fra le norme giuridiche e le regole cavalleresche è quella della fonte da cui deriva l'efficacia obbligatoria: che è per le prime, e non per le seconde, la volontà dello Stato; ma se si ammette, come ormai sempre più franca-

---

(4) Cfr. Levi, *Saggi di teoria del diritto*, Bologna, 1923, pag. 66.

mente si tende ad ammettere, che il carattere della *statualità* non sia inscindibile dall'idea del diritto (5), bisogna necessariamente arrivare a concludere che le regole cavalleresche, pur non essendo norme di *diritto statuale,* sono però norme di *diritto* vero e proprio.

In verità, se nella società attuale vi è una riprova pratica atta a dimostrare esperimentalmente la esattezza di quella teoria, portata ai suoi pieni sviluppi dal Romano, che ammette, anche nell'interno dello Stato, la pluralità e la coesistenza degli ordinamenti giuridici, questa riprova è data dall'ordinamento cavalleresco: il quale non solo ha sostanza giuridica, ma nella stessa formulazione esteriore delle sue regole sembra cercare la terminologia più significativa per riaffermare consapevolmente la propria giuridicità. Non solo infatti le consuetudini che lo compongono si trovano ordinate e pubblicate in forma di codice (6), che, a chi ignorasse l'origine privata di questa raccolta, si presenta con tutti i caratteri estrinseci delle codificazioni legislative; ma essenzialmente giuridico è anche il linguaggio delle singole disposizioni: vi si parla di « *diritto alla reazione* » (art. 25), di « *diritto* a spiegazioni » (art. 34), di *decadenza* o *rinuncia* di questi diritti, di *capacità* o *incapacità*, di *riabilitazione* cavalleresca (art. 212); vi si stabiliscono *divieti* sanzionati da *penalità* (7); vi si afferma che la determinazione della qualità di offensore porta « ad *obblighi*, a *diritti*, a *divieti speciali* » (art. 6); vi si regolano, in modo minuzioso, le *sanzioni* cavalleresche (8).

Queste disposizioni hanno dunque, considerate astrattamente, tutti i connotati logici del diritto oggettivo: esse regolano infatti rapporti intersoggettivi, ponendo in ipotesi una serie di comandi sanzionati, dai quali possono scaturire, ove la ipotesi si verifichi, reciproci diritti ed obblighi per i soggetti dei rapporti regolati.

3. — L'ordinamento cavalleresco, in sè considerato, costituisce dunque un *ordinamento giuridico,* nel senso in cui questa espressione

---

(5) Cfr. DEL VECCHIO, *Sulla statualità del diritto* (in « Riv. int. di filosofia del dir. », IX, fasc. I).

(6) I. GELLI, *Codice cavalleresco italiano,* 15 ediz. (Milano, 1926): a questa edizione si riferiscono tutte le citazioni di articoli contenute nel seguito del presente scritto.

(7) Per es. art. 267: « Sarà degno di squalifica e verrà deferito a una Corte « d'Onore, e se del caso al Tribunale ordinario, il testimonio che, durante il com- « battimento cerchi di parare o pari effettivamente un colpo diretto da uno « all'altro avversario ».

(8) Specialmente significativi a questo proposito gli artt. 12 a 21 del Regolamento della Corte d'onore, riportato a pag. 226 e segg. del Codice Gelli, che si intitolano « *Delle Sanzioni* ».

è adoprata dal Romano; nè basterebbe a negarlo l'osservare che ad esso fa difetto la organizzazione di un potere superiore, al quale i singoli siano subordinati: giacchè è noto che la organizzazione, alla quale in sostanza il Romano riconduce il suo concetto di ordinamento giuridico, può riscontrarsi anche in una comunità paritaria, in cui manchi la subordinazione dei singoli componenti al potere di una autorità superiore (9).

L'ordinamento cavalleresco rappresenta un esempio tipico di comunità paritaria, e, in un certo senso, volontaria. L'osservanza delle regole cavalleresche non è imposta, a chi non voglia ad esse conformarsi, da una autorità superiore; tutti i suoi membri sono uguali tra loro in dignità e in diritti, e se essi si conformano alle così dette « leggi dell'onore », ciò fanno senza esservi forzati, perchè aspirano a conservare quella qualità di « gentiluomo », che è riservata agli appartenenti alla società cavalleresca. Ma questa *volontarietà* della società cavalleresca deve essere intesa non già nel senso che il gentiluomo sia libero, *restando tale*, di osservare o di non osservare le regole cavalleresche, sibbene nel senso che la osservanza di queste regole è obbligatoria soltanto per chi vuole acquistare e mantenere la qualità di gentiluomo. Si entra a far parte della comunità cavalleresca, quasi diremmo, trasferendo una terminologia nota nel campo dei contratti, *per adesione*: per il solo fatto di volere uniformare la propria condotta alle leggi di quella comunità, si acquista il diritto di cittadinanza, cioè la qualità di gentiluomo, nella medesima (10); il giorno in cui si voglia cessare dall'osservare tali leggi, si perde la qualità di gentiluomo e quindi la capacità di appartenere alla società cavalleresca in cui esse vigono.

Il « gentiluomo » è, dunque, nell'interno dell'ordinamento cavalleresco, l'unico soggetto di diritti e di doveri, la « persona » del diritto cavalleresco. Chi non ha i requisiti di età (11), di sesso (12), di distinzione morale e sociale (13) che occorrono per esser qualificati « gentiluomini », resta fuori dall'ordinamento cavalleresco: i ragazzi, le donne, gli squalificati, e in genere tutti coloro che non vogliono e non possono appartenere alla società cavalleresca, sono cavallerescamente inesistenti, in quanto non vi figurano come soggetti di diritti e di doveri. La loro

---

(9) ROMANO, *Ord. giur.*, pag. 121.

(10) Cod. cav., art. 1 « gentiluomo è colui che, per una raffinata sensibilità « morale, ritenendo insufficienti alla tutela del proprio onore le disposizioni con « cui le patrie leggi tutelano l'onore di ogni cittadino, si impone la rigida osser- « vanza di speciali norme che si chiamano leggi cavalleresche ».

(11) Cod. cav., art. 136.

(12) Cod. cav., art. 157.

(13) Cod. cav., art. 71, ecc.

posizione, vista dall'interno dell'ordinamento cavalleresco, si può paragonare, più che a quella degli stranieri nell'ordinamento statuale, a quella delle cose, che non hanno capacità giuridica. Forse la situazione che dall'ordinamento cavalleresco è fatta a coloro che ne sono esclusi, può con grande approssimazione paragonarsi alla situazione fatta allo schiavo negli ordinamenti giuridici che ammettono la schiavitù. Le leggi dell'onore conoscono dunque una specie di « schiavitù cavalleresca », in quanto conoscono persone (per es. gli squalificati) alle quali manca ogni capacità giuridica cavalleresca e alle quali può il gentiluomo recar liberamente insulto, senza che questa sua azione abbia nel mondo cavalleresco rilevanza alcuna; del pari le leggi dell'onore conoscono una specie di « morte civile », in quanto la squalifica (che è definita appunto « morte morale del gentiluomo ») (14) toglie al gentiluomo la capacità cavalleresca, cioè la qualità di « persona » nell'ordinamento cavalleresco.

4. — Ho l'impressione che l'ordinamento cavalleresco non sia stato studiato dai giuristi così attentamente come esso meriterebbe: quasi direi che esso, come fenomeno giuridico, non sia stato abbastanza preso sul serio dagli studiosi. Eppure, anche per chi dal punto di vista morale considera le costumanze cavalleresche come una sopravvivenza medioevale, il fenomeno di questa sopravvivenza non può non apparire giuridicamente singolarissimo e degno di studio, specialmente quando sia posto in relazione coll'ordinamento giuridico dello Stato, nell'interno del quale questa sopravvivenza si perpetua indisturbata.

A chi consideri l'ordinamento cavalleresco isolato e tratto fuori da quell'ordinamento giuridico statuale, entro il quale esso vive per così dire incastrato, esso può apparire come un'immagine abbastanza somigliante di quello che dovevano essere le consociazioni primitive, disciplinate soltanto da consuetudini trasmesse per tradizione ed accettate *ex opinione juris*, prive di organi legislativi e di organi giudiziarî permanenti, e nelle quali la piena capacità giuridica spettava alla sola classe dei guerrieri, che avevano diritto e dovere di risolvere le loro controversie con le armi, e che solo eccezionalmente potevano ricorrere, invece che al duello, all'arbitrato convenzionale (15). Credo che anche storicamente non sarebbe impossibile dimostrare come l'ordinamento cavalleresco, prima di essere, come oggi è, un ordinamento giuridico appartato e quasi diremmo segregato dall'ordinamento statuale, sia stato in origine, nella consociazione primitiva, la prima affermazio-

---

(14) Gelli, op. cit., pag. 230.

(15) Cod. cavalleresco, Libro V, art. 424 e segg. (Arbitraggio, Tribunali d'onore, giuri, ecc.).

ne dello Stato: c'è stato un tempo, forse teoricamente rintracciabile, nel quale l'unico ordinamento giuridico in vigore, l'ordinamento giuridico *ufficiale*, se così si può dire, era costituito da quel sistema di consuetudini, che oggi, attenuate e ingentilite, costituiscono soltanto il codice dei gentiluomini. Ordinamento cavalleresco e ordinamento statuale erano la stessa cosa; poi l'ordinamento statuale ha seguito le sue vie: ma l'ordinamento cavalleresco non si è modificato con questo, non si è rassegnato a cessar di esistere quando lo Stato ha repudiato quei metodi di autodifesa violenta, che nella società primitiva erano conformi al diritto, e l'ordinamento cavalleresco, che un tempo era tutto lo Stato, ha continuato a sussistere contrapposto allo Stato, come protesta e rimprovero di un'altra età contro l'ordinamento oggi in vigore, come rimpianto nostalgico di coloro che, ripensando con desiderio all'ordinamento delle società primitive, « ritengono insufficienti alla tutela del « proprio onore le disposizioni con cui le patrie leggi tutelano l'onore « di ogni cittadino » (16).

In sostanza, la ragione fondamentale per la quale l'ordinamento cavalleresco si è, a un certo momento, separato dall'ordinamento statuale e si è ostinato a sopravvivere in forma atrofica fino a sembrare quasi un fantasma di ordinamento giuridico, è stata una ragione *processuale*: i gentiluomini non riescono a persuadersi che, per risolvere le liti, il ricorso ai giudici dello Stato sia preferibile all'esercizio della autodifesa: i gentiluomini sono appunto coloro che per la risoluzione di certe loro vertenze, invece di seguire la procedura civile o penale, preferiscono seguire la procedura cavalleresca. E' dunque una questione di procedura, non di sostanza!

Questa osservazione appare singolarmente interessante per noi processualisti: giacchè il codice cavalleresco, a chi attentamente lo consideri *dal di dentro*, appare, quasi nella sua totalità, un *codice di diritto processuale*. Presupposto, dichiarato o sottinteso, di ogni sua disposizione è la esistenza di una « vertenza cavalleresca » tra un « offensore » e un « offeso » (17); dato questo presupposto, tutte le disposizioni del codice cavalleresco mirano a stabilire, con minuzioso dettaglio di forme, in qual modo la vertenza può essere risolta.

In questo sistema di regole per risolvere le vertenze cavalleresche, che esattamente si potrebbe chiamare il *processo cavalleresco*, vale indubbiamente l'insegnamento del Carnelutti che considera la « lite » come presupposto inseparabile della funzione processuale; se tale insegnamento può essere discutibile nel campo del processo civile, nel

---

(16) Cod. cav., art. 1.
(17) Cod. cav., art. 3.

campo cavalleresco è certamente vero che non può esservi processo senza lite, perchè non vi può essere duello tra persone che siano d'accordo! Il che conferma che quella teoria del Carnelutti, come già ebbi ad osservare altra volta (18), sembra ispirarsi ad un'idea del processo che lo Stato moderno ha da tempo superata.

Rarissime sono, nel codice cavalleresco, le disposizioni di diritto sostanziale: esso non mira infatti a stabilire in qual modo si debbano comportare i gentiluomini per evitare che sorgano tra loro vertenze cavalleresche, nè a stabilire, quando una vertenza insorge, quale dei due contendenti abbia torto e quale abbia ragione. Ciò che conta, secondo il codice cavalleresco, non è la sostanza della vertenza, ma è la procedura che si deve seguire per poter dire che la vertenza è stata risolta nelle vie cavalleresche (cod. cav., art. 3). In massima parte le regole cavalleresche, hanno dunque, per seguire una nota terminologia (19), natura *strumentale;* in quanto non regolano direttamente i conflitti, non determinano quale delle due parti in conflitto abbia ragione, ma si limitano a regolare il comportamento che le parti in conflitto e gli altri organi cavallereschi (padrini, membri del giurì d'onore, medici, ecc.) devono tenere, per arrivare alla soluzione cavalleresca del conflitto. Senonchè, anche su questa natura strumentale delle regole cavalleresche bisogna intenderci: perchè, se normalmente le norme strumentali sono tali perchè servono alla realizzazione di altre norme sostanziali o materiali, di cui appaiono appunto come strumento, non sempre è possibile considerare le regole della procedura cavalleresca come mezzo destinato a realizzare un qualsiasi diritto sostanziale, sia pure proprio dell'ordinamento cavalleresco. Ciò si vede soprattutto nel duello, che costituisce il procedimento « ordinario » dei gentiluomini: se un tempo, nelle società primitive, la lotta armata era un mezzo pratico per attribuire al vincitore il bene conteso e quindi esso portava all'attuazione del diritto sostanziale, inteso come diritto del più forte; se nelle antiche procedure del giudizio di Dio, il duello è stato considerato come mezzo per accertare chi avesse dalla sua parte il favore divino e quindi la ragione sull'oggetto della contesa, — oggi il duello, nella procedura cavalleresca, è fine a sè stesso, e non serve, nè vuol servire, a trarre dal responso delle armi elementi per giudicare i duellanti. Il duello, considerato sotto l'aspetto processuale, è dunque un singolare procedimento, che, invece di essere strumento per l'attuazione del diritto sostanziale, risolve la vertenza coll'impedire ogni valutazione sostanziale della medesima.

---

(18) Cfr. *Studi,* II, pagg. 363-364 [e in questo volume, a pagg. 204-205].
(19) Carnelutti, *Lezioni,* I, n. 50.

Questa considerazione dell'aspetto processuale dell'ordinamento cavalleresco, che meriterebbe di essere approfondita assai più di quanto io possa fare, permette anche di intendere in tutta la sua portata la posizione giuridica che la società cavalleresca assume di fronte allo Stato. Se funzione essenziale dello Stato è quella di render giustizia, tanto che il farsi ragione da sè medesimo è normalmente punito come reato, è evidente che la consociazione cavalleresca, i cui membri si obbligano a risolvere le proprie vertenze d'onore coll'impiego dell'autodifesa, sottraendole alla ordinaria procedura statuale, da essi ritenuta « insufficiente » (cod. cav., art. 1), rifiuta lo Stato in ciò che esso ha di più caratteristico e di più esclusivo, cioè nella sovranità della funzione giurisdizionale. La società dei gentiluomini si potrebbe pertanto, sotto questo aspetto, definire come l'associazione di coloro che, per la decisione di una speciale categoria di controversie, si impegnano a non assoggettarsi alla giurisdizione dello Stato, e a farsi ragione da sè senza ricorrere ai giudici: ma questa definizione ci porterebbe, quasi senza accorgercene, a identificare la comunità cavalleresca con una di quelle « associazioni per commettere delitti contro l'amministrazione della giustizia » di cui parla l'art. 248 del Cod. pen. (20): il che dimostra che quella definizione avrebbe il difetto di essere troppo giuridica!

5. — In realtà, quantunque, da un punto di vista strettamente giuridico, tra l'ordinamento cavalleresco e l'ordinamento statuale vi sia un irriducibile antagonismo, giacchè il primo nega quel monopolio giurisdizionale su cui il secondo si fonda, tuttavia i due ordinamenti praticamente convivono in buona armonia, e le ragioni sociali, per le quali la comunità cavalleresca resta in vigore, sembrano anche allo Stato così forti e così rispettabili, che esso stesso non ha mai osato nei confronti della medesima essere giuridicamente coerente. Normalmente quindi i due ordinamenti, pur coesistendo nel tempo e nello spazio, si ignorano a vicenda: le azioni dello stesso individuo, che è insieme cittadino nell'ordinamento dello Stato e gentiluomo nell'ordinamento cavalleresco, possono avere contemporaneamente diversa qualifica nei due diversi ordinamenti, senza che da ciò nascano inconvenienti pratici. Che alcuno rifiuti di battersi al duello, è un fatto che può provocare nell'ordinamento cavalleresco la più grave delle sanzioni, ma che lascia perfettamente indifferente l'ordinamento statuale; che alcuno rifiuti di pagare i suoi debiti, è un fatto che può provocare una condanna nell'ordinamento statuale, ma che, quando non si tratti di « debito d'onore » (cod. cav., art. 216), non turba in alcuna guisa il mondo dei gen-

(20) Ora art. 416 Cod. pen. 1931.

tiluomini. Ciascuno dei due ordinamenti si trova normalmente, nei confronti dell'altro, nella quarta dimensione: passano l'uno attraverso l'altro, senza che chi ci vive dentro se ne accorga.

Tuttavia vi sono dei casi in cui i due diversi piani, nei quali normalmente i due ordinamenti vivono ignorandosi a vicenda, vengono ad incontrarsi, sicchè i due ordinamenti diventano l'uno per l'altro parzialmente rilevanti: si stabiliscono allora fra i due ordinamenti, sulla linea di interferenza, rapporti che possono essere o di aperto conflitto, o di coordinazione, o di rinvio.

I casi più noti, perchè più tipici e più visibili, sono quelli in cui i due ordinamenti si trovano in una posizione di vero e proprio conflitto: l'ordinamento cavalleresco impone una condotta vietata dall'ordinamento statuale, o viceversa; mentre il duello è punito come reato dal codice penale (art. 237 e seg.) (21), il rifiuto di battersi al duello può importare, secondo il codice cavalleresco, la squalifica (art. 216 lett. *g*). Il cittadino che si attiene alla legge penale, evita i carabinieri, ma perde « le prerogative cavalleresche »; il gentiluomo che si attiene alla norma cavalleresca, salva l'onore, ma va in prigione. Si ha così un conflitto insolubile, che si può risolvere nell'interno di uno dei due ordinamenti in conflitto, ma non contemporaneamente nell'interno di tutti e due. I conflitti di legislazioni, di cui si occupa il cosiddetto « diritto internazionale privato », trovano in ogni caso la loro soluzione nell'interno di quell'ordinamento, al quale appartengono i giudici investiti in concreto della decisione; ma in questi conflitti tra leggi dello Stato e regole cavalleresche, il cittadino non può evadere dal territorio dello Stato per rifugiarsi tra i gentiluomini, nè il gentiluomo può, se vuol restare tale, fuggire dal territorio cavalleresco cercando scampo nell'ordinamento statuale. Egli, qualunque cosa faccia, continua ad essere immerso in ambedue gli ordinamenti e non può sottrarsi al duro dilemma di violare la legge dell'uno o dell'altro.

Altra volta invece tra i due ordinamenti si stabilisce un rapporto di parziale coordinazione. Così può darsi che l'ordinamento cavalleresco consideri come rilevante una situazione giuridica in cui alcuno si trovi nell'ordinamento statuale (22) o che vieti una certa condotta,

---

(21) Art. 394 e segg. Cod. pen. 1931.

(22) Es.: sono incapaci a far da testimoni in duello i bancarottieri, gli inabilitati, gli interdetti (cod. cav., art. 71, nn. 11-13); il fatto che l'offeso abbia ricorso al Tribunale ordinario dà diritto all'offensore di respingere il cartello di sfida (art. 105, lett. *e*); è esonerato dall'obbligo di chiedere riparazione cavalleresca l'avvocato o il magistrato per atti compiuti nell'esercizio del proprio ufficio (art. 217, lett. *c*); ecc.

perchè vietata dalle leggi dello Stato (23). E' notevole però che l'ordinamento cavalleresco, anche quando si richiama e si coordina alle leggi dello Stato, mantiene e quasi ostenta nei confronti delle medesime una certa indipendenza di giudizio: dopo aver manifestato genericamente la sfiducia nelle leggi dello Stato reputate insufficienti « nel tutelare l'onore dei gentiluomini » (art. 1), il codice cavalleresco non si perita di stabilire proprie norme su certe materie che sembrerebbero, anche dal punto di vista cavalleresco, spettanti in ogni caso alla legislazione civile; come sull'inizio della maggior età (art. 136) o sulla risarcibilità dei danni derivanti da duello (artt. 30, 31). Pieno di sapore è, a questo proposito, l'avverbio contenuto nell'art. 132, là dove si dice che il duello all'ultimo sangue « è *giustamente* punito dall'art. 243 cod. pen. »; quel « giustamente » vale un Perù: perchè significa che l'ordinamento cavalleresco, anche dove si richiama alle leggi dello Stato, si riserva una specie di alto controllo sulla rispondenza delle medesime a quel concetto di *giustizia cavalleresca* che è propria dei gentiluomini. Il diritto « giusto » dello STAMMLER trova, nel codice cavalleresco, la sua consacrazione positiva!

Reciprocamente può accadere che lo Stato, nel proprio ordinamento giuridico, dia riconoscimento indiretto alle istituzioni cavalleresche. Negli stessi articoli del Codice penale che puniscono il duello si adoprano una quantità di nozioni tratte dal gergo cavalleresco (« sfida », « padrini o secondi », « condizioni del combattimento », e così via): talchè quelle disposizioni del Codice penale non possono essere rettamente e completamente intese se non siano coordinate cogli usi cavallereschi ch'esse richiamano. E, d'altra parte, un riconoscimento indiretto ma eloquentissimo dell'ordinamento cavalleresco, si ha nel fatto che lo Stato, pur considerando il duello come reato, ha sentito però il bisogno di punire il duello stesso, e le lesioni personali o l'uccisione seguite in duello, come reati diversi e meno gravi dell'esercizio arbitrario delle proprie ragioni, o dell'omicidio e delle lesioni comuni; l'ordinamento cavalleresco non è dunque irrilevante per il legislatore penale, se questi ne trae argomento a favore dei gentiluomini per attenuare le pene o addirittura per cambiare il titolo del reato.

Ma si hanno finalmente dei casi in cui lo Stato adotta e assorbe nel suo proprio ordinamento una parte dell'ordinamento cavalleresco: o regolando esplicitamente, non per proibirli ma per disciplinarli, istituti

---

(23) Es.: si vietano i duelli all'ultimo sangue « perchè contrarî all'onore e giustamente puniti dall'art. 243 Cod. pen. » (Cod. cav., art. 132); sono vietate certe armi di precisione « perchè il loro uso aggrava la responsabiiltà penale dei duellanti » (art. 302); ecc.

cavallereschi; o stabilendo che alla trasgressione di regole cavalleresche si ricolleghino, come sanzione, conseguenze di diritto statuale. Ciò avviene soprattutto nei confronti dei militari: per i quali il regolamento di disciplina considera il duello come mancanza disciplinare solo in alcuni casi, quando cioè si svolga tra militari di diverso grado (art. 6); e il r. decr. 4 ottobre 1908 regola « la costituzione del giurì d'onore per « le vertenze cavalleresche fra militari del regio esercito e dell'arma- « ta », stabilendo che in certi casi questo giurì d'onore, imposto e regolato dallo Stato, non possa far altro che riconoscere « la convenienza « che le parti siano lasciate libere di risolvere come meglio credono « la vertenza » (art. 6 cpv. ultimo), ossia di battersi al duello. In certi casi, dunque, anche l'ordinamento statuale ammette che l'ufficiale dell'esercito possa, senza trasgredire la disciplina, conformarsi alle regole cavalleresche. Ma vi ha di più: che cioè, pur non essendovi nessuna disposizione disciplinare che imponga all'ufficiale come regola generale l'osservanza delle costumanze cavalleresche, questa imposizione esiste in forma implicita, in quanto l'ufficiale che tenga condotta cavallerescamente non corretta, può esser sottoposto al giudizio di un consiglio di disciplina, il quale può dichiararlo per questo « non meritevole di conservare il grado » (legge 11 marzo 1926, art. 73). Così può darsi che la violazione di regole cavalleresche commessa da un ufficiale sia sanzionata da un provvedimento disciplinare di diritto statuale, che può essere perfino la remozione dal grado.

E poichè le disposizioni disciplinari, che in certi casi esplicitamente o implicitamente consentono o addirittura impongono il duello tra ufficiali, non tolgono vigore alle disposizioni del Codice penale che puniscono il duello come reato (Reg. di disciplina, art. 6, n. 30; r. decr. 4 ottobre 1908, art. 6 cpv. ultimo) si ha in questi casi non più, come per i gentiluomini non militari, un conflitto esterno tra due diversi ordinamenti, ma addirittura un singolarissimo conflitto di disposizioni *nell'interno dello stesso ordinamento statuale,* il quale da una parte, col Codice penale, manda in prigione l'ufficiale che si batte al duello, e dall'altra, colla legge sullo stato degli ufficiali, caccia via dall'esercito l'ufficiale che non si batte. Si verifica perciò, in questi casi, questa paradossale situazione: che lo Stato considera per l'ufficiale come gravissima violazione delle leggi disciplinari *il rifiutarsi di violare le leggi penali dello Stato!*

6. — Questa situazione paradossale si è appunto verificata nel caso pratico dal quale il presente scritto ha preso le mosse: un ufficiale in s. a. p. è stato rimosso dal grado, unicamente perchè ha prestato ossequio al Codice penale anzichè alle regole cavalleresche.

Tornati così al punto di partenza, possiamo riprendere in esame

il problema già posto all'inizio di queste note: può il Consiglio di Stato in sede di legittimità riesaminare se il provvedimento con cui un ufficiale è stato rimosso dal grado per comportamento non cavalleresco, abbia bene o male applicato le regole cavalleresche della cui trasgressione si fa carico all'ufficiale?

Il Consiglio di Stato, nella decisione sopra ricordata, ha ritenuto in massima di sì; ma soltanto sotto il profilo dell'eccesso di potere. E' già qualcosa: ma io ritengo che si sarebbe potuto francamente ammettere in questo caso il sindacato di legittimità sotto il profilo della violazione della legge.

In verità, per ritenere che il Consiglio di Stato in sede di legittimità (e lo stesso ragionamento si potrebbe ripetere quasi identico per la Corte di Cassazione) possa sindacare la violazione di regole cavalleresche come vera e propria « violazione di legge » non basta aver dimostrato che le regole cavalleresche hanno natura giuridica *nell'interno dell'ordinamento cavalleresco.* I giudici statuali sono chiamati ad applicare le leggi dello Stato, e per essi è diritto solamente ciò che vige come tale nell'interno dell'ordinamento statuale: anche ammessa la pluralità degli ordinamenti giuridici, le regole appartenenti ad altri ordinamenti non hanno, *per i giudici istituiti dallo Stato,* efficacia di legge; nè come « violazione di legge » può esser trattata la loro violazione.

Senonchè può darsi che, per disposizioni dello stesso ordinamento statuale, le norme di altri ordinamenti abbiano vigore nello Stato: allora esse diventano, nell'interno dello Stato, in tutto simili alle vere e proprie leggi, e la loro violazione è soggetta a tutti i controlli e a tutti i rimedî ai quali dà luogo la violazione delle norme giuridiche statuali. Ciò era avvenuto, in modo tipico, nel caso surricordato: nessuna disposizione statuale aveva esplicitamente trasformato in leggi dello Stato le regole cavalleresche, che il consiglio di disciplina ritenne trasgredite dall'ufficiale, poi rimosso dal grado; ma siccome, per la legge dello Stato, la trasgressione di quelle regole cavalleresche poteva essere, come nel caso fu, colpita non solo con una sanzione cavalleresca, ma con una sanzione *statuale* (remozione dal grado), la natura della sanzione si ripercuoteva sulla stesse regole sanzionate, colorandole, per così dire, di statualità. Il prezioso insegnamento del CARNELUTTI secondo il quale « il colore civile o penale della norma è dato dalla sanzione, non dal « precetto; questo, sotto tale aspetto, è incolore » (24), si può applicare senz'altro al caso nostro: il colore cavalleresco o statuale della regola è dato dalla sanzione, non dal precetto; se la sanzione è statuale, come era nel caso nostro, vuol dire che l'osservanza della regola cavallere-

---

(24) *Il danno e il reato* (Padova, 1926), pagg. 83 e 84.

sca era in quel caso voluta e garantita dallo Stato, ossia che essa regola da cavalleresca si era trasformata in statuale.

Dato dunque come dimostrato che il consiglio di disciplina, nel suo giudizio, avesse disconosciuto o male applicato le regole cavalleresche di cui si imputava all'ufficiale la trasgressione, è certo che il provvedimento basato sul responso del consiglio di disciplina doveva considerarsi come viziato da violazione di legge, in quanto col violare le regole cavalleresche, esso aveva violato regole sanzionate dallo Stato, cioè regole entrate a far parte dell'ordinamento giuridico statuale (25).

7. — Il Consiglio di Stato, per ritenere la sindacabilità del provvedimento, ha preferito però — come si è detto — battere una via più lunga: ha ritenuto cioè che il provvedimento disciplinare fondato sulla pretesa violazione di una regola cavalleresca, possa considerarsi viziato da eccesso di potere, quando si riesca a dimostrare che il « fatto o i fatti « ritenuti dal provvedimento o dal parere del consiglio di disciplina, « che ne è la base, fossero incontrastabilmente tali da non rientrare nel- « la violazione delle regole cavalleresche ». In questo caso, ha detto il Consiglio di Stato « l'eccesso di potere si verificherebbe sotto l'aspetto « particolare della *illogicità* del provvedimento ».

Ma di vera e propria *illogicità*, a voler esser esatti, non mi pare che si potesse parlare nel caso nostro. La illogicità è soprattutto un vizio di motivazione: affermare senza dimostrare, trarre conseguenze che non derivano dalle premesse, argomentare senza coerenza e senza rigore logico. Ma qui, se veramente il Consiglio di disciplina avesse ignorato o malamente interpretato le consuetudini cavalleresche, l'eccesso di potere, più che sotto l'aspetto del difetto di motivazione, si sarebbe potuto configurare sotto l'aspetto dell'*errore concernente nozioni di dominio comune.*

Può darsi che il provvedimento amministrativo (lo stesso si può dire di una sentenza) dimostri dalla sua motivazione di esser basato sulla ignoranza o sul fraintendimento di generali criterî tecnici, o di comuni principî morali, o di nozioni generalmente possedute da tutte le per-

---

(25) E' noto che, nella giustizia amministrativa, la « violazione di legge » è un vizio *di attività* della P. A., mentre in cassazione « violazione di legge » ex art. 517, n. 3 cod. proc. civ. è sempre un vizio *di giudizio* del giudice inferiore (cfr. la mia *Cassazione*, II, n. 120). Qui però, trattandosi di un provvedimento amministrativo basato su un giudizio disciplinare, la violazione di legge commessa dal consiglio di disciplina nel giudicare (vizio di giudizio) diventava una violazione di legge del Ministero nel provvedere (vizio di attività) e quindi una « violazione di legge » anche nel senso proprio della giustizia amministrativa in sede di legittimità.

sono colte; sicchè il giudice superiore sia in grado, attingendo unicamente dalla propria cultura e dalla propria esperienza, di rilevare, senz'altro accertamento di fatti concreti, l'errore da cui il provvedimento è viziato. In tali casi si suol dire che il provvedimento è viziato da errore *contro le massime di esperienza*: e più di una volta il Consiglio di Stato ha ritenuto denunciabile in sede di legittimità questa forma speciale di eccesso di potere, che esso denomina « errore manifesto », come quando, in un caso che ha grandi analogie col nostro, ha ritenuto di esser competente a riesaminare se l'autorità amministrativa abbia correttamente inteso, in applicazione dei normali criterî morali, il concetto di « offesa al decoro personale » (26), o come quando ha annullato, in applicazione di elementari principî di elettrotecnica, un provvedimento in cui erroneamente si era ritenuto che una certa linea elettrica fosse di distribuzione anzichè di trasmissione (27).

Nel nostro caso dunque l'errore intorno alle regole cavalleresche si dovrebbe considerare (qualora non si voglia vedere in esso una vera e propria violazione di legge), come un errore intorno a nozioni tecniche di dominio comune, che, in senso latissimo, si possono far rientrare nella categoria logica delle « massime di esperienza » (28). Anche se la regola cavalleresca che impone all'ufficiale di sfidare al duello i suoi offensori non si considera come una norma giuridica statuale, certo è che essa fa parte di quelle consuetudini cavalleresche, la cui esistenza è nota, per ragioni di coltura e di educazione, a tutte le persone di certe classi sociali; cosicchè, come sarebbe viziato da manifesto errore, controllabile *ictu oculi,* il provvedimento che nella sua motivazione mostrasse di ignorare la legge di gravità o la differenza che passa tra una locomotiva a vapore e una motrice elettrica o le usanze di certe popolazioni selvagge descritte in tutti i manuali di geografia, così si potrebbe considerare viziato dallo stesso genere di errore il provvedimento che abbia ignorato o malamente interpretato le costumanze cavalleresche vigenti nella comunità dei gentiluomini.

Così le regole cavalleresche che viste *dal di dentro* hanno natura di norme giuridiche, diventano, per chi le guardi *dal di fuori,* dati empirici che possono essere conosciuti e studiati tecnicamente; e la loro interpretazione, da questione di diritto, diventa questione tecnica. Il che avviene sempre (all'infuori dei casi, già esaminati, di coordinazione o

---

(26) IV Sez., 21 agosto 1926, in « Foro amministrativo », 1926, I, 443.

(27) IV Sez., 21 maggio - 17 giugno 1927; cfr. Iemolo, *La competenza del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale nella risoluzione di questioni tecniche,* in « Riv. dir. pubblico », 1927, I, pag. 569 e segg.

(28) Cfr. in proposito, oltre il surricordato ottimo articolo di Iemolo, il mio scritto, *Per la definizione del fatto notorio,* nel II vol. degli *Studi,* pag. 289 e segg.

rinvio) quando le regole appartenenti a un ordinamento giuridico si guardano *dall'interno di un altro ordinamento giuridico*; ma può avvenire anche quando, dinanzi ai giudici dello Stato, norme appartenenti allo stesso ordinamento statuale siano prese in considerazione non come comandi che il destinatario deve eseguire e il giudice applicare, ma come fatti che possono essere oggetto di conoscenza e di studio disinteressato (29)

---

(29) Esempio pratico: un giurista viene incaricato da un editore di scrivere un manuale di diritto civile italiano. Consegnato il manoscritto, l'editore rifiuta di pubblicarlo affermando che è pieno di errori giuridici. Portata la causa ai giudici italiani, questi potranno, anche senza ordinare una perizia, indagare se i pretesi errori giuridici esistano o no; ma con ciò faranno opera di *tecnici del diritto*, e non pretenderanno con ciò di *applicare come giudici* le norme che l'autore del manuale ha mostrato di non conoscere!

XII

IL PROCESSO CIVILE SOTTO L'INCUBO FISCALE (*)

SOMMARIO. — 1. Il processo e le tasse sugli affari. — 2. Il processo come occasione per scoprire le contravvenzioni fiscali. — 3. Accordi processuali a scopo di evasione tributaria: arbitrati di equità; contratti di prova; processi fraudolenti. — 4. Degenerazioni di certi mezzi di prova prodotte da ragioni fiscali. — 5. L'onere della prova e la esibizione in giudizio di documenti fiscali irregolari. — 6. Sospensione del giudizio a causa di irregolarità fiscale: conseguenze pratiche. — 7. Carattere processuale delle relative disposizioni. — 8. La regolarità fiscale come presupposto processuale. — 9. Conclusioni *in jure condendo*.

1. — Chi non ha vissuto da vicino, come giudice o come avvocato, la serrata schermaglia della pratica giudiziaria, non può immaginare, studiando sui libri le teorie del processo civile, quanto da questi schemi teorici si allontani assai spesso la realtà degli istituti processuali, quali si vanno assai diversamente plasmando sotto l'assillo del fisco.

Non alludo tanto alle vere e proprie *tasse giudiziarie* (1), cioè alle tasse di bollo e di registro gravanti sugli atti processuali, indipendentemente dalla natura e dal valore del rapporto sostanziale che nel processo si discute: le quali, relegato tra le utopie il postulato della giustizia gratuita, si possono considerare come il correspettivo del servigio che l'autorità giudiziaria rende a chi chiede giustizia. Queste tasse giudiziarie, che costituiscono, insieme coi diritti dei cancellieri e degli ufficiali giudiziarî, cogli onorarî dei professionisti e con qualche altra spesa accessoria, il costo inevitabile del processo, cioè le « spese del giudizio » alle quali i litiganti sanno di non potersi nor-

---

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale civile*, a. VIII, 1931, P. I, pp. 50-76; ristampato in *Studi*, III (Padova, Cedam, 1934), pp. 75-105; tradotto in lingua spagnola da S. SENTÍS MELENDO, in P. CALAMANDREI, *Estudios sobre el Proceso Civil* (Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945)]. [*Bibliografia*, n. 175].

(1) Cfr. TANGORRA, *Trattato di scienza della finanza*, 1915, §§ 502 e segg.; FLORA, *Manuale della scienza delle finanze*, 6ª ed., Livorno, 1921, pag. 207 e segg.

malmente sottrarre, sono state considerate dagli studiosi di problemi finanziarî ora come un bene, in quanto esse servirebbero di remora alla litigiosità, ora come un male, in quanto possano costituire di fatto per i non abbienti una specie di diniego di giustizia (2). Ma, qualunque opinione si segua in proposito (se devo dire la mia, mi è sempre parsa una ingenuità da teorici il pensare che si possa frenar la litigiosità col rialzare il prezzo delle marche da bollo; mentr'è risaputo che il litigioso pur di far cause è disposto a qualsiasi sacrificio, nè s'è mai visto un avvocato rassegnarsi a scrivere una pagina di meno al solo scopo di risparmiare la carta bollata!), certo è che le tasse giudiziarie, se possono talvolta distogliere il cittadino dal ricorrere alla giustizia troppo costosa, ed esercitare così, prima che il processo si inizî, un influsso puramente negativo, che può essere corretto ed equilibrato da un buon sistema di patrocinio gratuito per i poveri, non turbano il normale svolgimento dei processi iniziati e non alterano in essi la posizione di uguaglianza dei litiganti, ciascuno dei quali deve di queste tasse sostenere la sua parte, colla speranza di vincere e di scaricarle alla fine sulla controparte soccombente.

L'assillo fiscale, che più turba il processo e più atterrisce i litiganti, deriva piuttosto da quei tributi che colpiscono non gli atti processuali, ma i rapporti di diritto sostanziale sui quali il giudice è chiamato a decidere: alludo ai tributi che si raggruppano scientificamente sotto la denominazione di *tasse* o *imposte sugli affari* (3), tra le quali sono specialmente importanti le cosiddette tasse *contrattuali* di registro e bollo e le tasse di successione, e in generale a tutti i tributi (vi può rientrare in certi casi perfino la imposta sui redditi di ricchezza mobile) dei quali, per la loro attinenza diretta o indiretta col rapporto intorno al quale il giudice è chiamato a decidere, il processo può rivelare al fisco il mancato pagamento; in tali casi il processo costituisce per il contribuente l'evento, in occasione del quale egli rischia di esser colpito da quelle sanzioni tributarie, a cui finora era riuscito, legalmente o illegalmente, a sfuggire.

E' noto che, nel nostro sistema tributario, si hanno numerosi casi in cui le scritture private, che documentano i negozî giuridici, non sono soggette fin dall'origine alle tasse di bollo e di registro, ma vi sono soggette soltanto « in caso d'uso » (4); e poichè il modo più fre-

---

(2) Cfr. Lessona C., *I doveri sociali del diritto giudiziario civile* (Torino, 1897), nn. 14 e segg.

(3) Flora, op. cit., pag. 661 e segg.; è noto che sulla natura finanziaria di questi tributi, che le nostre leggi qualificano « tasse », la dottrina non è concorde (cfr. Flora, op. cit., pag. 667, nota 1; Tangorra, op. cit., § 483).

(4) Cfr. Calamandrei R., *Bollo e registro*, Firenze, 1900, nn. 736 e segg., 792 e segg.; Uckmar, *La legge del registro*, (Padova, 1928-1930), vol. I, §§ 43-44.

quente con cui avviene che le parti facciano uso del documento è quello della produzione in giudizio, è appunto il processo, che in questi casi fa sorgere per le parti il dovere di pagare la tassa di registro o di bollo, alla quale precedentemente la scrittura non era soggetta. Altra volta è il processo che fa sorgere il dovere di pagare la tassa di registro non pagata prima, quando, al momento della registrazione della sentenza, si deve pagare anche la cosiddetta tassa *di titolo,* corrispondente al contratto verbale, in origine esente da tassa, sul quale la sentenza si fonda (5).

In tutti questi casi l'obbligo di pagare la tassa sorge in occasione del processo, senza che prima del processo sia stata commessa alcuna trasgressione alla legge tributaria. Ma in altri casi, che son forse quelli più interessanti per la mia indagine, l'obbligo di pagare la tassa esiste già prima del processo: e questo serve soltanto a rivelare che l'obbligo non è stato adempiuto e a mettere in luce una trasgressione tributaria, alla quale il processo impedisce di rimanere impunita.

Non si svela un segreto di Stato quando si riconosce che, nonostante le severe sanzioni stabilite dalla legge contro coloro che tentano sfuggire al pagamento dei tributi, la evasione fiscale è, specialmente nel campo delle tasse sugli affari, comunemente, e direi quasi candidamente, praticata.

Assai volte, in questo campo, il contribuente si limita a non adempiere tempestivamente al suo obbligo tributario, fidando che la evasione resti per sempre ignorata; ma non è raro il caso in cui, anzichè limitarsi alla passiva inesecuzione del suo obbligo, si fa attivo per trarre in inganno il fisco mediante negozî simulati o fraudolenti. Specialmente al pagamento delle tasse di bollo e di registro, le parti sono ostinatamente restie: là dove la legge imporrebbe la carta bollata e una registrazione da eseguirsi in termine fisso ammontante assai spesso a rilevantissima cifra, basta, nella pratica degli affari, uno scambio di lettere non bollate e non registrate; e in quei casi in cui, per raggiungere certi scopi di pubblicità nei confronti dei terzi, non si può fare a meno della carta bollata e della registrazione, gli interessati cercano (come sempre hanno cercato da quando esistono le tasse sui contratti) (6) di mascherare le loro negoziazioni nel modo che meglio si presti a sfuggire al fisco, dando alla sostanza di un contratto la forma di un contrat-

---

(5) CALAMANDREI R., op. cit., n. 371; UCKMAR, op. cit., vol. II, § § 371 e segg.

(6) L'ipotesi si trova preveduta negli Statuti fiorentini del 1415, Lib. IV, *De gabella contractum,* Rub. IV, *De locationibus ficticiis solvatur gabella,* in cui è stabilito che se un mutuo vien mascherato in forma di locazione, si deve pagare la tassa di mutuo.

to diverso, inserendo nel contratto clausole che mirano a farne apparire minore la durata o condizionata la efficacia o meno rilevante l'importo economico, o addirittura simulando, nell'istrumento pubblico, un negozio che poi, con una scrittura privata (quella scrittura che nella pratica, con una espressione involontariamente ironica, si suol chiamare « di buona fede ») vien dichiarato insussistente o molto diverso da quello vero. I negozî *in fraudem legis* e più in generale quei negozî *indiretti*, su cui di recente ha scritto con tanta acutezza l'Ascarelli (7), trovano quasi tutti in motivi puramente fiscali la loro origine e la loro spiegazione. Si è venuta così creando ai margini delle professioni legali una industria assai redditizia di specialisti in materia tributaria, la cui più pregiata abilità consiste nel suggerire ai contraenti ingegnosi espedienti per truccare le contrattazioni in modo da offrire il minor possibile bersaglio ai colpi del fisco. Assai volte questi specialisti sono ex-agenti delle tasse o ex-ricevitori del registro, i quali, come vecchie peccatrici che si dedicano negli ultimi anni ad opere di beneficenza, si servono in vecchiaia della esperienza acquistata a spese dei contribuenti per portare qualche conforto alle loro vittime di un tempo; e proprio tra questi ex-funzionarî sono quasi sempre reclutati dalle grandi anonime i « consulenti fiscali » o « tributarî », che insegnano agli amministratori le cautele da adoprare nella compilazione dei bilanci o nella redazione degli atti concernenti la vita sociale.

Vi è così, tra contribuenti e fisco, uno stato di continua tensione e diffidenza, della quale sentono i danni anche i contribuenti sinceri: i legali devono saper essere all'occasione buoni psicologi per capire quali sono gli ufficî del registro dove « si registra meglio », e quali sono i funzionarî più meticolosi e più diffidenti, dai quali bisogna guardarsi, perchè esaminano i contratti contro luce, come se fossero crittografie da decifrare, anzichè chiare scritture da leggere sulle righe. Ma di solito, presso i funzionarî dell'amministrazione finanziaria, la malafede del contribuente è presunta; talchè la sincerità del contribuente ingenuo, che dichiara nel documento i veri termini della convenzione, è considerata quasi sempre dagli agenti del fisco come una mancanza di rispetto alla loro sagacia.

2. — In questa guerriglia d'astuzie il processo civile costituisce per l'amministrazione finanziaria un prezioso posto di avanscoperta: non soltanto, infatti, vengono a confluire nel processo tutte le scritture per le quali la tassa si paga « in caso di uso », ma è proprio nel processo, dove assai spesso la vera sostanza dei rapporti controversi

---

(7) *Il negozio indiretto e le società commerciali* (estr. dagli *Studi in onore di Vivante*); cfr. FERRARA, *Simulazione*, 5ª ed., pag. 16 e segg.

vien messa a nudo, che un osservatore attento può più facilmente accorgersi delle trasgressioni e delle frodi fiscali commesse prima che il processo avesse inizio.

Le scritture non registrate, le controdichiarazioni « di buona fede », le truccature di contratti possono passare inosservate finchè i contraenti sono d'accordo; ma il giorno in cui i contraenti entrano in lite e sono costretti a sottoporre ai giudici la sostanza dei loro rapporti contrattuali, ecco che il processo funziona per le frodi fiscali come il proverbiale pettine a cui vengono tutti i nodi o come il reagente chimico che rivela il veleno. Fino a che i contraenti sono alleati nell'occultare la verità per sottrarsi al fisco, questo difficilmente può metter la mano sui documenti della frode; ma quando gli alleati di un tempo diventano nemici in giudizio, può darsi che, impegnati a combattersi tra di loro, perdano di vista il nemico comune e lascino apparire alla luce del sole la prova delle inadempienze fiscali da loro commesse.

Per questo la amministrazione finanziaria segue con grande attenzione, sempre presente anche se invisibile, lo svolgimento del processo civile: non tanto per assicurarsi che *nel processo* le comparse siano redatte nella prescritta carta bollata o che le righe non contengano un numero di sillabe superiore al massimo permesso, quanto per colpire, attraverso lo spiraglio di luce aperto dal giudizio sulle contrattazioni private, la verità di tali contrattazioni, e le contravvenzioni alle leggi tributarie, commesse, in relazione a quelle, *fuori del processo*. Gli ispettori dell'amministrazione finanziaria, che hanno l'ufficio di rivedere presso gli ufficî giudiziarî gli incartamenti dei processi civili, vanno a caccia di grossa selvaggina: una innocente lettera prodotta in giudizio per provare un credito di poche lire, può dare, a chi sappia leggerla, il filo per dimostrare una grave frode fiscale, che può far entrare nelle casse dell'erario multe di ingentissimo ammontare (8).

Il processo civile così, sotto l'incubo della vigilanza fiscale, si deforma e, come un organismo vivo, cerca di adattarsi all'ambiente e di crearsi nella pratica nuovi organi di offesa e di difesa. Il fatto che il processo, oltrechè alla lotta apparente tra le due parti della controversia, può esser campo alla lotta tra queste e il fisco, fa sì che sostanzialmente le parti del processo civile siano tre, disposte a triangolo, anzichè due come comunemente si insegna. Se non si tenesse conto di questo combattente che sta all'agguato in ogni processo, e del quale i due litiganti indovinano la vigile pericolosa presenza, non si spie-

---

(8) Cfr. Circolare ministeriale 7 agosto 1883, n. 96440 riportata da Uckmar, op. cit., III, pag. 347.

gherebbero certi atteggiamenti delle parti, le quali in molte controversie sembrano seguire, contro il loro stesso apparente interesse, una tattica insensata, che porta in lungo il giudizio e rinuncia a quei mezzi di prova che ad un osservatore superficiale posson parere i più spediti ed i più decisivi. Succede così nel processo quello che succede nella vera guerra: per conquistare una posizione che allo scoperto si potrebbe raggiungere in pochi balzi, si preferisce strisciare al sicuro (il fisco sarebbe nel nostro caso la fronte nemica) per tortuosi camminamenti defilati.

Si possono avere così nel processo, per uscir di metafora, tre interessi in conflitto: quelli delle due parti, che stanno in contrasto tra di loro, e quello dell'amministrazione finanziaria che sta in contrasto con ambedue i primi. Il giuoco di queste tre forze in urto può portare naturalmente alle più svariate alleanze: può accadere (ed è il caso più frequente) che le due parti della controversia, pur essendo tra loro in conflitto di interessi, si alleino per sfuggire al fisco, e nel combattersi tra di loro non perdano mai d'occhio il nemico comune; ma può darsi anche che una delle parti cerchi di prevalersi a danno dell'altra della minaccia fiscale che incombe su entrambe, e miri con ciò ad impedire all'altra di valersi di certi mezzi di prova o di opporre certe eccezioni che potrebbero portare a gravi conseguenze fiscali. In tal caso il fisco diventa senza volere l'alleato di una parte a danno dell'altra, e forse di quella che ha torto a danno di quella che ha ragione: e viene ad esser distrutta, per la non confessata ma decisiva azione del fattore fiscale, quella uguaglianza delle parti che nel processo dovrebbe essere in ogni caso e ad ogni costo garantita.

Esaminiamo più da vicino queste varie ipotesi, con animo di spassionati studiosi di una realtà che sarebbe ipocrisia dissimulare.

3. — Può darsi, si è detto, che le parti pur essendo in conflitto di interessi tra di loro fino al punto di iniziare un giudizio, non perdano tuttavia di vista l'interesse che hanno in comune a cautelarsi contro i pericoli fiscali: in tal caso si avranno dei processi più o meno addomesticati, in cui le parti, sapientemente valendosi del principio dispositivo, limiteranno la controversia ai punti meno insidiosi, o d'accordo predisporranno il giudizio e le prove in modo da sfuggire al comune pericolo.

L'espediente più usato e più integrale in materia è quello dell'arbitrato. Non scopre l'America chi rileva che la simpatia di cui, specialmente in materia commerciale, sono circondati i giudizî arbitrali, deriva in moltissimi casi dal fatto che gli arbitri si lasciano scegliere col preciso incarico di chiudere un occhio, o tutti e due, sugli aspetti fiscali che la controversia, se fosse portata alla decisione dei giudici

pubblici, verrebbe necessariamente a svelare. E' vero che anche gli arbitri, come i giudici pubblici, hanno, secondo la nuova formula adottata nell'art. 122 della Legge sul registro (9), l'obbligo di non giudicare su documenti che siano in contravvenzione alle norme tributarie, e di tutelare, contro le frodi dei contribuenti, l'interesse dell'erario; ma tutti sanno che, ora come prima, il giudizio arbitrale si considera nella pratica commerciale come il mezzo tipicamente creato per affidarsi a giudici discreti, che non scrutino i bilanci con occhi da inquisitori e che non si curino di controllare se i documenti siano in regola col registro. Quando, al momento di iniziare un giudizio, le parti prevedono la possibilità di complicazioni fiscali, il compromesso arbitrale appare come la più sicura salvezza; per metter poi tranquilla la coscienza degli arbitri, c'è l'«equità», in grazia della quale essi potranno, pur prendendo visione di tutti i documenti che le parti comunicheranno nel corso del giudizio, motivare il lodo, invece che con i solidi argomenti desunti dalla prova documentale, con qualche nebulosa divagazione equitativa. Quante volte la qualifica di « amichevoli compositori » vuol indicare soltanto che gli arbitri sono chiamati ad aiutare le parti contro le minaccie del fisco! E se poi si teme che, seguendo le norme dell'arbitrato regolare, vi possa tuttavia essere qualche pericolo, soccorre l'arbitrato cosiddetto « libero » o « irrituale », nel quale gli arbitri sono esonerati dal deposito del lodo in pretura: il ricorso, sempre più frequente nella pratica, a cosiffatti arbitrati irrituali, si spiega più che coll'aspirazione delle parti a una decisione svincolata dal diritto (10), più che colla natura economica di certe controversie alle quali non si adeguerebbe un giudizio puramente giuridico, colla sempre crescente simpatia verso un espediente che permette di sottrarre la decisione delle controversie giuridiche ai pericoli fiscali, dai quali neppur l'arbitrato regolare è del tutto esente. L'esercizio professionale mostra assai spesso gustosi esempî di queste degenerazioni dell'arbitrato: ricordo un caso in cui le parti, che disputavano intorno alle conseguenze puramente giuridiche di un contratto preliminare non registrato, avevano dato incarico agli arbitri, invece di redigere un lodo, di riempire un atto di transazione da esse in precedenza firmato e lasciato in bianco nella parte dispositiva, e di distruggere contemporaneamente il contratto preliminare fiscalmente pericoloso. Accadde che, quando gli arbitri ebbero esaurito il loro incarico, la parte soccombente, non potendosi rassegnare alla sconfitta, li citò dinanzi ai giudici ordinarî per

---

(9) Cfr. Uckmar, op. cit., III, pag. 324.

(10) Scialoia A., *Gli arbitrati liberi* (Napoli, 1922), n. 15.

farli condannare a restituire il documento che essi avevano distrutto, o altrimenti al risarcimento dei danni causati da tale distruzione...

Ma, anche quando le parti portano la loro controversia dinanzi ai giudici pubblici, frequenti sono i parziali accordi conclusi nel processo allo scopo di frodare il fisco. Dato che, nell'ordinario processo a tipo dispositivo, il giudice non può non ritenere per veri i fatti della cui verità ambedue le parti si dimostrino convinte, queste hanno sempre il modo, attraverso ammissioni concordate nelle rispettive comparse, di far resultare circostanze che altrimenti dovrebbero esser provate colla produzione di documenti compromettenti. Anche *i contratti di prova,* sulla cui validità si è tanto discusso (11) hanno oggi assai spesso l'intento di sfuggire alle disposizioni tributarie: il patto con cui le parti reciprocamente si obbligano, per l'eventualità che fra loro nasca una lite, a non eccepire in giudizio la inammissibilità della prova testimoniale al di sopra del limite massimo consentito dalla legge, ha quasi sempre l'intento di evitare le spese di bollo e di registro che sarebbero occasionate dalla prova documentale.

E vi sono finalmente certi casi, sempre per restare nel campo degli accordi, in cui le parti, dopo aver composto amichevolmente, fuori del processo, il loro dissidio, continuano il processo, o addirittura lo iniziano *ex novo,* al solo scopo di costituire attraverso il giudicato, anche quando non ne ricorrano i presupposti, una situazione giuridica che faccia loro conseguire un vantaggio o un esonero fiscale, quale sarebbe, ad esempio, il rimborso di una tassa già pagata. Così i processi simulati o, più di frequente, i processi fraudolenti (12), germogliano più folti intorno all'art. 14 n. 2 della Legge sul registro (13); il quale, in certi casi (quando, ad esempio, si voglia operare, per sovravvenuto pentimento, la retrocessione di un immobile dal compratore al venditore) può dare a contraenti senza scrupoli il modo di risparmiare, attraverso l'annullamento giudiziale del primo contratto, la tassa del secondo trasferimento, e di recuperare anche quella già pagata per il primo. Più in generale si può dire che, sotto l'impero del principio dispositivo, la frode processuale bilaterale, se non è escogitata a danno dei creditori di una delle parti, è immancabilmente diretta a danneggiare l'erario.

Anche a questo proposito si può dire che ogni avvocato avrebbe

---

(11) Cfr. LESSONA, *Trattato delle prove,* 3ª ed., I, n. 47; IV, n. 151 e segg.; CHIOVENDA, *Principii,* pag. 106.

(12) Per la distinzione, cfr. CARNELUTTI, *Contro il processo fraudolento,* in *Studi,* II, pagg. 27-30.

(13) UCKMAR, op. cit., I, § § 72 e segg.

da narrare, dai ricordi della sua pratica professionale, casi così complicati e gustosi che mai potrebbero essere immaginati dai teorici. Ho sentito raccontare il caso di due contraenti, che si misero d'accordo per far annullare, allo scopo di ottenere il rimborso della tassa di registrazione, una compra vendita immobiliare tra loro precedentemente conclusa; e, per attuare il loro piano, si rivolsero a due avvocati, i quali avrebbero dovuto destreggiarsi d'accordo, in modo da far vincere l'attore, che sosteneva, in termini tali da rientrare nella ipotesi dell'art. 14, n. 2 della Legge sul registro, la nullità del contratto, e da far perdere il convenuto il quale, difendendosi con argomenti studiatamente inconsistenti, figurava di sostenerne la validità. Ma le cose andarono alla rovescia di quanto le parti avevano disegnato: chè il Tribunale (amiamo credere che lo facesse perchè aveva capito il giuoco!) respinse la domanda dell'attore, accogliendo in pieno le inconsistenti difese del convenuto. Sicchè l'avvocato di questo, il quale era stato chiamato per perder la causa e non v'era riuscito, si consolava col paragonarsi al difensore avversario: « Che differenza tra noi due! Egli non riesce a vincere una causa neanche quando l'avversario si presta a perderla; io invece, anche quando fo di tutto per perdere, non riesco a sottrarmi alla immancabile vittoria ».

4. — Ma forse, dal punto di vista processuale sono più interessanti e più degne di attento studio quelle situazioni che si vengono a creare tutte le volte in cui le parti non si accordano per cautelarsi *in fraudem legis* contro i comuni pericoli fiscali, ma cercano ciascuna di sfruttarli per danneggiare l'avversario e per avvantaggiare la propria posizione nel processo.

Tutte le volte in cui la prova di un fatto può essere data in giudizio mediante una scrittura, la irregolarità fiscale di questa scrittura, e i pericoli ai quali per questo va incontro chi voglia esibirla in giudizio, costituiscono un maggior peso per colui al quale la prova giova e un vantaggio per il suo avversario: sicchè viene ad essere turbato quel sensibilissimo meccanismo di precisione che è, nel processo civile, la ripartizione dell'onere della prova. A questo aggravamento di onere prodotto dalle difficoltà fiscali, la parte su cui l'onere grava cerca di solito di rimediare col ricorrere a mezzi di prova diversi dalla scrittura.

Il grandissimo uso, che si fa nella nostra pratica giudiziaria, della prova testimoniale specialmente nelle cause commerciali in cui essa è ammissibile senza limiti di valore, e la frequenza con cui i litiganti cercano con abili espedienti di aggirare le disposizioni che la vietano in materia civile, trovano la loro causa principale nel desiderio di sottrarsi ai balzelli fiscali che gravano sulle scritture. E' stato detto autorevolmente che le restrizioni della prova testimoniale contenute nella

nostra legislazione, e quelle anche più gravi che si vorrebbero da alcuno introdurre *in iure condendo,* devono essere soprattutto valutate nella loro efficacia profilattica: esse avrebbero infatti lo scopo di stimolare le parti a documentare in iscritto i loro contratti e ad assicurarsi così in anticipo, per ogni evenienza, la prova scritta, tanto più sicura e più seria della prova orale (14). Ma io credo che di questa indiretta funzione igienica o pedagogica che sulla pratica degli affari dovrebbero esercitare i divieti della testimonianza, i contraenti non sentano davvero il bisogno: che la prova scritta sia, come dicono sentenziosamente i patrocinatori di pretura, « la regina delle prove », a tutti i contraenti è ben noto; e la convinzione popolare che il documento sia il miglior mezzo per evitare poi incertezze e liti sulla contrattazione è perfino consacrata nell'antico proverbio toscano « carta canta e villan dorme ». Meno che mai si può dire che i vantaggi della documentazione debbano essere insegnati alla gente di affari: quando si dice che la prova testimoniale è permessa senza limitazioni in materia commerciale, perchè i commercianti usano impegnarsi sulla parola e non hanno tempo da perdere nel documentare i loro accordi, ho il sospetto che si continui a ripetere, per forza di inerzia, un di quei luoghi comuni che la realtà quotidiana smentisce. I commercianti, ed anzi essi più degli altri, e tanto più quanto più il loro traffico è attivo, documentano regolarmente le loro contrattazioni: anche in una azienda di poco conto, non c'è contrattazione anche minima che non lasci la sua traccia scritta nei libri o nella corrispondenza. Ciò che i commercianti, e in generale i contraenti, vogliono evitare, non è la scrittura, ma sono i carichi fiscali ad essa inerenti (15). Tutti conoscono i vantaggi probatorî che il documento assicura a chi lo possiede; ma tutti sanno anche che la spesa che il documento richiederebbe per chi

---

(14) Il più autorevole rappresentante di questa tendenza è da noi il Carnelutti: cfr. i suoi scritti *Contro la prova testimoniale,* in « Studi », I, pag. 241; e *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione,* in « Riv. dir. proc. civ. », 1929, I, pag. 33. Su analoghe tendenze in Germania, cfr. per ultimo Rühl, *Einschränkung oder Verbesserung des Zeugenbeweises?* (in « Zeits. f. d. Zivilpr. », LVI, pag. 2 e segg.), il quale riassume e confuta le proposte recentemente fatte per limitare anche nel processo tedesco la prova testimoniale; Sperl, *Gutachten,* in « Verhandl. des 36. Deuts. Juristentages », 1930 (Sonderabdruck, pag. 255 e segg.).

(15) Rühl, nello scritto sopra citato (pag. 17), osserva che il miglior mezzo per invogliare le parti a documentare in scritto le loro convenzioni non è quello di vietare la prova testimoniale, ma quello *di abolire le tasse sulle scritture!* E lo Sperl, scritto citato, mentre si dichiara favorevole a una serie di provvedimenti che valgano ad allargare l'uso della prova scritta ed a restringere quello della prova testimoniale, espressamente rileva la necessità che in senso contrario non operino le leggi fiscali sulle scritture (pag. 290, lett. *f*).

volesse produrlo in giudizio è in certi casi così rilevante, da rendere eccessivamente costosi questi vantaggi e molto più economico il ricorso a mezzi di prova meno sicuri, ma più alla portata di tutte le borse. La prova documentale è diventata ormai, in molti casi, un genere di lusso; cosicchè si è andato largamente diffondendo tra la gente, che non può permettersi lussi consimili, l'uso non già di astenersi dal documentare in iscritto i proprî affari (che della scrittura tutti conoscono, come si è detto, i vantaggi), ma di astenersi dal redigere il documento in quelle forme costose che le leggi tributarie imporrebbero. Nella maggior parte dei casi in cui si tenta in giudizio di provare mediante testimoni una convenzione, ciò non accade perchè alla parte manchi il documento nel quale tale convenzione è consacrata, ma perchè la scrittura che la parte possiede non è in regola colle disposizioni tributarie, e non può essere prodotta in giudizio senza il pagamento di forti tasse assai spesso aggravate da fortissime penalità. Dietro la richiesta di prova testimoniale non c'è dunque, come si insegna, incuria della parte che al momento opportuno si è astenuta per pigrizia o negligenza dal procurarsi la prova scritta del negozio da essa concluso; ma c'è per lo più la difficoltà economica della parte che, pur avendo diligentemente curato la documentazione del contratto, si è contentata però (nella speranza che non si presentasse mai l'occasione di esibire tale contratto in giudizio) di una scrittura privata non bollata e non registrata, che dice esattamente tutta la verità, ma che non può andare a dirla ai giudici. Il documento esiste dunque, dietro le quinte, anche dove non esiste il profilattico divieto della prova testimoniale; è anzi la esistenza clandestina di questo documento, conosciuto da ambedue le parti, che in questi casi serve a controllare e a garantire la veridicità del testimone, chiamato unicamente a ripetere il contenuto di una scrittura che egli, per evitare errori, può rileggere un minuto prima di entrare a deporre dinanzi al giudice!

Nè varrebbe obiettare che se di questo mezzo di prova si fa tanto uso per sfuggire al fisco, giusto è, anche sotto l'aspetto fiscale, togliere agli improbi contribuenti questo strumento di evasione. Restringere o abolire la prova testimoniale non vorrebbe dire ancora costringere le parti a produrre in giudizio le scritture irregolari tenute in serbo; in verità, se non si volesse ricorrere alla misura poco men che pazzesca di considerare come richieste *ad substantiam* tutte le scritture soggette per legge a bollo e a registrazione, le parti troverebbero ugualmente il modo di sottrarsi al fisco col fare sempre più largo uso in giudizio dell'interrogatorio e del giuramento: è facile prevedere, anche senza essere indovini, che ogni nuovo ostacolo posto all'uso della prova testimoniale, produrrebbe automaticamente, in misura statisticamente verificabile, un aumento corrispondente nell'uso del giuramento decisorio.

Vogliamo dunque, per cacciar dalla porta la falsa testimonianza, veder rientrare dalla finestra lo spergiuro?

E' certo, infatti, che questa esistenza « alla macchia », non rivelata ma facilmente intuibile, di una scrittura privata che per motivi fiscali non si può esibire in giudizio, spiega non soltanto la frequenza con cui nella pratica giudiziaria si ricorre alla testimonianza anche per provare contrattazioni complicate e di valore ingente (di cui appare inverosimile, e sarebbe in ogni caso imperdonabile, la conclusione puramente orale), ma altresì la frequenza con cui per provare convenzioni di grande importanza si ricorre anche ora, nei processi civili, all'interrogatorio e perfino al giuramento decisorio (16).

Chi esamini gli incartamenti di certi processi civili senza conoscere o senza sospettare i retroscena fiscali che si nascondono dietro alle difese apparenti delle parti, può avere l'impressione che certe richieste di prove, basate sulla assurda speranza che l'avversario sia disposto a fornire armi contro se stesso, non possano avere altro scopo che quello di mandare in lungo la lite e di protrarre una sicura sconfitta. Tizio ha comprato da Caio, con un regolare fissato bollato, il pacchetto di maggioranza delle azioni di una società anonima; accortosi poi che la situazione dell'azienda è diversa da quella che appariva dai bilanci, fa causa per danni contro il venditore, e per prima cosa chiede di interrogarlo perchè riconosca di aver garantito, al momento della vendita, la verità del bilancio e di essersi impegnato a risarcire i danni derivati da eventuali sopravvenienze passive. Una siffatta domanda di interrogatorio sarebbe giudicata da un osservatore superficiale come il colmo della ingenuità: non ci vuole molto acume per prevedere che l'interrogato, sapendo che dalla sua risposta dipende l'esito della lite, risponderà energicamente di no a tutte le domande che l'avversario gli rivolgerà! Senonchè il vero ingenuo sarebbe colui che ragionasse così: egli non calcola infatti, che dietro la richiesta di interrogatorio c'è, nelle mani dell'interrogante e con piena consapevolezza dell'interrogando, la prova scritta della verità dell'impegno; sicchè probabilmente l'interrogando non avrà il coraggio di negare la verità, perchè sa che all'interrogatorio potrebbe seguire la delazione del giuramento, accompagnata dalla minaccia di un procedimento penale per spergiuro, nel quale il documento, che nel processo civile non si è potuto produrre perchè in contravvenzione alle leggi tributarie, servirebbe senz'altro a provare il reato!

Così anche il giuramento decisorio, questo residuo processuale

---

(16) Cfr. *Il fisco e il procedimento*, nel « Bollettino forense » di Firenze (red. avv. E. Barsanti), anno II, n. 6 (maggio 1928), pag. 4 e segg.

di mentalità primitiva, è diventato per i litiganti moderni uno strumento raffinato per frodare il fisco; e ha riguadagnato per questo, nella stima dei patrocinatori, molto del terreno perduto. Certo, se la pratica giudiziaria continua a fare così largo uso del giuramento decisorio, tanto che spesso si vedono giuocare su questa fallacissima carta partite giudiziarie di enorme gravità, bisogna riconoscere che il giuramento non è sempre quel vecchio arnese fuori uso quale ad alcuni suoi autorevolissimi critici era sembrato; ma, nel riconoscer ciò, bisogna anche sinceramente riconoscere che la massima parte dei casi nei quali le parti possono ancora con frutto servirsi di esso, è costituita proprio da quei casi in cui il giurante sa che il suo avversario ha in serbo la scrittura che comprova la verità. Il giuramento, pertanto, è quasi sempre, nella mano di patrocinatori abili, il mezzo economico per far sapere gratuitamente al giudice, attraverso la parola del giurante, ciò che è già contenuto in un documento redatto in contravvenzione alle disposizioni tributarie: esempio tipico di quelle imprevedibili e remote ripercussioni che hanno tra di loro nella pratica applicazione gli istituti giuridici, e che assai spesso sfuggono allo studioso, il quale difficilmente può immaginare che la vera causa psicologica della rinascita del giuramento nel processo moderno dev'esser cercata non nell'aumentato senso religioso o nell'aumentato senso dell'onore nei litiganti, ma semplicemente nell'aumentata tariffa delle tasse di bollo e di registro!

5. — Ho già rilevato come le conseguenze fiscali, che può portare con sè la produzione in giudizio di un documento, costituiscono molte volte una causa di perturbamento delle regole sulla repartizione dell'onere della prova.

Ciò non si verifica per il semplice fatto che la parte su cui grava l'onere della prova si astenga, per ragioni fiscali, dal produrre il documento ch'è in sue mani e che, se prodotto, potrebbe servire a provare i fatti ad essa favorevoli: se la parte non produce il documento che le farebbe vincer la lite, pur non avendo, all'infuori di esso, altri mezzi per provare il suo assunto, entra in azione senz'altro il principio fondamentale dell'onere della prova: *actore non probante reus absolvitur*. Fra il vincer la lite pagando le tasse, ed il perderla risparmiandole, il litigante ha fatto la sua scelta per il secondo partito: egli solo può giudicare se questo è per lui il sacrificio minore. La mancata produzione del documento ricade, dunque, com'è normale, su colui al quale spettava provare i fatti nel documento consacrati.

Ma vi possono essere dei casi in cui le difficoltà fiscali, anzichè ricadere sulla parte gravata dall'onere della prova, ricadono sulla parte contraria, e costituiscono per la prima una gratuita, e dalla legge non

voluta, *relevatio ab onere probandi*. Ciò può avvenire specialmente nei casi in cui la parte gravata dell'onere della prova trovi il modo di proporre contro la parte avversaria una « azione esibitoria », la quale, maliziosamente manovrata, può talvolta portare, nel regime dell'onere della prova, a sorprendenti capovolgimenti di posizioni processuali.

Già in un mio precedente scritto ho rilevato, di passata, la possibilità di siffatti casi (17). Immaginiamo per esempio, che l'attore sostenga in giudizio di aver concluso col convenuto un contratto contenente una certa clausola a suo favore, della quale chiede la esecuzione o i danni per inadempimento; in casi normali, spetta all'attore provare l'esistenza della clausola: e, se egli non riesce a provarla *coi proprî mezzi*, perde la causa. Ma supponiamo che, da ammissioni del convenuto, resulti che il contratto è stato redatto in scritto e che lo stesso convenuto è in possesso dell'unico originale: l'attore sa benissimo che nel contratto la clausola da lui invocata non c'è; ma sa, anche, che il contratto è in contravvenzione col bollo e col registro e che il convenuto, se gli venisse ordinato di esibirlo, non potrebbe farlo senza spendere in tasse e sopratasse una somma superiore all'importo della causa. Prevalendosi di ciò, l'attore giuoca d'audacia e chiede al giudice di ordinare al convenuto la esibizione del documento comune, nel quale, secondo il suo mendace assunto, dovrebbe esser consacrata la clausola che gli giova: se il documento non sarà prodotto, questo — dice l'attore — sarà sicuro indizio della verità delle sue affermazioni e il convenuto dovrà senz'altro esser condannato, per non aver adempiuto all'onere di esibizione.

Sfruttata da una tattica simile, è facile intendere come l'azione esibitoria possa diventare una specie di ricatto processuale, fatto ai danni di colui, sul quale, secondo le regole ordinarie, non graverebbe l'onere della prova: ciò sia detto non soltanto per chi segue il pericoloso principio, accolto di recente da una interessante sentenza della Corte fiorentina (18), secondo il quale la contravvenzione all'ordine di esibire in giudizio un documento farebbe senz'altro ritenere provati i fatti contrarî alla parte che questo documento si rifiuta di esibire; ma sia detto anche per chi segue l'opinione meno rigorosa, secondo la quale la portata probatoria della mancata esibizione di un documento deve esser valutata caso per caso dal giudice, che può anche, per giusti motivi, considerarla legittima. Anche per chi segua questa più blanda opinione, è facile intendere che raramente si troverà il giudice disposto

---

(17) *Sulle conseguenze della mancata esibizione di un documento*, in *Studi*, Vol. III, pag. 55 e segg.

(18) Cfr. il mio scritto citato nella nota precedente.

a considerare come giusto motivo di rifiuto il desiderio di frodare l'erario!

A singolari situazioni l'azione esibitoria di documenti fiscalmente irregolari può dar luogo anche quando sia diretta contro terzi estranei al processo: un notaro il quale, in contravvenzione all'art. 119 della Legge sul registro, abbia ricevuto in deposito dalle parti un documento non registrato, si può poi trovare, quando gli sia ordinata la presentazione del medesimo in giudizio (nel caso, poniamo, dell'art. 287 cod. proc. civ.), nella imbarazzante alternativa di dover scegliere tra il pagar la multa comminata dalla legge processuale al depositario che non esegue l'ordine di esibizione, o il pagar le tasse e sopratasse, di cui la legge fa personalmente responsabile il notaro che accetta in deposito documenti che non siano in regola col fisco. Accade anche assai spesso che due contraenti affidano la scrittura privata che documenta la loro convenzione a un amico comune, coll'incarico di custodirla finchè non gli sia richiesta da entrambi o finchè la restituzione non gli sia ordinata dall'autorità giudiziaria: per compiacere gli amici, accetta egli di buon grado l'incarico, lieto di potersi con sì poca fatica acquistare un titolo allo loro gratitudine; ma egli non sa, infelice, che il deposito di documenti non registrati può essere, per chi candidamente vi si presta, più pericoloso del deposito di materie esplosive! Troppo tardi l'incauto si accorge, quando si trova chiamato per esibire il documento nella lite già scoppiata tra i due, che tra i due litiganti il terzo compiacente corre il rischio di pagare la tassa, a meno che egli, alle prime avvisaglie giudiziarie, non sia stato così scaltro (come una volta m'è accaduto di vedere nella pratica) da liberarsi del pericoloso documento, collo spedirlo fermo in posta per raccomandata all'indirizzo cumulativo dei due contraenti, limitandosi ad esibire in giudizio la ricevuta della raccomandata rilasciata dall'ufficio postale...

6. — Ma le maggiori perturbazioni al regime normale del processo civile provengono da quelle leggi, le quali espressamente stabiliscono che la contravvenzione a certe disposizioni tributarie abbia, oltre le conseguenze penali contro i responsabili, anche certe conseguenze processuali nel giudizio civile in cui essa venga scoperta; cosicchè, in forza di queste disposizioni, l'elemento fiscale viene a ostacolare e a deformare l'ordinario corso del processo non più soltanto di fatto, ma di diritto, per esplicita volontà del legislatore.

Tipiche sono le disposizioni contenute nella Legge sul registro (r. decr. 30 dicembre 1923, n. 3269): art. 106: « gli atti soggetti a « registrazione e non registrati *non possono farsi valere in giudizio* fino « a tanto che non siano stati registrati »; art. 107: « ...nessun interes- « sato... *può agire in giudizio* senza dare la prova della eseguita denunzia

« ed eventualmente dell'eseguito pagamento... Gli atti pubblici e pri-
« vati e le denunzie dei contratti verbali per i quali sia stata accer-
« tata occultazione di prezzo o di valore, *sono improduttivi di azione*
« *e di esecuzione* finchè non siano state pagate le tasse e sopratasse
« dovute »; art. 108: « *La inefficacia ed ineseguibilità degli atti... può*
« *essere opposta dalle parti in qualunque stadio del giudizio, e deve*
« *in ogni caso essere rilevata d'ufficio dal giudice. Il giudizio resta im-*
« *mediatamente sospeso, e non può riprendere il suo corso, finchè gli*
« *atti e trasferimenti non siano messi in regola a norma della presen-*
« *te legge.* Frattanto il giudice può emettere gli eventuali provvedi-
« menti conservativi »; art. 118: « i funzionari ed ufficiali indicati nei
« nn. 2, 3 (ufficiali giudiziari) e 4 dell'art. 80... non possono inserire nei
« loro atti, nè ricevere in deposito atti soggetti a registrazione..., nè
« emettere provvedimenti in conseguenza dei medesimi... se tali atti
« e contratti verbali non sono stati preventivamente registrati ». Ana-
loghe disposizioni si trovano in altre leggi tributarie: art. 44 e 48 della
Legge sul bollo (r. decr. 30 dicembre 1923, n. 3268); art. 77 e 78 della
Legge tributaria sulle successioni (r. decr. 30 dicembre 1923, n. 3270);
art. 69 Legge per l'imposta sui redditi di r. m. (T. U. 24 agosto 1877,
n. 4021); art. 14 e 15 Legge sulle tasse in surrogazione del bollo e del
registro (r. decr. 30 dicembre 1923, n. 3280); Legge sulla tassa di
scambio (r. decr. L. 28 luglio 1930, n. 1011), art. 91 e 92.

La singolarità di queste disposizioni, che appaiono fuor del si-
stema del processo civile come indisciplinate *extravagantes*, meriterebbe
di essere approfondita sotto l'aspetto dogmatico; ma, prima di fare
qualche rapida considerazione in proposito, non si può non rilevare la
grandissima portata pratica che esse hanno in una quantità di casi, in
cui esse mirabilmente si prestano a ritardare o a fermare, in modo
talvolta irrimediabile, il corso già così lento e traballante del processo
civile, e a favorire in tal modo (dato che in ogni processo una parte
ha interesse a correre e l'altra a andar piano) il giuoco di questa a
danno di quella.

Giova tener presente che alle disposizioni sopra ricordate i funzionarî dell'ordine giudiziario sono naturalmente tratti a dare una portata anche più ampia ed una interpretazione più rigorosa di quella che forse esse comporterebbero: quegli articoli (art. 122, L. sul registro; 44, L. sul bollo; 79, L. sulle successioni; 93 lett. *e*, L. sulla tassa di scambio) che pongono a carico dei funzionarî poco solleciti dell'interesse dell'erario il pagamento delle tasse e sopratasse dovute dalle parti, costituiscono per loro una tale fonte di oppressione e di angoscia, da diventare in certi casi una specie di morbosa ossessione. Quando c'è per aria odore di irregolarità fiscale, le autorità giudiziarie perdono il consueto sangue freddo. Per ordinare la sospensione del giu-

dizio, i giudici non aspettano di vedere coi loro occhi il documento incriminato, e stimano sufficiente un vago accenno contenuto in una comparsa o anche il semplice sospetto che la omessa produzione di un documento sia causata da ragioni fiscali (19); ma, anche prima di arrivare ai giudici, c'è, vigile custode dell'erario, il cancelliere che si rifiuta di prendere in consegna i fascicoli nelle cui pieghe si possa nascondere qualche irregolarità; e prima ancora del cancelliere c'è l'ufficiale giudiziario, il quale non si presta a notificare un atto di citazione in cui si legga o si indovini, nella sommaria esposizione dei fatti che giustificano la domanda, l'ombra di un riferimento a un atto non registrato.

Il contagioso terrore del fisco si comunica così a tutti i personaggi del dramma giudiziario: la cura maggiore del giudice diventa naturalmente quella di allontanare da sè a tutti i costi il pericolo di rispondere in proprio delle contravvenzioni alle leggi tributarie commesse dalle parti; e gli avvocati principi, che si vantano di non aver mai letto le leggi sul bollo e sul registro, considerate da loro materia da notari o da commessi di studio, imparano presto a loro spese che tutti gli ardori defensionali per una brillante tesi giuridica o per una causa moralmente santa debbono fatalmente fermarsi dinanzi agli insidiosi intralci del fisco. E' facile intendere perciò come il litigante di mala fede, che abbia interesse a temporeggiare, possa quasi sempre trovare nel giudice un alleato, sol che riesca ad evocare dinanzi a lui il temuto fantasma fiscale.

Giova infatti non dimenticare che, secondo la giurisprudenza prevalente, il giudizio dev'essere sospeso non solo quando il negozio giuridico fiscalmente irregolare sia posto a base dell'azione, ma altresì quando ad esso si sia riferito il convenuto nelle sue eccezioni (20): il

---

(19) Qualche giudicato ha ritenuto che, quand'anche le parti concordemente affermino che il contratto è stato stipulato verbalmente, basta a far sospendere il giudizio la convinzione soggettiva del magistrato sulla esistenza della scrittura (App. Milano, 22 settembre 1916, in « Massime del registro e del notariato », n. 17138). La Cassazione ha temperato questo principio, insegnando che « non basta che una delle parti deduca l'esistenza dell'atto scritto perchè sia preclusa al giudice la potestà di pronunciare... ma occorre che vi siano elementi sicuri circa l'esistenza della scrittura » (16 aprile 1928, in « Sett. della Cass. », 1928, col. 531). Cfr. Uckmar, op. cit., III, § 450, pag. 246.

(20) Sulla questione se il giudizio debba esser sospeso quando su un atto fiscalmente irregolare sia basata non l'azione ma l'eccezione, cfr. Uckmar, III, § 451, che riferisce la varia giurisprudenza in proposito, alla quale deve essere aggiunta la recente pronuncia della Cassazione, la quale ha deciso (23 aprile 1930, in « Massimario del Foro Italiano », 1930, pag. 263) che: « qualora il convenuto per opporsi alla domanda attrice si riporti ad un patto contrattuale contenuto in una scrittura, il giudice non può esimersi dall'ordinarne la produ-

convenuto così, anche quando l'attore sarebbe in grado di provare la sua domanda con mezzi indipendenti dal documento, ha sempre il mezzo di fermarlo a mezza strada contrapponendogli una eccezione che all'animo impressionabile del giudice faccia sospettare l'esistenza di una scrittura non registrata: il principio fondamentale della ripartizione dell'onere della prova resta con ciò turbato e sovvertito. Avviene così che tra i numerosi espedienti con cui i debitori riescono in giudizio a evitare la condanna, c'è in prima linea quello consistente nell'eccepire che il creditore ha omesso di produrre l'atto scritto della convenzione, senza esaminare il quale la lite non può esser decisa: perfino in un giudizio cambiario ho visto una volta l'espediente riuscire a puntino. In un contratto preliminare di compravendita, fatto con scrittura privata non registrata, era stata stabilita una clausola penale a carico del compratore, il quale aveva rilasciato al venditore una cambiale del corrispondente importo, da farsi valere in caso di inadempienza; essendosi rifiutato il compratore di addivenire nel termine stabilito alla stipulazione del contratto definitivo, il venditore agisce per il pagamento della cambiale; ma il convenuto eccepisce che tale cambiale deriva da un rapporto sottostante consacrato in una scrittura privata non registrata ch'è in mano dell'attore, e chiede che il giudizio sia sospeso finchè questo documento non sia stato prodotto. Nonostante l'art. 324 cod. comm., il giudice sospende il giudizio in attesa che sia prodotta la scrittura privata; e poichè l'attore si guarderà bene dal produrla, dato che la registrazione tardiva ammonterebbe a cifra superiore all'importo della cambiale, ecco che il convenuto, senza bisogno di produrre in giudizio la scrittura, ha trionfalmente raggiunto il suo intento di non eseguire il contratto, di non pagare la penale, e di paralizzare a buon mercato il rigore cambiario!

7. — Ma, dal punto di vista dogmatico, in qual casella del sistema possono essere collocate queste disposizioni che, per scopi assai diversi da quelli proprî della giustizia, introducono così profondi perturbamenti nel regime del processo civile?

Il Chiovenda ne parla a proposito delle forme, in un capitolo che tratta della « regolarità fiscale degli atti processuali » (21). Ma non

---

zione in regola con la legge fiscale, tanto più quando, come nella specie, della scrittura e del patto si sia fatta menzione in una lettera proveniente dallo stesso attore e non disconosciuta. Ed è ammissibile la prova testimoniale per dimostrare che l'atto scritto sia stato redatto in unico esemplare rimasto in potere dell'attore ».

(21) *Principii*, pag. 674 e segg.

mi pare che tutte le disposizioni di carattere tributario che, direttamente o indirettamente, fanno sentire la loro ripercussione sul processo, si possano far rientrare tra le disposizioni che regolano le forme: finchè si tratta di tasse che colpiscono singoli atti giudiziarî (la carta bollata per le scritture processuali, la tassa di registrazione delle sentenze e così via), il pagamento della tassa si può considerare come una condizione per la validità del singolo atto, cioè come una forma senza la quale l'atto non può esercitare la sua efficacia; ma quando si tratta di tasse che colpiscono i rapporti giuridici sostanziali costituenti la materia del giudizio, o le scritture in cui essi rapporti sono consacrati, qui evidentemente si esce dall'ambito delle forme processuali e si entra in tutt'altro campo. Può sembrare, trattandosi di tasse che colpiscono le scritture, e che ne ostacolano o ne impediscono la produzione in giudizio in funzione di documenti probatorî, che queste disposizioni debbano considerarsi come attinenti sopra tutto al diritto delle prove: come si hanno limitazioni poste al giudice dal legislatore, per prestabilirgli i mezzi di prova di cui egli può servirsi e il valore da dare alle prove raccolte (*prove legali*), così si avrebbero questi divieti di utilizzare come mezzi di prova scritture che non corrispondano a certi requisiti stabiliti dalla legge tributaria: l'efficacia probatoria delle scritture sarebbe, in altre parole, condizionata alla loro regolarità fiscale (22), come la efficacia probatoria di altri mezzi di prova è condizionata alla loro regolarità processuale (per es. la testimonianza non ha efficacia se non in quanto sia preceduta dal giuramento del teste); l'unica differenza tra le regole di prova legale e le disposizioni concernenti la regolarità fiscale dei documenti sarebbe questa: che le prime sono dettate, nell'intenzione del legislatore, allo scopo di meglio garantire l'accertamento della verità in giudizio (scopo puramente processuale), mentre le seconde sono dettate per meglio garantire l'esazione di certi tributi, cioè per un interesse finanziario, la cui soddisfazione il legislatore vuol che sia assicurata ad ogni costo, anche sacrificando, se occorre, l'interesse della giustizia.

Senonchè chi esaminasse il problema sotto il solo aspetto probatorio verrebbe a restringerne la vera portata. In realtà il sistema tri-

---

(22) Questo era il sistema proposto dal Progetto Meda del 1918 (Disegni di legge, Camera deputati, n. 983) secondo il quale (in conformità delle modificazioni proposte nel 1873 dal Serafini al progetto Minghetti, in « Legge », 1874, III, pag. 121) l'atto non registrato era colpito da nullità *formale*, nel senso che, trascorso il termine per la registrazione, non poteva più essere registrato e diventava quindi non più utilizzabile in giudizio come prova del negozio giuridico: il quale peraltro poteva essere provato (in quanto la scrittura non fosse richiesta *ad substantiam*) con tutti gli altri mezzi di prova; cfr. FLORA, op. cit., pag. 664, nota; UCKMAR, op. cit., III, § 445.

butario oggi vigente in Italia non si limita a stabilire la *inefficacia probatoria* delle scritture fiscalmente irregolari, ma stabilisce qualche cosa di molto più radicale: che, cioè, finchè la irregolarità fiscale non è riparata, il giudice non possa, neanche in base a prove diverse dalla scrittura, decidere sul merito dei rapporti in occasione dei quali la irregolarità è stata commessa. Anche se il diritto sostanziale non esige la scrittura *ad substantiam actus*, anche se si tratta di un negozio giuridico che per il diritto processuale potrebbe normalmente provarsi con mezzi diversi dalla prova documentale e che in merito la parte sarebbe in grado di fornire, la trasgressione fiscale fa sì che d'ora innanzi l'unica via che resta alle parti per ottener dal giudice la decisione sul merito è quella di produrre, debitamente messa in regola, la scrittura incriminata; finchè questa non è esibita, tutti gli altri mezzi di prova, compreso il giuramento, sono preclusi, e solamente dopo che questa sarà stata prodotta, anch'essi potranno riprendere la loro normale ammissibilità ed efficacia.

Tutto questo, com'è facile intendere, va molto al di là del campo delle prove. Non si tratta, come si è detto, di una inefficacia puramente probatoria che colpisca soltanto il documento irregolare, lasciando salvo il diritto della parte di provare il suo assunto con altri mezzi; ma non si tratta neanche, come a prima vista si potrebbe credere, di una esclusione di tutti i mezzi di prova diversi dal documento, destinata a garantire che questo non sia sottratto alla cognizione del giudice. Lo scopo per il quale la legge vuole che il giudizio sia sospeso finchè la scrittura non è messa in regola, non è uno scopo processuale, ma uno scopo puramente finanziario: la legge impone, come condizione per la ripresa del giudizio, la produzione del documento registrato, non perchè le importi che la controversia sia decisa in base ad esso, ma perchè le importa di costringere il contribuente a pagare la tassa che la registrazione del medesimo richiede. Una volta accertato che la irregolarità fiscale è stata riparata, la causa sarà decisa in base agli elementi probatorî che al giudice sembreranno più persuasivi, e la scrittura riprenderà il suo posto normale nel sistema dei mezzi di prova. La esibizione in giudizio della scrittura messa in regola col fisco non serve dunque a portare nel processo un documento ritenuto indispensabile a chiarire la verità (questo è lo scopo della comune *actio ad exhibendum*), ma serve soltanto a dimostrare al giudice che la irregolarità fiscale è sanata e che il processo può riprendere il suo corso; tant'è vero che sospensione del processo può aversi anche in certi casi in cui, pur mancando il documento da mettere in regola, esiste però la trasgressione tributaria da riparare: come avviene quando, in una controversia vertente intorno a uno di quei contratti verbali che devono essere registrati in termine fisso, il giudizio non può riprendere il suo

corso finchè la parte non dia la prova della eseguita denunzia (art. 107 Legge sul registro) (23).

La trasgressione alle leggi tributarie sospende dunque nelle parti, finch'essa non sia stata riparata, il diritto di ottenere un provvedimento giurisdizionale definitivo sul rapporto controverso. Lo Stato, il quale considera come sua funzione esclusiva e istituzionale quella di *jus dicere* ai cittadini, si rifiuta di ammettere a questo beneficio dell'accertamento giurisdizionale coloro che contravvengono a certe prescrizioni fiscali. Non siamo più alla rigorosa norma dello Statuto fiorentino che chiudeva le porte di tutti i tribunali, civili e penali, in faccia al cittadino che non pagasse le pubbliche gravezze (24); ma insomma, sia pur limitatamente ad una sola controversia, la misura adottata dalle leggi vigenti segue lo stesso ordine di idee: il rapporto controverso deve restare, finchè dura la irregolarità fiscale, in una situazione di pendenza e di incertezza voluta dalla stessa legge; l'impegno assunto dallo Stato, nello stesso momento in cui ha vietato ai singoli l'autodifesa, di rendere giustizia a chiunque la richieda, passa in seconda linea quando si tratta di garantire il pagamento dei tributi.

Si potrebbe pensare che questa specie di larvata messa al bando giudiziario, non sia in realtà che l'aspetto processuale di un fenomeno operante nel campo del diritto sostanziale: la tempestiva corresponsione del tributo si dovrebbe considerare come un originario requisito di validità del negozio, in mancanza della quale non si produrrebbero, *neanche nel campo del diritto sostanziale*, gli effetti proprî di esso. Tale concezione sarebbe esatta, se fosse diventato legge il progetto Minghetti, presentato alla Camera il 27 novembre 1873, il quale proponeva, riproducendo le rigorose disposizioni di qualche legislatore del periodo intermedio (25), la nullità sostanziale degli atti non tempestivamente registrati: i quali, scorso il termine prescritto per la registrazione, non solo non potevano servire di prova nè esser presi a fondamento di azione in giudizio, ma non potevano neanche, secondo lo

---

(23) Giustamente osserva l'Uckmar (op. cit., III, pag. 230) che « il fonda- « mento della nullità non risiede nella mancanza della registrazione, ma nell'omes- « so pagamento del diritto di registro ».

(24) Statuto del Capitano del Popolo, 1332-1335, Libro V, cap. XLI (ed. Caggese, 1910): « *Statutum et ordinatum est quod nullus de civitate Florentie qui non fatiat et subeat et solvat factiones et onera communis Florentie in ipsa civitate... audiatur in civilibus et criminalibus* ». Anche nel diritto attico i debitori dello Stato erano colpiti da *atimia* totale relativa, in forza della quale, pur conservando i diritti privati, perdevano il diritto pubblico di farli valere dinanzi ai Tribunali: cfr. Paoli U. E., *Studi di diritto attico* (Firenze, 1930), pagg. 316-319.

(25) Cfr. Uckmar, op. cit., I, § 6; III, § 445.

art. 1 del Progetto, « produrre alcun effetto civile o commerciale di diritto privato ».

Secondo tale sistema la registrazione sarebbe stata considerata in ogni caso (come, nel nostro diritto, il bollo è considerato elemento essenziale del negozio cambiario) quale uno degli *essentialia negotii;* la mancanza di essa avrebbe impedito al negozio di cominciare ad aver vita nel campo del diritto sostanziale. Al contrario, secondo la legislazione oggi vigente in Italia, la irregolarità fiscale non produce nessuna conseguenza *di diritto sostanziale.* Erroneamente, a mio credere, si insegna che l'atto non registrato è colpito, secondo la legge italiana, non da nullità ma da *inefficacia,* considerata questa come un vizio sanabile meno grave della nullità (26), ma operante, come la nullità, anche nel campo del diritto sostanziale; in realtà la mancanza di registrazione non impedisce al negozio di esercitare fin dall'inizio tutti gli effetti di natura puramente privatistica che il diritto sostanziale gli riconosce; e la cosiddetta « inefficacia » opera unicamente nel campo pubblicistico del processo, nel senso che la irregolarità fiscale produce la temporanea sospensione di quella garanzia giurisdizionale che, di regola, è sottinteso complemento di ogni norma di diritto sostanziale privato.

Ciò è confermato dalla stessa fraseologia adoperata dalle leggi, le quali parlano di atti che « non possono farsi valere *in giudizio* », che sono « improduttivi *di azione e di esecuzione* », e così via; ma, fuori dal giudizio, l'efficacia di tali atti non è menomata. Anche il contratto non registrato obbliga il debitore, e costui, per evitare le conseguenze che l'inadempienza produrrà a suo carico, non potrebbe ripararsi dietro la mancanza di registrazione: e se domani il creditore, dopo essersi messo in regola col registro, chiederà in giudizio la condanna dell'inadempiente al risarcimento dei danni, il giudice dovrà riconoscere che la inadempienza *si è già verificata anche prima della registrazione,* la quale è stata necessaria non affinchè le conseguenze della inadempienza contrattuale potessero legalmente prodursi, ma affinchè il giudice potesse esaminare se esse si fossero già prodotte indipendentemente dalla registrazione. Se c'è un caso nel quale la teoria della duplicità degli ordinamenti giuridici sembra avere una evidente riprova, è proprio questo, in cui si verifica la esistenza nell'ordinamento giuridico sostanziale di un rapporto che non ha la sua corrispondente proiezione nell'ordinamento giuridico processuale: in cui cioè esiste nell'ordinamento sostanziale un diritto soggettivo privato all'adempimento,

---

(26) Cfr. Uckmar, op. cit., III, pagg. 224-225.

al quale non corrisponde, nell'ordinamento processuale, un diritto soggettivo pubblico alla tutela giuridica.

Le disposizioni che abbiamo sopra ricordate (sopra, n. 6 all'inizio) appartengono dunque al diritto processuale, perchè operano non sul rapporto sostanziale, ma sul processo; esse non sono altro che divieti fatti *al giudice* di conoscere di certi rapporti sostanziali che fuori del processo sono pienamente efficaci. Tant'è vero che gli stessi rapporti sostanziali, di cui il giudice ordinario a causa della irregolarità fiscale non può conoscere, possono essere esaminati e decisi senza ostacolo da certi giudici speciali o specializzati, ai quali non è vietato di tener conto anche degli atti fiscalmente irregolari (così nelle controversie individuali del lavoro: cfr. art. 18 del r. decr. 26 febbraio 1928, n. 471); il che significa che invariato restando l'oggetto del giudizio, varia nei due casi soltanto lo strumento di indagine dinanzi al quale esso è posto, ossia variano, per così dire, i poteri visivi del giudice. Di conseguenza se il giudice ordinario, invece di sospendere il giudizio, si basa su una scrittura fiscalmente irregolare per accertare la esistenza del negozio giuridico che essa documenta, non commette un *error in judicando* (quale lo commetterebbe se la irregolarità fiscale producesse una inefficacia di diritto sostanziale), ma soltanto un *error in procedendo*, cioè la violazione del precetto processuale che gli imponeva di non entrare a giudicare il merito (27).

8. — La irregolarità fiscale paralizza l'azione, ma lascia saldo il diritto; ma anche sull'azione opera con effetto soltanto sospensivo e provvisorio. Se in conseguenza della irregolarità fiscale i rapporti da essa colpiti restassero senz'altro sprovvisti di azione (intesa in senso *concreto*), il giudice dovrebbe senz'altro, per mancanza di azione, respingere in merito la domanda. Al contrario in questi casi si ha soltanto una improcedibilità della domanda, sul merito della quale il giudice non può conoscere, fino a che non sia stata sanata la irregolarità fiscale: la cui eliminazione può apparire dunque come una condizione perchè il giudice possa decidere il merito, ossia, per adoperare

---

(27) E' giurisprudenza costante, ed esatta, che l'infrazione al disposto degli articoli 106-108 della Legge sul registro non produce nullità della sentenza, e che questa non è denunciabile in cassazione, dato che le disposizioni surricordate non sono accompagnate dalla sanzione di nullità: cfr. Uckmar, op. cit., III, § 452 e giudicati ivi citati, confermati anche ultimamente dalle decisioni 1 luglio, 28 novembre, 6 dicembre 1930 della Cassazione (in « Massimario del Foro it. », 1930, col. 465, 649, 670).

una terminologia ormai entrata nell'uso, come un *presupposto processuale* (28).

Non sarebbe esatto considerare la sospensione del giudizio, alla quale il giudice è obbligato quando si trovi di fronte a una trasgressione fiscale, come una applicazione speciale di quella disposizione del cod. proc. pen. (art. 5; cfr. art. 3 del nuovo cod. proc. pen.) per la quale il giudice civile può sospendere il giudizio quando creda ravvisare gli estremi di un reato che possa influire sulla decisione della controversia: l'art. 5 cod. proc. pen. è dettato, in omaggio al principio della giurisdizione unica, per evitare che sugli stessi fatti conoscano con possibilità di decisioni contraddittorie due giudici diversi; mentre gli art. 106-108 della Legge sul registro, e gli altri analoghi di altre leggi tributarie, sono dettati per sottoporre le parti a una specie di coazione psicologica, che le costringa, se vogliono una decisione della controversia, a pagare le tasse e sopratasse dovute, sicchè la sospensione del giudizio civile non cessa coll'esaurirsi dell'eventuale procedimento penale a carico dei contravventori, ma si prolunga fino a quando l'erario non sia stato pecuniariamente soddisfatto di quanto gli è dovuto. La sospensione del giudizio è dunque un mezzo di esecuzione indiretta per costringere il contribuente a pagare i suoi debiti all'erario.

Piuttosto la sospensione del giudizio disposta per ragioni fiscali si può sistematicamente raggruppare con quei casi, considerati dal Chiovenda nel § 40 dei suoi *Principii,* in cui la preclusione del giudizio « opera come mezzo coercitivo per ottenere una prestazione » (29): quale può essere il caso in cui una parte, per ottenere una decisione sul merito, debba prima pagare una cauzione, o, nei giudizi in materia di imposte, debba prima, per il principio del *solve et repete* (30), pagare il tributo controverso. In tutti questi casi il pagamento della cauzione o del tributo costituisce la condizione indispensabile per po-

---

(28) Diciamo « può apparire », perchè a diverse conclusioni si può giungere secondo la estensione che si dà al concetto di presupposto processuale e secondo la nozione che si accetta del diritto di azione. Sotto un certo profilo, infatti, può parere che la contravvenzione fiscale, la cui esistenza vieta al giudice di conoscere il merito, non si possa considerare come un difetto del processo, ma come una causa di *incapacità,* che ricorda per certi aspetti la situazione in cui durante la guerra si trovavano da noi i sudditi austriaci, in seguito al decr. 24 giugno 1915 (sul quale cfr. CARNELUTTI, *Studi di dir. proc.*, I, pag. 105 e segg.).

(29) Ivi, pag. 622.

(30) Il principio del *solve et repete* opera, nei rapporti tra contribuente e fisco, in un modo molto simile a quello con cui opera la sospensione del giudizio studiata nel testo; anche per il *solve et repete,* infatti, l'autorità giudiziaria ha il dovere di non conoscere il merito della controversia, fino a che il contribuente non abbia adempiuto al suo dovere tributario.

ter ottenere una decisione in merito; ossia è, secondo la terminologia corrente, un « presupposto processuale ». Senonchè nel caso che qui esaminiamo c'è questa singolarissima differenza: che, mentre di solito la mancanza di un presupposto processuale non impedisce al processo di costituirsi e di svolgersi fino alla sentenza in cui il giudice dichiara di non poter decidere il merito, qui, se il sospetto della irregolarità fiscale sorge prima che la causa sia in stato di esser decisa, il corso del processo può esser legittimamente interrotto da un cancelliere che non si presti a prendere in consegna un fascicolo, o addirittura può esser fermato sul nascere da un ufficiale giudiziario che legittimamente si rifiuti (art. 118 Legge sul registro) di notificare la citazione. La parte così, finchè dura la irregolarità fiscale, non ha neanche il diritto, che normalmente compete anche quando il processo manca di un presupposto, di ottenere dal giudice una sentenza che dichiari di non poter decidere il merito: la ragione fiscale non solo legittima il diniego di giustizia, ma toglie anche al cittadino il diritto di leggere in una sentenza il motivo sul quale tale diniego si fonda!

9. — Queste osservazioni bastano a far intendere quanto sarebbe utile e interessante uno studio che approfondisse, sotto i varî aspetti da me appena sfiorati, le numerose deviazioni introdotte nel sistema del processo civile da disposizioni dettate nell'interesse del fisco.

Certo è che, anche *in iure condendo,* non sarebbe concepibile una razionale riforma del processo che non tenesse nel dovuto conto l'aspetto fiscale di molti problemi processuali: regolare il processo ignorando che assai spesso, dietro la lotta apparente tra i litiganti, esso nasconde una non meno accanita lotta tra i contribuenti e l'erario, vuol dire prepararsi a ricevere le più spiacevoli sorprese dalla pratica, in cui gli istituti processuali creati senza tener conto del fattore fiscale sono assai spesso destinati a degenerare sotto l'influsso perturbatore di questo fattore, e a dar luogo a adattamenti e ad espedienti che il legislatore non aveva neppur lontanamente previsti. Possiamo dire di più: che perfino il fondamentale dissidio tra oralità e scrittura, la cui soluzione si presenta ad ogni riformatore del processo civile come preliminarmente necessaria, non può esser risolto se non si risolva contemporaneamente anche il problema fiscale. Col sistema della oralità mal si concilia un ordinamento di tasse giudiziarie e contrattuali rigoroso, o per dir meglio fastidioso, com'è quello che abbiamo oggi in Italia: finchè si vorrà lasciare in vita tale ordinamento, il legislatore sarà inconsapevolmente tratto a conservare e magari ad accentuare nel processo civile il sistema della scrittura, come quello che assai meglio si presta alla fiscalità più severa. Molte delle lungaggini e lentezze tanto deplorate nell'ordinario processo civile hanno la loro origine,

più che nel codice di procedura civile, nelle leggi sul bollo e sul registro: lasciando queste immutate, la sperata semplificazione del processo civile resta in gran parte una utopia. Forse in non confessabili, ma non superabili esigenze fiscali si deve trovare la ragione per la quale il nostro legislatore si è sempre dimostrato restio ad uniformare il processo civile al più celere ritmo della vita moderna, adottanto semplificazioni atte ad abolire formalità ingombranti, come sarebbero i moduli a stampa per abbreviare il testo degli atti giudiziarî o l'impulso ufficiale in luogo dell'impulso di parte (31): la lentezza e la complicazione delle procedure accresce a favore del fisco le buone occasioni per gravare di nuove tasse i litiganti, come le strade lunghe e faticose moltiplicano a carico dei viandanti le occasioni di pagare lo scotto ad ogni osteria! Nè diversa è la causa delle delusioni che hanno prodotto in pratica certe recenti riforme parziali del nostro processo, che in teoria avevano suscitato tante speranze: alludo specialmente al procedimento ingiunzionale, al quale, già male in gambe per la complicata struttura che fin dall'origine esso ha avuto da noi, le difficoltà fiscali hanno dato il colpo di grazia (32).

Nessuno può disconoscere la importanza vitale degli interessi che lo Stato si propone di salvaguardare attraverso la repressione delle frodi fiscali e la persecuzione delle evasioni; ma l'interesse della giustizia è più santo: *justitia fundamentum regnorum*. E pare strano e pericoloso che lo Stato si rifiuti di giudicare e di adempiere a quello che è il suo ufficio più antico e più esclusivo, solo perchè una delle parti o entrambe siano responsabili di una trasgressione alle disposizioni tributarie. Nessun reato, anche il più grave, porta con sè come sanzione questa specie di esilio giudiziario, che — sia pur limitata alle conseguenze di un solo negozio giuridico — è stabilita a carico di chi non sia in regola coi tributi sugli affari: neanche il ladro o l'omicida perdono, come invece lo perde il trasgressore alla legge fiscale, il diritto di chiamare in giudizio il proprio debitore e di ottener dal giudice una sentenza che lo condanni a pagare.

Tutto questo appare anormale e direi quasi mostruoso a chi tenga presenti quelli che sono i fini della funzione giurisdizionale: dato che anche il processo civile serve allo scopo eminentemente pubblico di attuare la legge e quindi di riconfermare nei casi concreti l'autorità dello Stato, sembra illogico che lo Stato possa subordinare a un interesse puramente pecuniario il soddisfacimento dei suoi fini essenzia-

---

(31) Cfr. MORTARA, *Comm.*, IV, pag. 115.

(32) Cfr. *Il regime fiscale del giudizio per ingiunzione*, in « Bollettino forense » cit., ottobre 1928, pag. 5.

li e supremi. Voler che il processo serva alla giustizia solo se contemporaneamente serve al fisco, chiuder la porta della giustizia se il fisco è insodisfatto, tutto questo mi sembra che snaturi e diminuisca la importanza della funzione giudiziaria. E' come se nelle operazioni chirurgiche fosse vietato agli operatori di servirsi di strumenti che non fossero preventivamente bollati dalla finanza; di fronte a un così assurdo divieto, il comune buon senso obietterebbe che le operazioni chirurgiche si fanno per salvare il malato, non per accrescer gli introiti dell'erario; ma una obiezione simile si può con pari fondamento ripetere anche per il caso nostro, dato che gli istituti giudiziarî sono fatti non per favorire la finanza nella sua lotta contro il contribuente, ma per dar ragione a chi l'ha!

Ancor più repugnanti ai supremi fini della giustizia sembrano poi tutte quelle disposizioni fiscali le quali, direttamente o indirettamente, possono, come si è notato fin dall'inizio del presente scritto, distruggere nel processo civile la uguaglianza delle parti; tutti gli ostacoli che la ragione fiscale introduce nel corso normale del processo, tutte le restrizioni apportate al regime delle prove, tutte le deviazioni dal normale funzionamento del meccanismo dell'onere della prova, costituiscono, nella massima parte dei casi, un aggravamento di difficoltà per il creditore che chiede di esser pagato, e un gratuito sollievo per il debitore che non vuol pagare. In una generale riforma del processo civile, in cui deliberatamente si volesse tener conto anche dell'aspetto fiscale dei problemi, sarebbe indispensabile, insieme colla riforma del processo, ritoccare anche il regime delle tasse e imposte sugli affari; in modo da evitare che, nel processo, il fisco continui ad essere in molti casi, senza volere, il santo protettore dei debitori disonesti e dei litiganti di malafede.

XIII

APPUNTI SULLA SENTENZA COME FATTO GIURIDICO (*)

SOMMARIO. — 1. La sentenza come « fatto giuridico » in senso stretto: posizione del problema. — 2. La sentenza di condanna come produttiva di ipoteca giudiziale. — 3. Effetti fiscali della sentenza. — 4. La sentenza in relazione all'atto illecito. — 5. Effetti legislativi della sentenza. — 6. Effetti della sentenza in diversi ordinamenti giuridici. — 7. Conclusione.

1. — La sentenza è una delle forme in cui si manifesta la volontà dello Stato, e quella molteplicità di effetti giuridici che si comprendono sotto la denominazione di *effetti del giudicato* si riconnettono appunto, come a loro causa, alla volontà autoritativa che nella sentenza si esprime: si consideri la sentenza come un atto di volontà del giudice, o si ritenga invece che il giudice sia nient'altro che uno scopritore della volontà della legge (1), certo è che gli effetti del giudicato appaiono come effetti *voluti dallo Stato,* per mezzo del giudice suo organo, cioè come determinati, nella loro natura e nei loro limiti, dal comando formulato dal giudice nella sentenza.

Ma non tutti gli effetti giuridici che la legge attribuisce alla sentenza si possono ricollegare alla volontà in essa formulata, e riportare quindi sotto l'istituto del giudicato. Talvolta la sentenza produce certi effetti non già perchè il giudice abbia voluto che si producessero e perchè la loro produzione abbia costituito oggetto, dichiarato o implicito, del giudizio, ma perchè fuor del campo entro il quale può spaziare il potere di decisione spettante al giudice, la sentenza viene considerata dalla legge come *fatto produttivo di effetti giuridici,* dalla legge stessa prestabiliti e non dipendenti dal comando contenuto nella

---

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale civile,* a. IX, 1932, P. I, pp. 15-23 e in *Studi in memoria del prof. Pietro Rossi* (Siena, Tipografia S. Bernardino, 1932); ristampato in *Studi,* III (Padova, Cedam, 1934), pp. 131-140; tradotto in lingua spagnola da S. SENTÍS MELENDO, in P. CALAMANDREI, *Estudios sobre el Proceso Civil* (Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945]. [*Bibliografia,* n. 180].

(1) Cfr. BETTI, *Cosa giudicata,* in « Enc. it. », Vol. XI.

sentenza. Così la sentenza, la quale normalmente serve ad accertare quali sono le conseguenze giuridiche dei fatti controversi, diventa qui a sua volta il fatto a cui una norma ricollega il prodursi di certe conseguenze giuridiche, diverse e indipendenti da quelle inerenti al giudicato.

Potremo parlare in questi casi della sentenza come *fatto giuridico in senso stretto*: in quanto, pur essendo la sentenza una dichiarazione di volontà ossia un atto giuridico, qui non vengono in considerazione gli effetti per i quali la sentenza è atto giuridico, cioè gli effetti (che possiamo chiamare *interni*) di cui appar come causa la volontà dichiarata nella sentenza; ma altri effetti (che possiamo chiamare *esterni*) che la legge riconnette ad essa considerata dal di fuori, come un fatto materiale, produttivo di per sè di certe conseguenze giuridiche, l'avverarsi delle quali non dipende dalla volontà del dichiarante.

L'idea di studiare la sentenza come fatto giuridico in senso stretto, non è nuova: essa è anzi la base di un recente pregevole lavoro di un giovane internazionalista (2), il quale, per spiegare come possa nell'ordinamento internazionale nascere il giudicato da una decisione arbitrale che non è imputabile nè alla volontà degli Stati litiganti nè alla volontà degli arbitri, i quali, come individui, non hanno personalità internazionale, ha visto in essa « una dichiarazione di volontà che sia « presa in considerazione dal diritto in sè e per sè, e non già in quanto « venga riferita ad un soggetto, una dichiarazione di volontà, cioè, che « valga come fatto giuridico in senso stretto e non come atto giuri- « dico » (3). Ma per chi voglia studiare la sentenza come fatto giuridico nel diritto interno, il punto di partenza della ricerca dev'essere necessariamente diverso; nel campo internazionale la sentenza può essere considerata un fatto giuridico anzichè un atto giuridico, perchè gli effetti della sentenza, pur essendo determinati dalla dichiarazione in essa contenuta, non sono riferibili giuridicamente ad una volontà internazionalmente rilevante; nel campo interno, invece, dove non è pensabile una dichiarazione di volontà che non sia riferibile ad un soggetto (4), la sentenza si può considerare come fatto giuridico, perchè, pur essendo sempre una dichiarazione di volontà riferibile al soggetto giudice, essa può avere però, oltre quelli proprî del giudicato, altri effetti che in quella dichiarazione non trovano la loro causa. Nel campo internazionale dunque la nozione di fatto giuridico serve a

---

(2) MORELLI, *La sentenza internazionale*, Padova, 1931; cfr. anche DELITALA, *Il « fatto » nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, pagg. 106-109.

(3) Op. cit., pag. 75.

(4) MORELLI, op. cit., pag. 77.

spiegare gli effetti che la sentenza ha *come giudicato;* nel campo interno può servire a spiegare gli effetti che la sentenza ha *in aggiunta a quelli proprî del giudicato.*

Credo che, meglio di ogni ragionamento, qualche esempio tratto dal diritto positivo potrà servire a illustrare la portata del fenomeno.

2. — L'esempio più istruttivo (e al quale per questo dedicherò molte osservazioni che potrebbero essere in gran parte ripetute anche per gli esempî successivi) mi pare quello della ipoteca *giudiziale,* di cui parlano gli artt. 1970-1972 cod. civ.

Che il diritto di iscrivere questa ipoteca sia un effetto della sentenza, è detto testualmente dallo stesso art. 1970, secondo il quale « ogni sentenza portante condanna al pagamento di una somma *pro-* « *duce* ipoteca sui beni del debitore a favore di chi l'ha ottenuta »; ma come questo effetto della sentenza sia diverso dagli effetti proprî del giudicato, facilmente si intende quando si paragoni la sentenza che per legge *produce* il diritto di iscrivere ipoteca giudiziale, colla sentenza che *accerta* l'esistenza del diritto di una parte a iscrivere ipoteca legale o convenzionale, in quei casi in cui, essendo controversa fra le parti la esistenza di tale diritto, esso abbia costituito il *thema decidendum* del giudizio. Poichè in ambedue i casi il diritto a iscrivere ipoteca diventa operativo in seguito alla sentenza, può parere, a chi guardi alla superficie, che il nesso di causalità che ricollega la ipoteca alla sentenza sia nelle due ipotesi identico. In realtà si tratta di due effetti profondamente diversi: nel secondo caso il diritto a iscrivere ipoteca è un effetto interno del giudicato, che risale al comando del giudice chiamato a decidere sulla esistenza di quel diritto; nel primo caso il diritto a iscrivere ipoteca è invece un effetto esterno della sentenza considerata come fatto giuridico, produttivo di conseguenze derivanti dalla legge e indipendenti dalla volontà del giudicante. La differenza non è soltanto teorica: perchè, mentre il diritto a iscrivere ipoteca giudiziale sorge fin dal momento della *pubblicazione* della sentenza, cioè fin da quando esiste il *fatto* sentenza, il diritto a iscrivere ipoteca legale o convenzionale nei casi sopra supposti è compreso nel campo del giudicato e quindi può essere esercitato soltanto (se non vi è clausola di provvisoria esecutorietà) quando la sentenza *passa in giudicato.* Nè il giudice potrebbe comunque, nel pronunciare una sentenza di condanna, limitare o modificare quel diritto di ipoteca giudiziale che sorge *ex lege* e che è fuori dalla portata del suo potere; agli effetti della ipoteca giudiziale la sentenza è per così dire guardata *dal di fuori,* senz'alcun riferimento ai poteri che attraverso la sentenza il giudice esplica, entro il processo, sul rapporto controverso.

Per tutte queste ragioni non si può dire che la sentenza di condanna, in quanto « produce » ipoteca giudiziale, si possa considerare come una sentenza *costitutiva*, nel senso in cui questa espressione è adoprata dalla corrente dottrina. Nelle vere sentenze costitutive la produzione di effetti giuridici è voluta dal giudice, il quale è chiamato a decidere sul diritto della parte ad ottenere il mutamento giuridico da essa preteso (5), e ad attuare questo mutamento in conformità di un diritto preesistente, che ha fuori del processo il suo fatto costitutivo sostanziale: per l'ipoteca giudiziale, invece, la sentenza di condanna, anzichè l'attuazione *processuale* di un preesistente diritto all'ipoteca, è proprio e soltanto il fatto costitutivo *di diritto sostanziale*, nel quale l'ipoteca trova la sua causa unica ed immediata.

Potrebb'essere interessante, se la natura di questi appunti lo consentisse, indagare quanto possa accordarsi colle nozioni finora fissate quell'insegnamento della giurisprudenza (6), secondo il quale, affinchè la ipoteca giudiziale sia colpita dalla presunzione di frode dell'art. 709 cod. comm. (art. 9, l. 10 luglio 1930), non basta che nel periodo sospetto cada la sentenza che è titolo dell'ipoteca, ma occorre altresì che in questo periodo sia stata proposta la domanda che ha dato origine a quella sentenza. La premessa su cui si basa questo insegnamento è chiara: per presumere fraudolenta l'ipoteca si esige che gli elementi della frode siano già presenti al momento in cui vien proposta l'azione, nella quale la domanda di ipoteca si considera implicitamente compresa (7). Ma come si concilia questa premessa colla natura giuridica della ipoteca giudiziale, la quale come sopra si è visto, non è condizionata alla richiesta della parte o alla pronuncia del giudice, ma anzi scaturisce *ex lege* dalla sentenza, fuor dal campo del *petitum* e del *decisum*, e senza che in alcun modo possa aver influsso sulla sua costituzione la volontà della parte o quella del giudicante? Come si può andare a rintracciare l'origine della ipoteca giudiziale nel *petitum*, quando si è visto che essa non può in alcun modo esser considerata come compresa nel *decisum*? (8).

3. — Come fatto giuridico in senso stretto la sentenza vale anche per le conseguenze fiscali che la legge ad essa ricollega: quando, ad

---

(5) Chiovenda, *Principii*, pag. 195.

(6) Cfr. Cassaz., I Sez., 25 giugno 1931, *Foro it.*, 1931, 1, 1346.

(7) In questo senso anche la mia nota pubblicata in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, II, 274.

(8) Cfr. il mio scritto *Retroattività della sentenza e ipoteca giudiziale*, in *Studi*, Vol. III, pag. 193 e segg.

esempio, la legge stabilisce che entro un certo termine, decorrente dalla pubblicazione della sentenza, le parti siano tenute a corrispondere all'Amministrazione finanziaria la relativa tassa di registrazione, è evidente che il fatto della pubblicazione della sentenza funziona come fattispecie di una norma di diritto tributario, la quale entra in azione senza alcun concorso della volontà del giudice. Il rapporto giuridico tra l'Amministrazione finanziaria e le parti, di cui la sentenza è il fatto costitutivo, non ha niente a che vedere col rapporto giuridico tra le parti, che la sentenza ha accertato: nello stesso modo gli effetti fiscali del contratto, ai quali i contraenti si trovano assoggettati dall'esterno, per legge e senza la loro volontà, non possono andar confusi cogli effetti negoziali del contratto stesso, che i contraenti possono, in conformità delle loro volontà, determinare *dall'interno*.

4. — Effetti giuridici esterni, che non si ricollegano in alcun modo alla volontà espressa nell'atto giurisdizionale, possono derivare dalla sentenza in quei casi in cui essa appare in qualche modo connessa coll'atto illecito del giudice, o delle parti o dei loro legali, e funziona quindi come fatto costitutivo o integrativo di responsabilità o come elemento per determinare la misura del danno.

Si pensi al reato di corruzione, in cui il fatto della sentenza, la natura civile o penale della medesima, la gravità della condanna in essa contenuta costituiscono altrettante circostanze aggravanti del reato (art. 319 cod. pen.). Si pensi all'azione civile della parte condannata contro il giudice imputabile di dolo, frode o concussione (art. 783, n. 1 cod. proc. civ.) o all'azione per risarcimento di danni, in quanto si ritenga ammissibile, del soccombente in una lite civile contro colui che ha ottenuto la vittoria prestando un giuramento falso, o del cliente contro il legale che ha lasciato decadere il termine per appellare, o ad altri casi configurabili, in cui la sentenza viene considerata non come giudicato, ma come fatto produttivo del danno di cui si chiede il risarcimento (9).

Non occorre lungo discorso per dimostrare che in questi casi (ai quali forse si potrebbero accostare anche quelli in cui la sentenza penale pronunciata contro un funzionario costituisce titolo per una misura disciplinare: cfr., per es., art. 66 r. decr. 30 dic. 1923, n. 2960 sullo stato giuridico degli impiegati civili) la sentenza non vien presa in considerazione come atto giurisdizionale, ma come un qualsiasi fatto

---

(9) Cfr. il mio scritto *Limiti di responsabilità del legale negligente*, in *Studi*, Vol. III, pag. 120 e segg.

giuridico che costituisce la fattispecie o che fa parte della fattispecie di una norma di diritto sostanziale (10).

5. — Una tipica varietà del fenomeno studiato si ha in quei casi, specialmente interessanti perchè sembrano costituire deviazioni eccezionali dalla normale struttura dell'atto giurisdizionale, in cui la legge riconnette alla dichiarazione di volontà contenuta nella sentenza effetti di portata generale, eccedenti il singolo caso deciso, di natura apparentemente legislativa.

Alludo specialmente al sistema dei precedenti obbligatorî del diritto inglese, nel quale la premessa maggiore della sentenza che risolve la *quaestio juris* costituisce norma obbligatoria per tutti i casi simili che si presentino nell'avvenire; e alle sentenze della nostra Magistratura del Lavoro, le quali, quando risolvono controversie collettive concernenti la determinazione di nuove condizioni del lavoro, pongono norme di carattere generale ed astratto, a cui tutti gli appartenenti alla categoria dovranno obbligatoriamente uniformarsi nella stipulazione dei contratti individuali (11). Questi due esempî, così disparati sotto tanti aspetti, presentano però questo comune carattere: che la sentenza, agli effetti normali del comando speciale *inter partes*, accompagna gli effetti di un comando generale, formulato in maniera ipotetica come quelli che sono proprî della legge. Tale duplicità di effetti non si può spiegare che in uno di questi due modi: o si ritiene che in questi casi il giudice sia, oltrechè organo giurisdizionale, anche organo legislativo fornito di un suo proprio potere di volere in forma generale ed astratta, o si ritiene (il che sembra più esatto) che la dichiarazione speciale contenuta nella sentenza valga come fatto giuridico, da cui la legge fa derivare, per tutta una serie di casi appartenenti a una certa categoria, effetti giuridici conformi a quelli fissati nella dichiarazione.

Ritengo preferibile questa seconda spiegazione, perchè non mi pare che, nei due esempî sopra ricordati, sia riconosciuto al giudice un vero e proprio potere di volere in forma generale ed astratta, che possa qualificarsi legislativo. Il giudice, anche in quegli esempî, è sempre chiamato a decidere un singolo rapporto controverso, una controversia

---

(10) Anche nel reato di bancarotta la sentenza dichiarativa di fallimento è da alcuno considerata come elemento costitutivo del reato, ovvero, da altri, come condizione obbiettiva di punibilità: cfr. CRISTOFOLINI, *La dichiarazione del proprio dissesto* ecc., in « Riv. dir. proc. civ. », 1931, I, pag. 326; e DELITALA, op. cit., pag. 107.

(11) Cfr. il mio scritto *La natura giuridica delle sentenze della Magistratura del Lavoro in Italia*, in *Studi*, Vol. III, pag. 141 e segg.

concreta (che, dinanzi alla Magistratura del Lavoro, è una controversia tra associazioni sindacali): ma non è chiamato a decidere se la sua sentenza debba o non debba per l'avvenire costituire precedente obbligatorio in casi simili, o se le condizioni di lavoro formulate nella sua decisione debbano o non debbano costituire per l'avvenire norme obbligatorie per gli appartenenti alla categoria. Mentre nel dichiarare il diritto sulla controversia concreta la volontà del giudice è sovrana, gli effetti generali che la legge riconnette alla sua pronuncia sono posti fuori dal raggio della sua volontà. Egli, quando decide il singolo rapporto controverso, non potrebbe validamente volere che tali effetti generali non si producano: in relazione ad essi, la sua volontà è indifferente; e mentre gli effetti speciali del giudicato sul caso singolo risalgono alla sua volontà, gli effetti generali su tutti i casi simili futuri risalgono a una volontà che sta fuori di lui.

Si verifica dunque anche qui il fenomeno di una sentenza che, mentre, in relazione al singolo caso deciso, ha il valore di un atto giuridico, vale altresì per l'avvenire, in maniera generale per tutta una serie di casi ipoteticamente previsti dalla legge, come fatto giuridico in senso stretto. Nè si obietti che anche gli effetti generali che, nei due esempî di cui si discorre, la legge riconnette alla sentenza, si possono considerare effetti non diversi da quelli proprî dell'atto giuridico, giacchè essi sono conformi alla volontà dichiarata nella sentenza: questa coincidenza, che non si verifica nei casi considerati ai nn. 2-4 di queste note, ma che si riscontra in modo tipico nella sentenza internazionale (12), non significa che gli effetti generali derivino da un atto di volontà del giudice, ma significa soltanto che la materia logica contenuta in quell'atto di volontà è utilizzata dall'esterno per determinare la volontà della legge.

6. — Potrebb'essere utile studiare sotto lo stesso aspetto anche quei casi in cui una sentenza, che vale come atto giurisdizionale nello interno dell'ordinamento giuridico a cui appartiene il giudice che la pronuncia, può arrivare a produrre certi effetti, che a prima vista possono parere analoghi a quelli proprî del giudicato, in un ordinamento giuridico diverso, entro il quale il potere di comando, di cui la sentenza è espressione, non è riconosciuto.

Si pensi alla delibazione delle sentenze straniere, o al giudizio di esecutorietà che le Corti di Appello sono chiamate a compiere, per la legge 27 maggio 1929, sulle sentenze dei Tribunali ecclesiastici in materia matrimoniale. Nessuno oserà sostenere che l'efficacia obbliga-

---

(12) Morelli, op. cit., pag. 70.

toria che la sentenza del giudice straniero o ecclesiastico acquista in Italia in seguito al giudizio di esecutorietà, possa giuridicamente risalire alla volontà dell'organo che l'ha emanata, e valere quindi, in Italia, come atto di volontà di una sovranità che non è quella italiana; ma nemmeno si vorrà dire che la sentenza del giudice straniero o ecclesiastico sia, in Italia, giuridicamente irrilevante, quando invece la legge italiana al fatto della sua pronuncia attribuisce determinate conseguenze giuridiche.

Anche qui, dunque, nei rapporti tra due ordinamenti giuridici, può accader che la stessa sentenza si presenti in uno di essi come atto giuridico e nell'altro còme fatto giuridico in senso stretto: nell'ordinamento diverso, in cui i suoi effetti si riflettono, questi appaiono prodotti non già dalla volontà del giudice, ma dalla legge interna che li ricollega al fatto materiale della pronuncia.

Nè si può trascurare, a riprova di quanto si è detto nel precedente n. 5, che anche in questi casi si ha coincidenza tra gli effetti voluti dal giudice straniero nella sua sentenza, e gli effetti che l'ordinamento interno ad essa riconnette; ma tale coincidenza non significa già (qui i dubbî non sono possibili) che nell'ordinamento interno questi effetti siano riconosciuti come voluti dal giudice straniero, cioè dall'organo di un'altra sovranità, e non esclude che questi effetti, quando si ripercuotono fuor dell'ordinamento originario, si debbano ricollegare alla sentenza considerata non come atto giuridico, ma come fatto giuridico in senso stretto.

7. — Tutte queste vogliono essere, più che soluzioni, premesse o proposte di problemi da risolvere. Non si nega che il problema possa esser posto più esattamente di quello che qui si è fatto, nè che il raggruppamento suggerito possa, attraverso una analisi più approfondita, rivelarsi troppo generico, e suscettibile quindi di ulteriori distinzioni o riduzioni. Forse, già negli esempî sopra considerati, pur presentandosi in tutti il fenomeno comune di effetti giuridici che derivano dalla sentenza senza costituire oggetto del giudicato, si possono suddistinguere, per gli ulteriori caratteri, tre diversi tipi:

a) casi in cui questi effetti giuridici della sentenza sono fissati in anticipo dalla legge, ed assolutamente indipendenti, anche nella determinazione del loro contenuto, dalla volontà del giudice (nn. 2 e 3);

b) casi in cui il contenuto della volontà dichiarata nella sentenza può servire come elemento per determinare, in un rapporto giuridico diverso da quello deciso, il contenuto e la misura di una responsabilità (n. 4);

c) casi in cui gli effetti che la legge riconnette alla sentenza, pur essendo emanazione di un potere che al giudice non compete, appaiono

determinati nel loro contenuto dal contenuto dell'atto di volontà del giudice (nn. 5 e 6).

Certo è che l'argomento meriterebbe di essere studiato a fondo; e mi auguro che questi appunti, i quali non hanno ambizioni superiori alla loro intitolazione discreta, invoglino qualcuno ad approfondire il tema, che è proprio uno di quelli che meglio si prestano a saggiare e ad affinare sulla sentenza, secondo la tendenza odierna degli studî, nozioni fondamentali della teoria generale del diritto.

XIV

DIRITTO AGRARIO E PROCESSO CIVILE (*)

1. — Poichè il processo segue il diritto come l'ombra segue il corpo e, nonostante la sua autonomia scientifica sempre meglio affermata in questi ultimi decennî, il diritto processuale, come strumento pratico del diritto sostanziale, si conforma e si plasma necessariamente sulle esigenze di questo, è lecito al processualista, che assistendo al presente Congresso può rendersi conto del grande cammino compiuto in Italia verso lo studio sistematico del diritto agrario come disciplina a sè stante, domandarsi se a questo sempre più netto differenziarsi del diritto sostanziale dell'agricoltura, non debba per avventura corrispondere, quasi riverberato da questa, un analogo movimento di differenziazione nel campo del processo: se non si possa parlare cioè, in margine e in appendice allo studio del diritto agrario sostanziale, privato e pubblico, di un *diritto processuale dell'agricoltura,* come altra volta si è parlato del diritto processuale *del commercio,* o si parla oggi del diritto processuale *del lavoro.*

E' noto che la distinzione del diritto processuale in varî rami (si pensi, per citare l'esempio più evidente, alla distinzione tra processo civile e processo penale) non dipende da una differenza *di funzione,* poichè la giurisdizione che attraverso il processo si esercita è unica e identica, qualunque sia la forma e l'ordine in cui si susseguono gli atti processuali; ma soltanto da una differenza *di oggetto,* cioè dal variare dei rapporti controversi, la cui diversa sostanza economica, e la corrispondente diversa importanza sociale, posson richiedere strumenti di indagine e di tutela diversamente costruiti. Ora, poichè nell'economia nazionale l'agricoltura ha un posto a sè con proprî inconfondibili caratteri e sue peculiari esigenze, potrebb'essere che i rapporti

---

(*) Relazione presentata al Primo Congresso Nazionale di Diritto agrario italiano (Firenze, 21-23 ottobre 1935). [Pubblicato in R. Accademia dei Georgofili, Firenze, *Atti del primo Congresso nazionale di diritto agrario* (Firenze, Tip. M. Ricci, 1935); ristampato in *Studi,* IV (Padova, Cedam, 1939), pp. 15-32]. [*Bibliografia,* n. 195].

giuridici attinenti all'agricoltura avessero bisogno, per la loro attuazione, di istituti processuali meglio aderenti alla realtà economica e sociale di questo ramo della produzione, e che, come ogni nuovo campo aperto allo studio della fisiologia vuol dire necessariamente, nelle scienze mediche, un nuovo capitolo aggiunto allo studio della patologia, lo sviluppo sempre più vigoroso del diritto agrario dovesse necessariamente sboccare, allo scopo di assicurare ai rapporti giuridici dell'agricoltura forme di tutela ad essi specificamente adeguate, alla creazione di una vera e propria *giurisdizione degli agricoltori* o *della agricoltura.*

D'altra parte, anche se il problema, posto in termini così vasti e generali, dovesse risolversi (come si risolverà) in senso negativo, possono tuttavia permanere, in quest'ordine di idee, problemi più limitati e più specifici: si può domandare, ad esempio, se, pur non potendosi parlare di un « processo dell'agricoltura », come tipo di processo generale contrapponibile al processo civile ordinario, non si abbiano peraltro nel nostro diritto positivo, o non sia opportuno che vi si introducano *in iure condendo,* speciali istituti processuali destinati ad appagare particolari esigenze, magari eccezionali e transeunti, della economia agricola; se, pur non potendosi pensare a creare un apposito processo per tutte le controversie agricole, non si debbano tuttavia tener presenti, nella generale riforma del processo civile che è in corso, le esigenze di queste controversie, che costituiscono una porzione così rilevante della materia contenziosa civile; e se, viceversa, non sia opportuno utilizzare in quella riforma, assorbendoli e sistemandoli nel processo ordinario, certi speciali istituti processuali che in questi ultimi anni sono stati creati per sodisfare particolari esigenze della tutela giurisdizionale attinente a rapporti agricoli.

Sono tutti problemi che meriterebbero una lunga approfondita trattazione; ma che io dovrò in questa relazione, per rispettare i limiti di discrezione ad essa imposti, limitarmi a sfiorare qui in forma di sintesi panoramica.

2. — E' opportuno premettere, intorno al nostro processo civile ordinario, il quale è in vigore, con qualche parziale ritocco, da ben settanta anni, una osservazione di carattere generale, che peraltro, nei confronti dell'agricoltura, assume singolare rilievo: che, cioè, questo nostro processo venerando non solo appare invecchiato fino alla decrepitezza in ciò che più propriamente attiene ai meccanismi della sua struttura formale, così lenti e goffi a paragone della snellezza tecnica di certe legislazioni processuali moderne, e così inadeguati a servire alle finalità pubblicistiche che oggi lo Stato assegna anche al

processo civile, strumento di attuazione della sua volontà; ma altresì esso appare in arretrato di più di un secolo sulle condizioni sociali ed economiche di questo nostro popolo, della cui civiltà anche l'ordinamento processuale dovrebb'essere fedele ed aggiornata espressione.

Come nella vita dello spirito non esistono compartimenti stagni, così anche le leggi processuali, nonostante la loro natura cosiddetta formale, sono il portato di una realtà sociale storicamente determinata, la quale, come necessaria premessa, si intravede per trasparenza anche dietro le vuote formule della procedura.

Orbene, chi cercasse di ricostruire, attraverso i frequenti necessarî riferimenti a rapporti sostanziali che si incontrano negli articoli del Codice di procedura civile, qual'è la realtà sociale ed economica che sta dietro al nostro processo, si accorgerebbe con sorpresa che il mondo che vien fuori da questa ricostruzione non è il mondo in cui viviamo, cioè l'Italia del 1935, ma è l'Italia di quasi cento anni fa, la Italia dei nostri avi più che dei nostri padri, quale era non solo politicamente, ma anche economicamente, nei suoi poveri traffici e nelle sue industrie rudimentali, al momento della unificazione nazionale.

Questo fenomeno, che è visibile ancora in molte parti della nostra legislazione civile, è sopra tutto impressionante nel campo del diritto processuale, il quale, per sua natura, è, più degli altri rami del diritto, destinato ad arrivare sempre con un certo ritardo sulla vita. Se è vero, in generale, che le leggi seguono, non precorrono, i tempi, e che, specialmente nei regimi parlamentari, il diritto si limita quasi sempre a prendere atto di una realtà economica già matura, questo fenomeno di ritardo si verifica in due momenti, e quasi si potrebbe dire al quadrato, nelle leggi processuali. Come il diritto sostanziale ritarda sulla economia, così il diritto processuale, che deve necessariamente plasmarsi, per apprestare adeguati mezzi di tutela, sulla esperienza pratica del diritto sostanziale, ritarda a sua volta su questo; sicchè può accadere che gli istituti processuali meglio adeguati all'attuazione di certi rapporti, giungano a maturazione quando ormai questi rapporti stanno per tramontare dall'orizzonte economico: come avviene, a detta degli astronomi, della luce di certe costellazioni, che, viaggiando da milioni di secoli nei cieli, giunge a colpire i nostri occhi quando ormai si è estinto nei millennî l'astro lontanissimo da cui quel raggio è scaturito.

Per tornare all'agricoltura, io mi domando che cosa dovrebbe pensare della attuale economia agraria del nostro Paese lo storico del remoto avvenire, al quale fosse pervenuto soltanto, unico documento legislativo sopravvissuto ai cataclismi dei secoli per ricostruire la vita della nostra età, il nostro Codice di procedura civile: se egli, andando

amorosamente a ricercare nelle disposizioni di questo Codice tutti i luoghi in cui si accenna a rapporti di natura agricola, volesse attraverso il nostro processo rendersi conto del nostro attuale diritto agrario, la sua ricostruzione lo porterebbe ad assegnare ai giorni nostri uno stadio di sviluppo sociale che in realtà il nostro Paese ha superato da tempo, e a collocare nel momento attuale la realtà storica di un secolo addietro. In verità, il nostro Codice di procedura civile, tutte le volte che allude a controversie su rapporti agricoli o preordina i suoi istituti a speciali circostanze attinenti all'agricoltura, ignora la grande impresa agraria organizzata industrialmente, lo sfruttamento collettivo del latifondo, la bonifica condotta sotto la guida dello Stato su intere regioni, la cultura razionale, affiancata dalle macchine e dalla utilizzazione delle grandi forze idrauliche, che la sola iniziativa privata non saprebbe sfruttare. L'economia agraria, che traspare attraverso le disposizioni del nostro processo, è essenzialmente individualistica: quello che dell'agricoltura il nostro Codice di procedura civile sembra soltanto conoscere, è il « podere » coltivato all'antica dal piccolo proprietario o dal mezzadro, il piccolo fondo chiuso in sè stesso e sufficiente a sè stesso come un microcosmo dalle mille culture, sui confini del quale il coltivatore s'aggira sospettoso per difendere dalla invidia dei vicini ogni goccia di pioggia ed ogni filo d'avena. In questo sistema di estremo frazionamento della proprietà terriera, ciò che più conta è il regolamento dei rapporti di vicinanza: questo Codice che ignora le grandi cascate alpine e le centrali elettriche che esse alimentano, che ignora i grandi canali di bonifica e i vasti comprensorî che essi redimono per il pane di intere popolazioni, disciplina con grande attenzione il rigagnolo e lo stillicidio sul margine del campicello: apposite forme di tutela processuale più semplice e più celere sono escogitate per allontanare la mano del cupido vicino dalle « piante e dai frutti » che sporgono sul confine, per evitare ogni attentato alla integrità delle « siepi e chiudende » (art. 82 Cod. proc. civ.), che fanno del podere una specie di piccolo campo trincerato e che possono essere impunemente varcate solo quando si verifichi il grave evento della fuga di uno sciame di api (art. 713 Cod. civ.). E poi uno speciale procedimento cautelare, la denuncia di danno temuto, mira espressamente a prevenire la catastrofe che si produrrebbe se sull'orto o sul pomario si abbattesse il vecchio albero che pericola dal fondo del vicino (art. 699 Cod. civ.); e quando il pignoramento cade sull'agricoltore, la legge processuale, con provvido dettaglio, ha cura di sottrarre per lui alla persecuzione del creditore « una vacca, o due capre, o tre pecore » (art. 586, n. 4°), e di tener lontane le mani dell'ufficiale

procedente dai bachi da seta che non ancora siano giunti « sui rami per formare il bozzolo » (art. 588).

Bastano queste poche disposizioni per far comprendere, attraverso la insistenza del legislatore su dettagli, che a leggerli oggi ci sembrano grettamente ingenui, la concezione patriarcale ed arcadica che il nostro Codice di procedura civile ha dell'agricoltura: questa era forse in una parte d'Italia, e sopra tutto in questa nostra Toscana che il Codice processuale sembra aver tenuta presente più di ogni altra regione, l'agricoltura dei nostri vecchi, quando le più gravi minaccie che potessero turbare la serenità del mezzadro o dell'enfiteuta consistevano nella fuga di uno sciame d'api o in un albero pericolante o nel distaccarsi dal solco, devastato dalla furia del temporale, di una zolla erbosa, che poteva da un momento all'altro diventare un'*insula in flumine nata;* ma non è, o non è soltanto, l'agricoltura dei consorzî e delle grandi affittanze, delle macchine e della bonifica integrale, dalla quale il nostro Codice processuale, coi suoi idillî georgici, sembra quasi altrettanto distante quanto i frammenti del diritto romano, che di tali idillî sono stati i primi inspiratori (1).

E gli esempî potrebbero continuare, se non me lo vietasse la brevità del discorso; ma non posso tuttavia esimermi dal ricordare, per dare un'altra conferma di quello che si è detto, che il nostro processo civile, il quale tra i mezzi di prova non può annoverare, poichè sono nati dopo di lui, tutti quei mirabili sistemi di trasmissione e di riproduzione visiva od acustica dei fatti umani che la scienza ha saputo acquisire in quest'ultimo cinquantennio, non manca però di dedicare un articolo apposito (1332 Cod. civ.), come se si trattasse di un istituto di grande momento, a quelle « tacche o taglie di contrassegno », la cui funzione probatoria ci richiama a un periodo di primitiva economia pastorizia, quando il pastore analfabeta, con un rudimentale espediente mnemonico che ricorda la *scytale* spartana, registrava i capi del suo gregge con altrettante incisioni graffite sul suo bastoncello.

3. — Di fronte all'arcaismo di queste disposizioni del processo ordinario, fatto per servire ai rapporti agricoli di un'altra età, due leggi in questi ultimi decennî hanno operato, in quei limitati campi in cui più urgeva la necessità, una adeguazione degli istituti processuali ai bisogni della nuova economia agraria: alludo alla legge oggi rifusa

---

(1) MORTARA, *Comm.*, V, pag. 203, osserva, a proposito delle disposizioni dell'art. 586 Cod. proc. civ., che « la legge si ripete attraverso le generazioni, *e par quasi l'eco di un mondo scomparso e dimenticato* ».

nel t. u. 11 dicembre 1933, n. 1775 che ha istituito i tribunali delle acque pubbliche, ed alla legge del 16 giugno 1927, n. 1766, che ha istituito appositi organi giurisdizionali per la liquidazione degli usi civici e per lo scioglimento delle proprietà promiscue.

L'istituzione dei tribunali delle acque pubbliche, coronamento di tutta una legislazione volta a disciplinare nell'interesse nazionale lo sfruttamento razionale dei corsi d'acqua, ha posto un nuovo strumento processuale al servizio non soltanto della industria, la quale attende dalla tecnica idraulica la sua forza motrice, ma altresì al servizio della agricoltura, che nelle disposizioni strettamente individualistiche del Codice civile non poteva trovare lo strumento adatto al compimento delle grandi bonifiche e delle grandi irrigazioni. Quel contemperamento dell'« interesse dell'agricoltura e dell'industria coi riguardi dovuti alla proprietà », che il Codice civile poteva tranquillamente affidare, nell'art. 544, all'autorità giudiziaria ordinaria quando la controversia sull'uso dell'acqua appariva come un conflitto di interessi privati tra vicini gelosi di una polla o di un fossatello, è diventata, quando oggetto della contesa ha potuto essere la costruzione di un bacino montano o l'arginamento di un grande fiume, funzione ben altrimenti importante di questi appositi collegi giudiziarî: i quali nel giudicare queste controversie che posson coinvolgere l'interesse di tutta una regione, non solo sono in grado, per la loro particolare composizione personale, di valutare a pieno l'aspetto tecnico di questi problemi, ma possono altresì, in grazia dello speciale procedimento che si segue in questi giudizî, servire, meglio che col processo ordinario, a quegli scopi pubblicistici che in materia d'acque devono essere preminenti. Ecco dunque, nella istituzione dei tribunali delle acque, un caso tipico di organo giudiziario creato appositamente per rimettere il processo in pari coll'economia industriale ed agraria: se dietro gli articoli del Codice di procedura civile si intravedono i rigagnoli e gli stillicidî della piccola agricoltura individualistica, dietro le disposizioni che regolano la competenza e il procedimento dei tribunali delle acque pubbliche si scorgono le cascate alpestri e i grandi canali di bonifica, a cui lavora la collettività.

4. — Ma ancor più significativa, come esempio di adeguazione degli strumenti processuali al trasformarsi della economia agraria nazionale, è la legislazione degli usi civici (r. decr. 22 maggio 1924, n. 751 poi convertito nella l. 16 giugno 1927, n. 1766; reg. 26 febbraio 1928, n. 332, e l. 15 luglio 1930, n. 1078 sulla definizione delle controversie in materia di usi civici): la quale, mentre da una parte, nel campo del diritto sostanziale, ha mirato a riordinare e a semplificare tutta

la intricata materia degli usi civici e delle proprietà promiscue, affrancando le terre private dagli antichi vincoli che ne impedivano la conveniente cultura agraria, sciogliendo la promiscuità e determinando la consistenza dei demanî comunali, dall'altra ha creato nei *Commissarî per la liquidazione degli usi civici* speciali organi adatti a compiere tale riordinamento, che riuniscono in sè funzioni amministrative e funzioni giudiziarie (art. 27 della l. 16 giugno 1927), nell'esercizio delle quali sono forniti di poteri di iniziativa che mancano all'autorità giudiziaria ordinaria (art. 29 della l. e art. 75 del reg.) e si valgono di un procedimento sbrigativo e semplificato in cui « sono dispensati dalla osservanza delle forme della procedura ordinaria » (art. 31).

La legge sul riordinamento degli usi civici è, ci sia consentita la metafora, una legge di *bonifica giuridica*, perchè per favorire la migliore utilizzazione agraria delle terre, comincia dallo sbarazzarle da queste sopravvivenze medievali, malamente inquadrabili nella sistematica moderna, di altri diritti e di altre economie. Per sciogliere questi rapporti, per tradurli in termini chiaramente intelligibili nel moderno vocabolario giuridico, lo Stato ha dovuto compiere, attraverso i commissarî liquidatori, un'opera paziente che, trovandosi a mezza strada fra l'amministrazione e la giurisdizione, non poteva essere intrapresa, per inadeguatezza del comune procedimento e più per la istituzionale limitazione dei poteri, dalla autorità giudiziaria ordinaria: la speciale funzione dei commissarî liquidatori offre infatti agli studiosi il fenomeno interessantissimo di una trasformazione, starei per dire di un *ringiovanimento*, di rapporti giuridici concreti, operato non mediante leggi generali, ma mediante l'intervento caso per caso dello organo liquidatore, che accerta il rapporto giuridico preesistente e lo converte (disponendo anche, ove occorra, senza o contro la volontà dei titolari) in un rapporto nuovo: in forza del quale può accadere per esempio che un privato, già proprietario di un intero fondo gravato da un uso civico, venga dopo la liquidazione a trovarsi espropriato di una parte del suo fondo, ricevendo però, in cambio di questa espropriazione, la liberazione da ogni vincolo del fondo residuo. Questa, come è facile intendere, non è semplice giurisdizione nel senso tradizionale, che vuol dire attuazione del diritto preesistente: è, piuttosto, trasformazione, operata di autorità, di rapporti giuridici preesistenti, al modo stesso in cui si svolge la espropriazione per pubblica utilità. Ma è notevole che, nella legislazione degli usi civici, questo diretto intervento dello Stato nei rapporti giuridici privati volto ad operarne la trasformazione coattiva (intervento che le norme di bonifica integrale, allo scopo di operare la « ricomposizione delle proprietà frammentate », attuano in via amministrativa, mediante il « piano di

sistemazione » preparato dal consorzio e approvato dal Ministero dell'Agricoltura) (2), sia stato qui affidato ad organi dichiaratamente giurisdizionali: il che potrebbe essere interpretato dallo storico come uno dei molti segni dai quali si può rilevare, nel periodo di profonda trasformazione economica e sociale che noi viviamo, una certa tendenza dello Stato ad allargare i compiti della giurisdizione, e a servirsi consapevolmente del giudice, che può colla sua saggezza temperare caso per caso la crudezza dei subiti trapassi, come strumento di trasformazione non tanto del diritto oggettivo, astrattamente considerato, quanto dei concreti rapporti giuridici privati, nel senso suggerito caso per caso dall'economia.

5. — Oltre che nei tribunali delle acque pubbliche e nei commissarî liquidatori degli usi civici, che si possono in un certo senso considerare come *giurisdizione di diritto agrario*, strumenti processuali di quella profonda trasformazione dell'economia agraria che è in corso nel nostro Paese, le controversie dell'agricoltura hanno trovato in questi ultimi anni un altro sbocco per evadere dalle anguste strettoie del processo ordinario, nella *giurisdizione del lavoro*. Assoggettati anche i rapporti di lavoro agricolo al contratto collettivo, non solo anche la economia agraria ha trovato nella Magistratura del Lavoro lo strumento per dirimere legalmente e pacificamente quei conflitti collettivi, la violenta asprezza dei quali, in un non lontano periodo, mise per diversi anni in pericolo, colla integrità dei raccolti e colla vita dei bestiami, le sorti stesse dell'agricoltura; ma altresì hanno trovato più pronta e più efficace tutela giurisdizionale i rapporti individuali di lavoro agricolo, compresi quelli attinenti alla mezzadria (art. 1, n. 2 r. decr. 21 maggio 1934), che hanno nei giudizî del lavoro, se non sempre organi soggettivamente diversi da quelli ordinarî, in ogni caso un procedimento tecnicamente moderno, più energico, più economico e più sbrigativo di quello comune.

Gli organi giudiziarî del lavoro si possono dunque considerare, sotto questo aspetto, come giurisdizioni di diritto agrario, in quanto anche gli agricoltori, per le controversie nascenti dai loro rapporti di lavoro, trovano in essi i giudici meglio adatti alle particolari esigenze della economia agraria. E dico questo non tanto perchè la presenza nel collegio giudicante, in veste di consiglieri « esperti », di persone specialmente competenti in materia agricola, può in certi casi dare a questi organi maggiore specifica sensibilità sui problemi tecnici susci-

---

(2) Cfr. PUGLIATTI, *La ricomposizione delle proprietà frammentarie*, in *Foro it.*, 1934, IV, pag. 81 e segg.

tati da queste controversie; ma sopra tutto perchè basta il magistrato ordinario, anche quando le parti non si valgono (e non se ne valgono quasi mai) della facoltà di fare intervenire gli esperti, a giudicare in modo soddisfacente queste controversie, in grazia dello speciale procedimento del lavoro, che è uno strumento di indagine assai più perfetto e più efficace del procedimento ordinario. Basta scorrere sui repertorî di giurisprudenza le massime concernenti il contratto di lavoro, per accorgersi con quanta attenzione e con quanta sensibilità i giudici del lavoro seguono nella pratica lo sviluppo dei rapporti giuridici attinenti all'agricoltura: specialmente la non facile distinzione tra la figura dell'impiegato e quella del lavoratore manuale ha dato modo alla giurisprudenza di passare in rassegna i più caratteristici soggetti dei rapporti agricoli, dall'agente di beni al guardiacaccia, dal mezzadro al guardiano dei greggi, la cui fisionomia giuridico-economica si è trovata così sempre meglio messa in fuoco attraverso questa indagine casistica, che viene ad essere una preziosa collaborazione data dai giudici alla costruzione sistematica del diritto agrario.

6. — Se le controversie attinenti all'agricoltura hanno negli organi giurisdizionali finora passati in rassegna strumenti processuali che procedono di pari passo coll'odierno sviluppo dell'economia agraria (e in una compiuta rassegna non si dovrebbero dimenticare neppure le giurisdizioni speciali in materia di assicurazioni sociali, e in prima linea i collegi per le controversie in tema di infortuni sul lavoro agricolo, creati dal decr. l. 23 agosto 1917, n. 1450), resta tuttavia affidata alla competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria, ed alle lungaggini del comune procedimento civile, una larga massa di controversie civili su rapporti che, direttamente o indirettamente, interessano l'agricoltura: sono, in generale, le controversie su rapporti concernenti immobili rustici, non solo quelle sulla proprietà o sul possesso, o su altri diritti reali di godimento e di garanzia su beni immobiliari, ma anche quelle su rapporti obbligatorî originate da contratti conclusi dagli agricoltori sulle materie prime o sulle macchine o sul bestiame occorrente per la coltivazione del fondo, o anche, e sopra tutto, da contratti stipulati per procurarsi i capitali, senza i quali la impresa agraria non può prosperare: e perfino le controversie di divisione e di successione, quando l'eredità consiste in beni rustici, possono indirettamente interessare l'agricoltura, che vede, attraverso le lunghe liti, i fondi frantumarsi e le vecchie famiglie andare in rovina.

Per tutta questa massa di controversie, che non rientrano nella competenza di giurisdizioni speciali di recente creazione, gli agricoltori (e con questa espressione alludo non tanto ai lavoratori, quanto

ai proprietarî della terra) si trovano inesorabilmente condannati, quando cercan giustizia, a servirsi della procedura ordinaria: sono essi, gli agricoltori, le vittime senza scampo della decrepitezza del nostro rito civile. In verità le altre categorie sociali possono riuscire in molti casi a sottrarre le loro controversie alle crudeli lungaggini del procedimento ordinario, come gli impiegati e i salariati per le controversie del lavoro; o, per lo meno, ad attenuarne i difetti, come i commercianti, che nel processo ordinario trovano notevoli facilitazioni di termini e sopra tutto di prove. Ma per gli agricoltori, che non siano braccianti o mezzadri, ogni speranza di semplice e pronta giustizia convien che sia morta.

E si presenta allora, urgente per essi, più che per ogni altra categoria sociale, il problema della riforma, da tanto auspicata, del processo civile ordinario.

Questo problema non potrebbe esser risolto col creare per tutte le controversie degli agricoltori appositi tribunali, sul tipo di quelli che erano fino al 1888 i tribunali di commercio: le ragioni per le quali questi furono allora aboliti si ripresenterebbero oggi, ancor più perentorie, per non istituire i tribunali dell'agricoltura; nè infatti, ch'io mi sappia, tale idea è mai venuta in mente ad alcuno. In verità, anche se in molte controversie attinenti a rapporti agrarî si possono presentare, a fianco della questione di diritto, questioni tecniche od economiche che eccedono la normale preparazione del giurista, anche per queste i magistrati ordinarî riescono in definitiva, ricorrendo ove occorra al parere di un esperto nominato caso per caso, ad esser giudici migliori di quello che non possa essere un collegio di tecnici, ai quali manchi però la mente giuridica e la piena consapevolezza professionale della responsabilità morale inerente agli uffici giudiziarî. La partecipazione di giudici non giuristi al collegio giudicante può essere indispensabile in quelle speciali categorie di controversie in cui gli aspetti tecnici e pubblicistici sono preminenti, come sono quelle in materia di acque pubbliche. Ma, all'infuori di questi casi speciali, il tramonto quasi totale degli esperti nelle controversie individuali del lavoro, da quando la loro partecipazione al collegio giudicante è stata resa facoltativa, ha servito a dare una nuova prova della fiducia che il popolo ha nei magistrati ordinarî, i quali, anche nelle questioni tecniche (e qual'è la controversia che non presenta qualche aspetto tecnico?) sono, tra tutti i possibili organi della giustizia, i più intelligenti e i più fidi. Nè a diversa conclusione si potrebbe giungere per le controversie agrarie, in considerazione della grande importanza che in certi rapporti attinenti all'agricoltura può avere il diritto consuetudinario: anche qui, come nelle cause commerciali, l'applicazione della consuetudine come

fonte sussidiaria di diritto non porta come necessaria conseguenza che i giudici per applicarla debbano essere scelti tra quelle categorie sociali, in mezzo alle quali la consuetudine si è formata ed è in vigore; tanto più quando i mezzi per raccogliere le consuetudini si vanno intensificando e perfezionando anche nel campo agrario, per nuova benemerenza di chi ha fondato accanto alla *Rivista di diritto agrario* quello *Archivio per le consuetudini giuridiche agrarie* che si intitola al nome indimenticabile di Vittorio Scialoia.

7. — Non si tratta dunque di creare per le controversie degli agricoltori una nuova giurisdizione: si tratta di dare ad essi, dinanzi ai giudici ordinarî, un processo che corrisponda al celere battito della vita moderna, e che li liberi dalle insidie, dal fiscalismo, dalle lentezze di una procedura nata settant'anni fa, quando i contadini viaggiavano a piedi, e i termini per comparire — che ancor oggi, sembra incredibile, rimangono invariati da allora! — si calcolavano sul ritmo cigolante delle diligenze.

Mentre continuano i lavori per la generale riforma del processo civile, è bene che da un Congresso di diritto agrario, com'è quello presente, si facciano voti per il suo celere compimento, e si riaffermi il grande interesse che ad essa pongono le categorie agrarie, che per prime si gioveranno dei suoi beneficî.

Anche di recente sono state autorevolmente lamentate (3) come anacronistiche le diversità di trattamento che in rapporti identici la legge fa agli agricoltori, soggetti alla legge civile, ed ai commercianti, soggetti alla legge commerciale: queste differenze, come tutti sanno, sono particolarmente sensibili nel campo del processo, ove non solo i termini processuali hanno tuttora in certi casi diversa durata secondochè si tratti di causa civile o di causa commerciale, ma dove sopra tutto i commercianti godono di facilitazioni di diritto probatorio (ammissibilità illimitata della prova testimoniale; efficacia probatoria dei libri di commercio, ecc.), che sono negate agli agricoltori (4): sulle spalle dei quali ricade così, attraverso la impossibilità in cui il processo li mette di provare i loro diritti altrimenti che colla scrittura, tutto il peso di quel rigoroso fiscalismo che assai volte, nelle ordinarie cause civili, raggiunge gli effetti (è doloroso, ma è doveroso ripeterlo) di un vero e proprio diniego di giustizia.

La riforma del processo civile (della quale, affinchè essa possa rag-

---

(3) Cfr. Luzzatto, *Agricoltura e riforme legislative*, in *Riv. dir. agrario*, 1933, I, pag. 471.

(4) Luzzatto, scritto cit., n. 4.

giungere i suoi scopi, non possono esser trascurati i molteplici aspetti fiscali, che, se negletti, potrebbero bastare essi soli a paralizzare i benefici di qualsiasi procedura tecnicamente perfetta) è dunque invocata a gran voce dagli agricoltori, perchè gli agricoltori sanno più di ogni altro per dura esperienza che cosa vuol dire chieder giustizia a una legge processuale come quella che è in vigore per le ordinarie controversie civili. Ma io vorrei che chi prepara la riforma da tanto attesa, non dimenticasse, come certo non dimentica, che la semplificazione e l'abbreviazione della procedura contribuirà certamente, col diminuir la durata dei processi e coll'eliminarne quelle complicazioni formali che sembrano fatte per istigare i litiganti a tentare il tranello, a ridurre la litigiosità: cioè ad attenuare, se non a guarire, una malattia da cui sono assai spesso colpiti, sì da poterla quasi considerare come una loro malattia professionale, gli agricoltori, nei quali il sacro attaccamento alla terra degenera assai spesso, quando la terra diventa oggetto di litigio, attaccamento ostinato alle carte bollate. Che una procedura lenta, complicata e costosa com'è quella del Codice vigente possa servire ad acuire la litigiosità, e non piuttosto, come parrebbe logico, a scoraggiare i litiganti dal continuare una lotta irta di tanti pericoli, può sembrare un controsenso, ma non è: quanto più i riti giudiziarî sono intricati, insidiosi ed aleatorî, tanto più i litiganti si sentono istigati a speculare sul cavillo e a trasformare il dibattito in una specie di giuoco d'azzardo, in cui la possibilità sempre rinascente di nuovi espedienti processuali attenua nel soccombente la coscienza della sconfitta, e gli dà animo per nuovi tentativi di riscossa. Tutti gli avvocati vi potrebbero raccontare, togliendoli dai loro ricordi professionali, casi di agricoltori, che per difendere in giudizio una zolla del loro podere, hanno visto consumarsi in litigi il podere intero, e vi potrebbero dire che di queste rovine è responsabile non ultimo il Codice di procedura civile: talchè la riforma che semplificherà il processo non sarà soltanto un perfezionamento tecnico dei congegni giudiziarî, ma sarà anche una scuola di civismo e un incentivo di elevazione morale per tutti coloro (e si tratta in gran parte di agricoltori) nei quali il vecchio Codice ha coltivato quella specie di ipertrofia dell'individualismo che è quasi sempre la litigiosità.

8. — Ma sopra tutto è indispensabile che il legislatore non perda d'occhio l'agricoltura quando, nella riforma del processo civile, si arriverà a riordinare le procedure esecutive. Questi ultimi anni di crisi economica, che sopra tutto sono stati duri per i coltivatori di terre, hanno dato la misura esatta dei danni che possono derivare all'agricoltura dalla messa in opera a carico degli agricoltori di mezzi esecutivi che non tengano conto delle speciali esigenze della economia agraria.

E' noto che l'incremento preso dall'agricoltura nel dopoguerra ha fatto aumentare negli agricoltori, sprovvisti del capitale occorrente per i miglioramenti dei fondi, il bisogno di ricorrere al credito: e che tutte le leggi, dalle più antiche alle recentissime, che hanno voluto facilitare agli agricoltori il ricorso al credito nelle sue varie forme, hanno cercato però immancabilmente di rafforzare a favore del creditore le garanzie esecutive, stabilendo speciali privilegi a favore del mutuante e assicurandogli una procedura esecutiva più energica e più sbrigativa di quella ordinaria. Così, in tutti questi rapporti di mutuo contratti dagli agricoltori cogli Istituti sovventori, il problema processuale della esecuzione forzata è stato visto soltanto *a parte creditoris;* ma non è stato considerato sotto l'angolo visuale dell'agricoltore mutuatario, o diciamo meglio, sotto il profilo dei superiori interessi dell'agricoltura, ai quali preme più di tutto che le vicende processuali non compromettano la integrità del fondo oggetto di controversia o di espropriazione.

In verità, se da una parte le speciali norme, concernenti l'esecuzione forzata contro gli agricoltori mutuatari, hanno complicato la pratica giudiziaria con una quantità di problemi, spesso assai difficili, attinenti alla natura giuridica di certi privilegi ed al loro concorso con altre garanzie speciali gravanti sugli stessi beni (alludo sopra tutto, come è facile comprendere, ai numerosi dibattiti, di carattere sostanziale e di carattere processuale, a cui ha dato luogo nella applicazione pratica il cosidetto privilegio *agrario*), d'altra parte non si può dire che queste norme abbiano cercato, nel rafforzare i mezzi esecutivi contro gli agricoltori, di costruire questi mezzi in modo da evitare che la loro applicazione pratica possa produrre l'impoverimento o il frazionamento del fondo, trascinando così nella rovina del debitore la distruzione o la menomazione di quella unità agraria, che è interesse pubblico conservare integra e sana, come prima cellula dell'agricoltura nazionale. In luogo del problema, tanto discusso nel passato, del « bene di famiglia » (5), la cui istituzione avrebbe dovuto conservare all'agricoltore, come garanzia minima di sostentamento, la casa e il campicello resi inalienabili e indivisibili, si è posto da noi in questi ultimi anni il problema della difesa della « unità culturale », in relazione al quale si propongono riforme del diritto civile, specialmente successorio (6), indirizzate ad impedire che il fondo, concepito come cellula agraria corredata di tutti gli annessi indispensabili al suo miglior funziona-

---

(5) Cfr. MORTARA, *Comm.*, V, n. 222.

(6) Cfr. BUCCI, *Il diritto successorio in Italia e la funzione della proprietà terriera in regime corporativo,* in *Riv. dir. agrario,* 1932, pag. 352.

mento, rischi, attraverso parziali alienazioni o attraverso divisioni ereditarie, di ridursi in frantumi che ne annullino la funzione economica. Si cerca insomma non più di vincolare il fondo a una famiglia impedendone i trasferimenti volontarî o coattivi, ma di evitare che i passaggi di proprietà alterino la individualità agraria del fondo e ne menomino il rendimento (7).

Orbene, uno dei più gravi pericoli di frazionamento dei fondi, è costituito, più che dalle alienazioni volontarie e dalle divisioni ereditarie, dalle espropriazioni forzate: non solo perchè queste, attraverso gli speciali procedimenti esecutivi di cui si valgono gli Istituti di credito, permettono, in misura assai più grave di quello che non sarebbe consentito attraverso il procedimento ordinario, la espropriazione separata delle scorte del fondo, e in questo modo l'impoverimento di questo, privato degli accessorî destinati a integrarne la cultura (cfr. articolo 8 legge 5 luglio 1928, n. 670 sul credito agrario), ma sopra tutto perchè, come ci ha dimostrato la esperienza della crisi attraversata in questi ultimi anni, la mancanza di offerenti disposti ad acquistare ai pubblici incanti estese tenute, costituenti, per gli impianti e per i criterî di coltivazione, grandi unità agrarie non divisibili senza danno, porta assai volte, se si vuol evitare che gli incanti vadano deserti, a frazionare i beni posti in vendita in piccoli lotti, che, col passaggio in una pluralità di acquirenti della tenuta già tecnicamente concepita come un tutto economico inscindibile, perdono nel frazionamento tutti i vantaggi della grande impresa agraria. Così, mentre la legislazione sulla bonifica integrale detta le norme per la ricostituzione delle proprietà frammentate, le leggi processuali sulla espropriazione forzata agiscono in senso contrario, e potentemente contribuiscono a ridurre in polvere le proprietà unitarie.

E' un problema, questo, che nella riforma del processo esecutivo il legislatore dovrà attentamente considerare, se non si vuole che, con un lavoro degno di Sisifo, le leggi processuali servano a distruggere ciò che le leggi sostanziali faticosamente riedificano. Naturalmente non mi è dato, in questa relazione, entrare in dettagli; ma io penso in generale che, se da una parte si impone con urgenza una chiarificazione e un coordinamento di tutta la materia dei privilegi (8), particolari misure dovrebbero, d'altra parte, essere introdotte nel processo esecutivo per allargare il concetto delle pertinenze del fondo e per impedire una loro espropriazione separata, e sopra tutto per evitare

---

(7) Arcangeli, *Discorso parlamentare* del 22 febbraio 1932, in *Riv. dir. agrario*, 1933, pag. 5.

(8) Cfr. De Giglio, in *Riv. dir. agrario*, 1933, I, 207.

che la espropriazione immobiliare possa portare, come oggi avviene, al frazionamento di unità agrarie economicamente inscindibili. Non so se a questo scopo potrebbe giovare la estensione, che qualcuno augura, dell'istituto fallimentare alla materia agraria (9): forse l'amministrazione giudiziale derivante dal fallimento potrebbe esser combinata, quando la massa attiva fosse costituita da beni rustici, con opportune limitazioni poste ai poteri dell'amministratore, nel senso che la liquidazione dovesse in ogni caso avvenire col rispetto della unità dei fondi; ma io penso anche che, all'infuori del procedimento fallimentare, meriterebbe attento studio, come sistema per conciliare gli interessi del creditore con quelli dell'agricoltura, quel mezzo esecutivo, previsto, quasi a sviluppo di un embrione contenuto già nell'art. 587 Cod. proc. civ., dalla legge sul credito fondiario (art. 41 del t. u. 16 luglio 1905, n. 6461) e accolto nel progetto Carnelutti sotto il nome di « usufrutto forzato di beni immobili » (art. 563 e segg., art. 547 e segg. del pr. riveduto) che consiste nel dare al creditore ipotecario la facoltà di immettersi al possesso del fondo ipotecato senza espropriarlo, al solo fine di amministrarlo e di percepirne i frutti fino a estinzione del suo credito: sistema (verso il quale ci porta già la concezione sempre più largamente pubblicistica che la dottrina ha del sequestratario (10)) che, mentre serve a mettere a disposizione del creditore tutto quel massimo di rendita che il fondo può dare, non distrugge la unità del fondo e non compromette il suo avvenire agricolo, come fa invece assai volte la espropriazione ordinaria, la quale pur di soddisfare il creditore, non rifugge dall'inaridire le fonti della produzione, in ossequio alla logica dei selvaggi che per cogliere i frutti maturati in cima all'albero, lo tagliano alla radice (11).

9. — Mi pare di poter trarre dalla rapida rassegna finora compiuta di problemi processuali attinenti all'agricoltura, le seguenti conclusioni: che, mentre sarebbe non solo inopportuno ma assurdo pensare all'istituzione, accanto agli organi giurisdizionali speciali o specializzati che nell'ordinamento vigente cooperano, nei modi già visti, allo incremento dell'agricoltura, di appositi tribunali agricoli distinti dai tribunali civili ordinarî, *il problema generale della riforma del processo*

---

(9) Cfr. LUZZATTO, Scritto cit., n. 3.

(10) Cfr. BRACCI, *Riflessioni sui profili pubblicistici del sequestro giudiziario dell'art.* 2085 *Cod. civ.*, in *Studi in onore di F. Virgilii*, pag. 511.

(11) Su questa amministrazione forzata del fondo, che si potrebbe più propriamente qualificare *anticresi forzata*, cfr. ora CARNACINI, *Contributo alla teoria del pignoramento* (Padova, 1936), n. 10.

civile ordinario dev'essere considerato come problema interessante in modo essenziale la economia agraria, sulla quale ricadono più che su ogni altro ramo dell'economia nazionale gli anacronismi dell'antiquata procedura vigente, che par fatta apposta per istigare, nella fase di cognizione, la litigiosità, particolarmente rovinosa per gli agricoltori; e per cooperare, nella fase di esecuzione, a distruggere le unità agrarie, che lo Stato con altre leggi pazientemente ricostituisce.

XV

SUL PROGETTO PRELIMINARE SOLMI (*)

SOMMARIO. — I. OSSERVAZIONI GENERALI. — § 1. *Premesse.* — 1. Precedenti immediati della riforma. — 2. Limiti del presente parere. — § 2. *Osservazioni sul sistema e sullo stile del Progetto.* — 3. Premesse sistematiche e metodologiche del Progetto. — 4. Sullo stile del Progetto. — § 3. *Osservazioni sulle premesse politiche del Progetto.* — 5. La riforma processuale come restaurazione del principio di autorità nel processo. — 6. Principio d'autorità e potere discrezionale del giudice. — 7. Principio d'autorità e celerità del processo. — 8. Principio d'autorità e principio dispositivo. — II. OSSERVAZIONI SUL LIBRO PRIMO (Processo di cognizione). — § 1. *Ordinamento giudiziario e competenza.* — 9. Rilievi sulla competenza. — 10. Sul giudice unico. — § 2. *Sul procedimento di prima istanza.* — 11. Schema del procedimento. — 12. Le udienze. — 13. Sentenze e ordinanze. — 14. Regolamento di competenza. — 15. Caratteri del procedimento: *a*) Semplicità. — 16. *b*) Concentrazione. — 17. *c*) Impulso processuale. — 18. Sanzioni contro l'inerzia delle parti. Contumacia. — 19. *d*) Identità fisica del giudicante - Immediatezza - Oralità e scrittura. — 20. Preclusione delle difese. — 21. Poteri istruttorî del giudice. — 22. Sul dovere di probità e di comparizione personale delle parti. — 23. Altre osservazioni sul sistema probatorio: processi a tipo dispositivo e processi a tipo inquisitorio. — 24. Valutazione equitativa di circostanze dubbie. — 25. Regime tributario del processo. — 26. Sanzioni pecuniarie. — 27. La posizione degli avvocati di fronte ai giudici. — § 3. *Sui mezzi d'impugnazione.* — 28. Sui mezzi d'impugnazione in generale. — 29. Sull'appello (art. 332-363). — 30. Sulla remissione in termini del contumace. — 31. Sul ricorso per cassazione (art. 364-396). — 32. Sulla revocazione (art. 397-406). — 33. Sull'opposizione di terzo (art. 407-411). — III. OSSERVAZIONI SUI LIBRI SECONDO E TERZO. (Processo esecutivo e cautelare). — § 1. *Cenni sul processo esecutivo.* — 34. Diritto del creditore e interesse della produzione. — 35. Sul titolo esecutivo. — 36. Sui varî procedimenti esecutivi: in particolare dell'amministrazione giudiziale e della espropriazione di aziende. — 37. Cenni sulla disciplina delle opposizioni. — § 2. *Cenni sui procedimenti cautelari.* — 38. Rilievi generali.

(*) Relazione approvata dalla Facoltà di giurisprudenza della R. Università di Firenze, nella sua seduta del 28 luglio 1937, e presentata al Ministro della Giustizia Solmi. [UNIVERSITÀ (R.) DI FIRENZE, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, 1937, *Parere a S. E. il Ministro della Giustizia sul progetto preliminare del Codice di procedura civile*, Relazione di P. Calamandrei, Firenze, Cya, 1937; ristampato in *Studi*, IV (Padova, Cedam, 1939), pp. 103-209; parzialmente tradotto in lingua portoghese in *Revista Forense* (Rio de Janeiro), vol. 78, 1939, pp. 256 ss., e nel volume *Processo oral* (Coletanea de Estudios de juristas nacionais e estrangeiris), Empresa « Revista Forense », I serie (Rio de Janeiro, 1940), pp. 165-170]. [*Bibliografia*, n. 204].

ABBREVIAZIONI

Pr. (Rel.) Chiovenda = *La riforma del procedimento civile proposta dalla Commissione per il dopo guerra. Relazione e testo annotato* (Napoli, 1920).

Pr. (Rel.) Mortara = *Per il nuovo codice della procedura civile* (Torino, 1923).

Pr. Carnelutti = *Progetto del Codice di procedura civile* (Padova, 1926).

Pr. riv. = *Comm. reale per la riforma dei Codici. Sottocommissione C — Codice di procedura civile. Progetto* (Roma, 1926).

Pr. Redenti = *Min. Grazia e Giustizia. Lavori preparatori per la riforma del Cod. proc. civile. Schema di progetto del libro primo* (Roma, 1936).

Redenti, *Com.* = *Sul nuovo progetto del Codice di proc. civile,* Comunicazione letta alla Società per il progresso delle Scienze il 16 ottobre 1934 (estr. dal *Foro it.*, 1934, XX).

Solmi, *Rif.* = *La riforma del Codice di procedura civile,* Discorsi ecc. (Roma, 1937).

La semplice denominazione « Progetto » indica il *Progetto preliminare e Relazione,* oggetto del presente parere.

I. — Osservazioni generali.

§ 1. — Premesse.

1. - *Precedenti immediati della riforma.*

Il problema della riforma del processo civile, che è da augurarsi possa finalmente raggiungere, sulla base di questo Progetto preliminare, la tanto attesa soluzione, trova la coscienza nazionale preparata da un trentennio di studî e di discussioni, coi quali la dottrina è riuscita non solo a mettere in evidenza gli irrimediabili difetti dell'antiquato sistema processuale che è rimasto in vigore fino ad oggi per forza di inerzia, ma altresì a indicare le linee maestre secondo le quali dovrà essere compiuta una riforma che voglia rispondere alle esigenze più moderne. Dal 1907 Giuseppe Chiovenda ha iniziato e instancabilmente proseguito il suo apostolato per l'oralità: e dagli ultimi anni della guerra ad oggi, in quel fervore di rinnovamento che, sopratutto per virtù di tale apostolato, hanno avuto le discipline processuali, numerosi progetti di riforma del processo civile si sono susseguiti di anno in anno, legati via via alle idee ed al nome dei nostri più cari maestri di diritto processuale: dal progetto dello stesso Giuseppe Chiovenda che è del 1920, al progetto di Lodovico Mortara che è del 1923; dal progetto di Francesco Carnelutti che è del 1926 (rielaborato, com'è noto, dalla apposita Sottocommissione), al progetto di Enrico Redenti che è del 1936. Ma neanche nel decennio che passa tra il progetto Carnelutti e il progetto Redenti si può dire che il lavoro di preparazione della generale riforma processuale si sia arrestato: la istituzione della giurisdizione del lavoro attuata nel frattempo, e l'entrata in vi-

gore nel 1928 di uno speciale regolamento processuale che appare adeguato alla medesima meglio del processo civile ordinario, ha costituito una specie di esperimento per saggiare, nella applicazione pratica ad un campo limitato, la bontà di quelle direttive alle quali avrebbe dovuto orientarsi nel prossimo avvenire la riforma processuale generale; e, d'altra parte, nuove esperienze che potranno essere tenute presenti *cum grano salis* anche per la riforma del processo civile, sono state apportate dal nuovo Codice di procedura penale, entrato in vigore nel 1931. Talchè, se il Progetto preliminare oggi presentato dal Ministro Guardasigilli porta indubbiamente, per la soluzione dei problemi centrali della riforma, una parola nuova ed originale, ben esso ha saputo d'altra parte far tesoro delle idee consacrate nei progetti che l'hanno preceduto, ed altresì della preziosa esperienza del processo del lavoro: i quali progetti e la quale esperienza debbono dunque esser tenuti costantemente presenti quali elementi di comparazione da chi si appresti, come la Facoltà giuridica fiorentina sta per fare, ad esprimere il suo rispettoso avviso sulla riforma presentata dal Ministro Solmi, al quale non può non andare la gratitudine di quanti, studiosi e pratici, si augurano che il problema della giustizia civile sia finalmente risolto in conformità della grande tradizione italiana.

2. - *Limiti del presente parere.*

Nel prendere in esame il Progetto, la Facoltà ha ritenuto che invece di seguirlo articolo per articolo e di esporre a fianco di ciascuna disposizione le proprie osservazioni specifiche, meglio valesse cercar di rendersi conto delle più importanti innovazioni proposte, ed esprimere il proprio avviso sui problemi fondamentali sollevati da tali innovazioni. La Facoltà ha pertanto concentrato le sue indagini su alcune parti del Progetto, che le sono sembrate più importanti ai fini della riforma: sopratutto si è fermata sul processo di cognizione, limitando a pochi cenni le sue considerazioni sugli altri libri.

A seguire tale metodo la Facoltà è stata indotta non solo dal tempo relativamente breve che le è stato assegnato, indubbiamente insufficiente ad una esauriente indagine specifica su più di seicento articoli; ma altresì dal considerare che il Progetto che veniva sottoposto al suo esame deve essere considerato, come la stessa Relazione ministeriale avverte e come appare anche dalla qualifica di « *preliminare* » che lo accompagna, non ancora come una formulazione definitiva delle proposte di riforma, ma come un primo abbozzo in gran parte provvisorio, nel quale, se già sono state espresse le linee maestre di quello che dovrebb'essere il nuovo processo, altri gruppi di articoli debbono ancora essere inseriti, notevoli spostamenti di ordine debbono essere

ancora effettuati, mentre il perfezionamento tecnico dei singoli istituti, e la necessaria chiarificazione dello stile, sono stati deliberatamente rimandati ad una redazione ulteriore. Ciò spiega e giustifica quella impressione generale di nebulosità e di approssimazione (quasi si potrebbe dire, di mancanza di « messa a fuoco »), che il Progetto dà al lettore abituato a cercare nelle leggi, e specialmente in quelle processuali, la nitidezza del disegno tecnico e la precisione e la costanza della fraseologia. In questo Progetto preliminare, invece, sembra che diversi stili si siano sovrapposti senza riuscire a fondersi: manca ancora nella redazione del medesimo quel lavoro di coordinamento e di unificazione dei varî materiali raccolti, quella rielaborazione stilistica delle varie parti in una fraseologia uniforme e in un costante vocabolario, che saranno certamente uno dei pregi del Progetto definitivo.

Tutto quello che ora si dirà a proposito delle incoerenze sistematiche e delle sciatterie stilistiche del Progetto, vuol essere dunque, più che una critica del testo attuale, necessariamente redatto in forma approssimativa, un suggerimento per quello che dovrà essere il testo, da redigersi con rigidi criterî di precisione tecnica, del Progetto definitivo, ancora in preparazione.

§ 2. — Osservazioni sul sistema e sullo stile del Progetto.

3. - *Premesse sistematiche e metodologiche del Progetto.*

Come, a titolo di lode, si può rilevare (lo noteremo meglio più avanti) che il Progetto non sfoggia eccessivi dottrinarismi di vocabolario, così si può rilevare ad ugual titolo che il Progetto nel suo contenuto si mantiene agnostico su quei problemi attinenti alla teoria generale del processo, intorno ai quali è bene che sia lasciata alla dottrina la più ampia libertà di costruzione.

Sotto questo punto di vista si potrebbero ripetere per questo Progetto le parole di Enrico Redenti (*Com.*, pag. 47): « il linguaggio del « progetto è semplice e piano, prossimo per quanto è possibile a quello « che è d'uso quotidiano ed è impiegato anche negli altri codici; tale « da non legare le nuove disposizioni, neanche per il filo di seta della « terminologia, a determinate concezioni teoriche, e da non pregiu- « dicare in nessun modo le future discussioni scientifiche ».

Tuttavia, anche sulla strada di questo agnosticismo sistematico bisogna guardarsi dall'andare troppo oltre: poichè lasciare ai teorici le loro discussioni sui concetti generali di giurisdizione o di azione, non può voler dire ignorare e respingere le acquisizioni pratiche che, per virtù delle loro discussioni, sono ormai entrate a far parte, attra-

verso la giurisprudenza, del diritto positivo. In proposito il Progetto si presta a qualche più preciso rilievo.

a) Se in generale sembra da approvarsi la tendenza generale del Progetto a non allontanarsi, ove non sia assolutamente necessario, dalla terminologia e dalle nozioni tradizionali, può destare una certa meraviglia (e il rilievo riguarda sopra tutto il Titolo primo, *Disposizioni generali*) il vedere che il Progetto non tien conto di alcuni istituti, ormai ricevuti senza contrasto nella pratica, che, pur non essendo esplicitamente ammessi e regolati dal vecchio Codice, sono stati pazientemente elaborati dalla dottrina di questi ultimi decennî, benemerita per aver saputo così progressivamente ringiovanire e adeguare alle nuove esigenze dei tempi una legge processuale in sé decrepita. Prendiamo, ad esempio, le nozioni di *azione di mero accertamento*, di *sostituzione processuale*, di *preclusione*: nessuna disposizione del Codice vigente fa parola di questi istituti; ma essi sono ormai da decennî patrimonio non solo dei teorici, ma altresì della pratica giudiziaria, che quotidianamente, come è facile rilevare dalla consultazione della giurisprudenza, ragiona ed opera intorno ai medesimi. Si è sempre sperato, perciò, che queste acquisizioni, le quali, quantunque non registrate in articoli del Codice, sono venute in realtà ad arricchire gradatamente il nostro diritto positivo, avrebbero trovato nella riforma una esplicita consacrazione; e che dopo la riforma non sarebbe stato più necessario, come oggi avviene, che ogni qualvolta si fa valere in giudizio una azione di mero accertamento, si debba mettere le mani avanti per avvertire che azioni cosiffatte, quantunque non esplicitamente menzionate dalla legge, sono tuttavia riconosciute dalla pratica!

All'*azione di mero accertamento* espressamente alludeva il Pr. riv., art. 2 cpv.; nello stesso modo potrebbe essere completato l'art. 3 dello attuale Progetto preliminare.

Alla *sostituzione processuale* alludeva il Pr. Carnelutti art. 14 (Pr. riv., art. 15); ed il Pr. Redenti al primo cpv. dell'art. 3. Non sarebbe male farne parola anche in questo Progetto, tanto più che il concetto di sostituzione viene utilizzato nell'art. 8 (« il Re, la Regina e i Principi della Famiglia Reale sono *sostituiti* dal Ministro della Reale Casa... ecc.).

Osservazioni analoghe si potrebbero fare per il concetto di *preclusione* (la parola è usata qua e là in un senso tecnicamente non proprio: per es. art. 322); per la distinzione, che il Progetto apparentemente ignora, tra *capacità di esser parte e capacità di stare in giudizio* (art. 5 e segg.); ecc..

b) Qualche osservazione generale si può fare anche sull'ordine e sul raggruppamento della materia, al disotto della quale dovrebbe ne-

cessariamente trovarsi, anche se non dichiarato, uno scheletro sistematico.

Anche qui il Progetto ha cercato di mantenersi il più possibile fedele al Codice vigente, conservando la divisione in tre libri, il primo dedicato al *giudizio* (*rectius* « processo ») *di cognizione*; il secondo al *giudizio di esecuzione* (id. id.), il terzo ai *procedimenti speciali*. Ma ha senz'altro abolito quel *Titolo preliminare* nel quale a nostro avviso, in luogo della conciliazione e del compromesso, avrebbero potuto logicamente raggrupparsi tutte quelle disposizioni di carattere generale che costituiscono premesse comuni a tutti i tipi di processo, e che non possono quindi, senza inesattezza sistematica, essere incluse in un libro che si intitola ad uno speciale tipo di processo. Il sistema seguito dalla *Zivilprozessordnung* germanica, il primo libro della quale, intitolato *Disposizioni generali* (*Allgemeine Bestimmungen*), contiene le norme sui soggetti (organi giudiziarî e parti) e sugli atti del processo in generale, potrebbe essere utilmente seguito. Pur senza dimenticare le profonde differenze anche sistematiche, che passano tra il processo di cognizione e quello di esecuzione e che renderebbero sterile ogni tentativo di unificarne le premesse teoriche al di là di certi limiti, è indubbio che le regole concernenti la composizione e la competenza degli organi giudiziarî, la capacità delle parti, gli ausiliarî del processo, le forme degli atti processuali, i termini e le nullità, le cause di cessazione del procedimento, e così via, possono essere logicamente concepite come comuni al processo di cognizione ed a quello di esecuzione ed altresì ai varî procedimenti speciali. Il Progetto ha seguito invece, in proposito, il criterio puramente empirico di raggruppare tutte le disposizioni generali nel libro primo, o addirittura di frammischiarle, secondo il bisogno, cogli articoli che regolano istituti speciali; ma questo metodo, se può avere qualche pregio pratico, non può non lasciar qualche dubbio in chi cerca nei Codici, anche se non ostentata, una certa architettura di idee.

Nel Pr. Carnelutti, pur non esistendo un titolo generale comune a tutti i tipi di processo, la parte seconda dedicata al processo di esecuzione, aveva un intero libro dedicato ai *soggetti dell'esecuzione* (« parti » ed « ufficio esecutivo ») ed un altro, il secondo, dedicato agli *atti della esecuzione*. Il Progetto attuale, nel secondo libro che regola l'esecuzione, non dedica neanche un articolo a questi problemi; ma viceversa quei capi del libro primo che si riferiscono alle parti o al giudice o agli atti processuali in generale, mostrano, per la loro collocazione e per la terminologia che adottano, di voler disciplinare queste materie come se esse concernessero soltanto il processo di cognizione. Gli organi giudiziarî, nonostante che cumulino funzioni di cognizione

e di esecuzione, si chiamano semplicemente i « giudici »; il concetto di « ufficio esecutivo » o di « organo esecutivo » non esiste; non esistono regole generali sulla competenza degli organi esecutivi, nè sul modo di regolarla, qualora sorgano questioni sulla medesima.

D'altra parte, anche nell'interno dei singoli libri che compongono il Progetto, certe collocazioni hanno certamente bisogno di essere rivedute e modificate. Le regole concernenti la composizione degli organi collegiali e le loro deliberazioni non possono rimaner collocate sotto la sezione dell'appello (art. 356 e segg.), perchè il collegio, anche dopo la introduzione del giudice unico in prima istanza, funzionerà non soltanto nei giudizi di appello, ma altresì in cassazione ed eventualmente in sede di revocazione, di opposizione di terzo e di rinvio: d'altra parte anche nei giudizî di primo grado può funzionare una forma di collegialità, sia pure soltanto conclusiva, che è quella che si verifica quando nelle controversie del lavoro intervengono gli esperti (art. 413). Tutte queste considerazioni sembrano consigliare di riunire tutte le disposizioni, concernenti la composizione e la competenza degli organi giudiziarî (e dei loro ausiliarî), in un unico capo, collocato nella parte generale del Codice.

Di queste deficenze di coerenza e di chiarezza sistematica, facilmente desumibili dalla collocazione illogica di certe norme, si potrebbe, a voler entrare nei particolari, fare un lunghissimo elenco: della facoltà che hanno le parti di nominarsi un consulente tecnico (art. 246) si dovrebbe parlare insieme colle regole generali sui procuratori e difensori; sotto il capo che regola in generale la composizione degli organi giudiziarî si dovrebbe regolare la ipotesi della partecipazione al giudizio di esperti (art. 413), e considerarvi altresì il perito come ausiliario del giudice.

Talvolta, più che di deficenze sistematiche, si tratta di sviste, che certo saranno riparate nella redazione definitiva: la norma vigente sulla pubblicità delle udienze (art. 52 Cod. proc. civ.) è scomparsa dal Progetto, quantunque altre disposizioni di esso (art. 55) ne presuppongano indirettamente la conservazione; nell'art. 370 che regola i requisiti formali del ricorso in cassazione, si è dimenticato di indicare, tra le menzioni ch'esso deve contenere a pena di inammissibilità, quella della sentenza impugnata; l'art. 49, che regola la forma delle ordinanze, non menziona, tra i requisiti necessarî, la sottoscrizione del giudice, ma questo requisito riappare nell'art. 357, nell'ultimo capoverso che regola la forma delle ordinanze collegiali in appello; l'art. 521, che regola le domande di separazione è fuori di posto nella sezione che disciplina la graduazione. E così via.

4. — *Sullo stile del Progetto.*

Sul linguaggio adoprato dal Progetto si possono ripetere osservazioni analoghe a quelle fatte a proposito del sistema: anche perchè proprietà terminologica e chiarezza sistematica sono virtù tra loro intimamente connesse.

Il linguaggio del Progetto è semplice (in certi punti anche dimesso), alieno da quell'eccesso di dottrinarismo che era stato rilevato in alcuni progetti precedenti: partendo dal considerare che ogni introduzione di parole nuove produce nella pratica del diritto un turbamento, che val meglio evitare se proprio tali innovazioni verbali non sono richieste dalla necessità di esprimere concetti nuovi, il Progetto preliminare si mantiene aderente, nei limiti del possibile, alla terminologia tradizionale del Codice vigente ed allo stile che ormai da settanta anni è in uso nella nostra pratica giudiziaria. Una rapida lettura del Progetto dà quindi la convinzione che, quand'esso sarà diventato il nuovo Codice, i pratici si accorgeranno di aver con esso mutato la legge, ma non di aver mutato il vocabolario o addirittura l'alfabeto del processo.

Tuttavia, pur senza guastare la voluta semplicità dello stile, sembra che nel Progetto definitivo a molte disposizioni potranno esser apportati vantaggiosi perfezionamenti di forma, non soltanto per eliminare da qualche articolo espressioni che non appaiono di buona lingua (1) (anche la purezza del linguaggio contribuisce alla chiarezza delle disposizioni, ed è quindi un requisito non disprezzabile di ogni buona legge), ma altresì per correggere le improprietà o imprecisioni di terminologia o di formulazione tecnica, che sono numerose. I rilievi in proposito saranno fatti, ove se ne presenti il destro, ai luoghi opportuni: qui possiamo limitarci a dare qualche esempio.

L'art. 39 vuole che il giudice nomini un interprete « quando *al procedimento partecipi taluno* che non conosce la lingua italiana », mentre è evidente che la disposizione deve essere limitata (Pr. REDENTI, art. 109; Pr. MORTARA, art. 103) ai soli casi in cui la parte o il testimone debbano essere interrogati oralmente; l'art. 175 stabilisce che, se la istruttoria non si esaurisce nel termine (perentorio, e quindi improrogabile: art. 64) « il giudice deve riferirne al presidente », ma non dice che cosa il presidente potrà fare in tal caso; l'art. 218 parla impropriamente di « interrogatorio *ricusato* » per indicare il rifiuto della parte

(1) Per es.: « regolarizzazione » (art. 9); « stralcio » in luogo di *separazione* (art. 15, 108, 159 ecc.); « chiunque » adoprato in forma assoluta; « influenza » (art. 168); « insieme a » invece che *insieme con* (art. 351); ecc.

a rispondere all'interrogatorio; si distingue tra *perito* (art. 240), ed *esperto* che assiste il giudice e giura « nelle forme stabilite per il perito » (art. 252), senza dire quale sia la differenza tra queste due espressioni e tra i due istituti che ad esse corrispondono; l'art. 226 parla di « posizioni » su cui i testimoni sono chiamati a deporre, mentre l'art. 233 torna a parlare, secondo l'uso vigente, di « capitolato di prova »; l'art. 364 parla di difetto di « giurisdizione », mentre l'art. 384 parla di « *assoluto* difetto di giurisdizione » senza specificare se vi è una differenza tra le due espressioni, e in che consista; l'art. 427 parla impropriamente di « incompetenza » là dove si tratta soltanto di « mutazione di rito »; l'art. 623 parla di arbitri che «abbiano *esorbitato dall'obbligo*»; ecc. I casi sopra ricordati non sono i soli in cui lo stesso istituto venga indicato con denominazioni diverse, mentre è primo canone di tecnica legislativa quello di adoprare sempre la stessa parola nello stesso significato (per es. nell'articolo 432, per indicare i titoli esecutivi giudiziali, si parla di « *atti giudiziari* », mentre nell'articolo seguente si parla di « *provvedimenti* dell'autorità giudiziaria »). Sarebbe poi desiderabile che, per chiarezza, gli articoli non adoprassero mai la forma descrittiva (per es. art. 161 « il giudice... *procede* al tentativo di conciliazione ») ma sempre la forma di conferimento di facoltà o di doveri (il giudice « *deve* »... ovvero « *può* » procedere... ecc.). Altre notevoli imprecisioni di formulazione si trovano negli art. 82, 400, 429; 431 (« chi pro- « muove l'esecuzione di una sentenza *prima che essa sia esecutiva*, ri- « sponde ecc. »); 573 (« quando la competenza spetti al conciliatore, la « domanda si propone al pretore... »); 495 (« dal giorno della trascri- « zione del pignoramento non hanno effetto... le ipoteche *non iscritte* »); ecc.

Si deve osservare infine, sempre a proposito dei metodi stilistici seguiti dal Progetto, che esso sembra aver voluto tenere il giusto mezzo, nel numero degli articoli e nella estensione data ai medesimi, tra la eccessiva minuziosità delle disposizioni che può riuscire ingombrante e togliere al processo ogni elasticità, e la schematica laconicità, generatrice di incertezze e di dibattiti. Anche se i 630 articoli del Progetto si accresceranno per strada di qualche diecina, essi rappresenteranno tuttavia, di fronte al Codice attuale, un notevole progresso verso la concisione; tuttavia, affinchè ciò non avvenga a scapito della chiarezza, bisognerà che al momento della redazione del Progetto definitivo sia stata decisa una questione preliminare, senza di che non è possibile giudicare se la concisione sia preferibile alla precisione: la questione, cioè, relativa alla eventuale esistenza, accanto al Codice, di un regolamento giudiziario, che serva ad integrarlo nei particolari. Enrico Redenti, affrontando questo problema (*Com.* pag. 45-46) aveva

adottato il criterio di fondere in un unico corpo disposizioni di legge e disposizioni di regolamento, ed era riuscito così ad un progetto che, deliberatamente sacrificando la concisione alla precisione, costituiva, in quanto a precisione e completezza di disposizioni, un modello difficilmente superabile.

Il Progetto attuale non ha creduto di poter adottare lo stesso metodo; ma per poter giudicare se abbia fatto bene a seguire un diverso avviso, bisogna sapere se accanto al Codice vi sarà un altro corpo di norme regolamentari, nelle quali possano esser precisati i particolari che il Codice trascura. Se così fosse, sarebbe bene togliere dal Progetto disposizioni che hanno evidentemente carattere regolamentare (per es. l'ultimo cpv. dell'art. 369); se invece il regolamento non vi sarà, sembra che in numerose disposizioni del Progetto si dovranno introdurre specificazioni e particolari, la cui mancanza lascia oggi in quelle norme tutta una serie di lacune.

Sarà altresì indispensabile, poichè il Progetto include anche materie oggi regolate da leggi speciali, stabilire ben chiaramente qual parte di queste debba intendersi abrogata e transfusa nel nuovo Codice: ciò vale, ad esempio, per le leggi processuali del lavoro, sulla abrogazione delle quali gli art. 412-428 lasciano qualche incertezza.

§ 3. — Osservazioni sulle premesse politiche del Progetto.

5. - *La riforma processuale come restaurazione del principio di autorità nel processo.*

Il Guardasigilli ha messo in rilievo nella Relazione che accompagna il Progetto e nei discorsi coi quali ne ha autorevolmente commentato i capisaldi, che questa riforma del processo civile parte da alcuni postulati politici di carattere generale, alla luce dei quali ogni sua disposizione deve essere esaminata da chi voglia intenderla nella sua portata esatta.

In sostanza il Progetto si propone di attuare nel processo civile, come si legge nella Relazione, quella restaurazione del principio di autorità, che si è attuata, o è in via di attuazione, in tutti i campi della vita nazionale.

Il problema « essenzialmente politico » che sta alla base della riforma è, secondo il Guardasigilli, « un aspetto del vasto problema « della restaurazione del principio di autorità. Lo Stato deve riassu- « mere, anche nel campo del processo civile, la sua posizione pre- « minente; deve riaffermare la insopprimibile superiorità dell'interesse « che a lui si appartiene di attuare il diritto ». Si tratta, in altre parole,

di proiettare sul campo del processo quei principî autoritarî a cui si inspira l'ordinamento costituzionale dello Stato: poichè nel processo lo Stato è rappresentato dal giudice, il principio autoritario portato nel processo significa logicamente rafforzamento dei poteri del giudice.

Anche su questo punto, ed anzi proprio su questo punto fondamentale, la riforma trova in Italia il terreno perfettamente preparato dalla dottrina: la concezione pubblicistica del processo civile, che porta naturalmente a dare al giudice una posizione preminente, è già profilata nell'opera di LODOVICO MORTARA; e diventa poi, com'è noto, uno dei dogmi dell'insegnamento del CHIOVENDA, la cui proposta di riforma, fino dal 1919, partiva dalla premessa che « il rinnovato concetto della « giurisdizione come funzione dello Stato... restituisce al giudice nel « processo moderno una posizione centrale d'organo pubblico interes- « sato a render giustizia nel modo migliore e più pronto possibile » (Rel. § 46-47). I principî fondamentali da cui il Progetto muove non potranno dunque non trovare da parte della dottrina la più calda accoglienza, dal momento che proprio essa dottrina si trova felicemente in anticipo di qualche decennio sulla riforma, com'è stato autorevolmente rilevato da uno dei componenti del Comitato preparatore del Progetto, il giudice GINO ZANI, il quale fino dal 1933 osservava che: « la « nuova organizzazione sociale e politica italiana, trova, in ordine alla « revisione della dogmatica giuridica, una condizione particolare nel « campo processuale, e cioè la via, per lo meno in gran parte, spianata e « preparata dalla elaborazione scientifica ». (*Presupposti politico-sociali nella dogmatica e nella riforma del processo civile,* in *Studi in onore di M. D'Amelio,* pag. 14 dell'estr.).

In realtà, la tendenza pubblicistica che trova nell'attuale Progetto una così energica affermazione, non è altro che un aspetto, proiettato nel ristretto campo del processo civile, di un più vasto fenomeno che si sta svolgendo in forme diverse negli ordinamenti giuridici di tutto il mondo, e che ha come direttiva comune la prevalenza dell'interesse sociale sull'interesse individuale. Di fronte al sistema basato sul principio cosiddetto dispositivo, che si può in un certo senso considerare come la espressione nel processo dell'individualismo liberale, il principio inquisitorio si afferma come espressione dell'autoritarismo, che non può lasciare alla mercè delle iniziative individuali il raggiungimento dei fini della giustizia, concepiti, anche nel processo civile, non come fini individuali ma come fini dello Stato. Si verifica così, parallelo a quel progressivo assorbimento del diritto privato nel diritto pubblico che si compie sotto i nostri occhi in ogni campo del diritto sostanziale, quel graduale attenuarsi delle barriere che, per vecchia tradizione, sembravano insuperabilmente inalzate tra il processo civile ed

il processo penale: quella tendenza dottrinaria, che ha anche in Italia autorevoli fautori, ad unificare nella « teoria generale del processo » lo studio dei problemi fondamentali comuni alla giustizia civile ed alla giustizia penale, obbedisce, forse inconsapevolmente, alla stessa tendenza alla quale obbediscono i legislatori di tutto il mondo, quando riformano il procedimento civile in modi così aderenti a quelli del processo penale, da giustificare la denominazione, adoprata dai giuristi tedeschi per indicare questo movimento, di *Poenalisierung* o *Kriminalisierung des Zivilprozesses*, che si potrebbe tradurre alla peggio in italiano colla frase « *impenalimento* del processo civile ».

Negare questo movimento vorrebbe dire negare la storia. Soltanto, poichè le premesse politiche da cui il Progetto parte, sono, naturalmente, indiscutibili capisaldi ai quali il tecnico deve tener fisso l'occhio, col limitato ufficio di valutare se il procedimento proposto dal Progetto sia il meglio idoneo all'attuazione pratica di tali premesse, il tecnico trova indispensabile avere idee chiare sulla portata delle premesse medesime, per evitare che, in mancanza di chiarezza sui limiti, la attuale riforma del processo civile possa tecnicamente andare al di là delle stesse mete che il legislatore le assegna.

6. - *Principio d'autorità e potere discrezionale del giudice.*

La restaurata consapevolezza dei fini eminentemente pubblicistici ai quali è destinato a servire anche il processo civile, porta naturalmente a rafforzare i poteri del giudice; e vedremo infatti che a tale rafforzamento mirano numerose disposizioni del Progetto. Ma aumento dei poteri del giudice non significa necessariamente aumento della *indeterminatezza* dei medesimi: nè per accrescere l'autorità del giudice è necessario allargare l'ambito dei suoi poteri *discrezionali*, che può voler dire del suo arbitrio.

Osserviamo questo, perchè ci sembra che quella premessa generale di restaurazione dell'autorità dello Stato nel processo civile, da cui parte il Progetto, non possa significare in alcun modo rinuncia dello Stato a regolare per legge lo svolgimento del processo, e conseguente trasferimento nel giudice del potere di crearsi caso per caso la regola processuale che meglio gli sembri appropriata alla controversia. Restaurazione dell'autorità dello Stato ha sempre significato, in Italia, restaurazione dell'autorità della legge, intesa come manifestazione di volontà dello Stato emessa in forma generale ed astratta; ed anche il Progetto, proprio perchè mira a restaurare nel processo l'autorità dello Stato, non può aver voluto aprire il varco a quella malsana tendenza seguìta da qualche legge straniera (e della quale è espressione più tipica la legge sul processo civile della Russia sovietica, ridotta a 473

schematici articoli che lasciano vastissimo campo all'arbitrio del giudice) che vorrebbe ridurre le leggi processuali a pochi principî direttivi, in base ai quali potrebbe poi il giudice (a somiglianza di quanto possono fare gli arbitri per l'art. 17 del nostro Cod. proc. civ.) sbizzarrirsi a creare per ogni processo il rito che più gli aggradi. Il sistema della creazione giudiziaria del diritto, contrario alla chiarezza dello spirito italiano, sembra a maggior ragione in netto contrasto coi principî dello Stato autoritario; il quale, consapevole che incertezza del diritto equivale a debolezza dello Stato, non può non esigere che anche nel campo processuale giudici e patroni trovino già compiutamente e chiaramente regolati dal legislatore il metodo e la figura delle loro attività.

Ciò non toglie che in campi limitati, e sopratutto in quelli in cui certe norme del processo del lavoro hanno fatto buona prova in tal senso, non possa essere opportuno dare al giudice una certa latitudine di poteri che gli permetta di far meglio aderire la procedura alle esigenze del caso concreto (cfr. art. 59 e 172 del Progetto). Ma si deve trattare di casi isolati ed eccezionali: ed è bene avvertire fin d'ora, come osservazione generale su tutto il Progetto, che se nel nuovo processo si volesse introdurre in misura più vasta il potere discrezionale del giudice in luogo della esatta e precisa disciplina legislativa del processo, questo vorrebbe dire, secondo l'avviso della Facoltà, dar opera a screditare l'autorità della legge che si vuole in ogni campo rafforzare, e con questo andare proprio contro quei principî da cui il Progetto ha preso le mosse.

7. — *Principio d'autorità e celerità del processo.*

D'altro canto il profondo significato di quei principî fondamentali che stanno a base della riforma, è degno di attenta meditazione, per chi voglia serenamente valutare la opportunità di introdurre nel nuovo processo civile tutte quelle disposizioni con cui il Progetto mira ad accelerare lo svolgimento dei giudizî e a limitare entro termini preclusivi le deduzioni defensionali delle parti. La celerità è certo uno dei maggiori pregi di un buon processo: e uno dei mezzi per conseguirla, è certo quello di costruire nel procedimento un compiuto sistema di preclusioni, che, a guisa di sbarramenti sempre più rigorosi, chiudano l'adito allo stillicidio delle difese ritardate in malafede. Ma anche qui non bisogna dimenticare che ogni legge processuale deve rappresentare il punto di equilibrio fra due esigenze che in ogni campo dell'attività umana assai volte si trovano in conflitto, il *presto* ed il *bene*: l'esigenza di una decisione pronta, e l'esigenza, spesso contrastante, di una decisione giusta. Tra queste due esigenze, la concezione pubbli-

cistica del processo civile porta naturalmente a dare la prevalenza alla seconda: se il processo civile, prima che uno strumento dei diritti privati, è considerato come un mezzo per attuare in concreto la volontà dello Stato espressa in astratto nella legge, è logico che, pur pregiandosi e favorendosi nel processo la celerità, questa non debba mai andare a detrimento della giustizia sostanziale, perchè, se questo accadesse, la celerità del processo non tanto danneggerebbe gli interessi dei privati litiganti, quanto sopra tutto danneggerebbe lo Stato, impedendogli di raggiungere, attraverso la sentenza giusta, quella esatta riaffermazione della legge che esso considera come interesse suo proprio.

Disinteressarsi dell'esito delle liti, purchè si faccia presto a deciderle; lasciar che la procedura, invece che all'accertamento della ragione, serva a dirimere il litigio alla lesta, anche se in senso contrario alla ragione, questa potrebbe parere una concezione della giustizia corrispondente in un certo senso allo spirito dello Stato liberale, il quale vede il suo ufficio preminente nel mantenimento della pace tra i cittadini, e considera il contenuto delle sentenze, attraverso le quali questa pace sia in qualunque modo raggiunta, come un affare di interesse privato; ma la concezione autoritaria dello Stato porta logicamente a tutto altro atteggiamento.

Anche questo rilievo preliminare può non essere superfluo, perchè, come si vedrà, numerose sono le disposizioni del Progetto, che danno l'impressione di aver sacrificato la giustizia delle decisioni alla celerità dei giudizî. Il che potrebbe parere contrario ai fini essenziali dello Stato: perchè coloro che ricorrono ai giudici dello Stato per chieder giustizia, non si possono considerare sempre e soltanto come inspirati da una litigiosità patologica che è bene reprimere, ma si devono considerare altresì come cittadini probi che lottano per il diritto, e che in questo modo, facendosi strumenti della attuazione della legge, rendono un servigio allo Stato, aiutandolo a trovare nel processo la via per riconfermare la sua autorità.

8. - *Principio d'autorità e principio dispositivo.*

Ma, sopra tutto, una chiara visione della portata dei principî politici ai quali il Progetto si inspira è necessaria nel campo delle prove e dei poteri istruttorî del giudice.

Al momento di introdurre nel processo civile riforme fondamentali come quelle che il Progetto delinea, non si può dimenticare che, come ogni profondo mutamento delle leggi sostanziali può render necessario qualche ritocco alle leggi processuali che devono esserne il rispondente strumento, così viceversa non si può profondamente alterare il processo senza che ne risenta nella sua attuazione pratica il diritto sostanziale.

La conclusione ultima alla quale è arrivata la scienza processualistica, dopo aver con tanto vigore lavorato per differenziare il diritto processuale dal diritto sostanziale, è forse questa: che il diritto sostanziale e il diritto processuale non sono che due faccie di una stessa inscindibile realtà; e che quell'apparente illogismo sistematico del nostro legislatore, che ha collocato nel Codice civile le norme più importanti attinenti alla prova ed alla cosa giudicata, trova forse in tale realtà una fondamentale giustificazione. Ora non si può dimenticare che nel processo civile ancor oggi in vigore, e sopra tutto in quelle norme di esso che si trovano collocate nel Codice civile, molti istituti, nei quali si concreta il cosiddetto principio dispositivo (per es. la repartizione dell'onere della prova; l'efficacia legale della confessione; il giuramento probatorio, ecc.) non sono altro che la proiezione nel campo del processo di quei poteri individuali di disposizione sulla propria sfera giuridica, che costituiscono il carattere insopprimibile del diritto privato. Sopprimere nel campo processuale cosiffatti istituti, vorrebbe dire inevitabilmente eliminare dal campo sostanziale il diritto privato; istituire per i rapporti di diritto privato un processo civile che escluda in pieno il principio dispositivo e gli sostituisca in pieno il principio d'ufficialità, vuol dire in sostanza abolire, sia pure in via indiretta, il diritto privato, e trasformare in diritto pubblico tutto quanto il diritto civile. Non si nega con ciò che questo totale assorbimento del diritto privato nel diritto pubblico possa in astratto concepirsi; diciamo soltanto che una totale e coerente soppressione del principio dispositivo nel processo civile non può attuarsi, senza che ciò accada. Sarebbe facile, attraverso osservazioni di legislazione comparata, dimostrare che questa *Poenalisierung* del processo civile ha potuto essere integralmente attuata soltanto in quei regimi in cui si è voluto totalmente e consapevolmente abolire la proprietà privata ed in generale il diritto soggettivo individuale: e che quando il diritto privato è tornato a spuntare tra le macerie, lo stesso movimento di reazione ha fatto riapparire gradualmente nel processo civile il principio dispositivo.

Tutto questo si osserva all'unico scopo di chiarire quale potrà essere, in Italia, la portata della riforma processuale imminente. Poichè l'ordinamento corporativo non sopprime la proprietà privata ed in generale i diritti soggettivi individuali, ma solo li disciplina e li coordina all'interesse pubblico, il principio dispositivo, ch'è nel processo come l'ombra del diritto privato, deve essere rispettato negli stessi limiti in cui nel campo sostanziale è rispettato e tutelato il diritto privato. Lo stesso Progetto del resto dimostra ben chiaramente, nel libro dedicato alla esecuzione, che il nuovo processo tende a rafforzare, anzichè ad attenuare, la tutela del diritto soggettivo privato (n. 32). Per

questo, come si preciserà più avanti (n. 22), sarebbe opportuno, in quelle norme che regolano i poteri istruttorî del giudice, introdurre una netta distinzione (come era stato fatto nel Pr. CARNELUTTI, art. 13; Pr. riv. art. 14) tra il gruppo delle controversie su rapporti indisponibili e intransigibili (o, come si usa dire, attinenti « all'ordine pubblico ») e quello di tutte le altre controversie su rapporti di mero diritto privato: mentre per il primo gruppo (la cui estensione e rilevanza sembra destinata ad accrescersi sempre più) il principio inquisitorio può essere rigidamente attuato in armonia con quella colorazione pubblicistica che già nel campo sostanziale hanno cosiffatti rapporti, per la seconda i poteri istruttorî del giudice debbono necessariamente essere più limitati, se non si vuole che il processo operi per conto suo nel campo del diritto sostanziale una rivoluzione contrastante cogli stessi principî fondamentali dell'ordinamento vigente.

II. — Osservazioni sul Libro Primo (Processo di cognizione)

§ 1. — ORDINAMENTO GIUDIZIARIO E COMPETENZA.

9. - *Rilievi sulla competenza.*

Per affrontare l'esame di quella parte del Progetto che, regolando il procedimento di prima istanza dinanzi ai Tribunali, contiene le innovazioni più ardite e più degne di meditazione, è necessario premettere alcune osservazioni schematiche su quella che sarà, secondo il Progetto, la costituzione e la competenza degli organi giudicanti (art. 81-114).

I giudici di primo grado in materia civile continueranno ad essere tre: Conciliatore, Pretore e Tribunale; ma il Tribunale, anzichè collegialmente, giudicherà come giudice unico (art. 153-154). Il sistema del giudice unico sarà così reso generale in primo grado, riservandosi il collegio ai giudizî di appello e di cassazione.

Il limite massimo della competenza per valore dei Conciliatori (art. 86) è inalzato a 500 lire (fino a 1000 lire in tema di locazione); quello della competenza dei Pretori (art. 87) è inalzato a 10.000 lire. La opportunità di cosiffatti aumenti è sopratutto evidente se si ponga in relazione colla introduzione del giudice unico dinanzi ai Tribunali: si potrebbe perfino essere tratti a domandare se, abolito il collegio in Tribunale, vi sia una ragione seria per continuare a tener distinti nell'ordinamento giudiziario, nella competenza e nel procedimento, i Pretori dai Tribunali, quando, rimanendo in vigore anche dopo la riforma l'ordinamento attuale delle Preture, potrà avvenire che una

controversia di valore inferiore alle 10.000 lire sia decisa da un magistrato avente la esperienza e il grado di consigliere d'appello, mentre potrà accadere che in Tribunale una controversia di valore di gran lunga superiore sia decisa da un giudice appena entrato in carriera.

In ogni modo, è lecito domandare se, introdotto nei Tribunali il giudice unico, abbia ancora ragion d'essere la disposizione dell'art. 88 cpv., secondo la quale anche dopo la riforma rimarrebbero di esclusiva competenza « del Tribunale, qualunque ne sia il valore, le cause in « materia di imposte dirette o indirette », quando è noto che tale disposizione fu introdotta nel Codice, ancor oggi vigente, anche in considerazione della maggiore garanzia che allora si riteneva offrissero gli organi collegiali.

E' opportuno, giacchè siamo a parlare di competenza, ricordare qui, quantunque il Progetto non faccia parola, sotto questo titolo, della competenza per grado (di cui parla soltanto sotto il titolo *Delle impugnazioni,* art. 336), che fondamentali innovazioni sono apportate dal Progetto anche in tema di competenza funzionale di secondo grado. Giudice di appello per le sentenze dei conciliatori rimane il Pretore (art. 336), giudice di appello per le sentenze dei Pretori diventa (come per quelle dei Tribunali) la Corte d'appello (art. 336). Questo diventar generale dell'appello *per saltum* dal Pretore alla Corte d'appello, esperimentato senza gravi inconvenienti nelle controversie del lavoro, può sollevare qualche dubbio, in previsione dell'aggravio di spese e di disagi che apporterà ai litiganti meno abbienti, specialmente se appartenenti alle categorie rurali, quando, dopo aver perduto la causa dinanzi alla Pretura locale di un mandamento di campagna, dovranno trasferire il giudizio di secondo grado nella lontana città, sede di Corte d'appello. Ma tale inconveniente (che del resto sembra preferibile a quelli molto più gravi che si avrebbero, come si verificò nell'esperimento del 1913, se dinanzi ai Tribunali dovesse esser mantenuta la formazione collegiale per i giudizî di secondo grado) potrà essere attenuato dalla norma che esclude l'appello contro le sentenze dei Pretori nelle controversie di valore non eccedente le lire 2000 (art. 332). A proposito di questa norma, sulla cui utilità non possono esservi dubbî, anche in considerazione che una disposizione analoga è in vigore nel processo penale (art. 512 Cod. proc. pen.) e nel processo del lavoro (art. 21-22 r. decr. 21 maggio 1934, n. 1073), si deve rilevare una singolare incongruenza che è sfuggita ai compilatori del Progetto e che certamente dovrà esser corretta nel testo definitivo. Mentre le sentenze dei Pretori sono appellabili soltanto se il valore della controversia superi le lire 2000, in modo che le controversie trattate dinanzi ai Pretori non hanno la garanzia del doppio grado se il loro valore è contenuto

tra le 500 e le 2000 lire, le sentenze dei Conciliatori sono inappellabili (art. 332) soltanto se il valore della controversia non superi le lire 300; sicchè la garanzia del doppio grado, che dinanzi ai Pretori è esclusa per le controversie comprese tra le 500 e le 2000 lire, è invece concessa per i Conciliatori per le controversie di valore ancor più esiguo, compreso tra le 300 e le 500 lire. Nè si dica che il giudizio di un Pretore dà maggiore affidamento di quello di un Conciliatore: anche se, in vista del diverso reclutamento dei magistrati, ciò fosse vero, questa potrebb'essere una ragione per portare fin dal primo grado al giudizio inappellabile del Pretore anche le controversie da 300 lire in su, ma non già per assicurare a queste controversie di valore esiguo il dispendio di una doppia istanza che alle controversie di valore superiore è negato! Sembra che un rimedio a tale incongruenza potrà esser trovato nello stabilire che *tutte* le sentenze dei Conciliatori (e non solo quelle in controversie di valore inferiore alle 300 lire) siano impugnabili soltanto per motivi di incompetenza assoluta; e che la stessa limitata impugnabilità sia ammessa per le sentenze dei Pretori in controversie che non superino le lire 2000.

Tutto il titolo della competenza si presterebbe a numerosi rilievi di carattere particolare: ci limitiamo qui a indicarne alcuni, pur avvertendo che questo titolo, come molti altri del Progetto, dovrà essere sottoposto a un'accurata revisione articolo per articolo.

Le *Norme generali* (art. 81-85) potrebbero esser formulate con maggior rigore sistematico: alcune espressioni dell'art. 82 non sono molto felici. Sarebbe desiderabile tener più esattamente distinti i concetti di giurisdizione e di competenza, di competenza internazionale e di competenza interna. Si è già poi rilevato come sotto questo titolo sarebbe opportuno raggruppare le norme sulla distribuzione della competenza funzionale, e altresì di quella concernente il processo esecutivo e le misure cautelari.

Sull'art. 87 (competenza del Pretore) si domanda se, coll'abolire quella limitazione di durata che il vigente art. 82 Cod. proc. civ. ha posto alla speciale competenza per materia dei Pretori (« ...purchè proposte *entro l'anno* dal fatto che vi diede origine ») si sia voluto tuttavia rispettare l'altro termine annuale di decadenza stabilito per le azioni possessorie degli art. 694 e 695 Cod. civile. Si osserva altresì che questo articolo dovrebb'essere completato colla menzione della competenza per materia che ha il Pretore su certe controversie attinenti al condominio (art. 32 r. decr. 15 gennaio 1934, n. 56).

Sull'art. 88, si osserva che sarebbe desiderabile conservare, come comma di questo articolo o come articolo separato, una norma, simile al vigente art. 81, la quale attribuisca alla competenza del Tribunale

tutte le controversie di valore non determinabile (art. 158 Pr. REDENTI).

Sull'art. 95 si osserva che la formulazione di questa disposizione era assai più chiara nel Pr. REDENTI (art. 157).

Sugli art. 96 e 104, si osserva che non si riesce in alcun modo a comprendere l'utilità di introdurre, per i casi in cui il convenuto non abbia domicilio nel Regno, il foro « della Capitale », dal quale non si sa chi avrebbe da trarre qualche vantaggio: non la giustizia, che può trovare un organo ugualmente idoneo in qualsiasi altro giudice territoriale dello stesso grado; non l'attore, il quale preferisce certamente di adire il giudice del suo domicilio (art. 107 Cod. proc. civ.: *forum actoris*); non la Capitale, i cui organi giudiziarî sono già sovraccarichi, senza bisogno di concentrarvi altre liti di tutto il Regno!

Sugli art. 109-110, si può domandare se l'ammettere come regola generale che le *eccezioni* spostino la competenza del giudice competente a decider sull'azione, non significhi disconoscere la natura giuridica dell'eccezione, che opera sempre nei limiti della domanda; sarebbe invece necessario prendere in considerazione, agli effetti degli eventuali spostamenti di competenza causati dalle risposte del convenuto, la figura dell'accertamento incidentale accanto a quello della riconvenzione. Certo è che questi art. 109-110 hanno bisogno di una meditata rielaborazione.

Sull'art. 113, si osserva che parrebbe logico integrarlo colla disposizione dell'art. 117, la cui collocazione sotto il titolo « delle eccezioni di incompetenza » non sembra giustificabile.

Sull'art. 114, si osserva che questa disposizione non tiene conto dei casi in cui, anche per il diritto vigente, la competenza territoriale è inderogabile per ragioni di funzione (cfr. art. 69 Pr. CARNELUTTI).

Si dovrebbe ora, per seguire l'ordine del Progetto, esaminare i capi che trattano delle eccezioni e del regolamento di competenza; ma sembra più opportuno riservarne l'esame a quando, dopo aver visto l'andamento generale del procedimento, sarà più agevole considerare tali argomenti in funzione del medesimo.

10. - *Sul giudice unico.*

La istituzione del giudice unico nei Tribunali è indubbiamente, fra tutte le innovazioni introdotte dal Progetto, quella destinata a suscitare le più animate discussioni: ed è facile prevedere che, a suscitare larghe ostilità contro questa innovazione, concorreranno l'opinione generale diffusa tra i profani, e passata in proverbio come verità comunemente ammessa, che « vedono più quattro occhi che due », ed anche, tra gli avvocati e i magistrati, il ricordo della infelice prova che

fece in Italia il giudice unico nella breve esperienza del regolamento 27 agosto 1913.

Bisogna peraltro riconoscere che gli inconvenienti gravissimi in seguito ai quali il giudice unico, nella sua breve apparizione del 1913-14, dovè essere precipitosamente abolito dopo pochi mesi dalla sua istituzione, non riguardavano tanto il principio, astrattamente considerato, della unicità del giudice, quanto il modo difettoso col quale tale principio era stato praticamente attuato in quella riforma, la quale altro non volle essere che un tentativo di artificiosa sovrapposizione del giudice unico a un procedimento fondamentalmente creato per il giudizio collegiale. L'insurrezione unanime delle curie italiane contro quel tentativo fu dunque diretta sopra tutto contro quel procedimento malamente raffazzonato; ma non significò condanna *a priori* del sistema del giudice unico, nè ostilità preconcetta contro una generale riforma che fosse inizialmente orientata nel senso di trarre dal giudice unico il suo massimo rendimento.

In verità, il problema del giudice unico non si può porre e risolvere in astratto: il mettersi a discutere in generale se sia preferibile il giudice unico o il collegio non ha altro valore che quello di una esercitazione scolastica, nella quale siano già noti prima di cominciare non solo gli argomenti che possono esser portati rispettivamente a favore delle due tesi contrapposte, ma altresì le risposte che possono esser date a questi argomenti, e le repliche a queste risposte. Il problema del giudice unico non può esser preso in esame che facendolo vivere in concreto in un dato momento storico, e ponendolo in relazione con un dato ordinamento processuale. L'unicità del giudicante non può dar buoni frutti se non là dove l'alto livello intellettuale e morale dei magistrati sia tale da non far vacillare nell'opinione pubblica quella fiducia nella giustizia, che in generale i profani ricollegano al giudizio collegiale; e sopra tutto non può dar buoni frutti se non là dove il procedimento, nel quale il giudice unico si muove, sia tale da mettere in valore i pregi di questo sistema e da prevenirne i pericoli.

Certo, nessuna persona alla quale stia a cuore l'avvenire della giustizia italiana, può dissimularsi che questi pericoli possono essere assai gravi. Fra le obiezioni più impressionanti che si possono fare al sistema del giudice unico è quella di chi dice che esso viene ad abolire in pratica il principio della giustizia uguale per tutti, perchè d'ora in avanti l'organo giudicante che toccherà a ciascuna controversia potrà essere ottimo o pessimo a seconda delle qualità personali dell'unico suo componente. Il collegio fonde e compensa le qualità dei suoi componenti: l'individualità di ciascuno di essi si coordina e si intona a quella dei colleghi, fino ad equilibrarsi in un livello intellettuale medio. Gli

organi collegiali hanno la grande qualità di rassomigliarsi assai tutti quanti, di tendere tutti quanti all'uniformità: se nel collegio il giudice ottimo rende meno di quello che potrebbe rendere come giudice unico, il giudice meno buono trova in esso il correttivo dei proprî difetti. Nel sistema del giudice unico, invece, le qualità e i difetti personali risaltano in modo violento, e le differenze tra uomo e uomo diventano purtroppo differenze fra giustizia e giustizia. Tutti gli avvocati conoscono in ogni Tribunale magistrati eminenti, ai quali sarebbero lieti di affidare come a giudici unici la decisione delle più difficili controversie; e se, adottandosi un sistema al quale un tempo qualcuno pensò, si potesse lasciare alla concorde designazione delle parti la scelta del giudice unico al quale debba esser affidata la loro causa, è sicuro che presso ogni Tribunale le designazioni cadrebbero immancabilmente su quei due o tre magistrati che tutti gli avvocati conoscono ed apprezzano. Ma poichè questo sistema è praticamente inattuabile per ragioni intuitive, rimane gravissimo nel sistema del giudice unico questo pericolo della diversa giustizia, che va di pari passo col diverso valore dell'uomo che giudica.

Questo pericolo può essere, se non eliminato, gradualmente attenuato attraverso una selezione sempre più rigorosa dei nuovi magistrati; ma prendendo la magistratura italiana così com'è in questo momento, non si può negare che essa risenta in parte, e forse proprio tra i magistrati di primo grado, di quei metodi di reclutamento più affrettati e meno rigorosi che furono adottati durante la guerra e nello immediato dopo guerra, e che non erano certo i più idonei a mantenere il livello intellettuale della magistratura così alto come sarebbe indispensabile per far funzionare il sistema del giudice unico in modo sodisfacente ed adeguato per tutte le cause.

Vero è che, come avverte la Relazione ministeriale (pag. 343-344) le differenze di attitudini e di qualità, che si potranno verificare tra i varî magistrati, saranno tenute presenti dal presidente, al quale spetterà nominare il giudice dopo aver preso visione degli atti e quindi curare nella scelta l'adeguamento del giudice alla difficoltà della causa. Ma non si dimentichi che fu proprio questo potere, dato al presidente, di scegliere *causa cognita* il giudice meglio adatto a decider la controversia, che nel 1913 indusse giuristi sommi come Vittorio Scialoia a ritenere antistatutaria la riforma allora introdotta: in quanto, secondo essi, la facoltà, data al presidente del Tribunale, di nominarlo volta per volta contravveniva al principio costituzionale che ogni causa debba avere il suo giudice precostituito (cfr. Poggi, *Giudice unico*, in *Enc. Giur.*, n. 283).

Tutte queste considerazioni servono a dimostrare che il problema

del giudice unico, per chi voglia esaminarlo con criterî realistici, è, più che un astratto problema di ordinamento giudiziario, un concreto problema di procedimento. Non si tratta di vedere se il giudice unico sia, in sè e per sè, preferibile al collegio, ma si tratta di vedere se il procedimento che il Progetto ha costruito sul presupposto del giudice unico sia migliore o peggiore del procedimento vigente, che presuppone il collegio. Tra un procedimento collegiale che funziona male e un procedimento a giudice unico che funziona bene, la scelta, a nostro avviso, non può esser dubbia.

Quali siano le condizioni alle quali un procedimento deve rispondere per sodisfare le più moderne esigenze della giustizia civile, è già stato, in teoria, fin troppo ripetuto: quando per decennî è stata agitata come segnacolo della riforma la bandiera della « oralità », tutti sanno ormai che sotto questa parola riassuntiva si è inteso indicare, non tanto il trionfo dell'oratoria (chè anzi proprio la semplicità del processo orale servirà a mettere in evidenza la inutilità di certa retorica avvocatesca), quanto la attuazione di quei principî della immediatezza e della concentrazione processuale in virtù dei quali dovrebbe essere abbattuta quella parete di formalismi che il processo scritto inalza tra le parti e il giudice, ed il processo dovrebbe trasformarsi, da gara di destrezza giuocata tra nemici reciprocamente invisibili, in una conversazione a viso aperto « dinanzi a un tavolino » (per adoprare una frase cara a Enrico Redenti), tra persone di buona fede che cercano di chiarire i punti essenziali del loro dissidio e di spiegare direttamente al giudice, nel modo più semplice e più sbrigativo, le rispettive loro ragioni.

Ogni volta che, durante le lunghe discussioni sulla riforma si è esaminata la possibilità di attuare nel processo civile la oralità intesa nel senso suddetto, l'ostacolo addotto come insormontabile è stato quello derivante dalla impossibilità pratica di conciliare la oralità colla collegialità, e sopratutto dalla impossibilità di attuare, senza triplicare il numero dei magistrati di primo grado, la immediatezza della istruttoria dinanzi al collegio. « L'oralità, non assoluta ed esclusiva, ma come « carattere dominante, si adatta meglio al processo che si svolge avanti « un solo giudice », osservava già Lodovico Mortara (Rel., pag. 19).

In verità, che proprio l'adozione della oralità sia inconciliabile col mantenimento del collegio, rimane ancora da dimostrare; in senso contrario si potrebbe addurre non solo il Progetto Chiovenda, ma altresì l'esempio del procedimento civile oggi vigente in Austria e in Germania (specialmente dopo il 1933). Tuttavia, ove proprio si ritenga che, in Italia, il sistema della oralità sia inattuabile, per ragioni sopra tutto finanziarie, nei giudizî collegiali, ben venga dunque l'esperi-

mento del giudice unico, se esso permetterà finalmente l'attuazione di quel procedimento semplice, immediato e concentrato, che è da decennî nei voti della più autorevole dottrina.

A queste condizioni e con queste limitazioni, si può dunque esprimere avviso favorevole alla innovazione fondamentale proposta dal Progetto SOLMI: ma, con ciò, *il punto essenziale della indagine si sposta dall'ordinamento giudiziario al procedimento.* Non si tratta più di risolvere in astratto il problema della preferibilità del giudice unico o del collegio, si tratta di vedere se questo procedimento abbia saputo tecnicamente trarre dal sistema del giudice unico quel massimo rendimento di cui esso è suscettibile nel senso della semplicità, della immediatezza, della concentrazione del processo; si tratta di vedere se questo procedimento abbia saputo adottare le cautele più idonee ad attenuare i pericoli che il giudice unico presenta, e a ristabilire sotto altre forme, abolito il meccanismo equilibratore della collegialità, quelle misure di controllo contro il capriccio e l'impressionismo dei giudicanti, che, giustamente invocate da ENRICO REDENTI, tanto più sembrano indispensabili quando il giudicante è unico, e soggetto, come uomo, a tutte le debolezze inseparabili dall'umana natura.

Non si deve infatti dimenticare che, se il processo che oggi si prepara avrà come sua premessa necessaria l'inalzamento della autorità del giudice, questo provvido rinvigorimento ideale della funzione non produrrà da un giorno all'altro, come per tocco magico, una improvvisa esaltazione delle qualità personali dei funzionarî. I giudici rimarranno, anche dopo la riforma, e certo per molti anni ancora, quelli che sono: e proprio nell'interesse della rinvigorita concezione della giustizia dovrà lo Stato predisporre i mezzi per evitare che le deficenze del funzionario possano screditare quella funzione, che giustamente si vuol riaffermare augusta e preminente. Anche se si guarda alla Germania, dalla quale, secondo quanto si è udito dalla parola di un altissimo Magistrato, si dovrebbero trarre gli auspicî per la riforma processuale italiana (ma certo a guidarci verso la riforma può esser lume sufficiente la nostra tradizione nazionale, alla quale ha sempre saputo inspirarsi la dottrina italiana, rispettosa ma non tributaria del pensiero straniero), si vede che nonostante la tendenza di tutto l'ordinamento germanico, espressa nel cosiddetto *Führerprinzip*, a rafforzare l'autorità ed il senso di responsabilità individuale dei funzionarî ed a limitare la collegialità nella quale tale senso si attenua e si perde, lo stesso *Führerprinzip* non ha tuttavia portato alle estreme conseguenze logiche della abolizione della collegialità nei Tribunali, perchè si è osservato che, se gli individui dotati delle qualità necessarie per assumere in un ufficio la funzione di *Führer* sono naturalmente pochi, non è possibile che tutti i

magistrati oggi idonei a funzionare in collegio possano aver domani le attitudini necessarie per funzionare come giudici unici in funzione di *Führer* del processo (cfr. LENT, in *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 1934, pag. 141).

Il giudice unico impone dunque, proprio per i pericoli di arbitrio che questo istituto presenta, l'adozione di speciali cautele e temperamenti che non sarebbero necessarî col collegio: sopra tutto impone che durante tutta la causa il giudice sia fiancheggiato, e quasi si potrebbe dire sorretto, dalla assistenza dei due patroni, attraverso quella fiduciosa cooperazione che non potrà esser raggiunta se *non quando la dignità degli avvocati sia nel processo altrettanto assicurata quanto quella del magistrato.* Introdurre il giudice unico, e nello stesso tempo deprimere nel processo la funzione degli avvocati vorrebbe dire, proprio nel momento in cui entra in vigore un sistema che ha bisogno di esser frenato e controllato assai più del collegio, annullare quella funzione equilibratrice degli avvocati, che può costituire, se sapientemente utilizzata, il freno più efficace alle manchevolezze del giudicante. L'abolizione del collegio potrà non esser sentita, se nel nuovo processo la opera degli avvocati sarà sapientemente messa in valore, in modo che i due patroni, posti accanto al giudice, possano quasi costituire con lui, praticamente se non ufficialmente, un collegio di tre fiduciosi collaboratori.

Si intende perciò come uno dei punti più delicati per la riuscita del giudice unico sia quella attinente alla disciplina dei rapporti tra giudici e avvocati; su cui avremo occasione di tornare più avanti (n. 27).

§ 2. — SUL PROCEDIMENTO DI PRIMA ISTANZA.

11. - *Schema del procedimento.*

Il procedimento di prima istanza, quale si svolge, secondo il Progetto, col sistema del giudice unico, si può, tanto per intenderci, dividere in quattro fasi: *introduttiva, preparatoria, istruttoria, decisoria.*

a) La fase *introduttiva* si inizia colla citazione (art. 131-132), la quale non è a udienza fissa, ma, come quella dell'antico procedimento formale, deve contenere l'assegnazione di un termine (non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta, art. 132), entro il quale il convenuto deve costituirsi. La costituzione delle parti avviene in cancelleria, mediante deposito della procura e degli atti e documenti del giudizio: l'attore deve costituirsi entro otto giorni dalla eseguita notificazione (art. 143), il convenuto, depositando la comparsa di risposta, entro il termine che la citazione gli assegna (art. 144). Allo atto del deposito della citazione (o della risposta) il cancelliere iscrive

la causa sul ruolo generale (art. 146) e forma il fascicolo d'ufficio (art. 147). Dalla scadenza del termine assegnato al convenuto per depositare la risposta, comincia a decorrere un termine di sessanta giorni (art. 153), entro il quale l'attore o il convenuto possono chiedere, con ricorso al presidente del Tribunale, la designazione del giudice (art. 153); il presidente, « esaminati in base agli atti l'oggetto e la natura della « causa », provvede con decreto e fissa la prima udienza « entro venti « giorni dalla presentazione del ricorso » (art. 154). La cancelleria provvede d'ufficio alla iscrizione sul ruolo d'udienza del giudice designato (art. 156).

b) La fase *preparatoria*, che si svolge dinanzi al giudice ormai investito della causa fino alla decisione (art. 157), si compone di una o più udienze, in numero che la legge non fissa, nelle quali il giudice deve compiere una serie di attività, nel seguente ordine: accertare la regolare costituzione del processo e dare in genere i provvedimenti ordinatorî (art. 159); fare il tentativo di conciliazione (art. 161); invitare le parti a « precisare le rispettive domande, eccezioni e conclusioni « istruttorie e di merito », e richiamare la loro attenzione sulle eccezioni rilevabili d'ufficio (art. 162). Queste attività possono occupare una o più udienze, in ciascuna delle quali il giudice fissa discrezionalmente « di volta in volta » l'udienza successiva (art. 159). Quando finalmente il giudice ritiene che le parti abbiano sufficientemente precisato le domande e le eccezioni, può disporre che avvenga immediatamente in udienza una discussione riassuntiva sulle questioni insorte, ovvero può fissare per la discussione un'altra udienza successiva, nel qual caso « autorizza » le parti a scambiare e a depositare in cancelleria, almeno tre giorni prima dell'udienza, la comparsa conclusionale (art. 165).

c) Segue, sempre dinanzi allo stesso giudice, la fase *istruttoria*, nei casi in cui il giudice non creda di poter senz'altro decidere il merito. L'ammissione di mezzi istruttorî è fatta mediante ordinanza (art. 167), colla quale il giudice stabilisce i termini, le modalità e il luogo della esecuzione delle prove ammesse e « fissa l'udienza nella quale « le parti debbono comparire per l'istruttoria » (art. 172). Insorgendo incidenti nel corso della prova, il giudice li risolve seduta stante con ordinanza (art. 173); come può, con ordinanza, ammettere nuovi mezzi istruttorî che si ravvisino necessarî (art. 176). L'istruttoria deve in ogni caso esaurirsi entro quaranta giorni dal suo inizio: se una proroga è indispensabile, il giudice deve riferirne al presidente (art. 175). Terminata l'istruttoria, il giudice, con sua ordinanza inserita nel verbale, la dichiara chiusa; rinnova il tentativo di conciliazione e fissa l'udienza di discussione (art. 182).

d) La fase *decisoria* può riattaccarsi direttamente alla fase preparatoria qualora non vi sia necessità di disporre mezzi istruttorî (art. 166), ovvero può seguire (art. 182) alla fase istruttoria. La pronuncia della decisione può avvenire, mediante dettatura a verbale del dispositivo, nella stessa udienza di discussione, ovvero entro venti giorni mediante deposito in cancelleria (art. 166). Se il giudice « respinga ec- « cezioni pregiudiziali senza decidere in merito sulla domanda » ovvero « ammetta mezzi istruttorî o dia provvedimenti per effetto dei quali « il giudizio debba continuare davanti a lui » (art. 167) emette una *ordinanza;* se « decide in merito sulla domanda, o accoglie alcuna delle « eccezioni pregiudiziali, ovvero per qualsiasi altro motivo dichiara « di non potere pronunciare sul merito », emette una *sentenza* (art. 169). Può anche, in certi casi, pronunciare una sentenza *parziale,* che decida definitivamente solo alcuni capi della domanda, mentre sugli altri sono disposti, con separata ordinanza, mezzi istruttorî (art. 170).

12. - *Le udienze.*

Lo schema del procedimento, qual'è sopra descritto, presenta pregi notevoli di semplicità, il cui merito risale a due innovazioni: l'adozione del giudice unico, che permette di evitare quei continui viaggi di andata e ritorno tra giudice delegato e collegio, di cui si complica il vigente procedimento istruttorio; e l'adozione della distinzione fra ordinanze istruttorie e sentenze definitive, col conseguente divieto di impugnativa separata delle prime (art. 169), che permette di evitare i noti inconvenienti ai quali dà luogo nel processo attuale la separata appellabilità delle interlocutorie.

La fase introduttiva del giudizio sembra, a parte l'osservazioni che si faranno in seguito sulle varie preclusioni delle deduzioni difensionali, ben congegnata: la riesumazione della citazione con assegnazione di termine del vecchio procedimento formale appare felice, perchè evita di ingombrare l'udienza con cause che non abbiano già avuto, fuori d'udienza, una prima, per quanto sommaria, istruzione scritta.

Qualche maggior precisione di disposizioni si desidererebbe invece per le fasi successive: le quali, quantunque nella descrizione schematica che sopra ne abbiamo fatta siano state menzionate distintamente per chiarezza di esposizione, in realtà nel testo del Progetto appaiono regolate in modo assai confuso.

Sarebbe indispensabile, innanzi tutto, precisare che cosa il Progetto intenda per « udienza » dinanzi al giudice unico. E' noto che nel procedimento attuale la denominazione di « udienza » è riservata a quella trattazione della causa che si svolge in forma solenne dinanzi al collegio (art. 348-355 Cod. proc. civ.), e che gli atti istruttorî che si

eseguono dinanzi al giudice delegato sono espressamente designati dalla legge (art. 207-208 Cod. proc. civ.) come atti *da non eseguirsi all'udienza,* e non soggetti quindi alle forme solenni che l'udienza richiede. Ora nel procedimento col giudice unico questa distinzione tra la udienza solenne dinanzi al collegio e la comparizione non solenne dinanzi al giudice delegato, non può più esistere. Il Progetto chiama « udienza » tanto la prima che serve a verificare la regolare costituzione del giudizio e a determinare le questioni da risolvere (art. 159-162), quanto le successive di carattere istruttorio (art. 175 cpv. ultimo) e la finale riservata alla discussione (art. 165). Nella terminologia del Progetto ogni comparizione delle parti dinanzi al giudice si chiama *udienza.* Ma in quali forme e in che sede avverranno tali « udienze »? Avverranno tutte nello stesso modo e nello stesso luogo? Ogni comparizione dinanzi al giudice avverrà in un'aula, o avverrà nell'ufficio del giudice? Dovranno il giudice ed i patroni indossare la toga? O vi sarà una certa diversità di forme e di solennità tra la udienza preparatoria e le udienze istruttorie da una parte, e, dall'altra, quella finale destinata alla discussione? Qualche differenza pratica tra diversi tipi di udienze, più solenni e meno solenni, pare ammessa dallo stesso Progetto, se esso (art. 177) consente alle parti, nonostante che di regola dinanzi ai Tribunali il ministero del procuratore sia obbligatorio (art. 19), di assistere alle udienze istruttorie senza i procuratori. Ma in proposito sono necessarî maggiori chiarimenti: le disposizioni degli art. 54 e segg. del Progetto, che parlano in generale « delle udienze », si applicano anche alle udienze istruttorie? Le udienze del giudice unico *sono pubbliche*? Pensiamo che a tale domanda si potrebbe senza danno dare risposta negativa per le udienze istruttorie; ma per tutte le altre, sarebbe bene fare esplicita menzione di quel principio fondamentale della pubblicità delle udienze, che è consacrato nello Statuto del Regno e che è ripetuto nell'art. 52 del vigente Codice di procedura civile.

Per rispondere a questi varî quesiti sarebbe necessario prima di tutto che le disposizioni concernenti le udienze dinanzi al giudice unico fossero formulate in modo più chiaro, e raggruppate con un ordine più evidente.

Si dovrebbero chiaramente distinguere, possibilmente con diverse denominazioni, i diversi scopi ai quali possono servire le varie udienze. Dagli art. 159-161-162 non si capisce bene se la prima udienza debba avere soltanto una funzione *preliminare* (esame della regolare costituzione del processo e provvedimenti relativi), e se la funzione *preparatoria* (del merito) di cui parla l'art. 162, sia riservata a una diversa udienza, o alla medesima. Se il Progetto ha inteso disciplinare con questi articoli due udienze diverse, allora sarebbe bene, per chiarezza,

denominarle diversamente (udienza *preliminare* e udienza *preparatoria*) e stabilire che il tentativo di conciliazione segua nella seconda, dato che esso può più agevolmente inserirsi in quell'esame delibativo del merito che il giudice compie in base all'art. 162. Se poi si tratta, secondo il Progetto, di una udienza sola, allora sembra indispensabile enumerare con capi distinti quali sono gli atti ai quali questa udienza è destinata (cfr. un modello di consimile disposizione nell'art. 114 del Pr. CHIOVENDA), e non confondere, come fa il Progetto agli art. 157-162, le disposizioni che stabiliscono quali sono i poteri del giudice con quelle che dovrebbero invece indicare il momento del procedimento (udienza) nel quale debbono esser compiuti gli atti in esplicazione di tali poteri.

Ma la necessità di avere idee chiare intorno alla disciplina della udienza dev'essere tenuta presente non soltanto per le ragioni di tecnica legislativa finora accennate, ma altresì perchè all'ordinamento delle udienze sono connessi una quantità di problemi concernenti l'ordinamento amministrativo dei Tribunali, dalla soluzione dei quali può darsi che dipenda in ultima analisi la buona riuscita della riforma. Il Progetto, nella parte in cui regola l'udienza dinanzi al giudice unico, suppone naturalmente che il giudice sia investito di una causa, e ci mostra quest'unica causa in tutte le sue fasi processuali fino alla decisione definitiva; ma in realtà, col dissolvere l'udienza collegiale in tante udienze individuali, bisognerà necessariamente che ciascun giudice sia investito contemporaneamente di più di una causa, e che contemporaneamente si svolgano nello stesso Tribunale udienze separate, presso ciascuno dei giudici unici che ne fanno parte. Questo significherà necessariamente moltiplicazione dei locali, e moltiplicazione dei cancellieri e del personale ausiliario. Se oggi in un Tribunale in cui si abbiano tre sezioni civili possono bastare tre aule e tre cancellieri per le loro udienze, domani, trasformando l'udienza da collegiale in individuale, occorreranno nove aule e nove cancellieri invece di tre.

Si vede che il problema del giudice unico rischia così di trasformarsi, da problema processuale, in problema finanziario e perfino in problema edilizio; perchè se con un po' di fantasia poetica si arriva a immaginarsi il Tribunale, funzionante col sistema del giudice unico, come un alveare in cui tutti i giudici contemporaneamente rendono giustizia ciascuno lavorando nella propria celletta, bisognerà pure che per ciascun giudice vi sia una celletta, ossia, per uscir dall'idillio, una stanza d'ufficio, nella quale non solo esista il necessario per svolgere una prova o un dibattimento, ma esista altresì quella austerità e quella signorilità di arredamento, senza le quali lo stesso decoro della funzione rimarrebbe menomato (cfr. REDENTI, *Com.*, pag. 10-11). La diffi-

coltà di istituire altrettante « camere giudiziarie » quanti saranno in ogni Tribunale i giudici in funzione, fu già rilevata da Lodovico Mortara, nel discorso inaugurale dell'anno giudiziario tenuto alla Cassazione di Roma il 6 novembre 1913, come uno dei più serî ostacoli da superare per arrivare al buon funzionamento del giudice unico.

D'altra parte, se ogni giudice dovrà contemporaneamente essere investito di più cause, e forse, nei grandi Tribunali, di qualche diecina di cause, c'è da temere che le cure del giudice unico, che il Progetto ci rappresenta come attento e quasi affezionato custode dall'inizio alla fine della causa a lui affidata, vadano inevitabilmente disperse tra i varî processi in corso dinanzi a lui; e che la sua vigilanza, divisa tra tanti fascicoli e tra tante udienze, si attenui e si trasformi in una stanca passività burocratica.

Questo è indubbiamente uno dei punti più delicati e più importanti della riforma; dalla soluzione pratica che si darà a questi problemi dipenderà anche il livello e per così dire il « tono » della giustizia civile, quale risulterà dall'adozione del nuovo sistema: dalla sapiente distribuzione degli ambienti e dalla buona disciplina degli orarî d'ufficio deriverà, forse più che dalla affermazione di principî teorici, la possibilità di avvicinare veramente le parti al giudice, senza con questo togliere alla funzione giudiziaria quel certo decoro di forme che le è indispensabile, e la possibilità di ottenere che la cooperazione intelligente e volenterosa del giudice su tutto lo svolgimento della causa non sia scritta soltanto sul Codice.

Non si dimentichi, infine, che dalla risoluzione che si darà ai problemi pratici sopra accennati dipenderà anche la possibilità per i professionisti legali di organizzare il loro lavoro in modo da poter seguire varie cause, contemporaneamente pendenti dinanzi a diversi giudici unici: si ricordi che anche in Germania, dove, pur mantenendosi al collegio la fase decisoria, la fase istruttoria è affidata normalmente, dopo le Novelle del 1924 e del 1933, al giudice unico (delegato dal collegio), si è rilevata la grande difficoltà in cui si trovano gli avvocati di seguire passo per passo le istruttorie orali in corso dinanzi a diversi giudici delegati, forniti all'incirca di quegli ampî poteri che dovrebbe avere, secondo il Progetto, il nostro giudice unico (cfr. Krauss, in *Zeit. der Akademie* cit., pag. 217 e segg.).

13. - *Sentenze e ordinanze.*

Uno dei caratteri tipici del nuovo procedimento è quello che la Relazione ministeriale chiama la abolizione dei giudizî incidentali (pag. 338): ogni qualvolta nel corso del processo si presenti alcuna di quelle questioni, attinenti al processo o alle prove, che nel processo

attuale darebbero luogo a una sentenza interlocutoria separatamente impugnabile, il Progetto stabilisce che il giudice unico la risolva con ordinanza (art. 167), mentre la sentenza è riservata, di regola, alla decisione del merito (art. 169). Il principio fondamentale al quale si inspira la distinzione fra ordinanza e sentenza, è dunque quello della contrapposizione tra questioni attinenti al processo e questioni attinenti al merito; ma tale criterio non è sempre seguito rigidamente, perchè anche una questione attinente al processo deve essere risolta mediante sentenza, quando il giudice accolga alcune delle eccezioni pregiudiziali. Il criterio di distinzione tra ordinanze e sentenze viene allora ad essere praticamente quest'altro: che la forma di sentenza è riservata a quella pronuncia che « chiude uno stadio del processo » (Relaz., pag. 351: cfr. art. 169, 170) mentre la forma di ordinanza è riservata a quelle pronuncie dopo le quali il processo deve continuare a svolgersi dinanzi allo stesso giudice (« quando respinga eccezioni « pregiudiziali senza decidere in merito sulla domanda, ovvero quando « ammetta mezzi istruttorî o dia provvedimenti per effetto dei quali « il giudizio debba continuare dinanzi a lui »: art. 167). E' strano che il Progetto non dica con formula generale che con ordinanza si debba provvedere sempre, quando le parti siano d'accordo (cfr. Pr. CARNELUTTI art. 257; Pr. riv., art. 249): ipotesi considerata indirettamente solo nel procedimento d'appello (art. 360).

Il sistema proposto dal Progetto si ispira evidentemente a quel principio della inimpugnabilità separata delle interlocutorie, che è, com'è noto, uno dei canoni del processo orale, e che già si trova attuato anche nel diritto italiano nel procedimento del lavoro e in altri procedimenti speciali. Ma il Progetto ha voluto fare un passo ulteriore: in quanto, tenendo presente analoghe disposizioni del Progetto MORTARA (art. 61-63) e del vigente processo penale (art. 438 Cod. proc. pen.) ha addirittura abolito la categoria delle sentenze interlocutorie ed ha riservato alle pronuncie interlocutorie la forma della ordinanza.

Che questa innovazione costituisca veramente una semplificazione si può, almeno sotto qualche aspetto, dubitare. La regola che, nel procedimento del lavoro ed in altre leggi complementari, vieta la impugnazione separata delle sentenze interlocutorie, non importa praticamente altra conseguenza che questa: che la impugnazione contro la interlocutoria viene semplicemente rimandata a dopo la pronuncia della sentenza definitiva, senza che il differimento della impugnazione importi comunque, a tempo debito, limitazione della medesima.

Nel sistema del Progetto, invece, la impugnazione delle ordinanze è non soltanto differita, ma grandemente limitata. L'ordinanza (a differenza delle sentenze interlocutorie del processo attuale) è essenzial-

mente modificabile e revocabile dallo stesso giudice che l'ha emanata: la risoluzione di questioni in essa contenute non lo vincola nella decisione definitiva del merito (art. 167) (2). Data questa mutabilità e revocabilità che la ordinanza conserva fino alla pronuncia della sentenza definitiva, è evidente che, solo dopo la pronuncia di questa, la parte potrà verificare se la ordinanza ha avuto una efficacia causale nella decisione del merito, e solo allora potrà accorgersi se sia opportuno impugnarla insieme colla sentenza definitiva; il che porterebbe a stabilire non solo la regola che contro le ordinanze non si debba mai consentire impugnazione separata (art. 168 primo comma), ma altresì la regola che contro le ordinanze si possa sempre, in quanto esse abbiano avuto efficacia causale sulla decisione di merito, proporre impugnazione congiunta con quella proposta contro la sentenza definitiva. Viceversa il Progetto, nei capoversi primo e secondo dell'art. 168, condiziona la impugnabilità della ordinanza (congiuntamente colla sentenza definitiva) ad un'altra formalità: consistente nella proposizione, nel termine di tre giorni dalla pronuncia della ordinanza, del reclamo dinanzi allo stesso giudice che l'ha emanata, il quale reclamo « dovrà « essere esaminato dal giudice congiuntamente al merito, sempre che « la parte nelle sue conclusioni finali ci faccia espresso richiamo » (cfr. art. 360). Tutto questo sembra una inutile complicazione: si dia pure alla parte la facoltà di proporre reclamo contro la ordinanza dinanzi allo stesso giudice che l'ha emanata, allo scopo di eccitare quel potere di revocarla o di modificarla che egli conserva fino alla pronuncia definitiva (ma perchè limitare entro un termine questa facoltà, se il giudice, anche dopo decorso quel termine, conserva il potere di revocarla d'ufficio?); ma non si condizioni la impugnabilità della ordinanza dinanzi al giudice superiore (insieme colla sentenza definitiva, si intende) alla previa proposizione del reclamo allo stesso giudice, perchè si tratta di istituti assolutamente indipendenti. Tutt'al più si imponga alla parte l'onere di dichiarare, nel primo atto di difesa successivo alla ordinanza, la riserva di impugnarla insieme colla sentenza (Pr. MORTARA, art. 62).

D'altra parte la distinzione di forma tra sentenze e ordinanze può produrre altre complicazioni: non solo perchè, nel caso di sentenze definitive parziali (art. 170) il giudice deve contemporaneamente emettere due provvedimenti, una sentenza ed una ordinanza, che, avendo ciascuno diversa natura e diverse condizioni di impugnabilità, potranno

---

(2) Secondo l'ultimo capoverso dell'art. 360 le ordinanze del collegio in appello sono sempre revocabili « salvo che siano state date sull'accordo delle parti, « purchè in questo caso non ostino motivi rilevabili d'ufficio ». Questa disposizione riguarda anche le ordinanze del giudice unico?

dar luogo nella pratica a incertezze facilmente prevedibili; ma anche perchè potrà accadere, in quei numerosi casi limite in cui è discutibile se la questione sottoposta al giudice sia di quelle che devono essere decise con ordinanza o di quelle che devono essere decise con sentenza, che il giudice pronunci ordinanza là dove avrebbe dovuto pronunciare sentenza, o viceversa. In tali casi, come si regolerà la impugnabilità della pronuncia? Quali garanzie si daranno alla parte per assicurarle che il giudice osservi la forma di pronuncia che la legge prescrive?

Si avverta infine che, se si vorrà mantenere nel testo definitivo questa rigida distinzione tra ordinanze e sentenze, bisognerà sottoporre a diligente revisione tutte le disposizioni del nuovo Codice per verificare se questi due tipi di provvedimenti siano sempre menzionati in modo corrispondente al loro significato. Gli articoli nei quali può sembrare che il Progetto parli di ordinanza là dove, in applicazione dei principî sopra ricordati, parrebbe più proprio parlare di sentenza, o viceversa, sono numerosi.

Alcuni esempî: se il giudice successivamente adito accoglie la eccezione di litispendenza, parrebbe, secondo la regola dell'art. 169, che dovesse pronunciare una sentenza: invece, secondo il cpv. ultimo dell'art. 118, pronuncia una ordinanza (revocabile? impugnabile?).

Nell'art. 130 si trova che la pronuncia, colla quale la Corte d'appello regola la competenza, è una « ordinanza »; la quale poi, contrariamente al disposto dell'art. 168, è impugnabile per cassazione (cfr. anche art. 121).

Anche più singolare è la disposizione che si legge nell'art. 78: essa, traendo forse la prima inspirazione da quell'articolo del Progetto Chiovenda (art. 85 cpv.) il quale, conformemente alle leggi germanica e austriaca, vietava la impugnativa separata delle sentenze per il solo capo concernente le spese, stabilisce che contro quel capo della sentenza definitiva che liquida le spese « è data opposizione davanti allo « stesso giudice, entro dieci giorni dalla notificazione del provvedi- « mento che la contiene. Il giudice, udite le parti, provvede con ordi- « nanza non impugnabile ». Ora, senza dire che manca ogni norma sulla forma e sul procedimento di tale opposizione, è certo che non si riesce facilmente a concepire come il capo di una sentenza definitiva (la quale non può essere mai modificata, salvo la revocazione o l'opposizione, dallo stesso giudice che l'ha pronunciata) possa essere modificato dallo stesso giudice *mediante ordinanza* (3). Che una sentenza

(3) Diverso è il caso della correzione (art. 306), che può esser disposta mediante ordinanza, perchè non ha lo scopo di modificar la sentenza, ma anzi di chiarirla.

modifichi una ordinanza, è normale; ma non il contrario! D'altra parte l'art. 78 parla di ordinanza « non impugnabile »; ma se la sentenza, di cui faceva parte il capo concernente le spese, è impugnata e riformata in appello sugli altri capi principali di merito, che cosa avverrà della ordinanza « non impugnabile » che ha provveduto sulle spese? Colui che fu soccombente in primo grado dovrà, in ossequio a tale non impugnabilità, pagar le spese anche se in appello è vincitore?

Si può anche seriamente dubitare se in numerosi casi in cui le decisioni del giudice possono avere conseguenze irrimediabili sul merito (art. 279, 164) e pregiudicare diritti di terzi (art. 188, 444, ecc.) sia sufficiente garanzia di giustizia la semplice ordinanza « non soggetta a impugnazione »; tanto più che non è detto come questo assoluto divieto di impugnazione si concilii in questi casi col potere di modificazione d'ufficio, di cui all'art. 167.

14. - *Regolamento di competenza.*

L'unico caso nel quale il Progetto ammette che il corso del processo sia interrotto da una fase incidentale, è quello del regolamento di competenza. Date le profonde innovazioni che il Progetto introduce su questo punto, sembra opportuno farne oggetto di speciale indagine.

E' noto che contro le complicazioni alle quali possono dar luogo nel processo attuale le questioni di competenza, (aggravate dal principio che ogni giudice è solo competente a decidere sulla propria competenza e che di conseguenza la pronuncia sulla competenza emessa da un giudice non ha efficacia vincolante per gli altri giudici) i progetti di riforma processuale hanno suggerito diversi rimedî.

Il Progetto Chiovenda (art. 73-74: cfr. relaz. §§ 119-120) proponeva di sopprimere il principio oggi vigente che riserva ad ogni giudice la competenza sulla propria competenza, e di dare alla pronuncia diventata definitiva sulla competenza efficacia vincolante per gli altri giudici, con facoltà per le parti di chiedere il regolamento di competenza prima che la pronuncia fosse diventata definitiva. Il Progetto Mortara, mentre dava anch'esso questo carattere vincolante alla pronuncia sulla competenza (art. 67), proponeva che le sentenze pronunciate in primo grado sulle questioni di competenza separatamente dal merito fossero soggette *direttamente* al ricorso per cassazione (art. 69). Il Progetto Carnelutti disponeva che « la eccezione di incompetenza si « abbia come non proposta se chi la propone non designi il giudice, « che ritiene competente a decidere sulla domanda » (art. 213); e, appena proposta una questione di competenza dava adito al regolamento di competenza dinanzi al giudice superiore (art. 214). Queste diverse cautele si trovano coordinate e rafforzate nel Progetto Redenti (art.

173-193) alle disposizioni del quale sembra che in questa parte il Progetto preliminare siasi sopratutto inspirato, sia pure, assai spesso, perdendo in precisione per troppo amor di brevità.

Secondo il Progetto preliminare le eccezioni di incompetenza si distinguono in tre gruppi: *a*) le eccezioni di difetto di giurisdizione (art. 115) e incompetenza inderogabile del giudice « perchè di grado « inferiore a quello competente » (art. 116), sono proponibili in qualunque grado e stato del giudizio, e rilevabili anche d'ufficio; *b*) altre eccezioni di incompetenza inderogabile, sono proponibili, e rilevabili anche d'ufficio, in qualunque momento *del giudizio di primo grado;* c) in ogni altra ipotesi la eccezione di incompetenza deve proporsi « a pena di decadenza, nella prima udienza del giudizio di primo « grado », e se si tratta di eccezione di incompetenza territoriale « si « ha come non proposta, se il convenuto non designi il giudice che « ritiene competente » (art. 116).

Se, prima di esaminare le disposizioni relative al regolamento di competenza (art. 122-130), si integra l'argomento colle disposizioni degli articoli concernenti il procedimento in generale, si deve ritenere che sulle eccezioni di incompetenza proposte nei termini suddetti il giudice debba pronunciare ordinanza per respingerle (art. 167) e sentenza per accoglierle (art. 169). Ma vi sono anche casi in cui il giudice si può dichiarare incompetente con ordinanza, come nel caso di incompetenza sopravvenuta (art. 121: come si concilia coll'art. 85?). D'altra parte, quando il giudice respinge la eccezione di incompetenza, e quindi si dichiara competente, può darsi che si limiti a decidere la questione di competenza (e allora pronuncia ordinanza), ovvero che decida la questione di competenza insieme col merito (e allora pronuncia sentenza).

In tutte queste varie ipotesi le impugnative dei provvedimenti del giudice si regolano in modo diverso:

a) se il giudice ha dichiarato la propria incompetenza, l'unico rimedio proponibile è il regolamento di competenza (art. 122, 1° comma); ma i termini per proporre questo rimedio variano, secondo che la pronuncia sia (di regola) una sentenza, ovvero, in casi eccezionali (art. 128), una ordinanza;

b) se il giudice ha dichiarato la propria competenza senza decidere il merito (ordinanza), la parte che aveva proposto l'eccezione di incompetenza può proporre contro l'ordinanza il regolamento di competenza (art. 122, 3° comma);

c) se il giudice ha dichiarato la propria competenza decidendo anche il merito (con sentenza), la parte soccombente nel merito ha due vie: può proporre il regolamento di competenza sulla sola questione

di competenza, ovvero può impugnare la sentenza nei modi ordinarî (art. 124); ma, in quest'ultimo caso il regolamento di competenza può esser chiesto dall'altra parte.

Ma con queste ipotesi (ciascuna delle quali può scomporsi in diverse subipotesi) non si esaurisce la serie: ad altre ipotesi infatti può dar luogo il « difetto di giurisdizione » di cui parlano gli art. 81, 115, 123, i quali peraltro non precisano che cosa si debba intendere qui esattamente per difetto di giurisdizione: se ci si voglia riferire al solo caso di difetto di giurisdizione di qualsiasi autorità giudiziaria di fronte alle attribuzioni della autorità amministrativa, ovvero anche al caso di conflitto di competenza tra autorità giudiziaria ordinaria e giurisdizioni speciali, e perfino (si potrebbe pensare) al caso di incompetenza internazionale. In ogni modo, qualunque significato si dia alla espressione « difetto di giurisdizione », è certo che per esso il Progetto stabilisce uno speciale regolamento, che arricchisce la serie delle ipotesi nel modo seguente:

d) ciascuna parte può, in qualunque momento, chiedere la sospensione del giudizio e ricorrere direttamente alle Sezioni Unite della Cassazione per la decisione della questione (art. 115);

e) se le parti non si valgano di questo rimedio sbrigativo, contro la pronuncia del giudice « che implichi questioni di difetto di giuri- « sdizione dell'autorità giudiziaria » non è ammesso regolamento di competenza; « essa può essere impugnata soltanto con i mezzi ordinarî, « salvo quanto è disposto nell'art. 115 » (art. 123).

Basta la semplice enunciazione di queste ipotesi, per far intendere come tali disposizioni, dettate nel lodevole intento di abbreviare il processo e di ridurre al minimo le ingombranti e affaticanti questioni di competenza, rischino di rendere la materia della competenza una selva sempre più intricata. Solamente per distinguere quale delle varie ipotesi previste dalla legge si verifichi nel caso concreto, e quindi per stabilire se la pronuncia sulla competenza sia impugnabile o no, ed in che forma, sorgeranno tali e tante di quelle incertezze e di quelle dispute da far rimpiangere il processo attuale come modello di semplicità. Una delle cause più evidenti di complicazioni nel sistema proposto dal Progetto è, se non ci inganniamo, la possibilità che sulle questioni di competenza decise dal giudice di primo grado siano, secondo i casi, esperimentabili due diversi rimedî: i mezzi ordinarî di impugnazione in certi casi, ed, in altri, il procedimento speciale di regolamento di competenza. Se, infatti, questo è l'unico rimedio ammissibile contro la pronuncia del giudice che si sia dichiarato incompetente (art. 122, 1° comma), in altri casi, quando il giudice si è dichiarato competente, la parte ha la scelta tra il regolamento di competenza

e l'appello. E mentre, ove sia esperimentato il regolamento di competenza, la pronuncia della Corte d'appello che provvede sul medesimo è impugnabile (quantunque sia una semplice ordinanza: art. 130) mediante ricorso in cassazione, viceversa, ove la pronuncia sulla competenza sia impugnata con semplice appello, la sentenza di secondo grado che confermi la sentenza del primo giudice respingendo la eccezione di incompetenza relativa, non è denunciabile in cassazione (art. 116, 1° e ultimo capoverso). Tutto questo aumenterà certamente le difficoltà e le complicazioni del nuovo procedimento.

A parte i dubbî che si possono sollevare di fronte a questa molteplicità di casi e sottocasi e delle varie ipotesi di concorrenza di rimedî diversi, sembra che lo stesso procedimento del regolamento di competenza, in sè considerato, avrebbe bisogno di esser disciplinato in modo più chiaro. L'art. 126 lascia non regolata la ipotesi che la questione di competenza sia sollevata per la prima volta dinanzi ad una Corte di appello, e che una parte voglia ricorrere contro la decisione della Corte di appello che decide tale questione: proporrà l'ordinario ricorso in cassazione, o proporrà alla Corte di cassazione il regolamento di competenza nelle forme stabilite dal cpv. dell'art. 130? D'altra parte come si concilia l'art. 125, coll'ultimo periodo dell'art. 116 (« tale competenza non può più essere contestata »)? E le osservazioni potrebbero continuare.

15. - *Caratteri generali del procedimento*: a) *Semplicità.*

La descrizione schematica, che abbiamo fatta precedentemente, della struttura del nuovo procedimento, ci permette ora di esaminarne in generale i caratteri.

a) Se si osservano ad uno ad uno i varî atti di cui il procedimento si compone, troviamo in essi, ponendoli a confronto cogli atti del procedimento vigente, una notevole e quasi costante *semplificazione di forme*. Formalismi inutili ed invecchiati del procedimento attuale sono stati soppressi, ed eliminati così in gran parte i pretesti per le insidiose e stancanti eccezioni di nullità. Le disposizioni degli art. 66-69 sulle nullità degli atti processuali sono un progresso su quelle vigenti: notevoli semplificazioni del procedimento si conseguiranno attraverso la facoltà data al giudice (art. 159) di invitare le parti a integrare ed a render regolari gli atti che riconosca viziati; e innegabili risparmi di tempo e di denaro deriveranno dalla istituzione del *fascicolo d'ufficio* (art. 157, se si intenderà la grande importanza di questa innovazione e se considerazioni d'ordine fiscale non interverranno ad annullarne i vantaggi (cfr. Pr. Chiovenda, art. 103-104; e Rel. § 70). Opportunamente è stato contemplato dal Progetto l'uso nel processo di quei

mezzi meccanici di comunicazione che tanta importanza hanno assunto nella vita moderna (per es. l'uso del telegrafo, art. 59); ma forse in proposito si sarebbe potuto fare qualcosa di più, per mettere meglio in armonia col veloce ritmo della civiltà moderna le forme del nuovo processo. Non si capisce perchè non sia contemplato, come mezzo di riproduzione delle risposte dei testimoni o delle parti, l'uso, sia pure eccezionale, del grammofono; e perchè non si faccia parola della stenografia (CHIOVENDA, Rel. § 116). Come mezzo di pubblicità di certi atti processuali si potrebbe introdurre l'uso della radio (art. 139, 142); e in generale sarebbe altresì desiderabile la introduzione di quei moduli a stampa, da cui il Progetto CHIOVENDA giustamente sperava una notevole diminuzione del lavoro di cancelleria (art. 83-93-100, 105: e § 122 Rel.).

16. - b) *Concentrazione.*

Un altro carattere del nuovo processo, sulla importanza del quale ha giustamente insistito il Guardasigilli, è quello della *celerità*: che può voler dire *concentrazione* delle attività processuali e specialmente del dibattimento, in un'unica udienza o in poche udienze successive o molto ravvicinate. Si deve riconoscere in generale che il nuovo processo, così com'è costruito, non solo sarà più celere del presente per la abolizione della impugnabilità separata delle interlocutorie, ma avrà anche, indipendentemente dagli incidenti, un decorso cronologico più rapido di quello del processo attuale. I termini entro i quali sono ristrette le varie fasi del procedimento sono, in generale, assai brevi: alcuni potranno anche riuscire troppo brevi, sopra tutto in vista del loro carattere preclusivo, come ad esempio quello dato al convenuto per rispondere, che in certi casi può essere ridotto a dieci giorni decorrenti dalla notificazione della citazione (art. 132), in modo che al convenuto, per preparar la sua difesa dopo aver potuto consultare la documentazione depositata dall'attore al momento della costituzione (art. 143), non rimarranno che *due soli giorni!* Eccessivamente brevi sembrano anche i termini per il regolamento di competenza.

Tuttavia, con questa evidente tendenza di tutto il Progetto ad accelerare i tempi del processo, sembrano non intonarsi certi non necessarî rallentamenti che si riscontrano in alcune fasi: dopo che le parti si sono costituite in gran fretta sotto l'urgenza dei termini incalzanti colla minaccia di sanzioni pecuniarie, il corso del procedimento improvvisamente si impigrisce, e, nonostante che tutt'e due le parti abbiano già depositato in cancelleria i loro fascicoli completi ai quali di regola altro non possono aggiungere, il processo ristagna in una pausa di sessanta giorni (art. 153), durante la quale le parti possono

ritardare la presentazione del ricorso al presidente per la designazione del giudice. A chi debba giovare questo termine di sessanta giorni, non è facile dire: non certo alle parti, che ormai, depositate le loro scritture defensionali e i loro documenti, non hanno altro da fare che attendere la designazione del giudice; non al giudice, che, non essendo ancora designato, non potrà profittare di questo termine per studiare la causa, di cui ancora non è investito.

D'altra parte qualche pericolo di ristagno, che metterebbe in forse tutti i vantaggi della concentrazione, si può verificare, dopo che il giudice è stato investito della causa, in quella successione di udienze, in numero non precisato, attraverso le quali il giudice può frazionare a suo arbitrio lo svolgimento della causa. La necessità di meglio determinare la funzione delle varie udienze si è già rilevata (n. 12): qui si osserva che se si vuol conservare al processo il vantaggio fondamentale della concentrazione, bisognerà prescrivere che le varie udienze, tra le quali il processo può esser frazionato, siano in numero limitato e si tengano in giorni successivi o tra loro molto vicini. Il Progetto (si è già detto) regola il procedimento come se il giudice non avesse da occuparsi che di una sola causa, e a quella potesse dedicare tutte le sue cure e tutto il suo tempo; ma siccome in realtà ogni giudice si dovrà contemporaneamente occupare di diecine di cause, non vorremmo che la possibilità data dalla legge al giudice di moltiplicare in ogni processo il numero delle udienze, fissandole anche a distanza di settimane l'una dall'altra, possa, quando il lavoro giudiziario sarà più intenso, servire al giudice come mezzo per rinviare di udienza in udienza le cause in attesa di aver tempo disponibile per occuparsene. E' noto che, quantunque sia vezzo comune quello di attribuire allo spirito temporeggiatore degli avvocati l'abuso dei rinvii di cui soffre il processo vigente, tuttavia, specialmente in certi periodi dell'anno e in certi Tribunali più carichi di lavoro, sono proprio gli avvocati che debbono combattere per scongiurare il differimento delle cause, desiderato dal giudice. Bisogna evitare a tutti i costi che nel nuovo procedimento l'udienza torni ad essere sinonimo di rinvio: e ci sembra che la fase più pericolosa da tener d'occhio sia quella preparatoria, perchè, una volta ammesse le prove e iniziata la fase istruttoria, funzionerà ad evitare i rinvii il termine dell'art. 175.

17. - c) *Impulso processuale.*

Il Progetto, pur introducendo l'impulso d'ufficio per diversi atti che nel processo attuale sono affidati all'impulso di parte (per es. per le notificazioni dei provvedimenti preparatorî e istruttorî: art. 156,

art. 48, 128, ecc.), mantiene in sostanza la prevalenza dell'impulso di parte; ma introduce una quantità di cautele per evitare che le parti si servano del potere di impulso, ad esse riservato, per mandare in lungo il processo.

Principio fondamentale è questo: che, ove l'impulso di parte manchi nei varî momenti in cui esso è necessario per tenere in moto il procedimento, questo non si arresti (come avviene nel processo attuale), ma senz'altro *si estingua*. Si hanno perciò nel Progetto una quantità di casi di *estinzione* del procedimento, non conosciuti dalla legge attuale: verificandosi i quali, cessano senz'altro gli effetti della litispendenza, che invece nel processo vigente cessano soltanto quando sia decorso in assoluta inerzia delle parti il periodo necessario per il compiersi della perenzione. Secondo il Progetto, il processo si estingue se nessuna delle parti si costituisce nel termine stabilito (art. 152); se nessuna delle parti chiede nel termine la designazione del giudice (art. 153); se nessuna delle parti comparisca nella nuova udienza che il giudice fissa quando una qualsiasi udienza del procedimento sia andata una prima volta deserta (art. 295); quando le parti non provvedono, nel termine perentorio stabilito dalla legge o dal giudice, a compiere gli atti necessarî per la riassunzione, continuazione e integrazione del giudizio (art. 293).

Accanto a questi casi di estinzione del processo a causa della inattività delle parti, si hanno poi quei casi di estinzione che conosce anche il diritto vigente, quale il componimento della controversia, che fa cessare la materia del contendere (art. 163), e la rinuncia agli atti del giudizio, accettata dalla controparte (art. 292). Il Progetto non conosce la perenzione; o per dir meglio rende molto più severa ed immediata la perenzione, in quanto gli effetti estintivi della medesima si verificano per il solo fatto di una singola inattività delle parti in uno qualunque dei varî termini perentorî del procedimento, indipendentemente dal decorso di quel lungo periodo di inerzia che è condizione della perenzione nel processo vigente.

Il Progetto introduce però, a imitazione del processo germanico (§ 251 *Ruhen des Verfahrens*) l'istituto della *sospensione del processo concordata tra le parti*, la quale, accanto alla sospensione per ragioni di ufficio o per la pendenza di altro giudizio connesso (art. 282), può essere ordinata dal giudice « per una volta sola e per periodo non su- « periore a due mesi... su richiesta anche verbale fatta d'accordo dalle « parti personalmente » (art. 281). Decorso il termine di sospensione, la causa deve essere riassunta a cura delle parti (art. 283), in mancanza di che il procedimento si estingue (art. 293).

Con questo sistema del Progetto si raggiunge indubbiamente lo scopo di togliere alla litispendenza ogni carattere statico: un processo

pende in quanto sia in moto: se si ferma (tolti i casi della sospensione), cessa di esistere. Così i ruoli giudiziari non saranno ingombri, come oggi accade, di cause stagnanti di rinvio in rinvio. Ma questa concezione esclusivamente dinamica della litispendenza può avere, anche agli effetti dell'ingombro giudiziario, i suoi pericoli; se per ogni singola inattività il procedimento si estingue, questa estinzione non impedisce alle parti di ricominciare il processo *ex novo* il giorno successivo. Potrà perciò accadere che questa frequenza e questo rigore di cause estintive del processo faccia sì che tutte le volte (numerose assai di più di quanto si pensi) in cui le parti, e non già i patrocinatori, abbiano interesse a mandare in lungo il processo, questo scopo possa esser raggiunto col lasciarlo estinguere, per poi ricominciarlo da capo. Così mentre oggi il lungo termine di perenzione permette, al momento in cui il processo si riassume entro questo termine, di riprenderlo al punto a cui esso era giunto e di utilizzare così le attività processuali già compiute, domani la celerità della estinzione potrà portare a un ripetuto spreco di spese e di energie, ogni volta che il processo debba esser ricominciato da principio. Non sarebbe male, per evitar questo abuso, adottare una cautela simile a quella contenuta nel capoverso dell'art. 62 del Pr. CHIOVENDA, secondo il quale, una volta cancellata la causa dal ruolo per accordo tra le parti, era prescritto che l'istanza per riportarla a udienza non potesse esser fatta prima di novanta giorni dalla cancellazione.

18. - *Sanzioni contro l'inerzia delle parti. - Contumacia.*

L'estinzione del procedimento, che si verifica nei casi sopra descritti, è normalmente l'unica sanzione della inattività delle parti: il potere dato ad esse di spingere avanti il processo (impulso di parte) costituisce nello stesso tempo un *onere*, nel senso che le parti sanno che, se rimangono inattive, non raggiungeranno lo scopo di ottenere una decisione definitiva della loro controversia.

Senonchè accanto a questa sanzione, che di solito sarà efficace, perchè le parti, o almeno una di esse, avranno interesse a evitare che il processo si estingua a mezzo, e che vada perduto con esso tutto il dispendio di energie e di denaro che era costato fino a quel momento, il Progetto introduce altre sanzioni di carattere pecuniario contro la inerzia o il ritardo delle parti in alcune fasi del procedimento: se lo attore non si costituisce nel termine dell'art. 143, ma si costituisce dopo, fino alla prima udienza, « il giudice, accertando la sua tardiva costitu- « zione, lo condanna con ordinanza ad una penale non superiore a « lire mille » (art. 150); lo stesso vale per il convenuto (art. 151). La stessa penale fino a lire 1000 è comminata alla parte (*ed al procuratore!*) che,

non essendo comparsa ad una delle udienze del procedimento, comparisca alla udienza successiva stabilita dal giudice.

Non ci sembra che queste disposizioni siano da approvarsi: perchè esse sono logicamente inconciliabili col principio, che il Progetto adotta, dell'impulso di parte, e perchè esse sono in stridente contrasto colle norme che regolano la contumacia.

Per poter ammettere che la mancata o ritardata comparizione delle parti possa esser punita con sanzioni pecuniarie, che hanno carattere di vere e proprie pene, bisognerebbe ammettere nel processo l'esistenza a carico delle parti di un vero e proprio *obbligo* di comparizione o di attività, che sarebbe in assoluto contrasto con quel concetto di *onere*, al quale, come si è visto, il sistema dell'impulso di parte si inspira. Punire le parti per la loro mancata partecipazione al processo si potrebbe logicamente soltanto là dove il processo fosse interamente mosso dall'impulso di ufficio, e lo Stato volesse a tutti i costi arrivare, per fini di interesse pubblico, ad ottenere la definizione del merito della controversia: in un sistema cosiffatto la assenza o la inerzia delle parti non impedirebbe al processo di continuare, ma se la presenza delle parti si ravvisasse utile per gli scopi superiori della giustizia, sarebbe logico che le parti avessero un vero e proprio *obbligo* di comparire e che incorressero, contravvenendovi, in penalità e magari in misure coercitive. Qualora, invece, il processo sia signoreggiato dall'impulso di parte, e la legge disponga che in mancanza di tale impulso il processo si estingua, questo solo basta a dimostrare che lo Stato non intende arrivare alla decisione della controversia contro e senza la volontà delle parti, e che l'unico interesse che lo Stato ha in questi casi è quello di liberare al più presto possibile i suoi organi giudiziarî dal vano ingombro di un processo, che le parti non vogliono spingere fino alla definizione. Estinzione del processo per mancata attività delle parti, e sanzioni penali contro le parti che restano inattive nel processo, sono istituti tra loro contrastanti, che non si possono senza incoerenza mantenere nello stesso sistema processuale.

Queste osservazioni trovano una importante conferma negli articoli del Progetto che regolano la contumacia (art. 273-280), nei quali tutte le sanzioni contro il contumace, notevolmente severe, sono costruite sotto il profilo dell'onere, non sotto quello dell'obbligo. Il contumace, rimanendo assente, danneggia sè stesso, in quanto non solo non si difende, ma perde il diritto di far valere tutti quei mezzi di difesa il cui esercizio è soggetto a preclusione (art. 278), e rischia anche di creare, colla sua assenza, un argomento indiziario, di cui il giudice potrà valersi per dargli torto in merito (art. 277). La comparizione tardiva non lo libera dalle preclusioni già verificatesi (art. 278): le spese

sono sempre a suo carico (art. 280); e per ottenere la remissione in termini (cfr. avanti, n. 30) il contumace tardivamente comparso deve assumersi l'onere di una prova rigorosissima, che il giudice può discrezionalmente rifiutarsi di ammettere in base ad un preventivo esame delibativo di verosimiglianza (art. 279).

Tutte queste disposizioni si inspirano però alla fondamentale premessa, che è uno dei capisaldi del processo civile moderno, che le parti non hanno l'*obbligo* di comparire in giudizio: il processo contumaciale è la consacrazione di questo vero e proprio diritto della parte di rimaner contumace a suo rischio e pericolo. Ma se vi è anche nel Progetto questa sottintesa fondamentale premessa, per la quale chi resta contumace non viola un obbligo, ma subisce i rischi che gli derivano dal non essersi difeso tempestivamente, non si capisce come lo stesso Progetto possa colpire con multe le parti che, senza rimaner contumaci, hanno ritardato di qualche giorno la loro comparizione. La contumacia dell'attore o del convenuto può esser dichiarata soltanto nella prima udienza (art. 273-274); chi ha protratto la sua assenza fino alla prima udienza, vien dichiarato contumace, ma non incorre in alcuna sanzione pecuniaria. Viceversa chi è imputabile di un grado di inerzia molto meno grave di quello che occorre per esser dichiarati contumaci, chi supera di qualche giorno il termine stabilito per la costituzione, ma tuttavia si costituisce anteriormente alla prima udienza, costui, che è certamente meno negligente del contumace, incorre in quelle sanzioni penali da cui il contumace è esente. Anche se l'inerzia processuale si potesse considerare come un illecito, qui si punirebbe la colpa più lieve del ritardatario che si mette in regola prima della udienza preliminare e si lascerebbe impunita la negligenza di chi non compare neanche in quella udienza; sicchè le sanzioni contenute negli art. 150 e 151 appaiono quasi come una involontaria istigazione alla contumacia, perchè la parte che abbia lasciato decorrere il primo termine per costituirsi e che sa di essere incorsa in questo modo nelle sanzioni pecuniarie, non avrà altro scampo, per sfuggire alla multa, che quello di non costituirsi neanche nella prima udienza!

19. - d) *Identità fisica del giudicante. - Immediatezza. - Oralità e scrittura.*

La identità, durante tutto il procedimento di prima istanza, delle persone fisiche costituenti l'organo giudicante, che giustamente dai fautori della oralità è considerata come una delle condizioni essenziali del processo orale (cfr. Chiovenda, Rel., § 35), nel sistema del giudice unico può attuarsi in modo perfetto: ed è infatti nel Progetto pienamente attuata (art. 157). E' questa una delle ragioni che ci inducono

ad esprimere avviso favorevole alla introduzione del giudice unico, nonostante le minori garanzie che sotto altri aspetti questo sistema presenta in confronto del giudice collegiale.

Del pari, col giudice unico può essere sodisfatto a pieno il requisito della immediatezza, secondo il quale il giudice che deve pronunciare la sentenza deve avere assistito allo svolgimento delle prove destinate a formare il suo convincimento (Pr. CHIOVENDA, art. 2, e Rel., § 34, § 60). Anche questo canone fondamentale del processo moderno è meno facilmente attuabile, sopra tutto per ragioni organiche e finanziarie, dinanzi agli organi collegiali, che non potrebbero essere adibiti, senza aumentare il numero dei magistrati, a raccogliere le prove orali, alle quali è adibito, nel processo vigente, il giudice delegato. Il sistema del giudice unico cumula i vantaggi dell'immediatezza con quelli dell'economia; conserva la semplicità che ha l'istruttoria dinanzi a una sola persona fisica, senza l'inconveniente di chiamare a decider la causa una persona o un organo diverso da quello che ha raccolto le prove. I vantaggi che la giustizia civile dovrebbe conseguire da una perfetta attuazione della immediatezza si posson prevedere così rilevanti, che i danni innegabili derivanti dalla perdita delle garanzie collegiali ne saranno (questa è almeno la nostra speranza) in gran parte compensati.

Ma un altro aspetto della immediatezza, cioè della diretta comunicazione che l'organo giudicante deve avere colle parti, coi testimoni, coi periti, e cogli oggetti del giudizio, concerne la forma della comunicazione: che deve essere prevalentemente orale, se non si vuol che i rapporti tra giudice e parti si irrigidiscano e ricadano nella mediatezza attraverso la necessità della forma scritta. Com'è risaputo, oralità nel processo moderno non vuol dire esclusione della scrittura: vuol dire prevalenza della parola parlata come mezzo di espressione, contemperata con l'uso di scritture di preparazione e di documentazione (Pr. CHIOVENDA, art. 1 e 2, Rel. § 27-33); vuol dire sopra tutto che, pur essendo ammesse, e magari in larga misura, le difese scritte, la scrittura non sia mai la forma necessaria delle deduzioni, nel senso che all'udienza sia sempre lecito fare oralmente dichiarazioni processuali rilevanti o modificare oralmente quelle contenute nelle scritture preparatorie. Ora in proposito il Progetto non si esprime in modo molto chiaro. Di scritture defensionali esso parla in due momenti: nella fase introduttiva, quando stabilisce che al momento della costituzione l'attore depositi l'atto di citazione (che ha anche la funzione, come si dirà, di una vera e propria comparsa defensionale) e il convenuto depositi la « comparsa di risposta » (art. 145); e nella fase immediatamente precedente alla discussione, quando dispone che il giudice può

autorizzare le parti « a scambiare tra loro e a depositare in cancel-« leria, almeno tre giorni prima dell'udienza, la comparsa conclusionale » (art. 165). Dall'espressione adoprata da questo ultimo articolo appare dunque che l'ulteriore scambio di comparse conclusionali può anche mancare; e che le sole scritture veramente obbligatorie in ogni processo sono soltanto quelle che debbono essere depositate al momento della costituzione. Se così è, si può logicamente ritenere non solo che in tutte le udienze di cui il processo si compone, le comunicazioni tra il giudice e le parti avvengano oralmente, ma altresì che tutte quelle delucidazioni che le parti possono esser chiamate a dare in udienza sulle conclusioni già formulate nelle scritture introduttive (art. 162), nonchè quelle nuove conclusioni che in certi casi le parti possono essere autorizzate a proporre in corso di causa (art. 162, 163, 182 ecc.), possano esser formulate *oralmente* in udienza ed inserite direttamente a verbale (così espressamente l'art. 182). Così è dunque attuato uno dei caratteri specifici dell'oralità: la *forma* delle deduzioni è orale, non necessariamente scritta; e se vi sono scritture, queste non devono servire ad altro che a preparare e a preannunciare quelle deduzioni e quelle conclusioni, che troveranno la loro forma definitiva solamente attraverso la formulazione orale, che ne verrà fatta in udienza.

Su questo punto peraltro sembra che il Progetto abbia bisogno di qualche ritocco, non tanto per modificare le disposizioni attinenti a questa materia, quanto per mettere in maggiore evidenza la loro effettiva portata. Anche in un processo inspirato alla oralità, la limitazione delle difese scritte alle sole due scritture introduttive può essere soverchiamente rigorosa: non si dimentichi che perfino nel Progetto CHIOVENDA, il quale mirava ad attuare la oralità in pieno, le scritture preparatorie erano consentite in misura assai più larga (art. 13). Si ravviserebbe perciò opportuno introdurre nel Progetto qualche disposizione che, da una parte, affermasse esplicitamente il principio generale secondo il quale la forma delle deduzioni e delle conclusioni è quella orale (principio che, larvatamente, esiste già nell'attuale processo del lavoro), e che dall'altra consentisse l'uso delle difese scritte con funzione preparatoria ed illustrativa, sempre limitata, ma tuttavia meno ristretta di quella che appare dalla prima redazione del Progetto. Non si dimentichi che la pratica civile, come ha dimostrato la esperienza del processo del lavoro, tende sempre ad allargare le difese scritte a detrimento dell'oralità: forse perchè il giudice è naturalmente portato, pur di non affrontare immediatamente la estenuante fatica del dibattimento orale, a largheggiare nella concessione di permessi per produzione di « memorie » o di « note aggiunte », che rappresentano quasi sempre una forma attenuata di rinvio. Sarà dunque necessario,

per evitare nel nuovo processo questa prassi facilmente prevedibile, limitare ben chiaramente (sia pure, si ripete, con maggior larghezza di quella consentita dal Progetto) il numero delle scritture defensionali che il giudice potrà consentire.

20. - *Preclusione delle difese.*

Tutto quello che si è detto fin qui deve essere messo in relazione con un altro problema che appare veramente di importanza capitale: quello della preclusione delle deduzioni defensionali in brevi termini perentorî, che il Progetto attua con straordinario rigore.

Le disposizioni in cui tale principio di preclusione si attua in modo veramente tipico sono le seguenti. L'attore deve nell'atto di citazione specificare non solamente « l'oggetto della domanda e i fatti « e gli elementi di diritto sui quali essa si fonda », ma altresì « i mezzi « di prova dei quali intende valersi... con la specificazione dei documenti che offre in comunicazione precisando, per quelli dei quali « non abbia la disposibilità, la persona o l'ufficio presso cui si trovano »; nonchè « le conclusioni di merito e quelle ordinatorie e istruttorie » (art. 131). La comparsa di risposta del convenuto deve a sua volta « specificare i motivi per i quali egli intende resistere alla domanda, « indicare i mezzi di prova che intende proporre nonchè le conclusioni « ordinatorie, istruttorie e di merito e le eventuali domande riconvenzionali » (art. 145). Al momento in cui l'attore si costituisce (entro otto giorni dalla eseguita notificazione) deve, insieme coll'originale della citazione, depositare anche « i documenti offerti in comunicazione » (art. 143); del pari il convenuto deve, nel termine per comparire, depositare, colla sua risposta, « i documenti offerti » a corredo delle sue deduzioni (art. 144).

Questa è, di regola, tutta la istruttoria scritta della causa: e i termini di comparizione sono anche, di regola, termini di preclusione delle deduzioni defensionali. Nella udienza preparatoria, infatti, le parti potranno oralmente « precisare le rispettive domande, eccezioni « e conclusioni istruttorie e di merito già indicate nell'atto di citazione « o nella comparsa di risposta » (art. 162), ma per proporre « ulteriori « domande o eccezioni », o per « produrre documenti nuovi o diversi « da quelli indicati nella citazione o nella risposta », dovranno essere *autorizzate* dal giudice, il quale potrà dare tale autorizzazione « solo « quando la proposizione o la produzione sia resa necessaria a seguito « di nuove deduzioni dell'altra parte », ovvero quando, per la produzione di nuovi documenti, le parti « dimostrino la impossibilità in cui « si siano trovate di provvedervi tempestivamente » (art. 162). Fuori

di questi casi, aggiunge l'art. 164, « la tardiva proposizione di mezzi « di difesa nel corso del giudizio non può esser consentita, se non « quando la parte dimostri di essersi trovata nella assoluta impossibilità « di proporli tempestivamente per ragione non dipendente da fatto « proprio o dei suoi mandatari o di persona del cui operato debba « civilmente rispondere ». Nel caso che siano ammesse e raccolte prove orali, all'atto della chiusura della istruttoria le parti « possono enun- « ciare al giudice, che ne dà atto in verbale, chiarimenti e modifica- « zioni delle rispettive domande ed eccezioni, quando ciò sia reso ne- « cessario dal risultato delle prove esperite » (art. 182). In ogni caso però, anche se le parti sono autorizzate prima della discussione definitiva a scambiarsi la comparsa conclusionale, esse « nelle loro conclu- « sioni definitive possono limitare, ma non ampliare, nè mutare le « rispettive domande ed eccezioni precedentemente proposte e preci- « sate » (art. 165). A complemento di queste disposizioni si deve tenere presente quella dell'art. 343, secondo la quale « nel giudizio di appello « non possono proporsi, e debbono rigettarsi d'ufficio, domande od « eccezioni nuove... Non possono proporsi nuove prove, nè prodursi « nuovi documenti... La deduzione di nuove eccezioni e la offerta di « nuovi documenti o mezzi di prova possono essere consentite solo « quando la ragione e la possibilità di valersene siano sorte dopo la « chiusura del giudizio di primo grado ». Si deve anche rilevare che le pronuncie con cui il giudice esclude la proponibilità di nuovi mezzi di difesa nei casi sopra enunciati sono sempre ordinanze *non impugnabili* (art. 164 cpv.; art. 279, cpv. ultimo).

Questi varî articoli costituiscono così una catena di preclusioni straordinariamente pesante e rigorosa. In sostanza *tutta la causa dev'essere trattata nella citazione e nella comparsa di risposta*: il litigante deve menzionare nella citazione o nella risposta non solo tutti fino ad uno i suoi argomenti defensionali, ma altresì tutti fino ad uno gli elementi probatorî di cui intende servirsi in appoggio a tali argomenti (e perfino, fin dalla citazione, i nomi di tutti i testimoni, i quali debbono essere indicati al momento stesso in cui la prova testimoniale è proposta: art. 226); se si dimentica di uno di essi, anche di quello che potrebbe esser decisivo per fargli vincer la causa, rischia di non potersene più servire nè nel procedimento di primo grado, nè in quello di appello. Il centro di gravità di tutta la causa, compreso il giudizio di secondo grado, si sposta dunque dalla udienza alla citazione. Si potrà continuare a discutere per tutto un seguito di udienze, in primo grado e in appello, si potrà durare qualche mese ed esperimentare, in diretto contatto tra giudici e parte, i beneficî della oralità; ma tuttavia i limiti e forse le sorti del giudizio potranno essere irrimediabilmente segnati

da una dimenticanza in cui l'attore o il convenuto siano incorsi nella prima scrittura.

Di fronte a questo sistema che ha veramente in sè qualcosa di pauroso per l'avvocato consapevole delle sue responsabilità, si possono fare due serie di rilievi.

Si potrebbe innanzi tutto osservare che, anche a voler mantenere in piedi questo vero e proprio congegno di tortura processuale, bisognerebbe formularlo in modo tecnicamente meno imperfetto. Gli articoli sopra riferiti mettono in un fascio, e quasi trattano come sinonimi, espressioni che corrispondono a concetti profondamente diversi: domande, eccezioni, deduzioni, conclusioni, mezzi istruttorî, mezzi di difesa; e tutte queste espressioni coinvolgono in un unico rigoroso divieto. Ora parrebbe indispensabile che a concetti profondamente diversi corrispondesse un diverso trattamento pratico: il divieto di *mutatio libelli* non dovrebbe escludere la possibilità di una *emendatio libelli,* che lasci immutata la domanda; il divieto di cambiar la domanda non ha mai significato divieto di cambiar conclusioni, e così via. D'altra parte non si capisce perchè il Progetto, che pur dimostra di amare tanto le preclusioni, non abbia mantenuto, o per lo meno non abbia più esattamente formulato, quella norma accolta dal vigente processo del lavoro, secondo la quale le eccezioni *litis ingressum impedientes* debbono esser proposte nella prima udienza a pena di decadenza. Nè, sempre sotto l'aspetto della esatta formulazione tecnica, si capisce bene quale differenza passi tra le ipotesi dell'art. 162 e quella dell'articolo 164, in entrambe le quali si viene in sostanza a dire che la parte, per produrre in ritardo mezzi di difesa non annunciati nelle scritture introduttive, deve dar la prova diabolica della « impossibilità » (l'articolo 162 parla di « impossibilità »; l'art. 164 di «impossibilità *assoluta*»: qual'è la differenza pratica?), in cui si è trovata di produrli prima.

Ma tutte queste sono osservazioni di forma, che si potrebbero facilmente eliminare con pochi ritocchi. Il secondo gruppo di rilievi riguarda invece, più che la forma, il contenuto di queste disposizioni: che appaiono francamente tra le più pericolose e preoccupanti di tutto il Progetto. Lo scopo a cui esse mirano è indubbiamente lodevole: esse tendono ad impedire le deduzioni volutamente tardive colle quali il litigante di malafede cerca di mandare in lungo il processo, e di cogliere alla sprovvista il contraddittore col tenergli nascosti fino allo ultimo momento i proprî mezzi di difesa; esse tendono insomma ad ottenere quello scopo che il Redenti così descrive (*Com.*, pag. 26): « costringere le parti a spiegarsi e a mettere per così dire le carte in « tavola fin dai primi atti della causa ». Si tratta dunque di eliminare tutte le complicazioni che si producono nei processi quando il tema

della controversia si trasforma e si sposta per via: si tratta di assicurare la lealtà processuale, la quale vuole che fino da principio il *thema decidendum* sia posto, senza le riserve e le astuzie con cui il litigante di malafede può avere interesse a mascherarlo.

Tutto questo va benissimo. Ma si può sinceramente ritenere che al raggiungimento di tali scopi di semplicità e lealtà processuale sia mezzo adeguato quel congegno di ferree preclusioni che il Progetto propone? Ci permettiamo di dubitarne fortemente per le seguenti schematiche considerazioni.

a) Le disposizioni del Progetto che costringono le parti a sovraccaricare di tutti i loro argomenti defensionali, anche dei più peregrini ed ipotetici, le scritture introduttive, non tengono conto di quella che è la realtà della pratica giudiziaria: il senso della quale non deve mai andar disgiunto dalle riforme delle leggi processuali, se non si vuol che le riforme rimangano poi lettera morta. Ora chi conosce a fondo la pratica professionale sa che sono frequentissimi i casi in cui il cliente si rivolge all'avvocato all'ultimo momento, proprio quando sta per compiersi un termine di decadenza o di prescrizione, e in cui per necessità il patrocinatore è costretto a dettare la citazione in gran fretta per sommi capi, in base alle prime sommarissime informazioni che saranno poi completate e precisate per via. Ma, anche se si vuol prescindere da questi casi di urgenza, la pratica forense insegna che molte volte la concisione e la schematicità delle scritture introduttive è consigliata non già da quei loschi propositi di speculazione giudiziaria, che sono forse in realtà meno frequenti di quanto credano i profani, ma proprio dal desiderio di mantenere la causa nei limiti della maggiore possibile semplicità e di non dare sviluppo se non a quegli argomenti defensionali e a quei mezzi probatorî che siano resi indispensabili dal contegno dell'avversario. Quando si vorrebbe imporre all'attore di concentrare nell'atto di citazione la trattazione di tutta la causa, con tutte le conclusioni formulate e tutti i mezzi di prova spiegati, si ragiona come se la causa fosse una creazione unilaterale dell'attore, il quale, al momento in cui redige la citazione, sia già in grado di prevederne a puntino tutti gli svolgimenti. Ma il giudizio, come ognun sa, è un *actus trium personarum*, è un dramma a tre personaggi che si crea scena per scena durante il suo svolgimento, attraverso un giuoco sottilissimo di azioni e reazioni umane. Nessun avvocato, anche il più esperto, può prevedere esattamente, quando formula l'atto di citazione, quale sarà la causa che « verrà fuori » da quella prima mossa; quali fatti l'avversario contesterà e quali ammetterà; quali eccezioni di diritto opporrà alla domanda; su quali punti si accentrerà il dibattito e su quali le parti si troveranno d'accordo. Nessun stratega è in grado di preve-

dere, alla vigilia della battaglia, quali sviluppi verranno imposti al suo piano dalla condotta dell'avversario: come si può imporre all'avvocato, quando prepara la sua citazione, di aver quella virtù di prevedere il futuro che neanche i grandi capitani, a quanto la storia insegna, hanno mai sicuramente posseduto?

Questa necessità di lasciare al procedimento una certa elasticità, in modo che le parti possano in qualunque momento del giudizio trovar modo di dare lealmente alle loro difese sviluppi ed orientamenti in coerenza colle questioni in cui il dibattito sia venuto ad accentrarsi, è tanto più essenziale nel procedimento dinanzi al giudice unico, qual'è regolato dal Progetto: se vi è nel Progetto un'apposita fase del procedimento che serve alla determinazione orale delle questioni da risolvere (art. 162), è veramente strano che la libertà delle parti di modificare le proprie conclusioni e di proporre nuovi mezzi istruttorî non sia almeno assicurata fino a questa fase, nella quale soltanto i patroni, trattando direttamente col giudice che li aiuterà a ridurre il dibattito alle questioni essenziali, saranno in grado di conoscere gli aspetti della causa che il giudice ritiene preminente, e di dare alle proprie difese lo sviluppo che lo stesso atteggiamento del giudice sembra consigliare.

b) D'altra parte, l'eccessiva rigorosità delle disposizioni volte ad assicurare, mediante preclusioni dei mezzi di difesa, la semplicità e la lealtà processuale, darà immancabilmente occasione a nuove complicazioni e a nuovi tranelli. Di fronte al pericolo di danneggiare irrimediabilmente il cliente per non aver menzionato nelle scritture introduttive tutti i possibili mezzi di difesa, l'avvocato onesto e prudente nel redigere la citazione farà sforzi di fantasia per prevedere tutte le possibili eccezioni e repliche, anche le più assurde, dell'avversario, e in previsione delle medesime aggraverà l'atto di citazione di ipotesi e subipotesi, e proporrà cumulativamente tutti i mezzi di prova che il Codice consente, e per salvarsi in tempo da tutte le possibili sorprese avversarie, metterà in linea, fin da principio, tutti gli espedienti che ritenga meglio idonei a paralizzare i possibili (anche se non probabili) espedienti avversarî. Così l'eccessivo rigore delle preclusioni servirà a trasformare l'atto di citazione in una specie di esercitazione scolastica di ipotesi a vuoto, e l'avvocato coscenzioso dovrà entrare nel processo col fermo proposito di mettersi a combattere, prima che contro l'avversario, contro i mulini a vento!

Le controversie sorgeranno, per forza, più complicate di quello che potrebbero essere, se non vi fossero le preclusioni a rendere obbligatoria la complicazione: e nuove occasioni di ritardi e di dibattiti sorgeranno nel corso del procedimento quando si dovrà decidere volta

per volta, con una casistica che verrà certo ad arricchire i repertorî di giurisprudenza, se le nuove difese proposte siano « rese necessarie a seguito di nuove produzioni dell'altra parte », o se la parte che non le ha proposte prima si sia trovata veramente in quella « impossibilità » o addirittura in quella « assoluta impossibilità » che gli art. 162 e 164 pongono come condizione per la ammissibilità delle produzioni tardive. E non dimentichiamo che proprio da questo sistema di preclusioni potrà essere alimentato, in senso contrario alla buona fede, lo spirito di cavillosità che questi articoli vorrebbero reprimere: ogni più innocua illustrazione verbale che le parti diano in udienza alle loro conclusioni scritte, verrà gabellata dall'avversario come una deduzione nuova che non dovrebbe essere ammessa; nè mancherà il litigante di malafede che, per non vedersi opporre in giudizio il documento decisivo che dimostrerebbe in modo irrefutabile il suo torto, speculerà sulla tardività della produzione avversaria e riuscirà così, attraverso queste disposizioni che vorrebbero assicurare in ogni caso il trionfo della verità e della giustizia, a vincer la causa contro la verità e contro la giustizia.

c) Ma il rigore di queste disposizioni appare straordinariamente eccessivo e pericoloso, quando si metta in relazione con quel divieto dell'*ius novorum*, col quale l'art. 343, bruscamente interrompendo una tradizione che risale al diritto romano, viene a modificare alla base la struttura del giudizio di appello. Sulle ragioni che ci spingono a non approvare questa innovazione, diremo nel capitolo dedicato ai mezzi di impugnazione (n. 29); ma fino d'ora, poichè il divieto dello *ius novorum* è uno dei tratti che dovrebbero tipicamente segnare la fisionomia del nuovo processo, è necessario inquadrare questa trasformazione del giudizio di appello nella economia generale del procedimento, e mettere in relazione questa limitazione dei mezzi di difesa, che l'art. 343 vorrebbe introdurre in appello, colle limitazioni analoghe, di cui finora si è discorso, introdotte dal Progetto nel giudizio di prima istanza. E' significativo in proposito che nessuno dei quattro Progetti che portano il nome dei maestri più insigni della scienza processuale italiana, abbia mai proposto di escludere in appello il tradizionale *ius non probata probandi, non deducta deducendi* (Pr. Chiovenda, art. 180; Pr. Mortara, art. 276; Pr. Carnelutti, art. 361; Pr. Redenti, con qualche limitazione, art. 681); e ciò, nonostante che, nel giudizio di primo grado, ciascuno di questi quattro progetti mantenesse la garanzia del giudizio collegiale, e non assoggettasse le deduzioni defensionali delle parti a quelle rigorose limitazioni a cui vorrebbe assoggettarle il Progetto attuale. Le parti avevano perciò, secondo quei progetti (ed anche secondo il Progetto Chiovenda, che pure

è stato il primo a porre quei principî di concentrazione ai quali rende omaggio il Progetto attuale) la garanzia del giudizio collegiale in primo e in secondo grado, nonchè la garanzia quasi illimitata di poter proporre nuovi mezzi di difesa durante tutto il corso del giudizio di primo grado, e anche, salvo il divieto delle domande nuove, di quello d'appello.

Secondo il Progetto odierno, invece, la libertà di difesa delle parti dovrebbe essere severamente limitata non solo in primo grado, ma anche in appello; un errore o una dimenticanza commessi nell'atto di citazione non sarebbero più emendabili non solo nel corso del giudizio di prima istanza, ma neanche nel giudizio di secondo grado. L'appello sarebbe dato soltanto per rimediare agli errori dei giudici, non per rimediare a quelli degli avvocati; il Progetto che pure, come si dirà, non sempre dimostra di tenere gli avvocati in quella considerazione che la loro funzione richiede, vorrebbe dare ad essi, con questo art. 343, il pericoloso privilegio di essere, fin dall'atto di citazione, infallibili. Solamente i giudici potrebbero sbagliare tranquillamente, sapendo che al disopra di essi c'è l'appello fatto per correggere i loro errori: gli avvocati dovrebbero vivere ossessionati dalla consapevolezza che contro l'errore del patrono, che si sia dimenticato di chiedere una prova in citazione o di depositare un documento al momento della prima comparizione, nessun rimedio è mai più concesso in eterno.

Le preclusioni dei mezzi di difesa, quantunque apparentemente scritte per il giudizio di primo grado, si rivelano così assai più rigorose di quanto appaiano a prima vista, perchè sono rafforzate e rese più inesorabili dal divieto di nuove eccezioni e di nuove prove in appello. Questa considerazione è ancora più impressionante, quando si pensi che queste restrizioni defensionali vengono introdotte proprio nel momento in cui si inaugura il sistema del giudice unico, che può costituire, sarebbe vano dissimularlo, un assai rischioso esperimento. Ad eliminare i pericoli innegabili di tale sistema, il nuovo procedimento dovrebbe offrire alle parti, quasi come contrappeso, la sicurezza di poter far valere ampiamente e serenamente, senza formalistiche restrizioni, le proprie ragioni in primo grado, e di poter avere altrettanto ampio e sicuro il *novum iudicium* dinanzi al giudice collegiale di appello. In verità, se nel testo definitivo del Progetto la istituzione del giudice unico continuasse ad essere accompagnata, com'è nel Progetto preliminare, dalle restrizioni degli art. 162-164 in primo grado, e dal divieto dell'*ius novorum* in appello, anche coloro che vedono con simpatia l'esperimento del giudice unico, dovrebbero sinceramente ricredersi di fronte ai moltiplicati e convergenti pericoli, inerenti a un sistema che lascia il giudice unico arbitro di non prendere in considerazione altre difese delle parti fuorchè quelle enunciate nell'atto di cita-

zione, e che rende il giudice di appello impotente a supplire in modo efficace alle manchevolezze di una trattazione così mutilata.

Anche qui, del resto, l'ammaestramento della pratica professionale dimostra che assai volte la proposizione in appello di nuove eccezioni è richiesta non tanto dalla necessità di correggere omissioni ed errori del patrocinio di primo grado, quanto dalla necessità di chiarire o di confutare in appello argomenti e questioni ai quali solo la pronuncia finale del giudice di primo grado ha dato rilievo: tutte le volte in cui le parti si imbattono nel giudice cosiddetto « della terza opinione », che tra le due tesi sostenute dai due litiganti preferisce trovarne una terza e questa affermare nella sua sentenza, può darsi che questa pronuncia costituisca per i patrocinatori una sorpresa, di fronte alla quale essi si trovino costretti a trattare in appello aspetti della causa che nel giudizio di primo grado avevano opportunamente lasciato nell'ombra. In questo caso nessuna diligenza di avvocato potrebbe indovinare durante il giudizio di primo grado gli argomenti che solo in appello assumeranno importanza decisiva, e, se si vietasse in appello l'*ius novorum*, il diritto di difesa diventerebbe praticamente una irrisione; e se pure, in un caso siffatto, il penult. cpv. dell'art. 343 si potesse teoricamente prestare a consentire l'ammissione di nuove difese in appello, rimarrebbe sempre in pratica la difficoltà, di cui si è parlato sotto la lett. *b*, di stabilire preliminarmente se in concreto si verifichino i presupposti rigorosi di quel capoverso.

d) Ma v'è un'ultima considerazione da fare: che questo rigido sistema di preclusioni applicato alle difese di merito è in inconciliabile antagonismo con quello, che la Relazione indica come fine essenziale del nuovo processo: « la ricerca della verità sostanziale » (pag. 336). Ogni meccanica preclusione dei mezzi defensionali, che potrebbero portare, se presi in considerazione, ad una sentenza giusta, significa, in sostanza, rinunciare a ricercare la verità fino in fondo; significa subordinare alle esigenze formalistiche della procedura le esigenze della verità e della giustizia. In un sistema il quale consideri il processo civile come affare di interesse privato, è logicamente concepibile che la proposizione dei mezzi di difesa sia rigidamente condizionata alla osservanza di termini preclusivi, destinati a ridurre il materiale di lite ed a mettere fuori di giuoco, per amor di celerità, le produzioni tardive, anche se il non tenerne conto possa in sostanza portare ad una sentenza ingiusta. Questa sarebbe veramente una concezione quanto mai individualistica del processo civile! Ma quando si ritenga che anche nelle liti civili è in giuoco la giustizia, la quale non è mai un affare di puro interesse privato, allora il sacrificare la giustizia all'osservanza dei termini e il costringere il giudice a chiuder gli occhi dinanzi alla

verità solo perchè la verità è stata detta in ritardo, vuol dire proprio andare contro a quegli scopi che nel processo civile lo Stato si propone di raggiungere, e, là dove si crede di colpire, colle sanzioni di decadenza, soltanto la parte negligente, ferire in realtà l'interesse stesso dello Stato, al quale soprattutto preme che attraverso il processo sia attuato il diritto. A nessun verrebbe in mente di introdurre nel processo penale compartimenti stagni che limitino nel corso del giudizio la libera proponibilità delle difese: come si può pensare coerentemente ad introdurre un siffatto frazionamento nel processo civile, proprio nel momento in cui si vuol fare ossequio a quelle finalità pubblicistiche alle quali, nello Stato autoritario, anche il processo civile tende, a immagine di quello penale, ad inspirarsi?

In conclusione, questo della preclusione dei mezzi di difesa è uno dei punti sui quali sembra indispensabile che il Progetto sia fondamentalmente riveduto. La via giusta può essere indicata anche qui dal Progetto CHIOVENDA (art. 55-57; Rel., § 58) ed altresì dalla vigente legislazione del lavoro. E' opportuno conservare quelle disposizioni che impongono alle parti di precisare fino dalle scritture introduttive le loro conclusioni e i mezzi di prova di cui prevedono di doversi servire; ma tali disposizioni non debbono avere carattere preclusivo, e deve essere mantenuto il principio, che non si può eliminare senza con ciò ferire la giustizia sostanziale, che « fino a che non sia chiusa la tratta- « zione della causa, le parti possono far valere nuove ragioni ed ecce- « zioni, e produrre o chiedere nuovi mezzi di prova » (Pr. CHIOVENDA, art. 55). Questo principio potrà esser temperato collo stabilire che le eccezioni *litis ingressum impedientes* debbano preclusivamente, in quanto non siano sollevabili d'ufficio, esser dedotte nella prima udienza; e che nuove conclusioni di merito possano illimitatamente esser proposte fino al compimento di quella fase della istruzione preparatoria che il Progetto chiama « determinazione delle questioni da risolvere » (art. 162). E' logico che, avvenuta tale determinazione, la quale deve servire a chiarire alle parti i veri termini della controversia e i punti essenziali della medesima, esse parti siano ammesse, o nella stessa udienza o in un breve termine successivo, a presentare le loro conclusioni definitive. In seguito, e fino all'udienza di discussione, l'aggiunta di nuove deduzioni potrà essere variamente limitata o sanzionata con quelle cautele che si trovano specificate dagli art. 55-57 del Pr. CHIOVENDA; ma quand'anche tali limitazioni dovessero arrivare, nei casi più gravi, a considerare le deduzioni maliziosamente tardive come non fatte, si dovrebbe in ogni caso invertire, ad avviso della Facoltà, il criterio presuntivo seguito dall'art. 164 del Progetto, nel senso cioè che la tardiva proposizione di mezzi di difesa sia *di regola* consentita senza

bisogno di giustificare il ritardo, *a meno che il giudice non ritenga che il ritardo sia stato voluto in malafede* (cfr. per l'appello, n. 29).

21. - *Poteri istruttorî del giudice.*

Sono da approvarsi nel Progetto tutte quelle disposizioni che, nella fase istruttoria, danno al giudice i poteri necessarî per chiarire la verità dei fatti e per assicurare alla causa una decisione conforme a giustizia (CHIOVENDA, Rel., § 78): ordinare la comparizione personale delle parti (art. 158, art. 28); ordinare la produzione di documenti posseduti dalle parti (art. 158, 185, 186) o da terzi (art. 187, 188); ordinare perizie e sopraluoghi (art. 158, 240, 251), ispezioni corporali (art. 253), riproduzioni meccaniche di oggetti e di luoghi, esperimenti (art. 254, 255). Il carattere necessariamente sintetico del presente parere non permette di prendere in esame ad uno ad uno gli articoli nei quali tali poteri istruttorî del giudice sono disciplinati: se questo esame analitico fosse permesso, si vedrebbe probabilmente che nella concessione di tali poteri sarà bene introdurre qua e là (per esempio negli articoli che si riferiscono alle sanzioni contro il terzo, che non ottempera all'ordine del giudice di depositare un documento: art. 188) opportune limitazioni e attenuazioni. Ma in generale la tendenza del Progetto, che mira anche nella fase istruttoria a trarre il giudice da quell'atteggiamento di passività che il giudice delegato ha nel processo attuale, sembra da approvarsi. Meritevoli di approvazione sembrano anche le disposizioni che riconoscono al giudice il potere di udire d'ufficio come testimoni le persone alle quali siasi riferito, per la conoscenza dei fatti, alcuno dei testimoni esaminati (art. 238), ed anche il potere di limitare il numero dei testimoni proposti dalle parti (art. 172 e art. 227), o di chiuder la prova quando ritenga sufficienti le deposizioni dei testimoni assunti (art. 239), o quando nessuna delle parti compaia nel giorno fissato per l'inizio o per la prosecuzione della prova (art. 177), o « quando ritenga « la causa sufficientemente istruita, ovvero ravvisi inconcludente il mez- « zo istruttorio già disposto » (art. 182).

Sembra altresì da approvarsi la formulazione generale del principio, di cui già nel processo attuale si hanno varie applicazioni specifiche sempre più estese dalla prassi giudiziaria, secondo il quale il comportamento delle parti nel processo può costituire per il giudice elemento indiziario di convinzione (art. 183: cfr. 185, 196, 217, 218, 221, 224, 253, 256).

Ma la portata di queste disposizioni non deve essere esagerata: esse, per quanto indirizzate ad ampliare i poteri istruttorî del giudice e a dare ad esso quella libertà di iniziative e di movimenti che nel processo vigente quasi interamente gli manca, non sono tali da trasfor-

mare il processo civile in un processo apertamente inquisitorio, come potrebb'essere quello penale. Nonostante questi ampliamenti dei poteri istruttorî riconosciuti al giudice, il nuovo processo resterà, ed è bene che resti, un processo normalmente inspirato al principio dispositivo: può essere utile affermarlo con chiarezza, anche perchè sono state introdotte nel Progetto alcune disposizioni che potrebbero lasciare in proposito qualche dubbio.

E' bene intanto mettere in evidenza che tutte le innovazioni introdotte dal Progetto nel senso di allargare i poteri istruttorî del giudice e di rendere più celeri e più snelli i varî procedimenti probatorî, lasciano assolutamente intatte ed invariate (questa sembra essere stata la intenzione dei compilatori del Progetto) tutte quelle disposizioni sulle prove che si trovano *nel Codice civile*: e poichè quelle disposizioni si inspirano ad una concezione degli istituti probatorî aderente alla natura del diritto privato sostanziale e quindi nettamente orientata sul principio dispositivo, è evidente che questo continuerà ad essere, nonostante la riforma del procedimento, base fondamentale del nuovo processo civile.

Continueranno ad aver vigore nel nuovo processo i principî tradizionali *nemo judex sine actore* (art. 1), e *ne eat judex ultra petita partium* (art. 4); ma anche rimarrà in vigore (nonostante che il Progetto non lo dica altro che in forma indiretta, che forse sarebbe bene esprimere più chiaramente, nell'art. 172: « ... senza esorbitare dai fatti per i quali sono dedotte »), il principio secondo il quale il giudice deve decidere *secundum alligata* e non può estendere le sue indagini a fatti che le parti non abbiano voluto sottoporgli. Rimangono in vigore le norme sulla repartizione dell'onere della prova; la regola secondo la quale le dichiarazioni, orali o scritte, della parte non hanno in giudizio alcuna efficacia probatoria quando affermino fatti *a favore del dichiarante;* la regola secondo la quale i fatti non controversi, e concordemente ammessi da ambedue le parti, non hanno bisogno di prova. D'altra parte, se il Progetto afferma il principio che « il giudice valuta il risultato « della prova secondo il suo libero convincimento » (art. 183), esso aggiunge però che questa regola vale « salvo che la legge disponga di- « versamente »: il che avviene appunto per la confessione, che conserva la sua efficacia di piena prova legale; per il giuramento decisorio, che (quantunque nei casi di prestazione da parte di un solo litisconsorte o di prestazione accompagnata da dichiarazioni possa essere liberamente valutato dal giudice, art. 221 e 224) mantiene di regola la sua efficacia formale (art. 23); ed anche per la prova testimoniale, che, a quanto appare dal Progetto, continua ad esser soggetta alle restrizioni dello art. 1341 Cod. civile.

22. - Sul dovere di probità e di comparizione personale delle parti.

Queste osservazioni, le quali dimostrano che anche nel nuovo processo civile rimarranno in vigore tutte quelle norme probatorie che, sotto diversi aspetti, si possono considerare oggi come espressioni tipiche del principio dispositivo, permettono di ridurre alla sua vera portata quella disposizione, apparentemente innovatrice, dell'art. 26 del Progetto, secondo la quale « le parti, i procuratori e i difensori hanno « l'obbligo di esporre al giudice i fatti secondo verità e di non proporre « domande, difese, eccezioni o prove che non siano di buona fede ».

Lasciamo stare, per un momento, i procuratori e gli avvocati, sui quali torneremo più avanti; e limitiamoci per ora a esaminare la portata di questo articolo di fronte alle parti, le quali d'ora in avanti, ove questa disposizione si prendesse alla lettera ed isolata da tutto il sistema probatorio, sembrerebbero poste sullo stesso piano dei testimoni. In realtà il significato di questa disposizione sarà necessariamente molto più limitato. Il dovere delle parti di « non dire consapevolmente cosa « contraria al vero » si trovava consacrato nell'art. 20 del Pr. CHIOVENDA (cfr. Rel., § 84) e nell'art. 28 del Pr. CARNELUTTI, in cui si richiamava il dovere della parte « di affermare al giudice i fatti secondo la verità « e di non proporre pretese, difese od eccezioni senza averne ponde- « rato il fondamento » (art. 30 del Pr. riv.). Ma queste disposizioni dovevano avere una portata più morale e, diciamo così, pedagogica, che non giuridica, in quanto volevano servire soltanto a mettere in evidenza una norma di comune rettitudine, senz'altra sanzione che quella di aggravare la responsabilità della parte soccombente, la quale, quando risultasse che nel processo avesse consapevolmente alterato la verità, poteva essere condannata, oltrechè alle spese, ai danni (Pr. CARNELUTTI, art. 31 : 33 del Pr. riv.); esse disposizioni, in sostanza, non erano altro che la proclamazione solenne di un principio che esiste già latente nel processo attuale, nel quale chi litiga in malafede paga i danni, oltrechè le spese (art. 370 Cod. proc. civ.). La stessa portata ha l'obbligo di verità nelle legislazioni che l'hanno adottato: quale quella austriaca (*ZPO*, § 178), ed ora, in seguito alla Novella del 27 ottobre 1933, la germanica (*ZPO*, § 138), nella quale fino al 1933 aveva prevalso la opinione, sostenuta dal WACH in pagine memorabili, che nel processo a tipo dispositivo siffatta norma non potesse avere una rilevanza giuridica praticamente apprezzabile, e che, per adoprare le parole del REDENTI (*Com.*, pag. 5) fosse vano « iscrivere nel codice il dovere della « lealtà processuale se non sia sentito innanzitutto nell'ordine morale ».

L'art. 26 del Progetto può dunque essere inteso come un espresso richiamo a quel dovere di buona fede processuale, il quale dovrebbe essere prima nel costume che nella legge, e che non può trovare altra

sanzione giuridica all'infuori di quella responsabilità aggravata (spese stragiudiziali e danni) del litigante di malafede, che lo stesso Progetto consacra nell'art. 77.

Ma il Progetto a questo « dovere di probità » sembra voler dare una portata assai più vasta di quella che finora si è descritta. Allo obbligo generico di non litigare in malafede, che riguarda sopra tutto il risultato finale del processo, e che si limita ad esigere nel litigante la convinzione di aver ragione, sembra che il Progetto voglia sostituire un più specifico e più particolareggiato dovere di dir la verità in tutte le dichiarazioni che le parti sono chiamate a fare, nel corso del processo: « ... l'obbligo di esporre al giudice i fatti secondo la verità, e di non « proporre domande, difese, eccezioni o prove che non siano di buona « fede ». E questa più vasta portata della norma è rafforzata da energiche sanzioni pecuniarie disposte dal capoverso: il quale, indipendentemente dalla responsabilità per spese e danni di cui all'art. 77, commina alla parte che non dice la verità (nonchè al procuratore ed al difensore suoi complici!) una penale che può estendersi fino a diecimila lire.

Ora a noi sembra che se la disposizione dell'art. 26 dovesse essere mantenuta in questo senso e con questa portata, essa sarebbe assolutamente inconciliabile con quel sistema probatorio, che, come si è visto più sopra, il Progetto fondamentalmente mantiene. Nel processo civile a tipo dispositivo l'obbligo della parte di dire la verità (inteso non già come dovere generico di buona fede, ma come dovere specifico di dire in giudizio, al par dei testimoni, *tutta la verità, nient'altro che la verità* sui fatti controversi) non rientra, se si toglie il caso di giuramento, tra gli strumenti di indagine dati al giudice per l'accertamento dei fatti: l'affermazione della parte non è di regola un mezzo di prova, ma è solo un mezzo per fissare il *thema probandum.* Che nel processo civile a tipo dispositivo, la parte dica o non dica la verità, è, dal punto di vista del diritto probatorio, assolutamente indifferente, perchè il giudice non solo non ha il dovere di credere a quanto la parte afferma, ma anzi ha il dovere di non credervi, in quanto la parte affermi fatti favorevoli al suo proprio interesse. Il dovere di dire la verità, che hanno i testimoni, ha una portata eminentemente pratica, perchè il giudice molte volte non ha altro mezzo per accertar la verità che le deposizioni testimoniali, e, se queste sono false, necessariamente vengono ad essere erronee le basi di fatto su cui la sentenza si fonda. Ma la menzogna della parte non è pericolosa per il giudice, perchè egli della veridicità delle parti può, e deve, disinteressarsi: se queste dicono la verità egli non può trarre alcun giovamento dalle loro affermazioni, per quanto veritiere; se queste non la dicono,

egli non ha da temere alcun inganno dalle loro affermazioni, per quanto mendaci. L'obbligo di dire la verità potrebbe essere riconosciuto a carico della parte come obbligo perfetto e sanzionato, solo quando la parte fosse considerata come un testimone *in re sua*: come una fonte di prova, cioè, a cui si può non credere quando non dice la verità, ma a cui si deve credere quando la dice. Viceversa, nel sistema vigente che continua a basarsi sulla efficacia legale della confessione, l'obbligo di dire la verità imposto alla parte avrebbe questa singolarissima struttura: che l'adempimento di questo obbligo varrebbe per nuocerle quando la verità è contraria al suo interesse, ma non potrebbe mai giovarle quando la verità è contraria all'interesse dell'avversario! La parte avrebbe il dovere di dire la verità anche se questa le nuoce, ma non il diritto di esser creduta quando questa le giova. Tutto questo è, evidentemente, un assurdo.

Si aggiunga che l'obbligo di dire la verità, inteso come obbligo specifico esteso alle singole dichiarazioni, urta in pieno contro tutti quei canoni probatorî tradizionali, che sopra abbiamo richiamati. Come si concilierebbe il dovere di dire la verità (cioè *tutta la verità*), col principio, che il Progetto mantiene, secondo il quale il giudice non può tener presenti altri fatti che quelli allegati dalle parti? Come si concilierebbe il dovere di dire la verità, colle norme che regolano la ripartizione tra le parti dell'onere di allegazione e dell'onere di prova? Dovrebbe ciascuna parte dire la verità sui soli fatti, la cui allegazione e prova grava su di lei, ovvero il dovere di verità si dovrebbe estendere anche ai fatti che, secondo il principio dispositivo, debbono essere ritenuti come insussistenti fino a quando non siano provati dalla parte contraria? E come si potrebbe conciliare il dovere di dire la verità coll'efficacia legale della confessione? La confessione contraria alla verità dovrebbe contemporaneamente esser creduta come prova legale, ed esser punita come dichiarazione mendace? E quando le parti fossero d'accordo nel riconoscere come veri certi fatti o nel limitare di accordo il campo di indagine a certi fatti, dovrebbe l'obbligo di verità rimettere in questione anche i fatti non controversi, o addirittura invadere il campo dei fatti non allegati?

A tutte queste domande la risposta è una sola: che fino a quando rimane in vigore, consacrato negli articoli del Codice civile, il principio dispositivo, la norma che consacra l'obbligo di dire la verità non può significare altro, per le parti in causa, che un richiamo, di valore sopratutto morale, al generico dovere della buona fede processuale, senza che per questo venga ad essere alterato il delicatissimo ed ingegnoso meccanismo del sistema probatorio dispositivo, basato, com'è noto, sul giuoco combinato di due forze contrapposte, ciascuna delle

quali tende ad illuminare soltanto quella parte di verità che le giova, in modo che, attraverso questo contrasto di interessi che diventa nel processo una inconsapevole ma effettiva collaborazione di sforzi, il giudice arrivi ad avere dinanzi a sè la verità tutta intera.

La trasformazione della parte in testimone (che non è attuata neanche nel processo penale!) potrebbe ammettersi soltanto in un processo a tipo nettamente inquisitorio, in cui fosse attenuata la nozione del diritto soggettivo e in cui il privato fosse considerato soltanto come strumento del pubblico interesse. Ma questa trasformazione, come già si è avvertito nelle premesse, andrebbe al di là del diritto processuale: e non è voluta dal legislatore, il quale, per bocca del Guardasigilli, ha avvertito che il nuovo processo « riconosce le facoltà dispositive dei « singoli, in quanto si attiene al contenuto e ai limiti della domanda e « quindi della decisione; e arriva alla stessa definizione della lite me- « diante mezzi che soltanto l'interesse o la fiducia personale delle parti « possono suggerire (la transazione, il giuramento decisorio) » (Solmi, *La tradizione nazionale nel nuovo processo civile,* in *Rif.*, pag. 51). Lo stesso favore con cui il Progetto considera e promuove la conciliazione (art. 161, 182, ecc.) dimostra che il nuovo processo non vuol essere a tipo rigidamente inquisitorio: in un processo dove sono non solo ammesse, ma favorite le transazioni, l'obbligo di dire la verità in giudizio deve essere necessariamente inteso *cum grano salis.*

Tutte le osservazioni svolte finora servono a spiegare come non si ravvisino accettabili le sanzioni con cui l'art. 26 accompagna la enunciazione del dovere di dire la verità. Se non si può ammettere, per le ragioni tecniche sopra spiegate, un obbligo giuridico della parte di dire la verità, neanche è logicamente ammissibile una sanzione giuridica di questo obbligo, il quale può trovare la sua sanzione indiretta soltanto in quell'aggravamento di responsabilità per spese stragiudiziali e danni che si trova consacrato nel già ricordato art. 77 del Progetto.

Ma, se alla parte non può attribuirsi il dovere di dire la verità in quel senso specifico e rigoroso in cui l'art. 26 potrebbe essere letteralmente interpretato, può essere opportuno porre a carico della parte quell'onere di dichiararsi (*Erklärungslast* del § 138 della *ZPO* germanica) che è consacrato nell'art. 28 del Progetto, e che si potrebbe più chiaramente coordinare con quella fase del procedimento preparatorio che il Progetto chiama (art. 162) « determinazione delle questioni da risolvere ». Se alla parte non può essere imposto, nel processo a tipo dispositivo, l'obbligo giuridico di dire la verità contro il proprio interesse e in contrasto coi principî della ripartizione dell'onere della prova, le si può bene imporre, non come mezzo di prova ma come chiarimento del *thema probandum,* l'obbligo di precisare qual'è il suo atteg-

giamento di fronte alle affermazioni di fatto dell'avversario, e di cooperare così a determinare quali sono i fatti concordemente ammessi e quelli controversi: a questo scopo era indirizzata la disposizione contenuta nel capov. dell'art. 20 del Progetto CHIOVENDA, secondo la quale « la parte deve, nella prima occasione che avrà per farlo, dichia- « rare se i singoli fatti esposti dall'avversario siano secondo la sua con- « vinzione conformi al vero »; e proprio allo scopo di indurre le parti a prender chiaramente posizione di fronte alle affermazioni avversarie dovrebbe essere preordinato quel dovere di comparizione e di chiarimenti di cui parla l'art. 28 del Progetto.

Ma l'obbligo di comparizione e di chiarimenti non può avere una portata più ampia: questo potere dato al giudice di interrogare direttamente le parti per chiarire il loro atteggiamento e per rendersi conto dei termini esatti del loro dissidio, non dev'essere trasformato in una specie di interrogatorio d'ufficio che possa sovrapporsi all'interrogatorio di parte, qual'è regolato dagli art. 214 e segg. dello stesso Progetto. Secondo questi articoli l'interrogatorio conserva la funzione tradizionale che ha nel processo vigente: esso è il mezzo con cui una parte mira a provocare una confessione dalla lealtà dell'avversario, pur sapendo che questo non è tenuto giuridicamente a dire la verità, e che se questo tentativo di trovare nella lealtà dell'avversario la sperata *relevatio ab onere probandi* non riesce, altro non resta all'interrogante che assolvere con altri mezzi l'onere di prova che grava su di lui. Ma accanto a questo interrogatorio tradizionale non è concepibile che conviva sotto lo stesso tetto un interrogatorio d'ufficio in cui la parte interrogata sia trattata come un testimone, ed abbia il dovere di dire la verità che nell'interrogatorio tradizionale non ha: la stessa persona non può nello stesso processo rivestire e spogliare, secondo i momenti, la veste di parte e quella di testimone; nè il principio della repartizione dello onere della prova può nello stesso processo valere e non valere.

Se veramente, attraverso l'obbligo di comparizione e di chiarimenti, si volesse dare al giudice il potere di interrogare la parte a scopo testimoniale e con obbligo di verità, bisognerebbe allora trasformare *ab imis* gli istituti dell'interrogatorio e della confessione, e introdurre nel processo l'interrogatorio libero e giurato, a tipo inglese o austriaco (cfr. Prog. CHIOVENDA, art. 40-41). Ma se questo non si vuol fare, bisogna allora dare a quell'istituto della comparizione personale delle parti, che il Progetto introduce (art. 28), quella limitata, per quanto utilissima, funzione chiarificatrice (e non inquisitoria), di cui sopra si è cercato di tracciare i confini. E sarà necessario, allora, riesaminare con maggior chiarezza di idee quali possano essere le sanzioni meglio idonee ad accompagnare questo obbligo di comparizione personale

delle parti: poichè se, trattandosi qui di un vero dovere che la parte ha di fronte al giudice, può parer logico sanzionarlo con una pena pecuniaria come l'art. 28 propone, non altrettanto logico appare che nello stesso tempo la trasgressione a questo dovere dia luogo a conseguenze di ordine probatorio (art. 179), che si attagliano meglio alla nozione dell'onere che a quella dell'obbligo.

23. - *Altre osservazioni sul sistema probatorio: processi a tipo dispositivo e processi a tipo inquisitorio.*

Con queste riserve, la tendenza del Progetto a far prevalere nella istruttoria civile la buona fede e la sincerità e a dare al giudice i poteri necessarî per ottener ciò, non può che essere caldamente approvata. Anzi, sotto qualche aspetto, tale tendenza potrebbe essere anche resa più energica e consapevole.

Si può a tale proposito osservare che molte delle riserve che abbiamo fatte più sopra sulla necessità di non introdurre nel nuovo processo disposizioni che siano logicamente in contrasto col principio dispositivo fondamentale rimasto in vigore, non hanno ragion d'essere tutte le volte in cui la controversia riguardi uno di quei rapporti civili intransigibili e indisponibili, che si sogliono denominare come « attinenti all'ordine pubblico » (per es. le cause matrimoniali). Anche nel processo oggi vigente la dottrina e la pratica, nonostante la mancanza di ogni norma positiva sull'argomento, sono giunte a ritenere comunemente che, per queste controversie intransigibili, le ordinarie regole del diritto probatorio inspirate al principio dispositivo non trovino altro che parzialissima applicazione, e a costruire ai margini della legge uno speciale tipo di processo inquisitorio, nel quale l'accordo delle parti sui fatti della causa non vincola il giudice e in cui le regole della repartizione dell'onere della prova e quelle relative all'efficacia legale di certi mezzi di prova, come il giuramento e come la confessione, non hanno più il loro pieno valore. Nel Progetto Carnelutti, che pur conservava alla base della istruttoria il principio dispositivo, si era sentita la opportunità di regolare con norme apposite questo gruppo di controversie nelle quali i poteri del giudice possono e debbono invece essere orientati in un senso nettamente inquisitorio (cfr. art. 13, 16, 69, 105, ecc.). Non si vede perchè uno stesso criterio non potrebbe essere seguito dal nuovo Codice, ove già negli art. 161 e 599 si allude alle controversie intransigibili; per le quali potrebbero essere utilmente dettate apposite norme processuali, svincolate, in misura assai più grande che non quelle del processo ordinario, dalle regole del principio dispositivo.

Ciò sarebbe necessario anche per restringere in limiti meno vaghi,

e quindi per dare un significato praticamente meno evanescente, a quegli art. 29-31, coi quali il Progetto regola l'intervento ed i poteri del P.M. nelle cause civili. Dopo aver nell'art. 29 confermato il principio che in materia civile il P.M. può procedere per via di azione nei soli casi stabiliti dalla legge, il Progetto coll'art. 30 regola l'intervento del P. M. nei giudizi già iniziati per azione di parte, e distingue i casi in cui tale intervento è obbligatorio (il che avviene nelle cause « in « cui, a termini di legge, potrebbe procedere per via di azione, nelle « cause matrimoniali e negli altri casi in cui ciò sia disposto dalle leggi ») dai casi in cui, « in qualunque altra causa », tale intervento è facoltativo. Fin qui il Progetto non innova sul diritto vigente; ma nell'art. 31 esso introduce una innovazione, che, almeno sotto l'aspetto teorico, appare importantissima: « Il P. M. *in ogni caso di suo intervento* ha le « stesse facoltà che competono alle parti; può produrre documenti e « dedurre mezzi di prova fino a che non sia chiusa l'istruttoria. Può « anche limitarsi a fare le sue richieste verbalmente alla udienza di « discussione ».

Ora, queste facoltà di iniziativa probatoria che sono attribuite al P. M. interveniente, pienamente in ciò equiparato alle parti in causa, se sembrano perfettamente intonate a quei processi a tipo inquisitorio nei quali l'iniziativa probatoria del P. M. potrà essere un potente ausilio dato al giudice per la scoperta della verità, che le parti, d'accordo nel proposito di frodare la legge, possono avere interesse a mascherare (si pensi alle cause di annullamento matrimoniale), sembrano francamente esorbitanti negli ordinarî processi civili non attinenti all'ordine pubblico, nei quali questo intervento del P. M. porterebbe ad uno snaturamento pubblicistico dei rapporti privati. Riteniamo perciò che l'art. 31 debba esser modificato nel senso che, pur lasciandosi al P. M. la facoltà di intervenire in qualsiasi causa, i suoi poteri debbano di regola essere limitati alla enunciazione delle sue conclusioni in udienza, a meno che si tratti di cause attinenti a rapporti intransigibili, nelle quali anche al P. M. interveniente dovrebbero essere sempre concessi i poteri di iniziativa istruttoria, che sono proprî delle parti. D'altro lato, poichè può accadere che anche su un rapporto di mero interesse privato particolari considerazioni di specie possano far sorgere riflessi pubblicistici che rendano opportuna l'iniziativa probatoria del P. M., si potrebbe dare una certa elasticità alla norma dell'art. 31, nel senso di stabilire che il giudice, anche fuori di quel gruppo di cause nelle quali prevale il principio inquisitorio, possa conferire al P. M. interveniente i poteri istruttorî ordinariamente riservati alle parti, quando ritenga che la causa rifletta in concreto un interesse pubblico.

24. - *Valutazione equitativa di circostanze dubbie.*

D'altra parte il Progetto, che pure in certe direzioni ha allargato i poteri del giudice in misura tale che può dar luogo a gravi timori (n. 6), avrebbe potuto utilmente ampliare più di quello che ha fatto, i poteri di valutazione equitativa del giudicante, tutte le volte in cui gli elementi probatorî si presentino dubbî o contraddittorî, o in cui, per arrivare a un preciso accertamento dei dati controversi, occorrerebbero indagini probatorie di difficoltà e costo sproporzionati alla limitata importanza della causa.

E' noto che il diritto vigente, ogni volta che lo esperimento delle prove non abbia dato al giudice la assoluta certezza sui fatti controversi, gli lascia come estremo espediente il giuramento d'ufficio, il quale è in realtà, attraverso la scelta della parte che dovrà giurare (art. 1374 Cod. civ.), una specie di tranquillante pretesto, dietro il quale giuoca il libero apprezzamento del giudice.

Ma in un processo, qual'è quello vagheggiato dal Progetto, che dovrebbe essere tutto quanto inspirato alla lealtà ed alla semplicità, sarebbe molto più semplice, in quei casi in cui oggi il giudice ama ripararsi dietro lo schermo del giuramento d'ufficio, riconoscergli francamente il potere di pronunciarsi *de bono et aequo* secondo la sua coscienza. E' noto che siffatti poteri equitativi sono già oggi, dalla giurisprudenza, riconosciuti al giudice in tema di liquidazione di danni: e in tal senso aveva una norma apposita il Progetto MORTARA (art. 191 cpv. ultimo). Forse l'esempio di quel Progetto potrebbe essere seguito e in qualche misura ampliato: sopratutto si potrebbe pensare se non sia il caso di introdurre nel nuovo processo una norma di carattere generale la quale permetta alle parti di accordarsi per deferire al giudice unico, investito della loro causa, il potere di deciderla in tutto o in parte secondo equità. L'esperienza professionale insegna che frequentemente si presentano nella pratica, specialmente in materia di conteggi o di liquidazioni di danni, liti rese straordinariamente incresciose e complicate dal frazionamento e dall'aggrovigliamento delle circostanze di fatto, per chiarire le quali gli anni e i patrimonî si consumano in istruttorie che alla fine non di rado si rivelano infruttuose. In casi siffatti il potere del giudice di risolvere il dissidio in via di equità, con risparmio di tutte le sterili complicazioni probatorie, sarebbe provvidenziale: e non si comprende davvero perchè mai le parti, che pur possono investire di poteri equitativi un qualsiasi privato da esse nominato amichevole compositore, non si possano metter d'accordo per conferire gli stessi poteri al giudice unico, quando, attraverso il diretto contatto che sarà reso possibile dalla immediatezza, egli abbia

saputo inspirare a tutt'e due i litiganti quella stessa fiducia personale che giustifica l'arbitrato.

25. - *Regime tributario del processo.*

E finalmente, sempre in tema di lealtà e semplicità probatoria, non si deve dimenticare che invano si spererà di introdurre nella istruttoria civile quei principî di sincerità e di chiarezza che il Progetto vagheggia, *se prima non sarà stato risolto il problema fiscale del processo,* dal quale praticamente dipendono la più gran parte delle tortuosità e delle lungaggini che affliggono ed appesantiscono il sistema processuale vigente. Tutti sanno che lo smodato abuso di prove orali, che si deplora oggidì nelle cause civili, è in diretta relazione cogli ostacoli spesso insormontabili che l'uso delle prove scritte trova nelle leggi fiscali.

L'attuale Guardasigilli, le cui benemerenze di fronte all'avvenire del processo civile italiano sono già grandi, sarà ancor più benemerito se vorrà affrontare in pieno, come uno degli aspetti fondamentali della riforma processuale, il problema fiscale che così strettamente le è connesso; e se vorrà affermare che, là dove la restaurata autorità dello Stato esige che il processo sia in ogni caso strumento celere e sicuro della giustizia, non è più concepibile che il cammino della giustizia sia ritardato o addirittura impedito da considerazioni fiscali, come sono quelle che attualmente impongono al giudice, quando gli vien presentato il documento che forse rivela la verità, di torcere da esso lo sguardo, se in esso non scorge, prima che la verità, le prescritte marche da bollo.

26. - *Sanzioni pecuniarie.*

Il Progetto è straordinariamente ferace di sanzioni pecuniarie: non v'è tappa del procedimento in cui la parte smemorata o il patrocinatore disattento non rischino di incappare in qualche multa. Siffatte sanzioni pecuniarie si cumulano e si combinano, come già si è veduto, con tutto un sistema di altre misure sanzionatorie che possono avere i più svariati effetti: perdita di facoltà processuali per decadenza, condanna alle spese o al risarcimento dei danni, e perfino conseguenze pregiudizievoli sulla decisione di merito, potendo la condotta processuale della parte esser valutata come elemento indiziario a suo sfavore.

La severità di questo sistema di multiformi sanzioni è aggravata per il fatto che quasi sempre il giudice può applicarle d'ufficio, senza che la parte o il patrocinatore siano previamente invitati a giustificarsi, e anzi senza che siano neanche avvertiti del provvedimento che li minaccia (art. 26, 28, 37, 150, 151, 188, 203, 295, 431, ecc.): in alcuni

casi vi è la facoltà del condannato di fare opposizione contro il provvedimento di fronte allo stesso giudice che lo ha emanato (art. 28 cpv. ultimo); ma, in altri, di questa facoltà non si fa parola (art. 26); in altri ancora (35-37) l'ordinanza che *senza alcuna parvenza di contraddittorio* ha condannato la parte (o il procuratore!) ad una penale che può arrivare a 5000 lire, è espressamente dichiarata « non suscettibile di reclamo » (art. 37).

Tutto questo è indubbiamente eccessivo; ma forse, sotto l'aspetto pratico, questo ferreo sistema di sanzioni apparentemente inesorabili si rivelerebbe nella pratica assai meno temibile di quanto possa a prima vista sembrare, perchè, proprio per la eccessività di queste disposizioni, il senso di misura dei giudici le lascierebbe cadere in disuso, come è accaduto nel diritto attuale per altre misure sanzionatorie assai meno severe di quelle oggi proposte.

Senonchè, accanto al valore pratico, prevedibilmente assai tenue, di queste sanzioni così rigorose, la loro severità ha peraltro un grande valore sintomatico, perchè sembra rilevare, alla base di tutte le disposizioni del Progetto, uno stato d'animo assai diverso da quei principî inspiratori del medesimo, secondo i quali la giustizia dovrebbe essere avvicinata al popolo, ed il processo essere reso semplice e comodo per il cittadino che fiduciosamente si rivolge allo Stato in cerca di protezione. Questo sistema di sanzioni così gravi sembra fatto apposta, invece che per ispirare nei cittadini fiducia nella giustizia dello Stato, per tenerli lontani dai Tribunali e per accrescere in essi il tradizionale terrore dei tranelli della procedura.

In procinto di affidare ai giudici la tutela dei loro diritti, i profani, i quali non sono in grado di rendersi conto delle profonde ragioni che possono aver inspirato certe severità delle leggi processuali, di questo solo si renderanno conto: che il processo, se chi vi si avvicina per chieder giustizia rischia fin dai primi passi di dover pagare qualche migliaio di lire solo per aver tardato d'un giorno a depositare le proprie carte in cancelleria, è un meccanismo così pericoloso che il miglior partito è quello di starne lontani. In questo modo si potrà forse riuscire a togliere ai cittadini la voglia di rivolgersi ai Tribunali o a render sempre più frequente il ricorso all'arbitrato, e magari a diminuire apparentemente il numero delle liti: ma non sarà questa una diminuzione di litigiosità di cui il diritto e lo Stato abbiano da rallegrarsi, perchè sarà fatta sopratutto a spese dei cittadini di indole più pacifica e più aliena dal litigio, che saranno i primi ad impensierirsi dei pericoli del processo e a tenersi lontani dalle aule giudiziarie anche quando avrebbero sacrosante ragioni da farvi valere.

Tutto questo vuol dire proprio andar contro ai principî da cui

il Progetto parte: se il processo è fatto non tanto per sodisfare gli interessi individuali, quanto per attuare la legge e riconfermare con ciò l'autorità dello Stato in occasione dei privati litigi, non si può dire che facendo apparire ai cittadini sempre più rischiosa e costosa la lotta per il diritto, si serva l'interesse pubblico e si rafforzi l'autorità dello Stato.

27. - *La posizione degli avvocati di fronte ai giudici.*

Ma il valore sintomatico di tali sanzioni è ancor più grave e preoccupante, in quanto esse sono applicabili non soltanto alle parti, ma anche ai professionisti legali: i quali, assumendo la rappresentanza o il patrocinio in un processo civile, rischiano teoricamente, come si può facilmente verificare facendo una addizione di tutte le multe in cui il professionista può imbattersi lungo la strada di un solo giudizio, di dover pagare del proprio una somma molto superiore a quello che è il reddito annuale della massima parte degli avvocati italiani.

Ma, anche qui, ciò che più impressiona non è tanto il pericolo effettivo di dover pagare queste multe (che, se introdotte, non verrebbero quasi mai applicate), quanto il poco conto in cui il Progetto mostra di tenere i professionisti legali, se ha creduto che per parlare alla loro coscienza possa valere, più della voce del dovere e del senso di dignità professionale, il timore di incorrere in gravi sanzioni pecuniarie. E' vero che la Relazione ministeriale ha sentito la necessità di riaffermare l'altissimo conto nel quale il nuovo processo terrà i professionisti legali, concepiti come collaboratori necessarî della giustizia; ma è anche vero che se uno studioso straniero, per informarsi del livello intellettuale e morale dei professionisti legali in Italia, si limitasse a leggere il Progetto così com'è formulato, dovrebbe concludere necessariamente che tale livello è assai basso, se per mantenerli sulla via della diligenza e della rettitudine si deve ricorrere, ad ogni svolta del procedimento, a così gravi sanzioni!

In verità sembra che il Progetto, nel dettare le disposizioni che riguardano rispettivamente i giudici e i patrocinatori, sia partito da due diverse misure o tipi di uomo normale. Tutte le disposizioni che riguardano i giudici sono scritte per il giudice ottimo, mentre tutte quelle che riguardano i legali presuppongono l'avvocato o il procuratore pessimo. Si è abolita l'azione civile contro i giudici, si è resa praticamente improponibile contro di essi la ricusazione (data la gravità delle sanzioni che ne accompagnano il rigetto *indipendentemente da ogni colpa del proponente,* art. 37); si sono conferiti al giudice unico poteri discrezionali così vasti e penetranti, che solo un magistrato dotato di grande equilibrio intellettuale e morale potrà esercitarli senza

pericolo; e si è osservato, nella Relazione ministeriale, che ogni dubbio sul buon uso di tali poteri da parte del giudice unico sarebbe offensivo per i magistrati italiani. Tutto questo dimostra che il Progetto è stato redatto tenendo dinanzi un modello ideale di giudice, il quale, indipendentemente da ogni sanzione esterna che verrebbe considerata non soltanto superflua ma offensiva contro di lui, trova nella sua coscienza il rispetto dell'altissima funzione che gli è affidata e le garanzie più sicure per l'adempimento del proprio dovere. Benissimo; ma perchè questo ottimismo, al quale evidentemente si inspirano le regole che riguardano i giudici, non deve inspirare del pari quelle che riguardano gli avvocati? Perchè, se sarebbe offensivo per il giudice sospettare che egli possa fare uso non retto dei poteri che la legge gli conferisce, non si reputerà offensivo del pari per l'avvocato, che pur è un uomo come lui, prescrivergli dal di fuori con appositi articoli e con minaccie di multe quel dovere di probità che deve sopratutto esser vivo nell'intimo della sua coscienza?

Il problema, si noti bene, non riguarda soltanto la giusta suscettibilità degli avvocati, i quali non possono non sentirsi menomati da questa insistenza del Progetto nell'accumular sanzioni contro la loro negligenza e contro la loro malafede; ma riguarda sopratutto il buon funzionamento del processo e della giustizia, *della quale gli avvocati sono organi altrettanto essenziali e indispensabili quanto il giudice.* Giudici e avvocati vivono nel processo secondo la legge dei vasi comunicanti: non si può umiliare nel processo la posizione dell'avvocato senza fare abbassar contemporaneamente, nella stessa misura, il livello morale e intellettuale dei giudici: e quindi in un sistema processuale in cui i difensori fossero ridotti ad essere i subordinati e quasi i sostituti del giudice, non solo sarebbe abolita ogni utilità del loro ministero, ma la stessa funzione giudiziaria uscirebbe avvilita e inquinata dall'indebolimento di questi due organi di parte, che tanto meglio servono la giustizia e aiutano il giudice ad essere imparziale, quanto più energicamente si adoprano a mettere in evidenza le ragioni, necessariamente unilaterali, della parte che ciascuno di essi patrocina. Non si deve dimenticare infatti che nel processo civile gli avvocati funzionano sempre come *coppia di forze contrapposte,* e che la parzialità dell'uno trova sempre la sua integrazione e insieme il suo rimedio nella reciproca parzialità dell'avversario: sicchè proprio dalla contrapposizione di queste due energiche parzialità, il giudice è messo in grado di serbarsi superiore al dibattito e di trovare al di sopra di esso quella imparzialità ch'è la sua virtù più preziosa.

Sarebbe un errore, solo perchè si mira a rafforzare nel processo la autorità dello Stato, credere che questo rafforzamento voglia dire ne-

cessariamente subordinazione dell'avvocato al giudice. L'avvocato deve essere non un servitore del giudice, ma, come il giudice, un servitore del diritto. Anche l'avvocato nel processo serve lo Stato, e, quando indossa la toga, rappresenta lo Stato: e se vi sono negli ordini forensi, come vi sono in ogni ordine di professionisti o di funzionarî, alcuni gregarî indegni, che non hanno coscienza della importanza pubblica della loro funzione e dei doveri ch'essa comporta, devon provvedere gli organi sindacali (i cui poteri dovrebbero a tale scopo essere sempre più rafforzati) a punire severamente gli indegni. Ma questa rigorosa disciplina, alla quale i professionisti legali debbono, come servitori dello Stato, esser soggetti appunto perchè la loro funzione è essenzialmente pubblica, non può avere come suo organo il giudice. Quale condotta debba il difensore tener nel processo, in qual modo egli possa caso per caso conciliare il suo dovere di probità col suo dovere di difesa, non può essere il giudice a suggerirlo all'avvocato: altrimenti, se il giudice avesse il potere di imporre al difensore la sua mentalità, accadrebbe che l'avvocato si trasformerebbe in un pallido e ingombrante duplicato del giudice, o che, pericolo anche peggiore, il giudice si trasformerebbe inconsapevolmente in difensore non imparziale di una delle parti.

Anche in Germania, dove pur si è portato al massimo grado il rafforzamento dell'autorità del giudice nel processo, continua ad essere in vigore il principio, affermato dalla l. 11 marzo 1921 (*RGBl.* 229), secondo il quale nessuna sanzione penale può essere inflitta agli avvocati dai giudici: e il dovere di dir la verità o di ottemperare all'ordine di comparizione personale, è posto per le parti, non per gli avvocati (§§ 138 e 141 *ZPO*). Il Progetto segue in proposito la via giusta solamente nel cpv. ultimo dell'art. 77, il quale stabilisce che, in caso di comportamento colposo dei professionisti legali, « il giudice o il pre- « sidente del collegio può riferire sul loro comportamento agli organi « disciplinari competenti ». Questo principio dovrebbe esser seguito anche in tutti gli altri casi che oggi possono dar luogo a sanzioni pecuniarie contro il legale: perchè, se indubbiamente l'avvocato ha (e in misura superiore a quella della parte) l'obbligo di comportarsi nel processo con probità, e di osservare nei confronti del giudice e degli avversari quelle regole di correttezza che ne costituiscono il galateo professionale, solamente gli organi sindacali sono in grado di giudicare caso per caso se tali regole siano state violate e di rendersi conto se il professionista meriti di esser approvato o biasimato per il modo con cui ha creduto di doversi comportare in uno di quei delicatissimi casi di coscienza, nei quali assai spesso l'avvocato si trova posto in increscioso contrasto tra doveri ugualmente degni di rispetto.

Nessuno nega che l'avvocato abbia nel processo civile il dovere

di non prestarsi alla malafede del cliente, di non assumere cause che riconosca infondate, di non adoprarsi mai per far credere al giudice circostanze contrarie alla verità. Ma l'obbligo di dire la verità dev'essere messo in armonia coll'obbligo del segreto professionale; il dovere di probità non può essere spinto fino al punto di far perdere al proprio cliente la posizione vantaggiosa in cui lo pone il principio della ripartizione dell'onere della prova, o di tradir la fiducia del medesimo col suggerire alla controparte, per uno sfrenato zelo di sincerità, le eccezioni dimenticate dal difensore avversario. E poi, come si potrebbe far colpa all'avvocato di non aver detto la verità al giudice, se il cliente non l'ha detta a lui? Anche l'avvocato, per farsi una convinzione sicura sui fatti della causa, deve attendere assai spesso, come il giudice, lo esito delle prove: gli si vorrà far pagare una multa solo perchè l'esito delle prove sia riuscito diverso da quello che il cliente gli aveva fatto prevedere?

Tutto questo dimostra che non si può dare al giudice, che non ha l'esperienza di questi delicatissimi casi di coscienza, il controllo sulla condotta dell'avvocato, che è fatto per vedere le realtà da un angolo visuale assai diverso da quello da cui la vede il giudice. Ma, sopra tutto, le sanzioni pecuniarie con cui il Progetto verrebbe a trasformare il giudice in un burbanzoso censore del professionista, produrrebbero il gravissimo danno, di cui tutto il processo verrebbe a soffrire, di distruggere la cordialità e lo spirito di spontanea collaborazione che deve regnare tra avvocati e giudici, e di avvolgere le loro relazioni in un'atmosfera di freddezza e di diffidenza, che sarebbe esiziale per la giustizia. E tutto questo senza che la introduzione di siffatte disposizioni sia richiesta da urgenti necessità pratiche: la disposizione dell'art. 28, la quale obbliga « il procuratore e il difensore a presentarsi « al giudice ogni qualvolta questi ne ordini la comparizione », colla comminatoria, in caso di disobbedienza, di « una penale da lire cin- « quecento a duemila », potrebbe far pensare, a chi non conoscesse in qual modo si svolgono le relazioni tra giudici e avvocati sotto il Codice vigente, che oggi gli avvocati, in mancanza di una siffatta disposizione, siano abituati a prendersi giuoco delle chiamate dei magistrati ed a lasciare senza risposta le loro domande di chiarimenti. In realtà, solo chi vive nella pratica giudiziaria sa con quanto ossequio i professionisti legali fanno a gara a presentarsi al giudice, appena questi li mandi a chiamare o li richieda di spiegazioni: e come il dovere di rispetto verso i magistrati sia osservato costantemente, senza bisogno di quelle minaccie di sanzioni pecunarie, che potrebbero forse rallentare, non certo accrescere, lo zelo degli avvocati nel manifestare la loro deferenza ai giudici.

Con queste disposizioni, non reclamate da alcuna necessità pratica, si verrebbe a guastare e a distruggere proprio quello spirito di collaborazione e diremmo quasi di cameratismo tra magistrati e patroni, che, se può giovare al buon funzionamento della giustizia in ogni sistema processuale, diventa condizione indispensabile, come già si accennò, nel sistema del giudice unico. Già abbiamo detto (n. 10) che gli innegabili pericoli del giudice unico potranno essere notevolmente attenuati, se accanto a lui funzionerà, quasi come un meccanismo equilibratore volto a impedire le brusche oscillazioni, la presenza ferma ed autorevole dei due patroni. Ma, affinchè i due patroni possano svolgere utilmente questa loro missione equilibratrice, è indispensabile che il giudice sappia di essere di fronte a loro, sia pur con tutti i poteri di polizia della udienza che ancor oggi gli competono, non un superiore di fronte a inferiori, ma soltanto un *primus inter pares*. Soltanto così, quando il giudice e l'avvocato si sentiranno posti sullo stesso piano di dignità come servitori cooperanti della stessa giustizia, potrà regnare fra loro quella reciproca fiducia e quel sentimento di rispetto, che è tanto più profondo quanto meno è imposto: e il giudice nell'atteggiamento deferente degli avvocati sentirà veramente l'ossequio, che inalza colui al quale si rivolge, non il servilismo, che lo offende.

Altrimenti, se nel nuovo processo gli avvocati fossero considerati come ausiliarî tollerati del giudice, e se a questo si desse il potere di indirizzare la loro condotta, di reprimere ogni loro iniziativa, di insegnar loro come la causa deve esser difesa e di punire con gravi multe ogni loro dissenso da tale insegnamento, crediamo veramente che la introduzione del giudice unico segnerebbe la fine di quelle virtù di aperta lealtà e di onesta fierezza, che sono state sempre vanto dei migliori avvocati italiani. Ridotti all'umile funzione di esecutori d'ordini, costantemente assillati dal timore di incorrere in multe, tutta la loro arte si concentrerebbe nel cercar di non dispiacere al giudice onnipotente. Il pensiero dominante del difensore sarebbe così, non più quello di far trionfare la ragione del cliente, ma quello di saper stornare dal suo proprio capo le ire del giudice, e le multe che vi sono connesse. In questo modo l'avvocatura si trasformerebbe in un mortificante lavoro di corridoio, in un sistematico tentativo di *captatio benevolentiae*, che non avrebbe niente di comune colla nobilissima lotta per il diritto: e da questo abbassamento dell'avvocatura proprio quella magistratura, che giustamente si vuole inalzare, verrebbe necessariamente a sentirsi umiliata.

§ 3. — Sui mezzi di impugnazione.

28. - *Sui mezzi di impugnazione in generale.*

Il sistema dei mezzi di impugnazione proposto dal Progetto si inspira in modo evidente a quei principî di celerità e di preclusione che abbiamo già visti applicati in larga scala al giudizio di primo grado, e che, se attuati con troppo rigore, sembrano in irriducibile contrasto col principio della « verità sostanziale », al quale d'altra parte lo stesso Progetto dice di volersi inspirare. I mezzi di impugnazione sono ridotti di numero (è soppressa la opposizione contumaciale); sono in genere ridotti i motivi di ciascun mezzo; sono ristretti i termini per proporli; sono aggravate le sanzioni che mirano a renderne meno frequente l'uso.

L'indole sintetica del presente parere non permette di esaminare ad uno ad uno gli articoli di questo titolo: se ciò fosse possibile, i rilievi concernenti la formulazione tecnica di queste disposizioni potrebbero essere numerosissimi. Ma, rimanendo fedeli al proposito di esaminare il Progetto soltanto nelle grandi linee che ne costituiscono la fondamentale architettura, ci dobbiamo limitare anche qui a osservazioni di carattere generale.

Cominciamo dal Capo *Delle impugnazioni in generale* (articoli 320-331). Si può anche approvare la abolizione della distinzione, di carattere ormai più scolastico che pratico, tra mezzi *ordinarî* e mezzi *straordinarî* di impugnazione: sarà la dottrina che anche in avvenire provvederà a distinguere, tra i mezzi di impugnazione enumerati dalla legge, i varî tipi ed i possibili raggruppamenti; non si capisce però quale sia il criterio per il quale, nell'art. 320, si è creduto necessario riservare ad un separato capoverso la menzione della opposizione di terzo. Si nota che, se in questo articolo devono essere enumerati tutti i mezzi di impugnazione che il Progetto conosce, sarebbe necessario menzionare qui diversi casi di opposizione o di reclamo che si trovano sparsi fra i diversi articoli del Progetto (per es. art. 78).

Data l'abolizione di ogni distinzione tra mezzi ordinarî e mezzi straordinarî, e dato altresì che, nei propositi del Progetto, la struttura dell'appello dovrebbe perdere le sue attuali caratteristiche per avvicinarsi a quella del ricorso per cassazione, diventa sempre più indispensabile precisare in un'apposita disposizione (cfr. art. 261 Pr. Mortara e art. 648 Pr. Redenti) quale sia il preciso significato della espressione « sentenza passata in giudicato » (usata, per es., dall'art. 283).

Sarebbe necessaria una norma che spiegasse in generale quali sono i provvedimenti impugnabili, specialmente in relazione alla distinzione tra sentenze e ordinanze: sia perchè l'art. 168, disponendo che « contro le ordinanze non è consentita impugnazione *autonoma* » fa-

rebbe ritenere che anche contro le ordinanze si possa proporre (come contro le interlocutorie dell'attuale processo del lavoro) impugnazione *congiunta* con quella della sentenza definitiva; sia perchè il Progetto espressamente menziona casi di ordinanze impugnabili separatamente (es. art. 130 cpv.).

Inoltre, in questo primo capo, potrebbero essere utilmente e logicamente raggruppate molte disposizioni generali, che già nel Progetto sono comuni, o che sarebbe opportuno far diventare tali, a tutti i mezzi di impugnazione, o a più d'uno di essi. Così potrebbero esser utilmente collocate sotto questo capo la norma secondo la quale lo appello o il ricorso in cassazione (e perchè non anche, almeno in certi casi, la revocazione?) non possono essere più proposti decorso un anno dalla pubblicazione della sentenza (art. 333 cpv.; art. 366); la norma secondo la quale la impugnazione dichiarata inammissibile non può essere riproposta anche se non sia ancora decorso il termine per proporla (art. 361 e 377: cfr. art. 650 Pr. Redenti); le norme relative alla decorrenza dei termini, e quelle sulla interruzione dei medesimi (art. 334) o sulla riserva di impugnazione (art. 335), che nel Progetto sono collocate nel capo dell'appello e che opportunamente potrebbero essere rese generali.

Mancano assolutamente, in questo primo capo, altre disposizioni di carattere generale che opportunamente figuravano in altri Progetti (cfr. per es. il capo *Della impugnazione in generale* nel Pr. Carnelutti). Nè si può dire che le disposizioni contenute in questo primo capo siano tutte tecnicamente irreprensibili, e rappresentino veramente, nella forma e nel contenuto, un progresso sul diritto attuale. L'art. 321, per chiarezza, dovrebbe essere immediatamente seguito, com'è nel diritto vigente (art. 467), dalle norme relative alla decorrenza dei termini, che il Progetto disperde nei varî capi successivi. Non sembra che gli articoli 324 e 328 costituiscano, almeno per la forma, miglioramenti del diritto vigente. Le regole sulla impugnazione « incidentale » non sono chiare: non si vede la utilità di abolire la tradizionale distinzione tra impugnazione incidentale e impugnazione adesiva, quando rimane in sostanza la diversità delle posizioni processuali, per indicar le quali si dovrà d'ora innanzi ricorrere a circonlocuzioni meno semplici della terminologia oggi in uso: nè la distinzione assai vaga tra cause scindibili e cause inscindibili (art. 326-328) porterà maggiore chiarezza di idee di quella che una lunga pratica ha tratto dall'art. 471 del Cod. vigente. Se si vuole introdurre, come parrebbe utile, il cosiddetto carattere *reale* delle impugnazioni (cfr. Mortara, Rel., pag. 28), sembra che l'art. 266 del Pr. Mortara sia molto più chiaro delle disposizioni formulate nel Progetto. E le osservazioni potrebbero continuare.

29. - *Sull'appello.* (art. 332-363).

Su questo mezzo di impugnazione le innovazioni proposte dal Progetto sono, come già si è veduto, fondamentali: la limitazione e la trasformazione dell'appello non è che uno degli aspetti di quel più vasto programma di preclusioni e di limitazioni delle difese che il Progetto vorrebbe attuare fin dal giudizio di primo grado: e già, parlando della riforma dell'appello come facente parte di tale programma, abbiamo espresso le ragioni del nostro profondo dissenso (n. 20 lett. *c*).

Le disposizioni attraverso le quali l'appello, dalla forma tradizionale del *novum iudicium,* si trasformerebbe in una *revisio prioris instantiae* limitata a singoli punti della sentenza di primo grado, sono tipicamente quelle degli art. 337, 338, 343, 344. L'appello, il quale nel diritto attuale è semplicemente il mezzo per passare, indipendentemente dai vizî della sentenza appellata, dal primo al secondo grado, e per riportare integralmente dinanzi al secondo giudice tutta intera la controversia, con illimitata facoltà *non deducta deducendi, non probata probandi,* diventerebbe secondo il Progetto un riesame (parziale, e privo di effetto devolutivo) non più della controversia, ma della sentenza del primo giudice, posta a raffronto coi soli materiali probatorî raccolti in primo grado. Il riesame, a quanto pare, dovrebbe avvenire nei limiti degli specifici motivi di censura enunciati nell'atto introduttivo: il giudizio di appello si avvicinerebbe così alla struttura di un *iudicium rescindens,* molto simile a quella degli attuali mezzi di impugnazione straordinarî.

La trasformazione sarebbe dunque profonda; e altrettanto profondo è il dissenso che la Facoltà crede di esprimere in proposito: non solo perchè tale trasformazione sarebbe contraria alla tradizione italiana e romana, e perchè il principio del doppio grado, che sembra una delle più sicure garanzie di giustizia non solo contro gli errori commessi dal giudice nel decidere, ma altresì contro quelli commessi dall'avvocato nel difendere, verrebbe a trovarsi così praticamente menomato; ma sopra tutto perchè ad una siffatta limitazione dell'appello sembra che non sia il caso di pensare nel momento in cui, abolendosi in primo grado la garanzia del giudizio collegiale, si rende ancor più essenziale il rimedio illimitato del secondo grado, correttivo e contrappeso indispensabile dei maggiori pericoli che presenta in primo grado la istituzione del giudice unico.

Anche qui non si deve dimenticare che il Progetto Chiovenda, quantunque rigorosamente inspirato ai principî dell'oralità, manteneva allo appello la sua tradizionale struttura di riesame totale e diretto della controversia (art. 180); e che nel processo germanico, anche dopo la riforma del 1933 che ha attuato nei giudizî di prima istanza molti di

quei principî a cui il Progetto si inspira, l'*ius novorum* è mantenuto in appello (§ 524). Tutt'al più, per evitare il pericolo che la illimitata deducibilità di nuovi mezzi defensionali in grado di appello diventi un'occasione di espedienti dilatorî, e possa indurre le parti, come oggi spesso si lamenta, a spostare dal primo al secondo grado il centro di gravità della causa, si potrebbe introdurre in appello una disposizione, modellata sull'esempio dell'art. 184 del Pr. CHIOVENDA o del § 575 della *ZPO* germanica, la quale, pur *ponendo come norma che in appello possano essere proposte nuove prove e sollevate nuove eccezioni,* desse peraltro al giudice il potere di non prendere in considerazione le nuove produzioni, quando ritenga che la parte, pur avendo avuto la possibilità di farle valere in primo grado, le abbia riservate al giudizio di appello in mala fede ed a scopo dilatorio. Anche qui insomma, come già si propose per il giudizio di primo grado (n. 20), la illimitata ammissibilità di nuove deduzioni e prove in appello dovrebb'esser la regola: invece di stabilire, come fa il capov. penultimo dell'art. 343, che le nuove produzioni in appello siano consentite soltanto quando si dimostri che « la ragione e la possibilità di valersene siano sorte dopo « la chiusura del giudizio di primo grado », si dovrebbe stabilire, invertendo la formulazione dell'articolo, che esse possano essere escluse solo quando si dimostri il contrario. Si aggiunga che, ove pur si mantenesse in appello il divieto delle nuove prove e delle nuove eccezioni, mal si concilierebbe col principio della « verità sostanziale » e della lealtà processuale la posizione privilegiata fatta in appello alla eccezione di prescrizione ed al giuramento decisorio, che il Progetto (art. 343 cpv.) dichiara illimitatamente proponibili anche in secondo grado: non sembra invero che la eccezione di prescrizione, già qualificata *improba,* meriti un trattamento di favore di fronte ad altre eccezioni (per es. a quella di pagamento), nè che il giuramento sia, tra tutte le prove astrattamente proponibili, quella più idonea ad accertare la « verità sostanziale »!

Sulle altre disposizioni di questo Capo (pur senza entrare in critiche particolari di formulazione) si possono fare le osservazioni seguenti, che, in parte, riepilogano considerazioni già svolte nel corso di questo parere (cfr. n. 9).

a) Sembra incongruente lasciare la garanzia del doppio grado per le sentenze dei Conciliatori, che risolvono controversie comprese tra le 300 e le 500 lire, ed escluderla per le sentenze dei Pretori, che sono inappellabili quando risolvono controversie tra 500 e 2000 lire. Per una controversia che superi di un centesimo le 300 lire (art. 332) le parti avrebbero il lusso di un giudizio del Conciliatore e di uno del Pretore; per una controversia che per un centesimo non raggiunga

le 2000 lire, le parti avranno un solo ed unico grado dinanzi al Pretore. La incongruenza è manifesta.

b) Può sollevar qualche dubbio la disposizione dell'art. 336, la quale, rendendo generale la norma già in vigore per le controversie del lavoro, dà alle Corti d'Appello la competenza a decidere sugli appelli contro le sentenze dei Pretori: sopratutto si può pensare che in questo modo l'appello contro le sentenze dei Pretori sia reso troppo scomodo e costoso, a danno dei litiganti meno abbienti dei territorî più lontani dai grandi centri. Ma ragioni prevalenti per approvar la innovazione sembra che si possano trarre, oltrechè dalla buona prova che questo sistema ha dato nelle cause del lavoro, dall'inalzamento fino a 10.000 lire della competenza dei Pretori in primo grado, e dagli inconvenienti che si produrrebbero se contro la sentenza del Pretore giudice unico l'appello si potesse portare al giudice unico del Tribunale, che potrebb'essere anche, in certi casi, un magistrato meno anziano di quello di primo grado (cfr. n. 9). Sarà tuttavia necessario curare che l'appello contro le sentenze dei Pretori goda dinanzi alle Corti di un regime fiscale di favore.

c) Il termine di venti giorni dato per appellare (art. 333) sembra troppo breve, specialmente quando si pensi alla compiutezza che, per gli art. 337 e 338, deve avere l'atto di appello.

d) Non si riesce a capire esattamente per quale ragione l'articolo 346 tratti in modo diverso il caso in cui il giudice d'appello riformi la sentenza di primo grado « che abbia ritenuto il difetto di giurisdi- « zione dell'autorità giudiziaria », e il caso in cui il giudice d'appello riformi la sentenza di primo grado « che abbia dichiarato la impro- « cedibilità della domanda ». In ambedue i casi è mancato in primo grado l'esame del merito e il giudizio si è arrestato all'accoglimento di una eccezione preliminare: perchè nel primo caso il giudice d'appello dovrebbe rimetter la causa al primo giudice, e nel secondo caso dovrebbe trattenerla per la cognizione? La remissione al primo giudice si rende in ambedue i casi necessaria, specialmente in vista delle gravissime limitazioni che la difesa di merito dovrebbe soffrire, se dovesse essere interamente contenuta nella sola fase di secondo grado.

30. - *Sulla remissione in termini del contumace.*

A differenza del Progetto Chiovenda che considera la « restituzione in intiero » come un mezzo esperimentabile non solo per ottenere la remissione in termini contro una decadenza verificatasi nel corso del giudizio, ma altresì, in certi casi, per ottenere l'annullamento di una sentenza contumaciale (art. 92), e del Progetto Redenti, che apertamente menziona la « istanza per la remissione nel pristino stato » tra

i mezzi di impugnativa, il Progetto non considera la remissione in termini come un mezzo di impugnazione di per sè stante, ma ammette soltanto ch'essa possa essere chiesta durante il corso del giudizio di primo grado (art. 279) e prima che la causa « sia ritenuta per sentenza » (la remissione in termini può esser chiesta, secondo l'art. 279, dalla parte « che si costituisca tardivamente », e la costituzione tardiva, secondo l'art. 278, può avvenire « sino a che la causa non sia ritenuta « per sentenza »). Contro la sentenza contumaciale (che viene notificata al contumace nelle forme stabilite per la citazione, art. 276) la remissione in termini può essere chiesta, dalla parte che fu contumace in primo grado, solo nelle forme e nei termini dell'appello (art. 342 e 348): il contumace, cioè, ha diritto di appellare al pari delle altre parti non contumaci, e di chiedere, in appello, la remissione in termini, che *può* essergli concessa nei modi ed alle condizioni previste dall'art. 279; se la domanda di remissione è accolta, il giudice d'appello « trattiene la causa per la cognizione » (art. 348).

Queste disposizioni lasciano qualche dubbio. Si può domandare, in primo luogo, quale sia in appello la posizione del contumace, qualora la domanda di remissione da lui proposta non venga accolta: di fronte al divieto di nuove prove e di nuove eccezioni posto dall'art. 343, sembra che qualsiasi deduzione del contumace in appello si debba considerar nuova, appunto perchè egli nel giudizio di primo grado non fece, come contumace, difesa di sorta; cosicchè, se ciò è esatto, il contumace, al quale in appello venga negata la remissione in termini, avrà appellato al solo scopo di assistere inerte alla conferma della sentenza che l'ha condannato in contumacia.

Ma osservazione anche più grave è questa: che se il contumace non appella nel termine decorrente dalla notificazione della sentenza contumaciale fattagli nei modi dell'art. 276, o se, in mancanza di notificazione, passa un anno dalla data di pubblicazione della sentenza (art. 333 cpv.), il contumace decade dal diritto di appellare *e con esso dal diritto di chiedere la remissione in termini.* Tale disposizione sembra troppo rigorosa: se nel regolare la contumacia è giusto che la riforma in corso chiuda la strada a tutte le speculazioni di coloro che rimangono volontariamente assenti dal processo a scopo puramente dilatorio, la legge non può trascurare la ipotesi, non frequente ma meno rara di quello che si creda, in cui la contumacia sia causata dal fatto che la parte assente ignora l'esistenza di un processo iniziato e continuato contro di lei. Solamente un processo che desse la assoluta certezza di poter in ogni caso portare la citazione a conoscenza effettiva della parte convenuta, o la sentenza a conoscenza effettiva della parte condannata, potrebbe logicamente porre al diritto di remissione in ter-

mini le stesse limitazioni poste per l'appello. Ma poichè tale certezza non si può raggiungere in tutti i casi, e non è escluso che si possa dimostrare che, nonostante la notificazione della sentenza fattagli nelle forme dell'art. 276, il contumace è rimasto senza sua colpa all'oscuro del processo iniziato e altresì della sentenza pronunciata contro di lui, sembra giusto che in un caso siffatto la remissione in termini possa essere chiesta al giudice *a quo* anche quando la sentenza contumaciale non sia più impugnabile nei modi ordinarî: e che la remissione in termini, sia pur condizionata alla rigorosa prova della non colposa ignoranza del contumace, sia considerata come un vero e proprio mezzo di impugnazione di per sè stante, sul modello degli art. 735 e 736 del Progetto Redenti.

31. - *Sul ricorso per cassazione* (art. 364-396).

Il rafforzamento dell'autorità dello Stato porta naturalmente al rafforzamento dell'idea che sta alla base della Cassazione, che è ancor oggi, sia pur sotto forme processuali elaborate nei secoli dal concorso di fattori storici eterogenei, l'idea romana della preminenza dell'*ius constitutionis* sull'*ius litigatoris*. Era naturale che un Progetto, che vuol essere espressione della restaurata autorità dello Stato nel processo, apportasse al ricorso in cassazione quelle riforme che da tempo la dottrina suggerisce, per rendere sempre più efficace e comprensivo il controllo unificatore esercitato dalla Corte Suprema sulla interpretazione giudiziaria delle leggi e per purificare il giudizio di cassazione da tutte quelle deviazioni che tenderebbero a trasformarlo in un giudizio di terza istanza: logicamente orientate al raggiungimento di tale scopo, le proposte del Progetto in tema di cassazione si presentano in generale opportune e lodevoli.

a) A rendere più compiuto il controllo della Corte Suprema sulla interpretazione giudiziaria di tutto lo Stato, è opportuna la disposizione dell'art. 364, che rende impugnabili per cassazione le sentenze pronunciate « in unico grado di giurisdizione » (escluse le sentenze del Conciliatore), a somiglianza di quello che già avviene nel processo penale (art. 524). Se, sotto l'aspetto strettamente economico, parrebbe che le sentenze contro le quali per la esiguità del valore è escluso l'appello, debbano *a fortiori* esser sottratte ad una impugnativa assai più costosa, qual'è il ricorso in cassazione, non si deve dimenticare che il ricorso in cassazione è istituito per un interesse superiore a quello dei litiganti, il quale rimarrebbe insodisfatto se (come avviene nel processo vigente per le sentenze inappellabili) la interpretazione di norme giuridiche, dettate esclusivamente o prevalentemente per rapporti di valore economico molto modesto, rimanesse costantemente tagliata fuori

dal controllo della Corte Suprema. Per rendere ancor più perfetto tale controllo, sarebbe desiderabile, secondo quanto fu autorevolmente proposto, una norma che assoggettasse al ricorso in cassazione per violazione di legge *in iudicando* anche le sentenze non altrimenti impugnabili delle giurisdizioni speciali.

Sempre per quanto attiene ai provvedimenti impugnabili, sarebbe opportuna una disposizione chiarificatrice sulla proponibilità del ricorso in cassazione contro le ordinanze (l'art. 130 del Progetto contiene un caso di ordinanza impugnabile in cassazione). Non sembra d'altra parte da approvarsi la disposizione dell'art. 116 che sottrae al ricorso in cassazione la sentenza della Corte d'appello che rigetti una eccezione di incompetenza già rigettata in primo grado: con tale disposizione la funzione della Corte di cassazione, come supremo organo regolatore delle competenze, viene ad essere menomata. Assai più opportuno sembrerebbe adottare la norma dell'art. 69 del Pr. MORTARA, secondo la quale « le sentenze pronunciate in primo grado nelle questioni di com-« petenza, separatamente dal merito, sono soggette direttamente a ri-« corso per cassazione »; e si può anche domandare se non solo per il motivo di competenza, ma altresì per quello di violazione di legge *in iudicando*, non sarebbe opportuno permettere, su accordo di parte, il ricorso *per saltum* alla Corte di Cassazione contro le sentenze di primo grado, come si pratica, con vantaggi notevoli di economia e di celerità, per la revisione germanica (§ 566*a* *ZPO*).

b) Allo scopo di purificare la Corte Suprema da tutti quegli appigli che la pratica cerca di sfruttare per trasformare il giudizio di cassazione in un riesame di fatto, bene il Progetto ha abolito, tra i motivi di ricorso, l'abusato « difetto di motivazione », che, da motivo originariamente attinente alla forma, si è trasformato, nei modi che tutti sanno, in un motivo di merito. Il timore espresso da molti che la abolizione di questo motivo di ricorso possa togliere alla Corte Suprema il mezzo per rimediare a patenti ingiustizie commesse dai giudici di merito, non sembra giustificato: sia perchè la Corte di Cassazione è fatta per rimediare alla ingiustizia solo nei limiti in cui ciò giovi alla unificazione della interpretazione della legge; sia perchè, anche quando sarà stato eliminato il difetto di motivazione, le più gravi ingiustizie potranno quasi sempre esser prospettate sotto il profilo dell'errore di diritto.

Tuttavia la formulazione dei motivi di ricorso, qual'è contenuta negli art. 364-365 del Progetto, si desidererebbe più chiara, più precisa e più compiuta. Non sembra che da questi articoli risalti ben chiarito il triplice compito della Corte Suprema che è, per adoprare le parole del REDENTI (*Com.*, pag. 40), « di organo di controllo nella os-

« servanza delle norme di giurisdizione e di competenza, organo di « annullamento per vizî o difetti insanabili ed essenziali del processo « e della sentenza, giudice supremo e maestro nelle questioni di diritto « relative al merito »; nè sopratutto pare che da tali articoli, e da quelli seguenti, resulti quella distinzione tra *errores in iudicando* ed *errores in procedendo*, che è essenziale non solo per la sistematica del ricorso in cassazione, ma altresì per la risoluzione di molte questioni pratiche ad esso attinenti. Sarebbe quindi opportuno: 1.° precisare che cosa si debba intendere per « difetto di giurisdizione dell'autorità giudi- « ziaria » (espressione che dà luogo a dubbî anche negli art. 115, 346, 384, nel quale ultimo si parla però di « *assoluto* difetto di giurisdizione »); 2.° estendere la denunciabilità per incompetenza delle sentenze di giurisdizioni speciali, anche ai casi in cui dette giurisdizioni abbiano erroneamente *negato* la propria competenza (anche in questo caso le norme sulla competenza sono violate, e non si capisce perchè il controllo della Cassazione debba, *in iure condendo*, essere escluso in un caso siffatto); 3.° precisare, in relazione al sistema delle nullità adottato dal Progetto, in quali casi la nullità della sentenza o del procedimento può esser motivo di cassazione; 4.° menzionare tra i motivi di cassazione l'eccesso di potere, o per lo meno quei casi di esso (tradizionalmente ammessi e dei quali il Progetto non fa più parola) che sono la pronuncia *extra* ed *ultra petita* e la violazione del giudicato; 5.° menzionare tra i motivi di cassazione l'omessa pronuncia, a meno che questo motivo non si voglia considerare come un caso di correzione (ma bisognerebbe stabilirlo espressamente); 6.° mettere in maggior evidenza il motivo fondamentale della « violazione o falsa applicazione « del diritto vigente », designandolo con una espressione la quale serva a chiarire che esso concerne i soli *errores in iudicando*, e non deve essere confuso (come potrebbe far credere la espressione « ogni altra », contenuta nel n. 4 dell'art. 364) cogli *errores in procedendo* dei precedenti motivi.

c) Da approvarsi incondizionatamente è la disposizione dello art. 387, secondo il quale il giudice di rinvio è sempre obbligato a conformarsi alla massima di diritto enunciata dalla Corte di Cassazione (disposizione che peraltro si vorrebbe vedere più esattamente collocata sotto la sezione *del giudizio di rinvio*, o, meglio, scissa in due disposizioni, una che stabilisse il dovere della Corte Suprema di formulare la massima, ed una che imponesse al giudice di rinvio il dovere di conformarvisi): tale riforma, che eliminerà dal nostro processo civile quel bizzarro e ingombrante anacronismo che è costituito dalla cosiddetta « ribellione » del giudice di rinvio, non farà altro che

aprire la strada già tracciata in tal senso dal processo del lavoro, dal processo penale e da diversi procedimenti speciali.

d) Importante e degna di approvazione è anche la disposizione dell'art. 395, secondo la quale nel giudizio di rinvio normalmente si rinnova soltanto la fase decisoria, senza che le parti abbiano facoltà di variare le conclusioni già prese in appello. Questa norma è logica ed utile, quando il vizio per il quale l'annullamento è stato pronunciato abbia sede nella sentenza; e meriterebbe di essere mantenuta anche quando, secondo i voti precedentemente espressi, fossero modificate quelle disposizioni del Progetto che vietano in appello l'*ius novorum.*

e) La disposizione che rende vincolante fin dal primo giudizio di rinvio la massima di diritto formulata dalla Corte di Cassazione verrebbe naturalmente a togliere alle Sezioni Unite ogni ingerenza pratica nel campo della unificazione giurisprudenziale. Opportunamente il Progetto (seguendo il cpv. dell'art. 700 del Pr. Redenti) cerca di mantenere la ingerenza attiva delle Sezioni Unite anche nelle questioni di interpretazione di legge, col disporre (art. 378) che il ricorso basato su violazione di legge *in iudicando* sia portato, per iniziativa discrezionale del Primo Presidente, alla decisione delle Sezioni Unite, ove ciò appaia « opportuno per l'importanza di massima delle questioni « da decidere ». Ma forse sarebbe preferibile coordinare più stabilmente l'istituto delle Sezioni Unite al mantenimento della unità della interpretazione giudiziaria, disponendo che il ricorso debba esser obbligatoriamente portato alle Sezioni Unite quando sollevi una questione di diritto che già altra volta sia stata decisa a Sezioni Unite, o su cui già due Sezioni si siano pronunciate in senso disforme (cfr. Pr. Mortara, art. 290).

f) Per tutte le altre disposizioni si potrebbero fare soltanto rilievi su imperfezioni particolari, che certamente saranno eliminate nella redazione definitiva: ci limitiamo ad alcuni. Nell'art. 370 tra le menzioni che il ricorso deve contenere a pena di inammissibilità, è stata dimenticata, per evidente *lapsus*, la indicazione della sentenza contro la quale si ricorre; è da approvarsi l'introduzione del ricorso incidentale, ma sembrerebbe più chiaro tenerlo distinto da quello adesivo, e in ogni modo stabilire per esso termini meno brevi (art. 375); è inutile condizionare la presentazione di memorie illustrative, contro la pratica vigente, all'autorizzazione del presidente (art. 380); alla fine dell'art. 380, alla parola « procura » con cui l'articolo si chiude, si deve aggiungere la parola « speciale » evidentemente omessa; la disposizione dell'ultimo cpv. dell'art. 394 dev'essere naturalmente limitata al solo caso in cui la cassazione sia stata pronunciata per *error in iudicando*, con enunciazione di una massima di diritto; ecc..

g) In aggiunta alle disposizioni del Progetto sembrerebbe opportuno che per eliminare il dissidio esistente tra la pratica e l'opinione di una parte della dottrina, si disciplinasse in modo sicuro il potere, che il Supremo Collegio si arroga in misura sempre più vasta, di *rettificare la motivazione di diritto* della sentenza denunciata, pur rigettando il ricorso. Si tratta di una questione molto delicata, attraverso la quale si rischia di snaturare la funzione della Cassazione; ma tuttavia alle incertezze attuali sembra preferibile un espresso riconoscimento di questo potere (cfr. art. 538 Cod. proc. pen.), che varrà a contenerlo in limiti ristretti ed a stabilire in qual modo la rettificazione suggerita dalla Corte Suprema si inserisca nel giudicato.

h) Sarebbe anche opportuno, per evitare, per quanto si può, un nuovo ricorso contro la sentenza di rinvio, adottare la disposizione contenuta nell'art. 196 del Pr. CHIOVENDA, secondo la quale « la sen- « tenza che rinvia deve pronunciare su tutti i motivi del ricorso, in quan- « to ciò sia necessario per non lasciare questioni insolute nella prose- « cuzione della causa ».

32. - *Sulla revocazione* (art. 397-406).

La struttura di questo mezzo di impugnativa non è nel Progetto molto diversa da quella del diritto vigente: ai cinque motivi dello art. 494 Cod. proc. civ. che nell'art. 397 del Progetto rimangono allo incirca invariati (con opportuno ampliamento del motivo 2°, nel quale l'ipotesi dei documenti falsi è allargata alla falsità di « altri mezzi di « prova ») si aggiunge, al n. 5 dell'art. 397, il difetto di motivazione, che, come si è visto, il Progetto non considera più come motivo di cassazione. L'ammontare del deposito per multa è aumentato nella stessa misura di quello stabilito per il ricorso in cassazione (art. 399).

Anche qui, ci limitiamo ad alcuni rilievi.

a) Non sembra tecnicamente molto precisa la disposizione dello art. 400 che regola i termini per proporre la revocazione. Questo articolo distingue i primi tre casi dell'art. 397 (revocazione per motivi che non risultano dal testo della sentenza e che si fondano su fatti scoperti in un momento successivo) dagli altri tre (nei quali l'impugnativa è basata su vizî apparenti dalla sentenza): per i primi tre motivi il termine di impugnativa è di un anno, decorrente « dalla scoperta « del dolo o della falsità o dal ricupero del documento »; per gli altri tre motivi il termine è di sei mesi dalla pubblicazione della sentenza, ma, se la sentenza è stata notificata o se contro di essa è stato proposto ricorso in cassazione, il termine è di quindici giorni dalla notificazione della sentenza o del ricorso. Evidentemente la struttura di questa disposizione non è perfetta: non si capisce perchè, quando il dolo è

stato scoperto o il documento è stato ricuperato, la parte possa ritardare di un anno *dalla scoperta o dal ricupero* la proposizione della impugnativa. La disposizione dev'essere modificata nel senso che la revocazione debba sempre esser proposta entro un breve termine (ma il termine di quindici giorni è troppo breve) decorrente o dalla notificazione della sentenza per i n. 4, 5, 6, o dalla scoperta del motivo di impugnativa per i n. 1, 2, 3; inoltre, a complemento di questo termine più breve, dev'essere stabilito un termine più lungo, decorrente dalla pubblicazione della sentenza, scaduto il quale la revocazione non sia più proponibile anche se la sentenza non sia stata notificata o se in quel termine non sia stato scoperto il fatto nuovo che può dar luogo a impugnativa. Questo secondo termine dovrebbe, almeno per i motivi 1, 2, 3, aver durata più lunga di un anno (nel diritto germanico è di cinque anni: § 586 *ZPO*).

b) Nell'art. 403 gioverebbe prescrivere come regola che il giudice unico o il collegio al quale si porta la revocazione, sia costituito sempre da persone fisiche *diverse* da quelle che hanno pronunciato la sentenza impugnata; tale prescrizione dovrebb'essere inderogabile, per non rendere illusoria la impugnativa, quando si tratti di sentenza pronunciata da giudice unico, e quando la revocazione sia chiesta per uno dei motivi previsti dai n. 4, 5, 6 dell'art. 397 (cfr. art. 341 Pr. Mortara; parzialmente disforme, art. 725 ultimo Pr. Redenti).

c) Sembra che l'art. 404 non tenga nel dovuto conto la distinzione, tipica del giudizio di revocazione, tra rescindente e rescissorio: condannare il ricorrente alla perdita del deposito perchè, pur accogliendosi l'impugnativa nel rescindente, il giudice ritenga nel rescissorio che il merito non possa esser deciso diversamente, sarebbe come, in cassazione, far dipendere la restituzione del deposito, nonostante l'accoglimento del ricorso, dall'esito del giudizio di rinvio!

d) E' difficile cogliere il significato dell'ultimo capoverso dello art. 400.

33. - *Sull'opposizione di terzo* (art. 407-411).

Poichè sostanzialmente il Progetto non innova al diritto vigente, sembra che anche nella formulazione degli articoli non sarebbe dannosa una maggiore aderenza al Codice attuale. Si guadagnerebbe in chiarezza, regolando in due diversi articoli le due ipotesi oggi regolate dagli art. 510 e 512, e unificate dall'art. 407 del Progetto.

Tale unificazione dà luogo a oscurità negli articoli seguenti: il cpv. dell'art. 408 si presta a facili confusioni tra i requisiti che la citazione deve avere secondo il tipo di opposizione che si esperimenta.

Non si capisce poi perchè in questo capoverso si prescriva all'op-

ponente, che agisce per dolo o collusione, di indicare il giorno in cui egli « venne a conoscenza della sentenza », quando in realtà, per lo art. 407, il termine per proporre questa forma di opposizione (venti giorni, termine evidentemente troppo breve!) non decorre dal giorno in cui il terzo venne a conoscenza della sentenza, ma « dal giorno « in cui fu scoperto il dolo o la collusione ».

Sarebbe utile precisare che la opposizione del terzo pregiudicato nei suoi diritti non è soggetta ad alcun termine; sarebbe altresì opportuno coordinare l'art. 409 colle disposizioni analoghe degli altri mezzi di impugnativa (prescrivendo il deposito preventivo della *multa temeritatis,* il cui ammontare è stato aumentato dal Progetto nella stessa misura adottata per la cassazione e per la revocazione).

III. — Osservazioni sui libri secondo e terzo. (Processo esecutivo e cautelare)

§ 1. — Cenni sul processo esecutivo.

34. - *Diritto del creditore e interesse della produzione.*

Abbiamo già avvertito che su questa parte del Progetto, nella quale ogni articolo, sottoposto a indagine approfondita, solleverebbe questioni in cui l'aspetto giuridico è strettamente connesso coll'aspetto economico, e l'aspetto processuale con quello sostanziale, non è possibile, dato il tempo lasciato alla preparazione di questo parere, esprimere più di qualche impressione sommarissima sulle linee fondamentali della riforma.

Capisaldi della riforma sono, come avverte la relazione ministeriale, « la semplificazione delle forme e la rigida disciplina delle op- « posizioni ». Si mira in sostanza a rendere più sicura e più energica la tutela del creditore, ed a troncare sul nascere tutti i tentativi coi quali nel procedimento vigente il debitore di malafede riesce quasi sempre a sottrarsi alla soggezione del titolo esecutivo. Questo rafforzamento del titolo esecutivo rientra coerentemente nel quadro di una riforma che vuol restaurare nel processo l'autorità dello Stato: un procedimento esecutivo senza lentezza e senza debolezze è, secondo la nota osservazione dello Ihering, una delle esigenze dello Stato forte.

La riforma processuale italiana diverge nettamente, su questo punto, dalle tendenze che in questi ultimi anni si sono affermate in Germania: dove le proposte di riforma del processo esecutivo sono orientate, più che a rafforzare la tutela del creditore, ad aumentare lo

Schuldnerschutz, cioè la difesa del debitore contro le eccessive durezze della esecuzione forzata: colle leggi del 24 ottobre 1934 (*RGBl.* 1070) e del 13 dicembre 1934 (*RGBl.* 1234) si è dato al *Vollstreckungsgericht* il potere di sospendere l'esecuzione per dare al debitore la possibilità di pagare a rate; si è notevolmente estesa la cerchia dei beni non pignorabili (§ 850 *ZPO.*); e perfino, colla legge del 13 dicembre 1934, si è attribuito al Tribunale dell'esecuzione il potere di vietare, temporaneamente o perpetuamente, la esecuzione forzata « se in base « ad un esame di tutte le circostanze del caso, tenuto conto del legit- « timo interesse del creditore, l'esecuzione da questo iniziata appaia « come una durezza [*Haerte*] in evidente contrasto col sano sentimento « del popolo ».

Entrano in giuoco qui, com'è facile intendere, considerazioni di carattere sociale e politico, proprie di ciascun regime, che vanno al di là dei problemi di stretta tecnica processuale. Ma forse anche nel nuovo procedimento italiano si vorrebbe scorgere qualche riflesso di quelle tendenze, che anche da noi non sono rimaste senza riconoscimento nel Progetto del nuovo Codice civile e che si fanno sentire sempre più urgenti nel campo del diritto del lavoro, verso un più efficace contemperamento della tutela processuale del credito colla tutela della produzione, in tutti quei casi in cui la illimitata ed inesorabile messa in opera dei mezzi esecutivi contro il debitore rischierebbe di distruggere nei beni espropriati gli strumenti indispensabili della produzione. A considerazioni di questa natura si è inspirato il Progetto (come appare dalla Relazione ministeriale, n. 31) quando ha introdotto, accanto alle forme tradizionali di esecuzione mobiliare e immobiliare, un nuovo tipo di esecuzione sull'azienda agraria, di cui si devono sopratutto apprezzare le intenzioni, anche se (come si dirà) l'attuazione pratica non appare molto felice. Ma in molte altre zone del processo esecutivo considerazioni analoghe potrebbero utilmente esser tenute presenti: se alcune disposizioni del Progetto del nuovo Codice civile mirano ad impedire che per contratto o per successione le minime unità culturali siano ulteriormente frazionate (Lib. II, art. 30; Lib. III, art. 329), sembra necessario che la unità del fondo agrario sia parallelamente difesa anche contro il pericolo del frazionamento coattivo, prodotto dalla repartizione in lotti disposta dal giudice nell'esecuzione forzata (art. 499). La espropriazione dei fondi dovrebbe dunque essere circondata da opportune cautele volte ad impedire quelle divisioni in lotti che non tenessero conto dei superiori interessi dell'agricoltura; il concetto di pertinenza agraria dovrebbe essere reso più comprensivo (art. 444); potrebb'essere forse formulata con spirito più largo la enumerazione delle cose impignorabili (art. 442), affinchè la esecuzione forzata do-

vesse in ogni caso rispettare nel debitore il produttore; e il problema ancora dibattutissimo della impignorabilità degli stipendî e salarî privati dovrebbe essere qui una buona volta risolto.

35. - *Sul titolo esecutivo.*

In relazione allo scopo, che il Progetto si propone, di rendere più energica la autorità del titolo esecutivo (il quale secondo il Progetto non è soltanto la condizione generale per poter iniziare il processo esecutivo, ma conferisce altresì al creditore che ne è munito una posizione privilegiata nella fase di repartizione: art. 458, 514 n. 2), sembrerebbe indispensabile nel nuovo Codice un perfezionamento tecnico delle disposizioni che contengono la disciplina del titolo esecutivo, nel senso di precisarne la nozione, raggrupparne i varî tipi con chiaro criterio sistematico, enunciarne i requisiti sostanziali e formali.

Bisogna invece francamente riconoscere che le poche disposizioni dedicate dal Progetto al titolo esecutivo (art. 429-433) rappresentano in gran parte, sotto l'aspetto tecnico, un peggioramento del diritto vigente. L'enumerazione dei titoli esecutivi contenuta nell'art. 429 non appare dettata da un qualsiasi riconoscibile criterio sistematico; sembrerebbe, a legger questo articolo, che le sentenze, a differenza degli atti pubblici, siano titoli esecutivi anche quando non accertino la esistenza di un obbligo inadempiuto ed esigibile (cfr. Pr. CARNELUTTI, art. 466 e 468); non si fa alcun richiamo, come pur sarebbe stato necessario in questo titolo generale, alla esecuzione provvisoria; si omettono disposizioni di carattere essenziale e viceversa si sente il bisogno di regolare, colla solita sanzione pecuniaria a carico del procuratore, l'ipotesi, costituente un caso patologico non configurabile senza una certa dose di fantasia, di colui che « promuove l'esecuzione di una « sentenza prima che essa sia esecutiva » (art. 431).

La autorità del titolo esecutivo si trova poi, anzichè rafforzata, annebbiata e ridotta in alcune disposizioni che sembrano in contraddizione col principio *nulla executio sine titulo,* consacrato nell'art. 429. Alludiamo specialmente alla disposizione dell'art. 548 la quale, come complemento e sanzione della esecuzione per consegna o rilascio di beni, ammette che questa forma di esecuzione si converta senz'altro, « non trovandosi le cose dovute », in espropriazione mobiliare o immobiliare per la somma di danaro che il creditore avrà, a suo arbitrio, indicata nel precetto: una espropriazione immobiliare, con tutti i turbamenti e le ripercussioni ch'essa porta con sè, potrebbe per tal guisa essere iniziata a cuor leggero, non in virtù di un titolo esecutivo, ma sulla sola autorità di una arbitraria e incontrollata dichiarazione di volontà privata, contro la quale il debitore non avrebbe altro diritto che

quello di fare, prima della vendita, una opposizione che « non sospende la esecuzione »!

Qualcosa di simile si può ripetere per gli art. 556-557, relativi alla esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare. A leggere questi articoli sembrerebbe che il potere del creditore di invadere la sfera giuridica del debitore per fare in sua vece ciò che questi era tenuto a fare e non ha fatto, o per distruggere ciò che questi ha fatto in violazione di un suo obbligo di non fare, possa esser conferito da quel decreto, che il pretore pronuncia, *inaudita altera parte,* per determinare le « modalità della esecuzione » (art. 557). Ma, anche qui, il rispetto del principio *nulla executio sine titulo* (che è anche una delle garanzie fondamentali del cittadino) impone di precisare che questa conversione dell'obbligo del debitore in soggezione del medesimo alla esecuzione altrui, si deve trovare già operata e specificata nel titolo esecutivo (il quale mancherebbe altrimenti della *completezza,* che è uno dei suoi requisiti essenziali), mentre il Pretore, nella fase di cui parla l'art. 557, si deve limitare a stabilire le modalità tecniche per attuare praticamente quel potere di invadere la sfera giuridica del debitore per fare o per distruggere, che già si trovi conferito e specificato nel titolo esecutivo.

36. - *Sui varî procedimenti esecutivi: in particolare dell'amministrazione giudiziale e della espropriazione di aziende.*

Con questi rilievi generali, e senza entrare in una quantità di osservazioni di indole particolare alle quali darebbe luogo un esame specifico degli articoli di questo Libro, il Progetto merita lode per aver cercato di rendere più completo e più efficace il sistema dei mezzi esecutivi, allo scopo di non lasciare senza tutela esecutiva, come avviene nel procedimento attuale, intere categorie di obbligazioni (alludiamo alle obbligazioni coercibili di fare o di non fare, oggi regolate dal Codice civile ma ignorate dal Codice di procedura civile), ed allo scopo altresì di rendere tecnicamente meglio aderenti ai bisogni della pratica i mezzi esecutivi regolati in modo imperfetto dal Codice vigente.

Degna di approvazione ci sembra la introduzione nel processo ordinario di quella forma di esecuzione sugli immobili, finora ammessa soltanto nel procedimento privilegiato a favore degli Istituti di credito fondiario (T. U. 16 luglio 1905, n. 646, art. 41) che il Progetto denomina « amministrazione giudiciale » (art. 509-513). Ci sembra però che, sotto l'aspetto pratico e anche sotto quello sistematico, sarebbe più logico considerare questo procedimento, anzichè come una fase incidentale della espropriazione immobiliare, come una forma di esecuzione a sè stante, avente per oggetto non l'immobile, ma solamente

i frutti del medesimo. Secondo il Progetto, la amministrazione giudiziale dell'immobile potrebbe essere disposta soltanto nel corso del processo di espropriazione, quando il primo incanto sia andato deserto (art. 509); ma vi possono essere casi in cui il creditore (specialmente se il suo credito sia per interessi di un mutuo ipotecario) può mirare fin da principio, anzichè a provocare la vendita dell'immobile, a percepirne i redditi per un certo periodo, al solo scopo di costringere il debitore a rimettersi in pari colle rate scadute. In tal caso questa forma di procedimento dovrebb'essere esperimentabile in modo indipendente, sotto la denominazione di *usufrutto forzato* (Pr. CARNELUTTI art. 563-570) o di *anticresi forzata.* Se poi si volesse mantenere la collocazione accolta nel Progetto, sarebbe indispensabile coordinare l'art. 509 col cpv. dell'art. 493 ed ammettere la possibilità che l'amministrazione giudiziale sia affidata, oltrechè al debitore o ai creditori, anche a professionisti tecnicamente qualificati.

Non sembra invece da approvarsi quella nuova forma di esecuzione che il Progetto denomina « espropriazione di aziende » (art. 534-547). Nonostante l'intitolazione generale, le disposizioni sono dettate tenendo presente soltanto l'azienda *agraria* (essendo difficile raffigurare in pratica il caso in cui esse disposizioni siano applicabili, come l'articolo 547 astrattamente permetterebbe, ad « aziende diverse da quelle « agrarie, purchè non abbiano carattere commerciale »!); presupposto di questo titolo è che l'azienda agraria sia gestita non direttamente dal proprietario del fondo, ma gestita in affitto da un conduttore, il quale in questa forma di esecuzione ha la posizione di *debitore* (art. 534: « azienda agraria gestita dal debitore su fondo altrui »), di fronte a creditori che sono tali di fronte a lui, affittuario, *ma non di fronte al proprietario.*

Si può fortemente dubitare, sotto l'aspetto giuridico, se si possa concepire l'« azienda agraria » come separata dal fondo su cui essa vive. Anche se l'azienda agraria si considera come una *universitas rerum,* nella quale le diverse cose che servono alla coltivazione siano coordinate ad unità dal fine economico al quale servono, è certo che la più importante delle cose costituenti questa unità è il fondo, *la terra,* senza la quale non è concepibile coltivazione. L'azienda commerciale si può anche concepire come distaccata dai locali in cui essa ha materialmente la sua sede, ed anzi nella massima parte dei casi le aziende commerciali si esercitano in locali presi in affitto, e possono trasferirsi da uno in altro locale senza che l'unità dell'azienda si alteri o si trasformi. Ma nell'azienda agraria il terreno sul quale il coltivatore svolge la sua attività non è soltanto la sede di questa attività, ma è l'*oggetto* della medesima: e se la proprietà del terreno rimane nel

locatore, necessariamente rimane in esso anche la proprietà della azienda agraria, la quale altro non è che il fondo organizzato per la coltivazione. Gli articoli del Progetto che ammettono la possibilità di una espropriazione dell'azienda agraria che lascerebbe intatta e indisturbata nel locatore la proprietà del terreno, partono dalla implicita premessa che il conduttore di un fondo agrario abbia la *proprietà* della azienda agraria; mentre, se l'azienda agraria non è altro che il fondo in quanto idoneo ed organizzato per la produzione, il conduttore del terreno deve essere considerato come conduttore (cioè come *non proprietario*) anche dell'azienda agraria, e non si può quindi contro di lui pensare a una separata espropriazione di quell'azienda agraria di cui egli non ha la proprietà.

In realtà questa cosiddetta espropriazione di azienda non sarebbe altro che la cessione coattiva di un contratto: la immissione coattiva, senza il consenso del locatore, di un nuovo conduttore al posto del precedente. Ma questa non è una espropriazione: o tutt'al più è una espropriazione di diritti, non di cose materiali o di quella *universitas,* che vien fuori dalla coordinazione delle medesime verso un unico fine. In verità, le cose mobili che il conduttore adopra per la coltivazione del fondo, o appartengono in proprietà al proprietario del terreno, e non possono allora essere espropriate contro il conduttore che non ne è proprietario, o sono di proprietà del conduttore, ma appunto perchè servono alla coltivazione del fondo sono (in quanto il concetto di pertinenza sia reso più largo, com'è nei voti della dottrina) pertinenze immobiliari che dal medesimo non possono essere disgiunte mediante una esecuzione forzata separata. L'ammettere la possibilità di una espropriazione dell'azienda agraria separata dal fondo, porterebbe dunque a trascurare proprio quei principî fondamentali che, anche nel procedimento esecutivo, servono a garantire la inseparabilità delle pertinenze dal terreno, al quale sono congiunte per la loro destinazione.

Ma sopra tutto questa cosiddetta « espropriazione di azienda « agraria », che in sostanza altro non è che la successione coattiva in un contratto di locazione di un fondo agrario, appare concepita come un virtuosismo meramente teorico, non dettato da impellenti esigenze pratiche.

In verità, se il conduttore di un'azienda agraria si troverà in quello stato di insolvenza che indurrà i suoi creditori a ricorrere alla esecuzione forzata contro di lui, ciò significherà nella massima parte dei casi che l'azienda agraria da lui esercitata in conduzione non gli rende tanto di che soddisfare i suoi debiti; il che verosimilmente manderà deserta la vendita all'incanto, perchè è facile prevedere che nessuno si sentirà invogliato a pagare un prezzo, per mettersi al posto del con-

duttore nel continuare un affitto, che si presenta presumibilmente come un cattivo affare. D'altra parte, se il conduttore non pagherà i debiti, il primo a non essere pagato sarà probabilmente il locatore: il quale, in seguito alla inadempienza dell'affittuario, avrà diritto di chiedere la risoluzione dell'affitto e di fare così venir meno, rientrando nel diretto esercizio dell'azienda agraria a lui appartenente, la possibilità di una successione coattiva in un contratto che non esiste più.

Bastano, crediamo, questi pochi accenni (che potrebbero facilmente essere approfonditi e sviluppati) a dimostrare la opportunità di non mantenere nel nuovo Codice di procedura civile gli articoli che concernono la espropriazione della azienda agraria; tutt'al più potrebbe essere utile conservare quelle disposizioni che ammettono *anche contro il conduttore* il ricorso all'« amministrazione giudiziale »; che per altro dovrebb'essere esperimentabile soltanto quando il locatore, previamente interpellato, non si fosse valso del suo diritto di rientrare all'esercizio diretto della propria azienda.

37. - *Cenni sulla disciplina delle opposizioni.*

Le semplificazioni introdotte nel procedimento di espropriazione mobiliare e immobiliare sembrano in generale bene inspirate e degne di approvazione: in certi punti, anzi, la semplicità potrebbe essere anche maggiore, come ad esempio là dove il Progetto, invece di limitarsi, con opportuna precisazione della terminologia oggi vigente, a dichiarare che colla trascrizione del precetto si effettua il pignoramento immobiliare, introduce anche nella espropriazione immobiliare un apposito atto di pignoramento, separato dal precetto, (art. 489) il quale, essendo notificato a istanza del creditore e trascritto come oggi dev'essere trascritto il precetto immobiliare, si ridurrà ad essere una inutile duplicazione di questo.

Ma, a parte questa e qualche altra piccola osservazione che si potrebbe fare, sembra che il Progetto abbia in massima raggiunto il suo scopo di rendere snello il procedimento esecutivo e di sgombrarlo dalle mille occasioni di inceppamento che il procedimento attuale contiene. Gran parte delle innovazioni, menzionate nei nn. 22-30 della Relazione ministeriale rappresentano, ove siano eliminate le mende particolari, un sicuro progresso della disciplina esecutiva.

Non si può tuttavia terminare questa sommarissima rassegna senza rilevare che la « rigida disciplina delle opposizioni » che la Relazione ministeriale indica come uno dei pregi del nuovo procedimento esecutivo, sembra, per più di un verso, eccessiva. Affinchè le opposizioni non costituiscano, in mano del debitore o dei suoi prestanomi il mezzo per ritardare l'esecuzione, basta che le medesime non abbiano effetto so-

spensivo; ma, quando ciò sia stabilito come regola generale (art. 439), non è altrettanto urgente e altrettanto giustificato togliere al debitore o ai terzi il diritto di opposizione, anche nei casi in cui questa potrebbe servire a denunciare una ingiustizia; o mettere le ordinanze del giudice al coperto di ogni impugnativa, anche quando esse abbiano risolto questioni non di pura forma, e tali da portar pregiudizio alla sostanza dei diritti. E' impossibile entrare qui in particolari; ma crediamo che questo aspetto della riforma debba essere attentamente ripreso in esame, affinchè il rigore che il Progetto vuol adoprare contro il debitore di malafede non diventi strumento di vessazione in mano di creditori dimentichi di ogni rispetto umano.

Si rileva in ogni modo sotto l'aspetto sistematico che, mentre la materia delle opposizioni è ampiamente regolata sotto il titolo della esecuzione mobiliare in un apposito capo (art. 483-488), non esiste un capo parallelo sotto il titolo della esecuzione immobiliare: il che può far dubitare se le opposizioni dell'esecuzione immobiliare si debbano intendere regolate soltanto dalla disposizione dell'art. 439, o se viceversa in questo procedimento ogni forma di opposizione debba, nel silenzio della legge, essere esclusa.

§ 2. — Cenni sui procedimenti cautelari.

38. - *Rilievi generali.*

Questa parte del Progetto contiene una quantità di innovazioni notevolissime, molte delle quali, reclamate da tempo dalla pratica, costituiranno un sicuro progresso nel diritto vigente: specialmente il titolo che regola il sequestro (art. 570-589) e quello che regola i « procedimenti di istruzione preventiva » (art. 590-598) meritano, nelle loro grandi linee, cordiale approvazione.

Tuttavia nella redazione del Progetto definitivo la disciplina dei provvedimenti cautelari potrebb'essere resa ancor più compiuta ed efficace. Si potrebbe intanto, in occasione di una riforma processuale che ha tanta inclinazione ad allargare i poteri del giudice, domandare se il campo meglio adatto a consentire senza danni un siffatto allargamento non sia tipicamente quello delle misure cautelari, per le quali il far presto conta più del far bene, anche perchè, sodisfatte le impellenti esigenze dell'urgenza, i pericoli del far male sono attenuati dal carattere provvisorio del provvedimento e rimediabili col provvedimento definitivo. Se si entrasse in quest'ordine di idee, si potrebbe pensare a introdurre nel nuovo processo con un'apposita disposizione il riconoscimento di un *potere cautelare generale*, che permetta al giu-

dice, in caso di pericolo nel ritardo, di stabilire volta per volta, allo infuori degli appositi mezzi cautelari precostituiti, le misure assicurative meglio corrispondenti alle esigenze del caso concreto.

Sarebbe altresì desiderabile la introduzione di un tipo uniforme di *procedimento sommario cautelare,* appositamente costruito per rendere più semplice e più spedita la tutela assicurativa in tutte le sue possibili esplicazioni, con regole adattabili ai varî fini cautelari, previsti dalla legge ovvero di volta in volta creati dal giudice. Tale unificazione di procedimento potrebbe utilmente prestarsi a dare, attraverso l'accelerazione derivante dalla cognizione sommaria, funzione dichiaratamente cautelare a istituti che oggi l'assumono talvolta, sforzando il diritto costituito, attraverso la giurisprudenza: come accade per l'azione revocatoria o per la ipoteca giudiziale, che, in caso di *periculum in mora,* potrebbero *in iure condendo* diventare strumenti cautelari basati su cognizione sommaria.

In particolare si vorrebbe veder regolato insieme colle materie cautelari l'istituto della *provvisionale,* che il Progetto menziona all'art. 301 senza definire se con questa espressione intenda indicare la condanna definitiva parziale al pagamento di quella parte di un credito che già risulti accertata, mentre la istruttoria continua sulla parte restante (art. 170), ovvero quell'assegnazione anticipata e provvisoria che si concede come misura cautelare consigliata dal *periculum in mora,* mentre tuttora pende l'accertamento dell'intero credito. Se il Progetto ha inteso seguire questo secondo criterio, della provvisionale sarebbe bene far parola sotto il titolo dei provvedimenti cautelari: il che sarebbe in armonia colla disposizione dell'art. 299, la quale, ponendo come unica condizione della provvisoria esecuzione, in luogo della casistica del vigente art. 363 Cod. proc. civ., il « pericolo di pregiudizio nel ritardo », ha accentuato il carattere cautelare di questo istituto, col quale la provvisionale ha così stretti punti di contatto.

XVI

ABOLIZIONE DEL PROCESSO CIVILE? (*)

Sulla *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht,* che è politicamente la più autorevole tra le riviste giuridiche della odierna Germania, è apparso recentemente un breve articolo del BAUMBACH (1), il quale propone francamente l'abolizione del processo civile e il suo assorbimento nella giurisdizione volontaria. L'autore di questo articolo non è il primo venuto: egli è famoso come commentatore del *ZPO,* ed attualmente riveste la carica di presidente di sezione al *Kammergericht* di Berlino. Si tratta dunque non della stramberia di un utopista, ma della meditata conclusione di un competente, alla quale, se si parte da certe premesse, non manca il pregio della consequenziarietà.

L'autore ha coscienza, secondo quanto dichiara all'inizio del suo articolo, di attaccare di fronte principî finora riconosciuti da tutti come verità indiscutibili; ma ritiene che in un momento di generale trasformazione in cui sta sfumando ogni distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, si debba porre anche il problema di mantenere in vita la giurisdizione civile « ordinaria », così com'è oggi concepita: sarebbe infatti privo di senso continuare a discutere sulla riforma del processo civile, quando in realtà si dovesse arrivare a persuadersi che mancano ormai, nel nuovo Stato nazionalsocialista, le basi per la esistenza stessa di qualsiasi diritto processuale.

Il B. parte dall'osservare che nell'ordinamento processuale tuttora vigente in Germania (ed è osservazione che potrebbe valere quasi negli stessi termini anche per il vigente ordinamento italiano) la distinzione tra giurisdizione contenziosa e giurisdizione volontaria non è sempre facile: tantochè sulla zona di confine si hanno una quantità di casi ambigui, che potrebbero legittimamente, a seconda dell'aspetto sotto cui

---

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale civile,* a. XV, 1938, P. I, pp. 336-340; ristampato in *Studi,* V (Padova, Cedam, 1947), pp. 285-290, dove forma la prima parte dello studio: *La crisi del processo civile in Germania;* tradotto in lingua spagnola da S. SENTÍS MELENDO, in P. CALAMANDREI, *Estudios sobre el Proceso Civil* (Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945)]. [*Bibliografia,* n. 221].

(1) *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit,* in *ZA,* 1938, pag. 583.

si considerano, essere inclusi nell'uno o nell'altro campo. Ma la tendenza, nella legislazione tedesca di questi ultimi anni, è senza dubbio nel senso di allargare sempre più il territorio della giurisdizione volontaria. La ragione di ciò è, secondo il B., evidente: il procedimento della giurisdizione volontaria, come ogni procedimento amministrativo, è più semplice e più sbrigativo del processo civile. Da ciò nasce, continua il B., il problema: non si potrebbe semplificare il processo e costruirlo più liberamente, sul tipo della giurisdizione volontaria? o, addirittura, facendo un altro passo più coraggioso, non si potrebbe *trasformare tutto il processo civile in giurisdizione volontaria*?

Il processo civile, com'è costruito oggidì, è concettualmente inseparabile, dice il B., dall'idea di lotta tra due parti avversarie: ciò è tanto vero, che anche là dove veramente è in giuoco l'interesse di una parte sola (per es. nelle cause di interdizione) lo Stato crea in certi casi nel p. m. una specie di parte artificiale, tanto per mantenere almeno formalmente questa posizione di contrasto di parti che è propria del processo attuale. In questa *bilateralità* del processo, in grazia della quale ogni parte si adopra a far prevalere con tutti i mezzi il proprio interesse anche a detrimento della giustizia e della verità (quando addirittura le parti non colludano per frodare la legge attraverso un contrasto simulato), il B. crede che stia la radice di ogni male. Ma nella concezione nazionalsocialista dello Stato, il giudice non si può considerare come un organo imparziale posto al disopra del duello tra le parti: egli deve essere invece colui che interviene nei loro contrasti per ristabilirvi l'ordine e la pace (« *Ordner und Schlichter ihrer Uneinigkeit* »); al pari della polizia, il giudice deve essere considerato come l'amico dei consociati. Con tale spirito, il procedimento di conciliazione obbligatoria è stato introdotto in misura sempre più vasta nella legislazione tedesca più recente, come necessario preambolo del processo contenzioso: e allora, si domanda con serena bonarietà il Baumbach (che dev'essere un ottimista), per quale ragione, in luogo di questo sistema ibrido ed eterogeneo, non si fa la campana tutto di un pezzo, trasformando tutto il processo in un procedimento di giurisdizione volontaria quale è appunto la fase di conciliazione? perchè non si procurano anche al processo di cognizione quei pregi di semplicità, di libertà (di libertà, si intende, per il giudice), di ufficialità, di veracità che sono proprî dei procedimenti amministrativi?

Anche se, secondo il diritto sostanziale, rimarranno alcuni campi in cui i privati conserveranno il potere di disporre contrattualmente dei loro beni, non è ammissibile che sugli stessi oggetti, quando intorno ad essi sorgano controversie, i privati conservino un qualsiasi potere di disposizione processuale dinanzi ai tribunali dello Stato. Il principio

dispositivo nel processo è non soltanto pericoloso per la parte più debole o meno esperta, ma mette in pericolo la dignità dei tribunali e dello Stato; dev'essere obbligo di tutti i consociati di aiutare il giudice con tutte le forze a trovare il diritto. Nessuno deve poter allegare o confessare fatti non veri, il silenzio non deve mai poter valere come confessione, una sentenza contumaciale ingiusta non deve mai passare in giudicato, nè può aver valore vincolante per il giudice il riconoscimento di una pretesa ingiusta.

Non deve esservi più un diritto di azione (*Klage*), ma soltanto una richiesta di decisione giudiziaria (*Antrag auf gerichtliche Entscheidung*). Il tribunale deve poter in ogni caso ordinare l'intervento d'ufficio di terzi; la cosa giudicata deve valere, in conseguenza di ciò, *erga omnes*. La decisione, continui o no a chiamarsi sentenza (*Urteil*), non deve limitarsi ad accogliere o a respingere la pretesa, ma deve disporre un regolamento positivo del rapporto controverso ovunque ciò appaia opportuno (per es. in casi di concorrenza sleale o di rapporti tra vicini). I mezzi di impugnativa devono essere molto limitati (con esclusione di *nova* in secondo grado), perchè il giudizio di primo grado, in virtù di questa onnipotenza del giudice, potrà dare, secondo il B., la massima garanzia di riuscire esauriente.

Questo nuovo procedimento adattabile alle esigenze del caso, che anche nel contenzioso lascerebbe al giudice la stessa latitudine di poteri che oggi è propria della giurisdizione volontaria, non si dovrebbe considerare quale un processo civile migliorato e rivestito di un diverso nome, ma sarebbe, conclude il B., un procedimento sostanzialmente nuovo, perchè dominato da uno *spirito sostanzialmente diverso*.

*
* *

Ho riferito con una certa ampiezza queste idee del B., senza discuterle: esse già sono state discusse e confutate da un altro magistrato tedesco, il BULL, il quale, in un altro articolo pubblicato sulla stessa rivista (2), ha assai efficacemente dimostrato che per rendere il processo civile meglio corrispondente al principio di autorità e allo interesse pubblico, non è necessario abolire istituzioni giudiziarie maturate in esperienze di secoli, ma possono bastare soltanto alcuni parziali ritocchi del processo vigente, vòlti, più che a innovare, a rafforzare disposizioni già esistenti.

Ma l'articolo del B., anche per chi non voglia entrare a discutere i particolari tecnici delle sue proposte, è soprattutto interessante e

---

(2) *Ende des Zivilprozesses?* in ZA, 1938, pag. 629.

notevole come sintomo: perchè dimostra quale potrebbe essere, se la saggezza dei legislatori non sapesse fermarsi a tempo, il punto d'arrivo di questa corsa alla « pubblicizzazione » del processo civile che la dottrina di un cinquantennio ha preparato, e che potrebbe forse andare molto al di là delle mete da essa segnate. La « pubblicizzazione » del processo civile può voler dire insomma, per cervelli rigidamente consequenziarî, nient'altro che l'abolizione del processo civile: questo è lo insegnamento più significativo che si ricava dalla lettura dell'articolo del BAUMBACH.

In verità, non soltanto quel mirabile ordigno di indagine che è nella fase istruttoria il principio dispositivo, ma anche tutta la struttura formale del processo, inteso come serie ordinata di attività umane, ciascuna delle quali per poter produrre certi effetti giuridici deve esser compiuta nella forma ed al momento voluti dalla legge, possono essere condannati a perdere ogni significato, quando il processo non sia più considerato in funzione degli interessi individuali delle parti che chiedon tutela, ma unicamente come strumento della volontà dello Stato e dell'interesse pubblico alla attuazione di questa volontà. Il processo civile, nel quale l'attività delle parti è condizione e limite dell'attività del giudice, sicchè il litigante, ove compia nella debita forma ed al momento giusto un certo atto processuale, sa di poter contare sullo immediato prodursi di una certa situazione giuridica che il giudice non può menomare, presuppone naturalmente l'esistenza di diritti soggettivi individuali, a tutela dei quali il processo appaia come strumento di garanzia e di realizzazione. Ma se questi diritti si attenuano fino a ridursi a meri interessi, che saranno occasionalmente protetti solo se essi per avventura si troveranno a coincidere con quell'interesse pubblico al quale il processo deve in prima linea servire, non c'è più ragione di conservare questa rigida disciplina di forme e di termini, pazientemente elaborata nei secoli per garantire ai privati la certezza dei loro diritti e la difesa delle loro libertà. Se coll'atto giurisdizionale si cerca soltanto di appagare un interesse pubblico, non c'è bisogno di intralciare l'opera del giudice col prescrivergli la meticolosa e ingombrante osservanza di un rito: e sarà più logico lasciargli la massima scioltezza di movimenti, affinchè, come oggi avviene nei procedimenti amministrativi, scelga caso per caso secondo criteri discrezionali di opportunità il metodo più opportuno e più sbrigativo per appagare quell'interesse pubblico che solo deve per lui contare: quando il cittadino che chiede giustizia non sarà più considerato che come il momentaneo portatore di un interesse pubblico, l'azione non potrà più essere che una mera denuncia; nè l'esito della medesima potrà essere oggetto di un diritto, perchè tutte le persone

che prenderanno parte al processo saranno considerate non come titolari di interessi individuali, non come soggetti di un rapporto, ma come organi di un solo interesse e come strumenti di una sola volontà.

Questa sarebbe in sostanza la trasformazione del processo che vorrebbe il BAUMBACH, alla quale nessuno potrebbe onestamente negare il pregio d'essere radicale: una riforma del processo che abolirebbe le leggi processuali, manderebbe a casa gli avvocati, e renderebbe deserte le aule dei tribunali! Ma questa trasformazione, se non erriamo, andrebbe assai al di là delle esigenze dello Stato autoritario; essa sarebbe, probabilmente, l'abolizione dello Stato di diritto, e forse l'abolizione del diritto stesso, almeno in quanto l'idea del diritto si ricolleghi a quei caratteri di generalità e di astrattezza che sembrano oggi, come garanzie di certezza e di uguaglianza, conquista insopprimibile della civiltà.

Non sappiamo quante probabilità di attuazione possa avere, in Germania, la proposta del B.; ma quand'anche essa dovesse rimanere, come par prevedibile, allo stato di proposta inattuata, il solo fatto che essa abbia potuto essere enunciata da un alto magistrato è già abbastanza significativo, e merita di essere attentamente considerata dagli studiosi, come espressione di una tendenza che sembra dalla Germania voler risalire a ritroso il cammino tracciato in Italia dal celebre motto di SILVIO SPAVENTA. Assorbimento della giustizia nell'amministrazione, potere discrezionale in luogo dell'osservanza della norma precostituita, accomodamento equitativo del caso singolo in luogo della legge uguale per tutti i casi simili, tutti questi non sono che postulati accessorî di una vasta corrente dottrinaria, la cui direttiva (« *Kampf wider das subiektive Recht* ») va a sfociare contro il concetto stesso di diritto soggettivo, e cerca di corroderlo fino a farlo crollare (3): non è, infatti, senza significato che una « burocratizzazione » della giustizia corrispondente a quella che il B. vagheggia per la Germania si trovi attuata per ora soltanto in quel regime sovietico nel quale il diritto soggettivo è stato dichiaratamente ridotto al livello di un mero interesse, la cui protezione occasionale è rimessa, caso per caso, alla discrezione del giudice (4).

---

(3) Cfr. LARENZ K., *Rechtsperson und subiektives Recht*, in *Grundfragen der neuen Rechts-Wissenschaft*, Berlin, 1935, pag. 225 e segg.; SIEBERT W., *Vom Wesen des Rechtsmissbrauchs*, ivi, pag. 189; ECKHARDT K. A., *Recht oder Pflicht?* in *Deuts. Rechtswissenschaft*, 1936, I, pag. 7; SIEBERT W., *Subiektives Recht*, ecc., ivi, pag. 23; SCHOENFELD W., *Der Kampf wider das subiektive Recht*, in *ZA*, 1937, pag. 107 e segg.

(4) Cfr. per ultimo SCHOENDORF, in *Zeitschrift für ausl. und intern. Privatrecht*, 1938, pag. 69 e segg.

XVII

PROCESSO CIVILE E DIRITTO AGRARIO (*)

Nel secondo *Congresso Nazionale di diritto agrario,* che si è tenuto in Sardegna nello scorso ottobre, sono stati discussi (oltre l'argomento della *Esecuzione forzata sul fondo agrario,* al quale è dedicato il nostro articolo pubblicato in altra parte di questa *Rivista*) varî temi aventi attinenza col diritto processuale: quali *La disciplina processuale dei rapporti di compartecipazione agricola e di piccola affittanza* (prof. POMPEO CORSO); *Aspetti procedurali dell'ordinamento sindacale corporativo per l'agricoltura* (dott. GIOVANNI PESCE); *Concorso fra privilegi agrarî e privilegio per tributo fondiario sui frutti* (prof. ANGELO SENIN); *Conseguenze della esecuzione forzata sui beni gravati dai privilegi agrari in rapporto all'unità aziendale* (dott. LUIGI ROCCO); ecc..

Ma, più che le discussioni su temi particolari, grande interesse anche per i processualisti ha avuto il dibattito, che ha tenuto il posto d'onore nel Congresso, sul tema della cosiddetta « legge organica dell'agricoltura »; vasto problema di tecnica legislativa, sul quale sono state presentate fondamentali relazioni da S. E. AZARA, S. E. AZZARITI, e dal prof. BOLLA. Sul contenuto da dare a questa legge in preparazione si è delineata una netta divergenza fra due concezioni: l'una, che vorrebbe dare alla « legge organica » la sola funzione di raccogliere e coordinare sostanzialmente immutate, quasi in un testo unico, le disposizioni, attinenti alla materia agraria, che si trovano sparse nei Codici o nelle leggi speciali; l'altra, più innovatrice, che vorrebbe servirsi di questa legge speciale per dare all'agricoltura una sua propria autonomia giuridica, e che di questa legge vorrebbe fare uno strumento di riforma e di sviluppo del diritto agrario oltre i margini del diritto codificato.

Qualunque concezione debba prevalere, è certo che la soluzione non può lasciare indifferente il processualista: se in questa legge spe-

---

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale civile,* a. XV, 1938, P. I, pp. 340-341]. [*Bibliografia,* n. 222].

ciale si dovranno raggruppare tutte le disposizioni che sotto ogni aspetto riguardino l'agricoltura, potrebbe ad alcuno venire in mente di includervi anche il regolamento delle procedure appropriate a soddisfare le speciali esigenze dell'agricoltura: e l'unità del Codice di procedura civile ne avrebbe nuovi colpi. Il problema, com'è facile intendere, ha orizzonti assai più vasti di quelli del diritto agrario; esso può coinvolgere tutto il sistema legislativo: codici o leggi speciali? E' evidente che quando, sull'esempio di quello che oggi si profila per il diritto agrario, cominciasse a prevalere il sistema delle leggi speciali per materia, in ciascuna delle quali fosse incluso, a guisa di appendice e di accessorio, un capitolo di norme processuali appositamente create per le speciali esigenze di quella materia, lo studio del diritto processuale come disciplina autonoma sarebbe messo in pericolo: e forse, di fronte a queste distinzioni meramente empiriche fondate su criteri più sociologici che giuridici, la stessa distinzione tra diritto sostanziale e diritto processuale rischierebbe di perder valore.

XVIII

IL GIUDICE E LO STORICO (*)

SOMMARIO. — 1. Somiglianze tra l'attività storiografica e l'attività giurisdizionale. — 2. Di un recente libro di G. Calogero e di alcune critiche ad esso rivolte. — 3. Inerzia istituzionale del giudice. — 4. *Iura novit curia.* — 5. Limitazioni poste dalla legge processuale all'indagine del giudice sui fatti della causa. — 6. Relatività dell'accertamento giudiziario dei fatti. — 7. Affinità fra le regole probatorie e la metodologia storica. — 8. L'applicazione del diritto al fatto: la giurisdizione come accertamento di « concrete volontà di legge » preesistenti. — 9. Critica: l'atto giurisdizionale come atto di volontà — 10. Formulazione legislativa e formulazione giudiziaria del diritto: giustizia e politica. — 11. La sentenza come parere tecnico. — 12. Conseguenze pratiche che possono derivare dal considerar la sentenza soltanto come atto di volontà. — 13. Tendenze della dottrina e possibili pericoli.

1. — E' comune tra i processualisti, specialmente nella sistematica della fase di cognizione, l'uso di espressioni che ravvicinano l'attività del giudice all'attività dello storico. Anche il giudice, come lo storico, è chiamato a indagare su fatti del passato e ad accertarne la verità; anche del giudice, come dello storico, si dice che non deve fare opera di fantasia, ma opera di scelta e di ricostruzione su « dati » preesistenti (1). Nella storia e nel processo si parla di prove, di documenti, di testimonianze, di « fonti », e della loro critica. I trattatisti del processo adoprano, per una certa categoria di mezzi di prova, la denominazione di « prove storiche » (2); e come la ricostruzione del fatto,

---

(*) [Pubblicato in *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta,* vol. II (Milano, Giuffrè, 1939), pp. 351-376, e in *Rivista di diritto processuale civile,* a. XVI, 1939, P. I, pp. 105-128; ristampato in *Studi,* V (Padova, Cedam, 1947), pp. 27-51; tradotto in lingua spagnola da S. SENTÍS MELENDO, in P. CALAMANDREI, *Estudios sobre el Proceso Civil* (Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945). Recensione di B. CROCE, in *La Critica* (Bari), nov. 1939, p. 446]. [*Bibliografia,* n. 226].

(1) Cfr. per es. REDENTI, *Profili pratici del dir. proc. civile* (Milano, 1938) il quale insegna che la formazione della convinzione del giudice è di regola governata da « metodi intellettuali pregiuridici od extragiuridici, *come può avvenire di qualunque persona normale, di fronte ad un quesito o ad un dubbio di ordine storico* » (pag. 444).

(2) Cfr. CARNELUTTI, *La prova civile* (1915), pagg. 71, 73, 77, ecc.

presentata in giudizio dal patrocinatore nell'interesse del suo cliente, si può rassomigliare a certe tendenziose storie di partito che per servire a fini pratici presentano una ricostruzione della realtà ad arte mutilata e deformata, così nella ricostruzione fedele e compiuta che deve fare il giudice, si loda, come in quella del vero storico, la imparzialità (3) e la cosiddetta « oggettività », e si addita come sentenza perfetta, non diversamente da quello che alcuno ha potuto pensare della perfetta storia, quella che riesca ad essere niente altro che una copia esatta, quasi si direbbe un calco ottenuto con precisione meccanica, di una realtà che sta tutta quanta al di fuori del giudicante.

L'accostamento tra il giudice e lo storico torna frequente anche negli scrittori di storia e di filosofia. In ogni ricerca storica, come in ogni istruttoria processuale, c'è un problema da risolvere (la cosiddetta *Frage* degli storici (4)) e quindi un giudizio da formulare: che poi consiste, schematicamente, nello stabilire la verità di certi fatti rilevanti, e nel dare ad essi una certa qualificazione. Potranno variare i criterî di questa qualificazione, che per il giudice sono sempre criterî strettamente giuridici, mentre per lo storico saranno criterî di natura diversa; ma, insomma, fino a che si tratta di convincersi, come giudicante o come storico, della verità di certi fatti avvenuti nel passato, i metodi di indagine del filologo o del giudice sono in sostanza gli stessi. E' stato osservato che i mezzi di ricerca dell'archeologia, e in generale quelli della filologia, « talora somigliano addirittura a quelli della polizia scientifica » (5): e l'attività del giudice che pronuncia sentenze è stata avvicinata a quella di qualsiasi altro critico d'arte, di scienza o di morale (6). Per riportarsi in mente come presenti i fatti ormai dileguati nel passato, dovranno entrambi, lo storico e il giudice, nella impossibilità di osservarli direttamente, servirsi dei documenti e delle testimonianze, e compiere su questi lo stesso lavoro di coordinazione e di interpretazione, quello che dai processualisti è chiamato la « valutazione del materiale probatorio » e dagli storici la euristica o « critica

---

(3) L'imparzialità dello storico può avere certi aspetti psicologici molto simili a quelli dell'imparzialità del giudice: lo storico può essere portato, per timore di non essere abbastanza imparziale, a esagerare il valore di coloro che avversò o avrebbe avversati nella vita pratica (Croce, *La Storia come pensiero e come azione*, Bari, 1938, pag. 278) come il giudice, per timore di non essere imparziale, può esser portato a dar torto all'amico anche quando ha ragione (cfr. il mio *Elogio dei giudici*, 2ª ed., pag. 128).

(4) Cfr. Croce, *La Storia* cit., pag. 128 e segg.

(5) Bianchi-Bandinelli, in *La Critica d'Arte*, XI-XII, pag. 276.

(6) Croce, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia* (cito dalla ristampa del 1926, ed. Ricciardi, Napoli), pag. 74.

delle fonti », ma che in sostanza mira nello stesso modo, qua e là, a scegliere le informazioni più attendibili e a scoprire le falsificazioni, altrettanto frequenti e temibili nei processi quanto nella storia. Bene è stata messa in luce (7) l'affinità che passa tra certi manuali di metodologia storica e certi trattati di diritto probatorio (8); poichè « la cri- « tica delle testimonianze e dei documenti, e il raffinamento dei me- « todi della relativa indagine, e lo stabilimento dei canoni, e la for- « mazione di speciali trattati in proposito, hanno avuto luogo altret- « tanto nell'ambiente forense che nelle scuole dell'erudizione e della « filologia » (9).

2. — Un raffronto tra l'attività dello storico e quella del giudice, condotto con singolare acutezza da chi è in grado di considerare il problema con occhio di filosofo e insieme con occhio di giurista, si trova nel recente volume del CALOGERO sulla *Logica del giudice* (10): nel quale si dimostra che, per quella parte dell'attività giurisdizionale ch'è indirizzata alla soluzione della *quaestio facti,* l'accertamento probatorio compiuto dal giudice è sostanzialmente identico alla ricostruzione storiografica dei fatti compiuta dallo storico. Più ardua è sembrata invece al CALOGERO la qualificazione di quella ulteriore attività che il giudice compie, quando, posto di fronte alla *quaestio iuris,* ai fatti storicamente accertati deve applicare in concreto il diritto. Parrebbe, a prima vista, che anche qui si tratti di una pura ricostruzione storiografica: « come là si tratta di accertare, in base a prove, come si sia « realmente svolto il fatto in questione, così qui si tratta di accertare, « in base a documenti, che cosa sia stato davvero voluto dalla legge « per il fatto in questione » (11). Ma, approfondendo l'esame, si vede che mentre ha senza dubbio carattere di ricerca storica quella con cui il giudice mira ad accertare la sussistenza positiva della norma, cioè il « fatto del legislatore » consistente nell'aver messo in vigore una certa legge (12), vi è poi, nella fase di sussunzione del fatto sotto la norma, un'ulteriore attività del giudice (quella con cui determina « ciò che « il legislatore avrebbe verosimilmente voluto quando fosse stato in- « vitato a chiarire se dalle parole della sua norma doveva ritenersi

---

(7) CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione* (1937), n. 45.

(8) Ad esempio: nel *Lehrbuch der historischen Methode* del BERNHEIM (Leipzig, 1903), specialmente Kap. III (*Quellenkunde*) e Kap. IV (*Kritik*).

(9) CROCE, *La Storia* cit., pag. 106.

(10) Op. cit.

(11) CALOGERO, op. cit., pag. 137.

(12) CALOGERO, op. cit., nn. 49-50.

« potenzialmente significato anche un caso da esse non chiaramente « previsto, o che esse non avrebbero, comunque, potuto prevedere ») che non si può più propriamente qualificare come semplicemente storiografica, cioè come ricostruzione del vero, ma come « ultrastoriografica », cioè come determinazione del verosimile o del conveniente (13). Questa identificazione della giurisdizione colla storiografia, mentre non ha dato luogo a gravi dissensi per quanto attiene a quella fase in cui il giudice indaga sulla *quaestio facti* (pur avvertendosi che la storia che fa qui il magistrato è non già la storia vera e propria, interiore e filosofica, ma la *historia inferior* « che si intesse sulle estrin- « seche testimonianze non senza il concorso dell'immaginazione » (14), ossia in sostanza, più che storia, « aneddotica » (15)), è stata invece energicamente criticata per quanto si riferisce al giudizio *de iure*. « ... La storia, sia che si prenda nella sua forma superiore, sia in quella « inferiore, non basta a generare il giudizio di un magistrato. E' vero « che questo si appoggia sopra una conoscenza che è di carattere sto- « rico, come ogni concreta conoscenza; ed è vero che tra le cose così « conosciute sono da intendere anche le disposizioni delle leggi, dati « storici anch'esse. Ma il proprio della sentenza del giudice sta in « quella cosidetta « sussunzione », onde si fa rientrare il fatto che si « ha innanzi, storicamente ricostruito, in una norma di legge: « sus- « sunzione » che non è un atto teorico, ma pratico, un atto volitivo, « un *imperium*, che individualizza, ossia crea la legge, e pronuncia un « comando. Tanto si ha qui una creazione pratica, che dove la pa- « rola della norma appare troppo lacunosa o addirittura manca, si « escogita un supplemento, cioè espressamente si pone una nuova nor- « ma, non potendosi non sentenziare, ossia non provvedere e non « comandare » (16).

In queste discussioni filosofiche, nel riassumere le quali si è voluto abbondare in citazioni testuali per non cadere in involontarie infedeltà, il procedurista non potrebbe, senza peccar di indiscreta presunzione, assidersi terzo; ma gli sarà consentito, senza che con ciò possa esser accusato di sconfinare dal suo orto, di formulare in proposito, come

---

(13) *Ibidem*, nn. 51, 52.

(14) CROCE, Recensione del libro del CALOGERO, in *Critica*, 1937, pag. 376; cfr. anche ANTONI, in *Giornale critico della filosofia italiana*, 1938, p. 161.

(15) CROCE, *La Storia* cit., pag. 113 e segg. Che l'indagine del giudice, più che nella vera storia, rientri nella aneddotica, par che resulti anche da quella massima corrente nei tribunali, secondo la quale non hanno bisogno di esser provati in giudizio i fatti « storici », cioè quelli che appartengono alla *historia maior*, ch'è nella coscienza di ogni persona colta (cfr. sulla distinzione tra fatti « storici » e non storici, CROCE, *Logica*, pag. 197).

(16) CROCE, Recensione cit., pag. 377.

può fare l'uomo della strada che conosce soltanto le regole del suo mestiere, alcune osservazioni sul metodo secondo il quale magistrati e avvocati lavorano nel processo a ricostruire la verità giudiziaria. Se poi da queste osservazioni di carattere tecnico si possono trarre, in ossequio alla opinione di GIUSTINIANO che ai compilatori del Digesto raccomandava di non disprezzare *et deterioris sententiam*, argomenti per illuminare meglio le somiglianze o le differenze che passano tra l'attività del giudice e quella dello storico, questo potrà essere affare della filosofia.

3. — Il giudizio del magistrato si appoggia, come quello dello storico, sulla conoscenza di dati concreti, che sono da una parte i fatti della causa, dall'altra le leggi vigenti nell'ordinamento positivo; ma il campo entro il quale può spaziare per l'accertamento di questi dati storici l'indagine del giudice, è delimitato da ristrette barriere, che lo storico ignora.

Anche il giudice (si è già detto) è chiamato a risolvere un problema; ma mentre lo storico sceglie da sè l'oggetto delle sue indagini e da sè formula il problema al quale queste indagini dovranno dare risposta, il giudice è posto dinanzi a una domanda formulata *da altri*, e nei termini di questa deve, se non vuol giudicare *extra petita*, contenere la sua risposta. Quella irrequieta curiosità che spinge lo storico a esplorare il mondo per tutti i versi e a prendere i suoi temi senza limiti di luogo o di tempo, ovunque si imbatta in eventi capaci di destare in lui risonanze umane, è inibita al giudice: il principio fondamentale del processo moderno per cui non può aversi giurisdizione senza azione (*nemo iudex sine actore*) mantiene il giudice in una posizione di passiva attesa, dalla quale egli non può uscire se non per affacciarsi a quella limitata porzione di realtà, di una ristretta realtà aneddotica, che la parte attrice gli sottopone e sulla quale lo invita a dare il suo puntuale giudizio. Ma questa passività del giudice, al quale la legge comanda di non esser curioso e di non spingere lo sguardo indiscreto al di là dei *petita partium*, è anche la garanzia suprema della sua imparzialità: di una imparzialità spassionata e distaccata che il vero storico non potrebbe mai raggiungere, perchè nella scelta del tema vi è già la confessione di una preferenza, e nella formulazione del problema è già implicito il criterio della soluzione. Solo coll'inibire al giudice ogni potere di iniziativa, si può ottenere da lui quella « oggettività », aliena da qualsiasi slancio di simpatia, che potrebbe esser rimproverata allo storico come gretteria od ottusità, ma che si considera invece come virtù somma del magistrato. Nè questa necessaria inerzia del giudicante potrebbe esser turbata senza scapito della giustizia. Non si può dimenticare che il processo penale cosiddetto

« inquisitorio », in cui l'ufficio di ricercare i reati e quello di giudicarli si cumulavano in una stessa persona, è rimasto tristemente famoso nella storia come strumento tipico di arbitrio poliziesco: quando si confondono le funzioni, psicologicamente incompatibili, dell'inquirente e del giudice, nell'atto di accusa c'è già *in nuce* la condanna, e la coscienza del giudice è soverchiata dall'amor proprio dell'accusatore, che si sente impegnato, più che a render giustizia all'imputato, a giustificare (proprio come lo storico a dimostrare una sua tesi) la fondatezza della imputazione.

4. — Ma le restrizioni che la legge processuale impone alla indagine storica del giudice non si fermano qui.

Per intender la portata esatta di queste ulteriori limitazioni bisogna peraltro tener distinto l'accertamento del diritto oggettivo vigente, dall'accertamento dei fatti controversi, ai quali il diritto oggettivo deve essere applicato.

Anche le disposizioni del diritto oggettivo, come già si è avvertito, sono dati storici, che il giudice, per poterli applicare, deve prima di tutto conoscere nella loro realtà positiva. Ora, per quanto attiene a tale conoscenza ed ai mezzi per procurarsela, il giudice gode della stessa pienezza di indagine di cui gode lo storico, della stessa libertà nella scelta dei procedimenti tecnici più appropriati a tale scopo. Il principio *iura novit curia* non significa soltanto che il giudice, come organo dello Stato, ha il dovere di conoscere la legge anche se le parti la ignorano o la fraintendono, ma significa altresì che egli ha, al pari di un qualsiasi privato, il potere di mettere in opera a questo fine, *anche fuori del processo,* tutti i mezzi di ricerca di cui ogni studioso può servirsi per procurarsi la conoscenza del diritto storicamente vigente. I metodi che possono guidare il giudice a conoscere esattamente quali sono i testi di legge che regolano la materia su cui è chiamato a giudicare, non differiscono da quelli che deve seguire lo storico per ricostruire la legislazione che era in vigore nella remota epoca da lui presa a studiare: le biblioteche in cui si trovano le raccolte delle leggi di ogni tempo e i trattati degli scrittori antichi e moderni, sono aperte al giudice come allo storico; nè il diritto processuale vieta al giudice le iniziative e le curiosità, quando queste siano indirizzate a colmare le lacune della sua cultura giuridica.

5. — Ma assai diversamente vanno le cose per quanto attiene alla conoscenza dei fatti: in relazione ai quali la indagine del giudice può essere limitata sotto diversi aspetti.

a) Nella raccolta delle singole circostanze, dal concorso delle quali è composta la « fattispecie » controversa, il giudice non è libero

di andare a esplorare per conto suo la realtà, ma è tenuto (almeno nel processo a tipo dispositivo) a concentrare le sue indagini su quei soli fatti che l'una o l'altra delle parti abbia indicato come giuridicamente rilevanti (*iudex secundum allegata decidere debet*). Non soltanto dunque il giudice si trova di fronte a un problema formulato da altri, ma anche nell'accertamento dei fatti, che costituisce una delle tappe per la soluzione di questo problema, egli non può considerare la realtà se non al limitato scopo di raffrontare ad essa le contrapposte rappresentazioni che le parti ne danno nelle loro allegazioni. Se un fatto è allegato concordemente da tutt'e due le parti, il giudice deve tenerlo per vero; se un fatto, che egli riterrebbe decisivo, non è allegato da alcuna delle parti, il giudice deve ignorarlo e astenersi dall'indagare sulla sua verità (*quod non est in actis non est in mundo*).

b) Una volta stabilito, sulla scorta delle allegazioni delle parti, quali siano le singole circostanze controverse sulle quali il giudice è chiamato a indagare, neppure qui il giudice è libero di adoperare, per il compimento di queste indagini, gli accorgimenti che il suo acume gli può suggerire come più idonei a conoscer la verità. A questo punto entra in giuoco un altro principio fondamentale del processo, secondo il quale in giudizio la verità non può essere accertata se non col sussidio di certi procedimenti logici corrispondenti ad alcuni tipi fissati in anticipo dalla legge, che si denominano *prove* per eccellenza, come a dire che la verità conosciuta dal giudice con mezzi non corrispondenti a questi schemi, non può valere in giudizio, per quanto sicura sia la sua intima convinzione, come verità. Il principio « *iudex secundum probata decidere debet* » significa dunque non soltanto che in giudizio la verità non può esser provata se non con quei procedimenti catalogati (17) ai quali soltanto la legge riconosce efficacia probatoria; ma significa altresì che, ove il giudice possedesse di scienza propria qualche conoscenza diretta dei fatti controversi, o avesse per avventura acquisito sui medesimi qualche notizia fuori dal processo e fuori da quel catalogo ufficiale di mezzi probatorî, di queste informazioni extraprocessuali (*das private Wissen des Richters*) egli dovrebbe assolutamente dimenticarsi al momento della decisione. La legge, così disponendo, vuole evitare che l'accertamento dei fatti sfugga al controllo del contraddittorio, e mira quindi, col ridurre i mezzi di indagine, a ridurre gli errori; ma anche qui questi freni, imposti alla iniziativa del

---

(17) Ma c'è in dottrina una tendenza sempre più precisa ad ammetter nel processo mezzi di prova non espressamente previsti dalla legge (cosid. « prove innominate »: cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, I, n. 306); e in questo senso espressamente dispone l'art. 83 del progetto di codice di proc. civ. per lo Stato della Città del Vaticano (1938).

giudice allo scopo di assicurarne la imparzialità, sembrerebbero assurdi allo storico, il quale, abituato nell'ardore della ricerca a lasciarsi guidare soltanto dal suo acume e dalla sua intuizione, non saprebbe mai rassegnarsi a chiuder gli occhi sulla verità solo perchè il sentiero che l'ha guidato fino ad essa non è segnato sulle carte ufficiali.

c) E finalmente, anche quando il giudice ha raccolto, attraverso l'esperimento dei mezzi probatorî ammessi dalla legge, tutte le notizie, che possono servirgli ad accertare la verità, egli non sempre è libero, come sarebbe lo storico, di valutare a sua discrezione l'attendibilità delle informazioni raccolte e di stabilire sulla loro credibilità una graduatoria che corrisponda soltanto alla sua coscienza di critico: giacchè in alcuni casi la legge vuole, che, quando l'esperimento di un mezzo di prova abbia avuto un esito formalmente positivo, di questo il giudice debba ciecamente contentarsi, anche se intimamente è convinto ch'esso non corrisponde a verità. Questa valutazione preventiva e generica che la legge fa della credibilità di certe prove (cosid. « prove legali »), sottraendole ad ogni specifico apprezzamento *a posteriori* e lasciando al giudice soltanto il limitato ufficio di verificare se la prova sia stata formalmente prestata (*an iuratum sit*), costituisce una nuova tipica differenza tra il procedimento logico del giudice e quello dello storico, il quale procede alla critica delle fonti senz'altra guida che quella fornitagli dal suo acume e dalla sua coscienza.

6. — Queste molteplici restrizioni che, in diversi momenti della istruttoria, intervengono a limitare o a disciplinare l'indagine del giudice, danno agli accertamenti di fatto che esso compie un dichiarato carattere di *relatività*, che non è con altrettanta sincerità confessato nelle conclusioni dello storico. Nel processo a tipo dispositivo, in cui le parti possono accordarsi per fare apparire al giudice come veri fatti in realtà insussistenti o per tacere come se non fossero veri fatti avvenuti in realtà, l'accertamento probatorio non può mai avere un valore assoluto: esso non può aspirare a stabilir la verità una volta per sempre, ma si contenta di stabilire ciò che deve valere come verità in vista ed in funzione di quella fattispecie, che le parti hanno rappresentato come *thema probandum*. L'accertamento giudiziario vale nei limiti delle premesse poste dalle parti in quel processo; l'esito delle indagini su quegli stessi fatti avrebbe potuto esser diverso se il comportamento delle parti nella fase probatoria fosse stato diverso: per questo la cosa giudicata vale solo *inter partes*, e non va oltre la controversia (18).

---

(18) Cfr. il mio scritto: *La sentenza civile come mezzo di prova* (in *Studi*, Vol. V, pag. 147), n. 13.

Ma questa relatività dei giudizî di fatto (che è tipica del processo a tipo dispositivo, ma che sussiste, per quanto in misura ridotta, anche nel processo civile a tipo inquisitorio e nello stesso processo penale, in cui non cessa di aver vigore il divieto posto al giudice di utilizzare nel decider sui fatti controversi la sua « scienza privata »), dev'essere posta in relazione altresì con quel principio, comune a tutti i processi, secondo il quale il giudice, anche se i resultati delle prove non sono stati così esaurienti e decisivi da rimuovere ogni dubbio dalla sua coscienza, non può trarsi di impaccio con un *non liquet* e deve in ogni caso emettere sui fatti controversi un giudizio di certezza, positivo o negativo. Dopo aver esaurito tutte le indagini e tentato tutte le ipotesi intorno a uno di quegli enigmi del passato, che per mancanza di fonti sicure sono forse destinati a rimanere insoluti, lo storico cauto e coscienzioso potrà arrivare a concludere che quel problema è insolubile, e confessare onestamente che egli non è riuscito a farsi in proposito una opinione sicura: e questo suo rimanere in dubbio non solo non menomerà, ma farà maggiormente apprezzare la sua serietà di studioso. Ma il giudice non potrebbe, senza mancare al suo dovere, rimanere in sospeso tra il sì e il no, ed emettere una decisione al solo scopo di dichiarare che non sa decidersi. Il giudice, anche in quei casi in cui lo storico rimarrebbe incerto, deve a tutti i costi arrivare a una certezza ufficiale: e a tale scopo la legge gli fornisce, per aiutarlo a uscire dal pelago dei dubbi, certi espedienti un pò grossolani ma sbrigativi, che servono a trasformare la perplessità psicologica in certezza giuridica: tali sono, nel processo civile, le regole sulla repartizione dell'onere della prova, che stabiliscono a carico di quale parte debba ricadere la incertezza del giudice su alcuno dei fatti controversi; certi mezzi di prova, come sarebbe il giuramento suppletorio, il cui vero scopo non è tanto quello di rimuovere il dubbio dalla coscienza del giudice, quanto quello di scaricare sul conto del giurante il peso della sua coscienza tormentata dal dubbio; e, nel processo penale, il principio *in dubio pro reo,* in virtù del quale il giudice è tenuto a proclamare ufficialmente innocente colui di cui come storico si limiterebbe a dire che, tra la sua innocenza e la sua colpevolezza, non sa decidersi a prender partito.

7. — E tuttavia, finchè si resta nell'accertamento dei fatti, non si può dire che tutte queste limitazioni opposte dalla legge processuale alla indagine del giudice siano sufficienti a farle perdere quel carattere di indagine storica, che essa tuttavia conserva come quella che ha per suo fine la conoscenza concreta di fatti realmente avvenuti.

E neanche si potrebbe trovare una differenza tipica tra l'indagine storiografica e l'istruttoria giudiziaria nell'assegnare alla prima lo sco-

po di ricercar la verità *reale*, ed alla seconda lo scopo di fissare, attraverso le regole probatorie sopra ricordate, una verità meramente *formale*, che in sostanza sarebbe una illusoria finzione. La contrapposizione tra verità reale e verità formale, colla quale qualche processualista ha creduto di esprimere in formula sintetica una essenziale diversità di oggetto tra l'istruttoria penale e l'istruttoria civile (sicchè, se tale contrapposizione fosse fondata, vera storiografia sarebbe soltanto quella che si attua nelle aule penali), non corrisponde in alcun modo alla vera natura dei due processi, i quali, sia pur servendosi di diversi metodi d'indagine, mirano allo stesso unico scopo che è la ricerca della verità, della verità semplice ed una, senza aggiunte e senza qualificazioni.

Le restrizioni che alla libera indagine del giudice sono poste nel processo civile, e specialmente nel processo a tipo dispositivo, non mirano infatti a render meno penetrante e meno esauriente la ricerca della verità, ma mirano anzi a utilizzare come strumenti di indagine, più sensibili e più solleciti di ogni sagacia di giudice, i vigili interessi delle parti contrapposte, ciascuna delle quali, per mettere in evidenza quella parte di verità che le giova, è pronta a prender su di sè, con impareggiabile zelo, il compito della investigazione. Così il giuoco di questa contrapposizione di forze individuali che si attua nel processo porta, nella massima parte dei casi, a scoprire la verità, meglio che in un processo inquisitorio in cui al giudice fossero riservate tutte le iniziative (19). A un calcolo di probabilità si appoggiano del pari le regole sulla prova legale e quelle sulla repartizione dell'onere della prova: colle quali si toglie al giudice la responsabilità e la fatica di ricominciar da capo per ogni caso quella valutazione probatoria concreta, l'esito della quale, se si tien conto del *quod plerumque accidit*, non potrebbe non coincidere cogli schemi fissati in astratto dal legislatore.

Anche il sistema probatorio stabilito dalle leggi giudiziarie è dunque, in sostanza, un metodo per guidare il giudice alla ricerca storica: colla differenza che i precetti tecnici dei comuni manuali di metodologia hanno preso qui la forma di precetti giuridici indirizzati dallo Stato a coloro che nei processi hanno l'ufficio di scriver la storia per suo conto. Questa *metodologia legale* non ha fine diverso da quello a cui mira la libera metodologia degli storici: anzi con queste regole probatorie lo Stato si propone (anche se non sempre ci riesce) di liberare i suoi giudici da tutti quei pericoli di errore ai quali gli storici sono soggetti, per la troppa elasticità dei loro metodi. Ma il fine rimane ugualmente la ricerca della verità; nè questo fine è meno sentito nel processo solo perchè in esso si verifica quella « invasione di un

---

(19) Cfr. in proposito il mio *Elogio dei giudici*, cap. VI.

formalismo astratto nella procedura... che non si è mai verificata nella storiografia » (20). Questo cosiddetto « formalismo astratto » non è in molti casi che il metodo più semplice, suggerito da un'esperienza di secoli, per arrivare più celermente alla stessa conclusione a cui, colla sua libera metodologia, lo storico arriverebbe in ritardo: poichè anche egli, giunto al momento critico delle sue indagini, là dove mancano i documenti sicuri o dove le testimonianze si contraddicono, deve pur sempre ricorrere a quei calcoli di probabilità, a quei criterî di verosimiglianza, che nel diritto probatorio si trovano ormai consacrati in precise formule di legge (21). Nè colla sua libertà di indagine lo storico può vantarsi di arrivare a resultati meno relativi di quelli del giudice: perchè anche il giudizio dello storico, com'è noto, non è mai senz'appello.

8. — La riduzione dell'attività giudiziaria a storiografia, che ci è sembrata fondamentalmente legittima fino a che il giudice si limita a indagare per procurarsi conoscenze di carattere storico, qual è quella delle leggi positivamente vigenti o quella dei fatti della causa, comincia ad apparir dubitabile e disputabile quando il giudice passa a quella ulteriore fase del suo procedimento logico che è l'applicazione della norma al fatto o, come anche si dice, la sussunzione del fatto sotto la norma. E' questo, in verità, il momento essenziale della giurisdizione: nel quale, dal raffronto di due dati storici precisamente accertati (legge e fatto) il giudice si trova in grado di trasformare la norma astratta in comando concreto, e di formulare per il caso singolo quella *lex specialis* che sola è destinata, mentre tutte le sue premesse logiche cadranno nel nulla coll'esaurirsi del processo, a perpetuarsi nel giudicato.

Chi, per risolvere il problema, cercasse consiglio nei trattati dei processualisti, arriverebbe probabilmente a concludere che anche l'applicazione del diritto al fatto è storiografia: poichè, se storiografia non può esservi se non di ciò che è realmente accaduto, le teorie dei processualisti rappresentano quell'individuazione della legge astratta in comando concreto, che è l'effetto essenziale della sentenza, proprio co-

---

(20) Antoni, Recensione cit., pag. 161.

(21) Cfr. in questo senso Calogero, op. cit., n. 46, pag. 131. E non è detto che le regole di diritto probatorio siano sempre indirizzate a imporre al giudice maggiore prudenza di quella che userebbe lo storico, libero di sbizzarrirsi in congetture: se talvolta il diritto probatorio vieta al giudice certe curiosità e certi ardimenti logici da cui anche lo storico prudente non rifuggirebbe, tal'altra (come fa, per es. colle regole sull'onere della prova che devono in ogni caso portare il giudice alla certezza) lo obbliga a congetture presuntive a cui arriverebbe soltanto uno storico molto audace.

me un fenomeno *già avvenuto* prima e fuori del processo, senza alcun concorso del giudice; il quale nella sua sentenza si dovrebbe limitare a prenderne atto, a « dichiararlo », al pari dello storico che registra sul suo libro i fatti irrevocabilmente accaduti, nè può in alcun modo colla sua volontà modificare il corso degli eventi appartenenti al passato.

E' comune fra i processualisti l'affermazione che la sentenza *accerta, non crea* il diritto, e che l'efficacia della giurisdizione nella fase di cognizione è essenzialmente *dichiarativa.* Questo principio deriva dal considerare la funzione giurisdizionale come un complemento necessario della funzione legislativa, e quindi dal considerare la sentenza del giudice nient'altro che come una specificazione e una individuazione di quella volontà del legislatore che già si trova depositata, in forma generale ed astratta, nella legge. Data la formulazione ipotetica della norma giuridica, la quale prevede la possibilità che si produca nell'avvenire una certa fattispecie, e, per il caso in cui l'ipotesi concretamente si avveri, pone in anticipo, ora per quando, un certo precetto, basta che nella realtà si produca in concreto una fattispecie avente i caratteri previsti in astratto dalla norma, affinchè senz'altro il precetto contenuto nella norma da astratto diventi concreto e da generale individuale, e nasca così dall'incontro del fatto colla norma giuridica quella che con denominazione chiovendiana si suole chiamare la « concreta volontà di legge ». Questo individuarsi di un precetto ipotetico, rivolto a tutti e a nessuno, in un comando categorico rivolto a una persona determinata, avviene automaticamente, senza alcun intervento del giudice, solo in virtù di quella volontà potenziale che è stata inizialmente racchiusa nella norma giuridica: e i giuristi ne ragionano come se si trattasse di un fenomeno di natura che veramente si compie nel mondo sensibile, e volentieri concepiscono la vita giuridica come una continua nascita di concrete volontà di legge, che gli uomini anche senza accorgersene fanno scaturire, come scintille elettriche ad ogni contatto, dalle norme giuridiche in mezzo alle quali vivono immersi. Così il comando che il giudice formula nella sua sentenza era già nato prima e fuori del processo, poichè, come si dice, il diritto *si applica da sè*: e il giudice non fa altro che verificarne la esistenza, con quella sua speciale chiaroveggenza di giurisperito, che gli permette di aggirarsi nel mondo giuridico come se fosse un mondo reale e di scorgervi come avvenimenti accaduti gli incontri degli uomini colle leggi, e le vicende dei rapporti giuridici come peripezie di organismi viventi (22). A tale concezione, che non è senza conseguenze pra-

---

(22) Cfr. Betti, *Cosa giudicata* (in *Enc. it.*, XI, pag. 562) « ...sul terreno « del diritto sostanziale, la decisione non è destinata a creare una regola nuova,

tiche (proprio sul carattere *dichiarativo* delle sentenze si appoggia il principio secondo il quale gli effetti sostanziali della sentenza risalgono, di regola, alla domanda) si ricollegano tutte quelle teorie che, sotto una forma o sotto un'altra, considerano come prevalente nella attività del giudice il momento conoscitivo sul momento volitivo: dal famoso insegnamento dello SCIALOJA che sulla diversa importanza data alla volontà o alla conoscenza basava la distinzione tra amministrazione e giurisdizione (23), fino alle discussioni tuttora vive tra i processualisti per stabilire se la forza vincolante della sentenza si ricolleghi come a sua causa alla volontà della legge, di cui il giudice non sarebbe che un fedele registratore, ovvero derivi da un atto autonomo di volontà del giudice medesimo (24). La risposta che da queste teorie, dibattute fra i giuristi, si può trarre per il nostro problema è sempre la stessa: il giudice è chiamato a fare opera non di volontà, ma di intelletto; deve limitarsi ad apprendere, e a riprodurre fedelmente nella sua sentenza, la volontà della legge già individuata e concreta fuori di lui; deve insomma essere lo storico di una volontà altrui, che preesiste alla sua dichiarazione e che egli deve considerare come un evento già accaduto nella realtà.

9. — Ma se si esce fuori da questo mondo giuridico, nel quale i giuristi si sono ormai abituati a percepire come casi veri le nascite e le morti dei diritti, subito ci si accorge che questo loro modo di ragionare è in gran parte basato su mere finzioni. Questa cosiddetta « concreta volontà di legge » che scaturirebbe fuori automaticamente dalla norma giuridica non appena nella realtà si producano fatti coincidenti con quelli da essa norma previsti in ipotesi, in realtà non esiste altro che nella mente di coloro, parti o giudici, che conoscendo certi fatti e l'ipotesi prevista da una certa norma, raffrontano questa realtà e questa ipotesi e traggono da questo raffronto la conseguenza che il precetto formulato in quella norma deve essere osservato in concreto; ma la legge, se manca nel cittadino la volontà attuale di osservarla, cioè di conformare al suo precetto la propria condotta pratica, o nel giudice la volontà attuale di farla praticamente osservare nel caso concreto, rimane in sè stessa una ipotesi inerte ed astratta, superata dalla realtà che va innanzi per conto suo, ribelle a tutti gli schemi e sprez-

---

« ma unicamente a individuare quella che, secondo la conoscenza del giudice, è « la volontà della legge nel caso specifico: volontà, pertanto, che preesiste come « regola concreta del caso, e che il giudice deve solo scoprire e additare ».

(23) V. SCIALOJA, in *Giustizia amministrativa*, 1901, IV, pag. 61.

(24) Cfr. ROCCO (ALFR.), *La sentenza civile*, n. 13; BETTI, *Diritto processuale civile*, pag. 589.

zante di tutti i prognostici (25). La sentenza del giudice, dunque, in quanto formula questo comando concreto che non è nella legge e che dalla legge non può scaturire per virtù magica, non è un atto teorico, ma un atto pratico, con cui il magistrato, anzichè limitarsi a prender atto di una realtà già accaduta, mira a inserirsi nella realtà, a farvi la sua parte attiva che è poi quella di comandare e di infliggere sanzioni, concorrendo così, coll'agire proprio, a determinare in un certo senso l'azione futura degli altri.

Non dunque attività meramente conoscitiva è, nella sua fase finale, la giurisdizione, ma attività essenzialmente volitiva: se con un certa approssimazione il giudice si può paragonare allo storico fino a che si limita ad accertare fatti, nel formulare il precetto giuridico appropriato a questi fatti accertati egli cessa di essere uno storico e diventa un politico.

Questa conclusione, la quale può esser perfettamente giusta sotto l'aspetto filosofico, come può esser giusta sotto questo aspetto la dimostrazione della irrealità e della inattualità delle leggi, produce tuttavia un senso di disagio e di turbamento nel pratico, abituato per lunga tradizione di pensiero a considerare giustizia e politica come termini antitetici, e quindi a sentire quale una *contradictio in adiecto* quella qualificazione di politico data al giudice, che nella mente di esso pratico (ignaro, come si è premesso, di problemi filosofici) risveglia la idea, non gradevole, del giudice politicante. Se si deve dar retta alle nozioni empiriche correnti tra i pratici (tra i quali si sente ripetere che la giustizia deve essere indipendente dalla politica, ed enunciar l'opinione che proprio a difesa di questo principio sia stata istituita la garanzia della inamovibilità dei giudici) sembrerebbe che alla figura del giudice quale tradizionalmente viene concepita e desiderata dai giudicabili, meglio si addicesse la qualifica tranquillante di storico, che si crede voglia dire serenità e imparzialità, anzichè quella di politico, che si pensa voglia dire partigianeria e passione; e che la volontà non abbia molto a che vedere col retto giudicare, se, fino dai tempi dello Scaccia (26) « *iniustus iudex dicitur qui non secundum iura, sed se-* « *cundum suam voluntatem fert sententiam* ».

Ma forse si tratta di vecchi pregiudizî; dei quali in ogni modo può non essere inopportuno ricercare la radice.

10. — L'indipendenza della giustizia dalla politica, o anche si potrebbe dire la separazione del momento politico dal momento giu-

---

(25) Cfr. Croce, *Filosofia della pratica*, pag. 328 e segg. (4ª ed. 1932).

(26) *Tractatus de sententia et re iudicata* (Venetiis, MDCLXIX), pag. 41 (Gl. 4, Quaest. I, n. 26).

ridico, non è, come si potrebbe credere, un'idea nata con quella concezione dello Stato che si usa chiamar liberale, e destinata quindi a subirne le sorti: essa è al contrario un postulato di qualsiasi ordinamento statale in cui il diritto si trovi formulato in leggi generali ed astratte, e in cui quindi il giudice, nel decider le controversie, debba inspirarsi, anzichè a quei sentimenti che le circostanze del caso singolo possono suscitar in lui, ai criterî tipici prestabiliti dalle leggi, anche se per avventura essi si oppongano in quel caso alle sue personali tendenze o simpatie. In tutti gli ordinamenti in cui la legge è il *prius* e la sentenza è il *posterius*, e in cui quindi sono separati, cronologicamente ed organicamente, il momento della formulazione e quello della applicazione del diritto, la funzione giudiziaria si trova ad essere necessariamente separata dalla politica, nel senso che quel duro lavoro di ricever l'urto incomposto delle forze politiche che si agitano nella società, e di disciplinarle e incanalarle fino a trarre dalla loro combinazione e purificazione quel prodotto sintetico che è il diritto, è riservato alla fucina del legislatore, nè può il giudice sottoporre per suo conto a nuove reazioni le leggi uscite da quella fucina, che rappresentano per lui l'espressione immutabile e indiscutibile di una politica già cristallizzata. Non si può dire per questo che il giudice sia estraneo alla politica, nel senso che egli possa ignorare le correnti politiche dominanti nello Stato: si deve dire piuttosto che di queste egli può prender conoscenza soltanto nei limiti in cui esse siano riuscite a trasformarsi in diritto. La politica, insomma, deve andare tutta quanta a sfociare sui meccanismi legislativi, costruiti apposta per riceverla e per contenerla: non sui delicatissimi congegni della giustizia, che sono fatti non per sostenere gli urti di forze non ancora disciplinate, ma per misurare e pesare, dopo terminata la lavorazione, le leggi già ridotte a perfezione dal maglio della politica.

Diversamente vanno le cose in quegli ordinamenti, primitivi o modernissimi, in cui la formulazione del diritto, anzichè riservata al legislatore, è rimessa interamente al giudice; il quale per trovare il diritto del caso singolo non deve avere altra guida che quella della sua coscienza. In questo sistema, in cui tra il giudice e la politica in ebollizione non esiste il freddo schermo della legge, il giudice deve compiere caso per caso quella diagnosi politica che, nel sistema della formulazione legislativa, vien fatto anticipatamente per classi dal legislatore. Qui, senza dubbio, l'attività del giudice è tutta e soltanto politica: o che, come in Russia, il giudice debba formulare la soluzione inspirandosi alla « politica generale del governo » (art. 4 cod. proc. civ. nella redazione del 1936), o che, come in Germania, debba trovar la soluzione che meglio corrisponda « al sano sentimento del popolo » (§ 2 *St. G. B.* secondo la Nov. 28 giugno 1935), qui il giudice è chia-

mato veramente, come un legislatore del caso singolo, a esprimere una volontà politica che nasce e si afferma colla sentenza. La teoria del « diritto libero », che trova in questi ordinamenti il suo trionfo pratico, porta necessariamente all'abolizione di ogni barriera tra giustizia e politica, tra giurisdizione e amministrazione, tra magistratura e polizia: la inamovibilità dei giudici perde, in questi ordinamenti, ogni ragion d'essere; imparzialità e indipendenza dei giudici diventano qui frasi vuote di senso (27).

Ma allora, se la relazione del giudice colla politica sembra così diversa in questi due contrapposti sistemi, si può proprio dire che il giudice sia, in tutt'e due i sistemi, ugualmente e nello stesso senso un *politico*? Tra il giudice che deve conoscere la legge per applicarla così come è, anche se contrastante colle sue opinioni politiche (*dura lex sed lex*), e il giudice che deve cercare soltanto nelle sue opinioni politiche il criterio per decidere una controversia, non si può dunque trovare sotto l'aspetto filosofico alcuna differenza?

11. — Indubbiamente anche in quegli ordinamenti in cui la produzione normale del diritto è la formulazione legislativa, il giudice può essere eccezionalmente chiamato a fare opera di creazione politica, quando la stessa legge lo autorizza a decidere una controversia non secondo il dettame di una norma precostituita, ma secondo quegli adattabili criterî di convenienza che la sua sensibilità potrà suggerirgli di fronte alle circostanze del caso concreto. In questi casi di decisione equitativa o discrezionale, e forse anche in quelli in cui la sentenza, attraverso gli accorgimenti della interpretazione evolutiva, allarga la portata della norma giuridica oltre la sua lettera originaria, il giudice fa opera di politico; ma anche qui, in questi casi eccezionali, la politica del caso singolo non può essere che continuazione di quelle tendenze politiche di cui è espressione il sistema legislativo, e quindi, anche se in via eccezionale il giudice è chiamato, secondo la celebre formula del Codice svizzero, a creare per il caso singolo « la regola che egli adotterebbe come legislatore », bisogna che egli per prima cosa conosca le leggi di *quel legislatore* nel cui seggio egli momentaneamente prende posto, e cerchi nella conoscenza di queste leggi le direttive non valicabili del potere di comando momentaneamente affidatogli (28).

---

(27) Cfr. già il mio scritto del 1920 sul *Significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, specialmente i nn. 9, 11; e *Governo e magistratura*, n. 2. (in *Studi*, Vol. II, pag. 38 e segg.; 61 e segg.); e la mia *Rassegna di letteratura e legislazioni straniere*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, I, pag. 131 e in *Studi*, Vol. V, pag. 291 e segg.

(28) Cfr. CALOGERO, op. cit., nn. 49 e segg.

Ma nella massima parte dei casi il giudice non ha bisogno, per decidere, di far ricorso a questi poteri eccezionali: in quanto egli trova nel sistema legislativo una o più norme che esattamente inquadrano il caso controverso, e per risolverlo non deve fare altra fatica che quella, se non proprio della semplice lettura di un articolo, della ragionata coordinazione di alcuni articoli di chiaro significato (29). Ora in questi casi che sono, lo ripetiamo, la maggioranza, il giudice non ha ragione di prospettarsi il caso da decidere in termini diversi da quelli in cui se lo proporrebbe il giurisperito che lo prendesse a considerare come tema di studio disinteressato: come un problema, cioè, di tecnica giuridica, per risolvere il quale tutta l'indagine si concentra nel confrontare tra loro due dati storicamente accertati, che sono la legge e il fatto, e nel ricercare umilmente, senza nulla aggiungerci del proprio, il punto di coincidenza tra una ipotesi descritta in una norma giuridica e una realtà dimostrata dalle prove. In questo lavoro di raffronto tra il diritto oggettivo e il fatto, che il giudice deve compiere con disinteressata pacatezza di studioso, sembra che egli ad altro non possa mirare che a cogliere i caratteri rilevanti del fatto accertato e a dare ad esso la qualificazione corrispondente ad una certa classificazione proposta dalla legge: ma nel compiere, attraverso un giudizio di verità (30), questa qualificazione giuridica del fatto in cui assai spesso si esaurisce la sentenza, il giudice non ragiona secondo uno schema logico diverso da quello che guida lo storico dell'arte ad attribuire ad una scuola piuttosto che ad un'altra un quadro di autore ignoto, o da quello che guida il critico letterario a dare un certo giudizio estetico di un romanzo o di una poesia. Anche il giudice (ripetiamo l'insegnamento autorevolissimo) « non è diverso da un qualsiasi altro critico (di arte, di scienza, « di morale ecc.), e cioè non fa se non ricercare e pronunziare una ve- « rità o quel che gli piace di affermare come verità » (31). Vero è che la sentenza del giudice ha una efficacia imperativa che non ha il giudizio dell'esperto d'antichità, e che la condanna pronunciata dal critico letterario non è suscettibile (per fortuna della poesia) di essere eseguita dalla forza pubblica: ma è anche vero che questa autorità ed efficacia pratica che contraddistingue la sentenza giudiziaria dagli altri giudizî del giurisperito non le viene dal di dentro, da una volontà imperativa che il giudice vi abbia trasfuso nel crearla, ma dal di fuori,

---

(29) Osserva il Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, § XIV: « Dove le leggi sieno chiare e precise, l'officio di un giudice non consiste in altro che di accertare un fatto ».

(30) Cfr. Betti, *Diritto processuale*, pagg. 309-310 (che parla di giudizî *classificatorî*).

(31) Croce, *Riduzione* cit., 74.

cioè dallo Stato che trasforma il giudizio del magistrato in comando di autorità, e che mette al servizio di questo comando la propria forza: « ... la forza poi, che fa eseguire la sentenza da lui pronunciata, è sem- « pre la volizione e potenzialità economica di colui che lo ha dele- « gato giudice » (32).

Soltanto questa volizione che viene dal di fuori attribuisce efficacia imperativa a questo giudizio, nel formulare il quale il giudice è stato mosso soltanto, come sempre dovrebbe qualsiasi critico onesto, dalla volontà di ben conoscere e di ben giudicare: tant'è vero che, se le si toglie il suggello di autorità impressovi dallo Stato, la sentenza rimane in piedi soltanto come un qualsiasi parere legale, che può convincere ma non comandare. Nè si può dimenticare che in certi periodi storici la netta separazione tra l'attività intellettiva del giudicante e la volizione dello Stato è stata segnata anche da una distinzione cronologica di funzioni, quando la pubblica autorità, a cui era stato delegato dallo Stato l'esercizio dell'*imperium* giurisdizionale, si limitava a imprimere il suggello ufficiale sul parere giuridico preparato, fuori del processo, da studiosi disinteressati (*consilium sapientis* del diritto comune italiano; *Aktenversendung* del diritto comune tedesco).

12. — Queste considerazioni mi porterebbero a concludere che il giudice, in quegli ordinamenti in cui il diritto preesiste, formulato in leggi, al processo, agisca piuttosto come uno storico (che qualifica, secondo i criterî giuridici consacrati nelle leggi *esistenti*, un fatto *accaduto*) che come un politico. Ma anche se questa conclusione dovesse considerarsi, sotto l'aspetto filosofico, una eresia, mi domando se sotto l'aspetto pratico questa eresia non sarebbe assai meno pericolosa di quanto potrebbe forse rivelarsi, abbandonata in mano agli ignari di filosofia, la contraria verità.

Solamente chi vive a contatto con la pratica del diritto è in grado di rilevare con quale paurosa fatalità la sorte di certe istituzioni giuridiche è legata alle forze irrazionali che si sprigionano dal fraintendimento di certe teorie filosofiche; le quali, nate per vivere nel sereno empireo di un sistema, vengono malamente interpretate dai profani come regole dell'agire pratico e come programmi di riforma politica. Come, dalla premessa filosofica della « irrealità » delle leggi, sarebbe aberrante (eppur non è mancato chi è caduto in tale aberrazione) voler trarre la conclusione politica che tutte le leggi siano praticamente inutili e che quindi debbano essere tutte abolite (33), così dall'affermare in sede

---

(32) *Ibidem.*

(33) Croce, *Filosofia della pratica*, pag. 331.

filosofica che la sentenza del giudice vale essenzialmente come atto di volontà sarebbe aberrante trarre la conclusione che sia augurabile in sede di riforma giudiziaria l'affrancamento del magistrato da ogni ossequio alla legge e la riduzione d'ogni diritto all'arbitrio del giudicante. Eppure a questa pericolosa aberrazione del « diritto libero », che cinquant'anni fa, appena si affacciò in Italia, parve sepolta sul nascere sotto una tradizione due volte millenaria di saggezza e di chiarezza giuridica, qualcuno torna oggi, anche da noi, a guardare con simpatia: e arriva ad augurarsi che, abolito come un ferro vecchio il principio « *nullum crimen sine lege* », al posto della solida e spiegata legge penale si assida la mutevole sensibilità politica del giudice, al quale si dovrebbe affidare l'ufficio di qualificare e punire caso per caso come reati tutti quei fatti, anche non vietati dalla legge, che destino l'allarme nella sua vigile intuizione (34).

Quando raffronto qual è praticamente la posizione del cittadino che vuol esser ossequente alle leggi in un ordinamento giuridico in cui sia in vigore il principio « *nullum crimen sine lege* », e quale sarebbe domani in un ordinamento in cui il giudice avesse il tremendo potere di punir senza legge come reato il fatto che come tale gli venga rivelato da una sua voce « che detta dentro », penso che per il mantenimento di quel supremo bene che è nello Stato la certezza dei diritti e dei doveri individuali e l'uguale trattamento giuridico dei casi simili, sia da considerarsi giudice ottimo quello che non si intende di filosofia: il quale, continuando a credersi null'altro che un modesto e fedele storiografo della legge e ad agir come tale, commetterà, sia pure, un errore filosofico, ma un errore praticamente innocuo, che lascerà indisturbata la giustizia.

13. — Di questa riduzione dell'atto giurisdizionale a mero comando, che, trasferita dal piano speculativo in quello pratico della riforma giudiziaria, potrebbe portare alla abolizione di istituti finora considerati come preziose acquisizioni della civiltà, non mancano traccie nella dottrina processualistica; la quale, quasi inconsapevolmente obbedendo ad una generale tendenza filosofica del tempo, ha compiuto in quest'ultimo secolo sugli istituti giudiziarî una profonda rielaborazione sistematica, la cui direttiva costante potrebbe esser trovata proprio nella *rivalutazione della volontà a detrimento della intelligenza.*

Un tempo, secondo quella corrente d'idee la cui espressione più eloquente si trova nel MONTESQUIEU (è celebre la sua frase che de-

---

(34) Cfr. in proposito, CARNELUTTI, *L'equità nel diritto penale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, I, 105 e segg.

scrive i giudici come « *la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur* ») l'essenza della giurisdizione era nella sua logicità. Giudicare significava *conoscere,* e fase di « cognizione » si chiamava infatti, tecnicamente, il processo che portava alla sentenza. La giurisdizione, anzi, si faceva consistere tutta quanta nella fase di cognizione: *iurisdictio in sola notione consistit.* L'esecuzione forzata, attraverso la quale la pronuncia del giudice opera nel mondo esterno come un comando pratico, si riteneva estranea alla funzione giurisdizionale e rientrante nell'amministrazione; il momento tipico della giurisdizione, quello che dava dignità ed eccellenza all'ufficio del giudice, era posto sopra tutto nel sillogizzare; e si credeva che per arrivare a pronunciare una sentenza giusta il giudice altro non dovesse fare che scoprire, con l'acume della limpida e misurata ragione, una *verità* che stava tutta fuori di lui. Di questa concezione, che si potrebbe dire illuministica, della giurisdizione come mera attività logica, si avevano frequenti applicazioni nella dottrina più antica: la concezione dell'autorità del giudicato come presunzione di verità, l'estensione della nozione di sentenza ad ogni risoluzione di questioni e la conseguente sparizione di ogni differenza concettuale tra le pronuncie interlocutorie e quelle definitive, sono altrettante prove di una mentalità che vedeva la funzione essenziale del giudice non nel comandare, ma nel ragionare. Questa mentalità non rimase senza conseguenze pratiche nell'ordinamento positivo dei giudizî: l'obbligo fatto al giudice di motivare le sue decisioni a pena di nullità, le garanzie escogitate per porre al riparo da ogni influsso perturbatore la indipendenza del magistrato, furono altrettanti mezzi svolti a sviluppare in esso le virtù del puro logico, e a sottrarlo ai pericoli della politica. E nello sfondo del quadro campeggiava il dogma della completezza della legge, esasperato in certi momenti fino a generare l'assurdo divieto d'ogni interpretazione giudiziaria, attraverso la quale si temeva che i giudici potessero usurpare le funzioni del legislatore e trasformarsi in politici (35).

Ma poi, come si è detto, anche la dogmatica processuale si è messa a rivalutare la volontà: mentre da una parte si conduceva a fondo la polemica contro il dogma della completezza dell'ordinamento giuridico e si arrivava a indicare nella sentenza l'unica formulazione reale del diritto (36), dall'altra si poneva lo scopo del processo anzichè nella dichiarazione, nell'attuazione del diritto oggettivo, e con ciò si veniva

---

(35) Cfr. la mia *Cassazione civile,* vol. I, n. 150.

(36) Per una rassegna della dottrina, a partire dal celebre scritto del Bülow, *Gesetz und Richteramt* (1885), cfr. Chiovenda, *Principii,* § 2, II.

necessariamente a ricomprendere nella giurisdizione anche quel momento della esecuzione forzata che finora n'era rimasto escluso. Così, per definir la giurisdizione in base a un carattere che fosse reperibile anche nella esecuzione forzata, non si poteva più fermarsi al momento logico (proprio soltanto della fase di cognizione), ma bisognava necessariamente mettere in primo piano il momento imperativo. La sentenza non era più concepita come la conclusione logicamente rigorosa di un giudizio storico, ma era concepita come un comando destinato a valere indipendentemente dal valore logico e storiografico delle sue premesse: e nel passaggio in giudicato della sentenza si vedeva ormai, anzichè il consolidarsi di una presunzione di verità, una specie di purificazione della volontà dal peso delle premesse logiche che avevano servito a crearla.

Nè il movimento si è arrestato qui. A poco a poco nelle relazioni tra processo di cognizione e processo di esecuzione la dogmatica ha invertito i termini: l'interesse degli studiosi che un tempo si concentrava sul processo di cognizione, da qualche anno dà la preferenza al processo esecutivo: sembra che più non metta conto studiare come il comando si formi, purchè si sappia come il comando si attui: centro d'ogni amorosa indagine non sono più i meccanismi della giustizia, ma quelli della forza. Il punto di vista si è rovesciato: *iurisdictio in sola executione consistit!*

Rientrano forse in questo movimento di idee i tentativi, talora genialissimi, con cui, nell'elaborare i sommi principî di una teoria generale del processo, si sono tagliati fuori dalla fase di cognizione alcuni istituti tradizionalmente plasmati in vista dei fini proprî del giudicare (quali la prova o la cosa giudicata), e si è cercato di collocarli su un piano teorico più alto, che possa abbracciare anche il processo esecutivo. Ma in questo allargamento quei concetti perdono la loro tradizionale fisionomia: la prova, sforzata a comprendere anche il titolo esecutivo (37), cessa di essere uno strumento per accertare la verità dei fatti altrui, e la cosa giudicata, estesa anche ai provvedimenti esecutivi (38), non significa più l'irrevocabilità di un giudizio sull'altrui condotta. Sembra proprio che alla base di tutto questo stia una fondamentale confusione tra il pensiero e l'azione, tra il conoscere *in iudicando* e l'operare *in procedendo*, tra il giudizio sull'operare altrui e la volontà determinante dell'operare proprio.

Nè a questo movimento si sottraggono i progetti di riforma processuale, nei quali affiora da più parti la tendenza a ridurre l'importan-

---

(37) Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, vol. I (1936), n. 326 e segg.

(38) LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza* (1935), pag. 46.

za della motivazione, ad aumentare i poteri discrezionali del giudice, a restringere le impugnative. A poco a poco non si ammette più che il giudice, come uomo che è, possa sbagliare: il comando ha in sè la propria giustificazione, senza bisogno di risalire alle sue premesse logiche: ogni errore delle premesse è purificato dalla volontà.

Tutto questo lascia disorientato il pratico del diritto, uomo dabbene ma troppo modesto per inalzarsi alle ardue sintesi speculative: egli, abituato a guardare da vicino come funzionano nella realtà di tutti i giorni le istituzioni giudiziarie, si domanda se il tradizionale equilibrio tra la bilancia e il gladio, simboleggiato nelle raffigurazioni romane della Giustizia, non sia per esser rotto: e sta in pensiero, umilmente, per la bilancia.

XIX

IL PROCESSO INQUISITORIO E IL DIRITTO CIVILE (*)

1. — In un momento, com'è quello presente, in cui si rimettono in discussione, in vista di una radicale riforma, i primi principî, come di ogni altra istituzione giuridica, così del processo civile, credo che sia opportuno stare in guardia ancora una volta contro un pericoloso pregiudizio, alla creazione del quale non si può dire che sia rimasta estranea, nel nobilissimo sforzo fatto per segnare con netti confini la propria autonomia, la scienza processualistica di quest'ultimo cinquantennio: il pregiudizio, voglio dire, che il processo possa essere studiato e regolato a sè come una macchina interamente separata e indipendente dal diritto sostanziale, come una specie di microscopio logico la cui struttura rimanga invariata e obbediente alle stesse leggi ottiche, qualunque sia l'oggetto che l'osservatore voglia esaminare attraverso le lenti del suo congegno.

In realtà, se la scienza giuridica non vuole isterilirsi, come talvolta può sembrare che sia sul punto di fare, in un dissolvente e frammentario formalismo; e se ciascun giurista deve, come può nel suo campo, contribuire a restaurare nel mondo il senso della unità e della necessità del diritto, bisogna che, per quanto riguarda il diritto processuale, gli studiosi abbiano il coraggio di rinunciare a contemplare, per mero gusto di virtuosismo dogmatico, il processo *puro*, astratto dalla sostanza della controversia che in esso si dibatte, e riconoscere francamente che gli atteggiamenti e i caratteri del processo non sono che una espressione necessaria e inscindibile del rapporto sostanziale che in esso si fa valere.

Se non nel campo dell'arte, certo mi pare che nel campo delle scienze giuridiche, ed in ispecie di quella processualistica, sia giunto il tempo di tornare al « contenutismo »: il processo a vuoto, il pro-

---

(*) [Pubblicato in *Giurisprudenza italiana*, vol. XCI, 1939, P. IV, coll. 237-246; ristampato in *Studi*, V (Padova, Cedam, 1947), pp. 53-65; tradotto in lingua spagnola da S. SENTÍS MELENDO, in P. CALAMANDREI, *Estudios sobre el Proceso Civil* (Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945)]. [*Bibliografia*, n. 236].

cesso fantasma, quell'incubo della forma, drammaticamente espresso nel celebre libro del KAFKA, che comincia a vivere e a prolificare per suo conto come un neoplasma svincolato da ogni comprensibile ragione, non può più essere l'ideale degli studiosi: i quali tornano a considerare che se il diritto in tanto esiste in quanto può praticamente attuarsi, e se il processo è appunto lo strumento di tale attuazione, i caratteri del processo devono essere fissati in funzione degli scopi che il diritto sostanziale vuol raggiungere, e, viceversa, dai modi con cui può nel processo realizzarsi la sanzione devono essere riconoscibili la natura e le finalità del precetto sostanziale.

I problemi della riforma processuale, specialmente quelli centrali, attinenti all'incontro tra i poteri del giudice e la iniziativa delle parti, non possono essere posti in astratto: essi non possono essere risolti una volta per sempre in modo buono per ogni tempo, perchè ogni tempo ha una sua propria concezione dei rapporti tra Stato e individuo, tra autorità e libertà, che si proiettano nel processo in figura di rapporti tra i soggetti processuali. Ma tali problemi non possono neanche, in uno stesso momento storico, essere risolti in modo uniforme per tutti i campi del diritto sostanziale vigente in quel tempo: perchè in ogni codice (si pensi alla tradizionale contrapposizione tra il diritto civile e il diritto penale) l'equilibrio tra l'interesse pubblico e l'interesse privato è trovato in modi diversi ed in diverse dosi, ed è quindi naturale che ad ogni codice sostanziale corrisponda una diversa procedura nella quale il punto di equilibrio tra autorità e libertà sia trovato con una formula corrispondente, sul piano del processo, a quella adottata dal diritto sostanziale a cui il processo deve servire.

Diritto sostanziale e diritto processuale sono, come sempre più energicamente si torna ad ammettere, due aspetti di una stessa inscindibile realtà sociale: sicchè, quando si discute di riforma processuale, e dei principî fondamentali ai quali essa deve ispirarsi, non si può non tener presenti questi due assiomi:

che ogni spostamento, che si verifichi nel diritto sostanziale, del punto di incontro fra interesse pubblico e interesse privato, porta immancabilmente, e senza bisogno di una esplicita riforma delle leggi processuali, a dare in corrispondenza un diverso equilibrio alle forze motrici del processo;

che ogni riforma processuale colla quale si miri a dare un diverso assetto alle relazioni tra l'attività del giudice e l'attività delle parti, rischia, se non è fatta in armonia col diritto sostanziale, di reagire su questo in modi imprevisti fino a costituire una indiretta riforma del diritto sostanziale, impensatamente effettuata attraverso il processo.

2. — Questi assiomi debbono essere tenuti presenti, quando si indaga, *in iure condito*, se il nostro processo si ispiri al principio dispositivo o al principio inquisitorio, o quando si discute, *in iure condendo*, quale di questi due principî debba avere la prevalenza nella imminente riforma processuale. Ambedue questi problemi non possono essere risolti tenendo presenti soltanto le leggi processuali: la soluzione di essi è, prima che nelle leggi processuali, nel diritto sostanziale alla cui attuazione il processo è predisposto.

E' noto, che nella contrapposizione tra principio dispositivo e inquisitorio, il punto essenziale di distinzione è dato dalla diversa importanza che ha, sull'esercizio della giurisdizione, il concorso della volontà privata: mentre nel processo a tipo dispositivo la funzione del giudice è, per esempio, condizionata all'iniziativa di parte, sicchè si può dire che questa, colla sua attività o colla sua inerzia, possa disporre dell'inizio e del corso del processo, nel processo a tipo inquisitorio i poteri del giudice sono (in misura più o meno assoluta, secondo il rigore con cui il principio è attuato) svincolati dalla iniziativa delle parti, che si trovano assoggettate al processo senza essere in grado di modificarne a loro volontà l'andamento ed il tema (1).

La distinzione tra processo dispositivo e processo inquisitorio è dunque posta, più che nella differente struttura dei congegni processuali, nella diversità del soggetto al quale sono affidate le leve di comando che servono a regolarli. La differenza riguarda non tanto le norme processuali, quanto la responsabilità della loro attuazione: è una differenza dinamica più che statica, secondo che il funzionamento della giurisdizione sia affidato all'impulso ufficiale di organi pubblici, ovvero sia demandato alla libera ed autonoma responsabilità dei privati.

Ma questa contrapposizione, com'è facile accorgersi, non è altro che la proiezione nel campo del processo della più vasta e generale distinzione, tanto dibattuta dalla dottrina, tra diritto pubblico e diritto privato. Respinto come insufficiente il criterio tradizionale che poneva la differenza tra diritto pubblico e diritto privato nella diversa natura, pubblicistica o privatistica, dell'interesse protetto dalla norma (*utilitas*) (2), la dottrina più recente osserva che in un dato ordinamento giuridico positivo una certa distinzione formale tra il diritto privato e

---

(1) Per una indagine più approfondita sulla teoria del processo inquisitorio, cfr. il mio scritto: *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, negli *Studi in onore di Giuseppe Chiovenda* (ripubblicato nel II volume degli *Studi*, pag. 321 e segg. [e in questo vol., a pag. 145 e segg.]), che qui presuppongo noto.

(2) VASSALLI, *Diritto pubblico e diritto privato in materia matrimoniale*, in *Arch. di dir. ecclesiastico*, 1939, I, pag. 33 e seguenti, n. 4.

quello pubblico si può trovare, piuttosto che nella natura dell'interesse, nella iniziativa, ufficiale o privata, alla quale è condizionata la attuazione della norma che lo protegge. « Il modo di riconoscere il diritto « privato e il pubblico — scrive lucidamente il VASSALLI, (3) — si de- « ve dunque riportare al modo di attuazione degli interessi: a seconda, « cioè, che l'attuazione sia rilasciata ai soggetti privati, riconoscendosi « una sfera più o meno ampia di autonomia della loro volontà, ovvero « sia assunta direttamente dal potere pubblico. Così un dato interesse « può conseguire la sua realizzazione attraverso una disciplina giuri- « dica che definiscasi di diritto privato e altra volta con disciplina di « diritto pubblico: tutto dipende dall'ordinamento giuridico positivo, « che può variare di tempo in tempo, e da luogo a luogo, rispetto al « medesimo interesse pratico ». Questo stesso criterio è stato di recente adottato in una risoluzione del Comitato italo-germanico (tema V: *Rapporto d'impiego pubblico e rapporto d'impiego privato;* relatori PICCARDI-HUBER), il quale ha riconosciuto che, pur quando si adotti una concezione unitaria del diritto, « è necessaria una distinzione a « seconda che il diritto si realizzi mediante atti della pubblica ammi- « nistrazione ovvero mediante iniziative private svolte dai cittadini sotto « la propria responsabilità... » (4).

Tutti gli interessi protetti da norme giuridiche, anche se individuali, devono avere per forza una rilevanza pubblicistica generica: in mancanza della quale lo Stato non li avrebbe riconosciuti come degni di protezione. Ma poi, entro l'àmbito di questa rilevanza generica, lo Stato sente con diversa intensità l'interesse a che questa protezione sia attuata: e mentre per alcuni consente a che essa rimanga inattuata se non si muova ad esigerla caso per caso il titolare dell'interesse protetto, per altri casi, che possono costituire in senso specifico il diritto pubblico contrapposto al diritto privato, non può tollerare che la inerzia dei singoli titolari lasci inattuata la protezione e affida quindi a proprî organi l'ufficio di sorvegliare e stimolarne l'attuazione. Così dal soggetto legittimato a promuovere l'attuazione di una norma giuridica si può desumere, indipendentemente dalla natura individuale o collettiva dell'interesse immediatamente protetto, se un istituto appartenga al diritto privato o al diritto pubblico *stricto sensu*: « l'orien- « tamento di un ordine di rapporti verso una disciplina pubblicistica « o privatistica si ritrova immediatamente... a seconda che la realizza- « zione concreta di determinati interessi è lasciata alla cura dei pri- « vati ovvero è assunta da pubblici poteri » (5).

---

(3) VASSALLI, scritto cit., pag. 38.
(4) VASSALLI, scritto cit., pag. 30.
(5) VASSALLI, scritto cit., pag. 39.

Bastano queste considerazioni a far comprendere la stretta interdipendenza che passa tra la disciplina, privatistica o pubblicistica, che il diritto sostanziale dia a un certo ordine di rapporti, e la adozione del principio dispositivo o inquisitorio nel processo in cui di tali rapporti si discuta. Se la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico si deve porre, come si è detto, nel momento della attuazione (secondo che questa avvenga per impulso ufficiale, ovvero sia rilasciata alla libera iniziativa privata), è facile intendere che questo carattere si deve riscontrare, in coincidenza, soprattutto nel processo, dato che la giurisdizione costituisce, dei modi attraverso i quali si attua il diritto, quello più energico ed estremo.

3. — Da quanto si è detto finora si desume come non sia possibile risolvere *a priori*, e in un modo unico per tutti i casi, il problema della natura, dispositiva o inquisitoria, del processo civile: se il diritto civile contenesse norme in cui l'equilibrio tra la responsabilità privata e l'iniziativa ufficiale fosse stabilito sempre collo stesso criterio, anche nel processo civile il punto di incontro tra i poteri del giudice e la volontà delle parti potrebbe essere fissato in maniera uniforme; ed alla espressione « processo civile » potrebbe corrispondere, per quanto si riferisce ai rapporti tra giudice e parti, un tipo unico e ben definito di processo. Ma siccome in realtà il diritto civile sostanziale comprende, con tutta una scala di sfumature intermedie, due tipi di norme, quelle in cui la tutela degli interessi individuali è interamente rimessa alla responsabilità privata, e quelle in cui nell'attuazione della tutela è istituita una più o meno larga ingerenza di organi pubblici (norme su diritti *indisponibili*, o anche, come si dice, attinenti all' « ordine pubblico ») (6), così, a questi due tipi di norme che fanno parte del diritto civile, debbono necessariamente corrispondere, sotto la denominazione apparentemente unica di « processo civile », due diversi tipi di processo: il processo a tipo dispositivo, per le controversie di diritto privato *stricto sensu*, e il processo a tipo inquisitorio, per le controversie su diritti indisponibili: parlare di un processo a tipo dispositivo per controversie su diritti indisponibili sarebbe infatti una contraddizione in termini.

La stessa tendenza che si nota nel campo del diritto civile sostanziale, per la quale gruppi sempre più numerosi di rapporti stanno slittando verso il diritto pubblico (nel senso che, pur rimanendo soggetti del rapporto i privati, la loro volontà non è più decisiva nel di-

---

(6) Cfr. il mio scritto cit., n. 4.

sporne, si è da tempo iniziata, in modo più o meno consapevole, nella disciplina del processo civile: il quale, si « pubblicizza » nella stessa misura in cui nel campo del diritto sostanziale la disciplina di certi rapporti si orienta verso il diritto pubblico, così come domani il processo tornerebbe necessariamente verso il tipo dispositivo, per tutti quei rapporti di diritto sostanziale nei quali tornasse a prevalere la autonomia privata (7).

Vi è così, tra processo e diritto, una necessaria reciproca infiltrazione, per cui il processo prende il colore di quello; e viceversa. Di solito, quando, com'è spesso accaduto in questi ultimi anni specialmente in Germania, si accentua bruscamente la disciplina pubblicistica di certi gruppi di rapporti già appartenenti al diritto privato, le stesse leggi che modificano il diritto sostanziale sentono il bisogno di ristabilire immediatamente, con apposite disposizioni processuali volte a limitare o a sopprimere in corrispondenza la iniziativa delle parti, lo equilibrio tra diritto e processo. La legge tedesca 12 aprile 1938, che sotto il profilo della tutela « razziale », ha rafforzato l'orientamento pubblicistico del diritto di famiglia, contiene numerose disposizioni processuali, colle quali si introduce in pieno il principio di ufficialità, non soltanto nel senso di svincolare il giudice dagli *allegata et probata partium,* ma altresì nel senso di legittimare il pubblico ministero a esprimere d'ufficio e senza limiti di tempo, quando lo ritenga opportuno nell'interesse pubblico « razziale », quella azione di disconoscimento di paternità che finora, anche per il diritto tedesco, era esperimentabile soltanto dal marito (8). Del pari la legge tedesca del 6 luglio 1938 che ha rielaborato profondamente il diritto matrimoniale, sottraendo il matrimonio ad ogni considerazione di interesse individuale e costruendolo esclusivamente come un istituto di diritto pubblico che ha importanza solamente in vista della esistenza e della salute del popolo tedesco, ha notevolmente allargato la iniziativa ufficiale nelle cause matrimoniali e rafforzati i poteri inquisitorî del giudice anche contro il principio del *favor matrimonii* (9).

Ma tale reciproca permeazione tra diritto e processo è così stretta e così fatale che essa può avvenire anche, scambievolmente, senza bi-

---

(7) Come sta avvenendo, per esempio, in Russia, per certe zone del diritto penale: cfr. GRODSINSKY, *Die Privatklage im Sovietrecht,* in *Zeits. für Ostrecht,* IV, novembre 1930, pag. 1055-1063.

(8) *G. über die Aenderung und Ergänzung familiarenrechtlicher Vorschriften,* R. G. Bl., 370: cfr. la mia *Rassegna,* in *Rivista dir. proc. civ.,* 1938, I, 268, e in *Studi,* Vol. V, pag. 291 e segg.

(9) *G. zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschliessung,* ecc., R. G. Bl., I, 807: cfr. la mia *Rassegna,* in *Rivista dir. proc. civ.,* 1939, I, 296, e in *Studi,*

sogno di espresse disposizioni: sicchè è possibile cogliere intorno a noi esempî di profondi rivolgimenti del diritto sostanziale ottenuti soltanto col modificare il rapporto delle forze operanti nel processo, o viceversa modificazioni del processo, ottenute, indirettamente e senza apparente mutazione delle leggi di procedura, sol col modificare l'orientamento pubblicistico o privatistico del diritto sostanziale.

Un esempio cospicuo del primo tipo di fenomeni si può trovare nell'ordinamento giuridico russo, nel quale, pur essendo apparentemente riconosciuto nelle leggi sostanziali il diritto di credito, nella sua tradizionale configurazione privatistica di pretesa individuale alla prestazione di un obbligato, la legge processuale dà però al pubblico ministero sconfinati poteri non solo di intervenire in qualsiasi processo già pendente, ma altresì di far valere in giudizio, nell'inerzia del privato titolare, qualsiasi diritto individuale, qualora ciò sia richiesto dall'interesse collettivo. Può accadere così che, se un creditore si astiene dal richiedere il pagamento del suo credito e dal perseguire in giudizio il debitore, questi sia chiamato in giudizio dal pubblico ministero, senza consenso, e magari contro la volontà del legittimato: in modo che il frutto della vittoria, della quale l'avente diritto non si è curato, va allo Stato (10). E' evidente che in questo modo il diritto soggettivo privato, quantunque ancora in certi campi riconosciuto dalle leggi sostanziali, viene a perdere, attraverso la legittimazione ad agire consentita in ogni caso al pubblico ministero, la sua essenziale caratteristica di potere autonomo riservato alla volontà privata: attraverso la concessione di illimitati poteri processuali all'organo dell'interesse pubblico, la « pubblicizzazione » retroagisce dal processo sul diritto sostanziale, in quanto non può più considerarsi come un diritto privato quello la cui attuazione processuale, invece di essere rimessa alla insindacabile iniziativa della parte, è affidata a un organo dello Stato che può agire anche contro la volontà del privato interessato: l'interesse individuale, la cui soddisfazione processuale può essere imposta dallo Stato per ragioni di ordine pubblico, cessa di essere un interesse privato, e diventa, per questa specie di riflessione pubblicistica che si opera dal diritto processuale sul diritto sostanziale, un interesse pubblico.

Ma può anche accadere il fenomeno inverso: consistente nella

Vol. V, pag. 291 e segg.; e VASSALLI, scritto cit., pag. 41 e seguenti. Cfr. anche BRUNETTI, *La riforma del diritto matrimoniale in Germania*, in *Giur. it.* 1939, IV, 129.

(10) Cfr. MAURACH, *Die Rolle des Staatsanwalts im sovietrussischen Zivilprozess*, in *Zeits. für Ostrecht*, II, giugno 1938, pag. 721-738.

« pubblicizzazione » del processo, ottenuta, invariate restando le leggi processuali, colla introduzione nel diritto sostanziale di disposizioni che affermino la indisponibilità di certi rapporti, come sarebbe, per dirne una, quella dell'art. 158 del nuovo codice civile (art. 1379 codice precedente) secondo la quale « gli sposi non possono derogare nè ai « diritti che spettano al capo della famiglia, nè a quelli che la legge « attribuisce all'uno o all'altro coniuge ». In casi siffatti, basta una disposizione di questa natura per rendere automaticamente inerti e inservibili, nei processi in cui si controverta su rapporti rientranti sotto tali disposizioni, tutti gli istituti processuali orientati sul principio dispositivo; per i quali l'autonomia dell'interesse individuale costituisce la forza motrice indispensabile per far funzionare il congegno.

Si capisce così come, pur essendo ancora in vigore da noi un codice di procedura civile nettamente orientato sul principio dispositivo, la dottrina abbia potuto costruire *in iure condito*, come istituto già esistente nel diritto positivo per certe categorie di controversie, un *processo civile inquisitorio*, che sarebbe poi il *processo civile su rapporti indisponibili* (11). Per introdurre nel diritto positivo il processo civile inquisitorio, la tecnica legislativa può infatti seguire due metodi: uno è quello, diretto ed aperto, consistente nel dettare espresse norme che riconoscano al pubblico ministero o al giudice poteri di disposizione e di iniziativa processuale che non sarebbero consentiti nel processo a tipo dispositivo: come potrebbero essere, per ricordarne alcuna, quelle degli art. 413 e 414 nuovo codice civile, in tema di interdizione; l'altro è quello, indiretto ed implicito, consistente nel distruggere nel diritto sostanziale quelle premesse, senza le quali certi istituti processuali, basati sul conflitto degli interessi di parte e sul potere di ciascuna parte di disporre del proprio interesse (si pensi, per esempio, alla forza probatoria della confessione), vengono a perdere l'unica giustificazione razionale del loro impiego.

4. — Nel primo libro del nuovo codice civile si trovano raggruppati, sotto l'epigrafe « *Delle persone* » quasi tutti quei rapporti che, pur tradizionalmente rientrando nel quadro del diritto privato, sono stati sempre dalla dottrina considerati a parte come « attinenti all'ordine pubblico »: questa è dunque, dal matrimonio all'interdizione, la tipica *sedes materiae* dei diritti indisponibili e quindi, per quella necessaria connessione di cui ho cercato di dare nelle pagine precedenti la dimostrazione, il campo proprio del processo inquisitorio. Lo stesso si può

---

(11) Cfr. il mio scritto *Linee fondamentali* cit., n. 5.

dire dei due nuovi titoli (« *delle persone fisiche* » e « *delle persone giuridiche* ») regolanti materia in cui prevale la indisponibilità dei diritti (cfr. art. 5) e l'ordine pubblico.

La riprova del postulato secondo il quale, là dove manca nel diritto sostanziale la autonomia della iniziativa privata, deve in coincidenza attenuarsi nel processo l'efficacia del principio dispositivo, scaturisce in maniera sicura dal contenuto del I libro del codice civile. Allo studio di questo libro sono stato spinto da una curiosità prevalentemente processualistica: per vedere se ed in che misura il legislatore, nel porre la disciplina sostanziale di questi rapporti indisponibili, abbia sentito la necessità di regolare con speciali norme inserite in questo stesso codice le controversie relative a questi rapporti, ovvero abbia lasciato intendere, con rinvii alle leggi processuali, la opportunità di dare a queste controversie, in sede di generale riforma del processo, uno speciale regolamento in cui i poteri del giudice siano rafforzati ed estesi.

Dall'esame di questo I libro ho potuto rilevare che vi si incontrano disposizioni attinenti al processo in numero assai superiore a quello che si potrebbe supporre: le disposizioni sulla dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale hanno, quasi tutte, contenuto schiettamente processuale (cfr. art. 269-275); le più importanti disposizioni sulla interdizione riguardano il processo (art. 413-414); e così via. Ma ho anche veduto che in questo raccordo del diritto sostanziale col diritto processuale non si è seguito, in questo I libro, un criterio omogeneo; poichè, mentre in alcuni casi sembra che sia prevalso il criterio di inserire in questo codice di diritto sostanziale le norme processuali che più si sono ritenute adeguate alla natura dei varî rapporti, in modo da averle caso per caso sotto mano senza ricorrere al codice di procedura, in altri casi si è invece deliberatamente omesso di includere in questo libro le disposizioni processuali meglio adeguate alla materia, la cui sede naturale è apparsa invece il codice di procedura civile: com'è avvenuto, per esempio, per tutte le regole attinenti al processo di dichiarazione di morte presunta dell'assente (art. 55), intorno alle quali la relazione ministeriale al progetto definitivo informa di avere « alleggerita la trattazione di tutte le regole di carattere processuale « che troveranno degna sede nel codice di procedura civile » (12).

Nonostante questa mancanza di omogeneità di criterî, derivante soprattutto dalla difficoltà di separare nettamente, in questa materia

---

(12) Tali disposizioni di carattere strettamente processuale sono state però inserite nelle *Disposizioni per l'attuazione*, regio decreto 24 aprile 1939, n. 640 (art. 44-58; hanno carattere processuale anche gli art. 14-31).

dei rapporti indisponibili, l'aspetto sostanziale dall'aspetto processuale degli istituti, questo I libro basta a confermare e a rafforzare la esistenza nel nostro diritto positivo di un processo civile inquisitorio inteso come *figura generale*, i cui caratteri possono essere agevolmente ricostruiti dal raccostamento e dalla ricomposizione ad unità delle varie disposizioni speciali che si incontrano in questo libro.

5. — Ma l'esame di questo I libro induce altresì a domandarsi se il problema, particolarmente arduo e delicato in questa materia dei diritti indisponibili, delle relazioni fra diritto sostanziale e diritto processuale, non sia stato risolto così in modo alquanto empirico: e se non sarebbe stato preferibile, prima di accingersi alla riforma del diritto sostanziale e a quella del processo, prestabilire tra esse un certo ordine di precedenza logica e cronologica.

Se infatti si ritenesse preferibile adottare il sistema (che in questo I libro è stato seguito per la dichiarazione di paternità o per la interdizione) di inserire nel codice civile tutte le disposizioni processuali che costituiscano una deviazione, suggerita da ragioni speciali attinenti a singoli rapporti, dalla procedura ordinaria, parrebbe indispensabile che la riforma del processo fosse compiuta prima di dare l'ultima mano alla riforma del diritto sostanziale, in modo da poter prendere come sicura base di partenza una figura di processo ordinario ben definita, e da poter inserire così nel codice civile soltanto quelle norme processuali che rappresentassero deviazioni da quella figura, richieste da speciali esigenze di determinati rapporti indisponibili (sarebbe inutile, ad esempio, disporre nel codice civile come fa l'art. 414 per il processo di interdizione, che il magistrato « può anche d'ufficio disporre i mezzi « istruttorî utili ai fini del giudizio », se questa regola fosse poi adottata nel codice di procedura civile come principio generale del processo ordinario). Se viceversa si ritenesse opportuno riservare al codice di procedura (come in questo I libro si è fatto per la dichiarazione di morte presunta) anche la disciplina dei procedimenti speciali, allora sarebbe bene dar la precedenza alla riforma del diritto civile, in modo che la riforma del processo potesse esser compiuta quando già il codice civile avesse messo in evidenza, con altrettanti rinvii al codice di procedura, quali sono le materie che hanno bisogno di una speciale disciplina processuale orientata sul principio inquisitorio.

Secondo me sarebbe preferibile questo secondo sistema: il quale offrirebbe la possibilità di dare al processo inquisitorio, di cui finora la dottrina ha dovuto ricostruire alla meglio la fisionomia attraverso la ricomposizione ad unità dei frammenti dispersi in tante norme speciali, un regolamento legislativo unitario e compiuto. Questo si potrebbe

ottenere inserendo nel nuovo codice di procedura, secondo quello che fu proposto dalla Facoltà giuridica fiorentina (13), un titolo, dedicato al « Processo su rapporti indisponibili », che enunciasse in altrettante disposizioni i principali caratteri per i quali il processo inquisitorio si distingue dal processo dispositivo (poteri di iniziativa del pubblico ministero e del giudice; incompromettibilità; inderogabilità della competenza territoriale; carattere ufficiale dell'istruttoria; natura della cosa giudicata; ecc.): gran parte di queste regole potrebbero aver contenuto puramente negativo (14), in quanto si limiterebbero a dichiarare inapplicabili alle controversie su rapporti indisponibili gli istituti processuali proprî del processo dispositivo, che si basano sulla autonomia e sulla responsabilità delle parti.

L'ambito di applicazione di questo processo inquisitorio non dovrebbe essere rigidamente limitato a materie specificamente designate una volta per sempre, ma dovrebbe rimanere aperto ed accessibile in genere a tutte le controversie su rapporti indisponibili, rimettendo alle leggi sostanziali l'ufficio di stabilire quali siano i gruppi di rapporti da assoggettarsi a questa disciplina pubblicistica. Il processo inquisitorio sarebbe dunque un istituto elastico, adattabile a tutte le controversie la cui natura sostanziale non fosse conciliabile con quella prevalenza della iniziativa privata, che è propria del processo a tipo dispositivo. Stabilire quali siano, in un dato momento storico, i rapporti indisponibili, è ufficio delle leggi sostanziali: stabilire quale sia la procedura da osservare nelle controversie su tali rapporti, è ufficio del codice di procedura.

Oggi, mentre esistono nel campo del diritto civile larghissime zone in cui la iniziativa privata è ancora prevalente, la introduzione in Italia come processo civile ordinario di un processo a tipo nettamente inquisitorio, come sarebbe quello vigente in Russia, *urterebbe contro la realtà storica del nostro diritto sostanziale*: e sarebbe destinata probabilmente alla sorte della celebre riforma fridericiana, che, originata da un capriccio teorico in contrasto colla pratica del diritto, dimostrò col suo rapido tramonto che non può a lungo sopravvivere una procedura rigidamente autoritaria quando il diritto sostanziale è ancora dominato dal principio dell'autonomia privata.

Sembra dunque inevitabile che nella imminente riforma del nostro codice processuale, rimanga ancora, come figura normale, il processo a tipo dispositivo, cioè il processo che ha come premessa inseparabile

---

(13) Cfr. la mia relazione *Sul progetto preliminare Solmi*, in *Studi*, IV, pagg. 103 e segg., nn. 8 e 23 [e in questo volume pagg. 295 e segg].

(14) Cfr. nel *Progetto Carnelutti* gli art. 13, 16, 18, 69, 105, 106, ecc.

la integrità del diritto soggettivo privato; ma poichè sono sempre più estese anche nel diritto civile le zone in cui il diritto soggettivo si offusca e la responsabilità privata si dissolve sotto la ingerenza della autorità, nel processo inquisitorio potranno naturalmente sfociare, via via che la estensione di queste zone si allargherà, le controversie ad esse pertinenti. Forse il difetto fondamentale del progetto SOLMI, sotto tanti aspetti pregevole, è proprio questo: di non essere in armonia collo stato attuale del diritto sostanziale. Per aver voluto adottare un tipo di processo unico, con larga ma non assoluta prevalenza della iniziativa ufficiale, si è contentato di un sistema che, per le controversie su rapporti « attinenti all'ordine pubblico » può apparir troppo poco inquisitorio e quindi in ritardo colle esigenze pubblicistiche del diritto sostanziale, mentre appare in grande anticipo per le controversie su rapporti ancora dominati dall'iniziativa privata, in relazione alle quali il principio dispositivo è stato immaturamente sacrificato. Se si seguisse invece il criterio da me proposto, il processo inquisitorio, congegno elastico *a capacità variabile*, rimarrebbe così aperto a tutte le esigenze dell'avvenire, idoneo a diventare senza scosse — qualora l'evoluzione del diritto privato verso una disciplina sempre più rigidamente pubblicistica si accentuasse (faccio un'ipotesi, non un augurio) — il processo civile ordinario.

XX

LA RELATIVITA' DEL CONCETTO D'AZIONE (*)

SOMMARIO. — 1. La polemica sugli « orientamenti pubblicistici » del processo, e sua giustificazione storica. — 2. Il problema dell'azione come uno degli aspetti della relazione tra l'individuo e lo Stato. — 3. La funzione pratica dell'azione nel diritto processuale positivo. — 4. Le teorie sull'azione: l'azione come proiezione del diritto soggettivo sostanziale. — 5. La teoria del *Rechtsschutzanspruch*. — 6. La teoria del diritto potestativo. — 7. L'azione come esercizio di pubblica funzione. — 8. L'affievolirsi del diritto soggettivo in alcuni aspetti processuali. — 9. Il ciclo storico dell'azione: da diritto privato a potere pubblico. — 10. Conclusione: la polemica sull'azione nella crisi dell'ordinamento giuridico.

1. — La polemica intorno ai cosiddetti « orientamenti pubblicistici » della scienza del processo (1), che di recente ha messo di fronte due giovani processualisti tra i più valorosi (è possibile che già uno di essi, il nostro CRISTOFOLINI, abbia taciuto per sempre?) assume oggi, all'infuori della preferenza che si possa avere per l'una o per l'altra

---

(*) [Pubblicato in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. IV (Padova, Cedam, 1940), pp. 79-101, e in *Rivista di diritto processuale civile*, a. XVI, 1939, P. I, pp. 22-46; ristampato in *Studi*, V (Padova, Cedam, 1947), pp. 1-26; tradotto in lingua spagnola da M. ROMERO SANCHEZ in *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia* (México), t. IV, 1942, pp. 43-67, e da S. SENTÍS MELENDO, in P. CALAMANDREI, *Estudios sobre el Proceso Civil* (Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945); tradotto in lingua polacca da Marian VALIGORSKI in *Polski Proces Cywilny* (Warszawa), 1939]. [*Bibliografia*, n. 237].

(1) SATTA, *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, in *Riv. di proc. civ.*, 1937, I, 32; ID., *Orientamenti e disorientamenti nella scienza del processo*, in *Foro it.*, 1937, IV, col. 276; ID., *Riflessi tributarî della teoria generale del processo*, in *Riv. dir. comm.*, 1938, I, pag. 192; CRISTOFOLINI, *A proposito di indirizzi nella scienza del processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, 105, e *Contro i disorientamenti della scienza del processo*, ivi, pag. 282; cfr. anche la prefazione dello stesso SATTA al suo libro *L'esecuzione forzata* (Milano, 1937), e la recensione sulla medesima del CARNELUTTI, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, pag. 201. Per un ritorno a una concezione privatistica del processo civile, cfr. anche FERRARA (*iunior*), *Interferenza tra diritto sostanziale e processo in materia commerciale* (Siena, 1936), nn. 7-8.

delle opinioni contrastanti, un valore di sintomo: il fatto che proprio oggi, mentre l'indirizzo « pubblicistico » del processo civile sembra vicino a trionfare nelle leggi, si possa tornare a discutere con tanto ardore il fondamento di una concezione che sembrava ormai definitivamente acquisita, da più di mezzo secolo, alla scienza giuridica, rivela in maniera tipica come anche la dogmatica processuale, che malamente si volle considerare come puro giuoco tecnico indifferente ai travagli della politica, non si apparti dalla crisi del pensiero contemporaneo, e si senta anch'essa inclinata, ora che la esperienza dimostra a quali estreme conseguenze posson logicamente portare, messe in libertà nella pratica, le teorie allevate ed accarezzate per un cinquantennio nel chiuso delle biblioteche, agli esami di coscienza ed alle nostalgiche perplessità.

Ridotta al suo nucleo centrale, la polemica può riassumersi in questo dilemma: si deve vedere nel processo civile un servigio che lo Stato rende al cittadino, fornendogli il mezzo per attuare il suo diritto soggettivo, ovvero un servigio che il cittadino rende allo Stato, fornendogli l'occasione per attuare il diritto oggettivo? Intorno a questo problema essenziale la polemica ha rimesso in discussione tutti i concetti primi della nostra scienza, giurisdizione, azione, rapporto processuale, loro natura giuridica e loro scopi; ma in realtà alla base di ogni discussione su questi molteplici aspetti della polemica il vero problema di cui si discuteva, era, sia pur tradotto in termini di tecnica processuale, uno solo: quello, che riaffiora oggi in tutti i campi del pensiero, delle relazioni tra interesse individuale e interesse pubblico, tra cittadino e Stato, tra libertà e autorità.

La polemica ha dunque uno sfondo essenzialmente politico; questo avviene, ed è bene che avvenga, anche se non sempre i giuristi se ne accorgono, in ogni elaborazione sistematica degli istituti giuridici: nell'interpretare i quali i tecnici, anche quando credono di essere fedeli alla lettera delle disposizioni positive, non possono esimersi dall'esaminarli contro luce al chiarore di certe fondamentali tendenze, alle quali essi pensano che si inspiri, o vorrebbero che si inspirasse, l'ordinamento entro il quale quel diritto positivo è collocato. Le ricostruzioni della dogmatica sono dunque, in ogni caso, il risultato di un compromesso tra il diritto positivo e le premesse tendenziali a cui il giurista lo ricollega: ed è così, coll'evolversi di queste mobili premesse, che la dogmatica riesce a ringiovanire perennemente gli istituti giuridici, e ad adeguarli, anche se la lettera delle disposizioni rimane immutata, alla realtà sociale che sempre si rinnova. Esempio ormai classico di questa funzione di adeguazione politica che la dogmatica esercita sul diritto positivo, è dato proprio, come altrove ho no-

tato (2), dall'opera scientifica di GIUSEPPE CHIOVENDA: il quale è riuscito a costruire un sistema nettamente orientato su principî pubblicistici ed in un certo senso autoritarî, prendendo come base proprio quel Codice del 1865 che volle essere ai suoi tempi espressione di tendenze nettamente individualistiche e liberali. A tanto può, attraverso l'interpretazione evolutiva, servire la dogmatica: a costruire con vecchi materiali architetture in armonia coi nuovi tempi, ossia a dar l'illusione che circoli nell'interno delle vecchie leggi uno spirito nuovo che in realtà vi è proiettato dal di fuori, dalla sensibilità politica dell'interprete; la stessa illusione dei colori, che sembrano dentro le cose, e sono invece nella luce che su di esse si riflette.

2. — Questi rilievi possono servire a dare una spiegazione storicistica, per limitarci ad un solo aspetto della polemica, alla disputa sempre rinascente intorno al concetto di azione: del quale è vana fatica ricercare la *vera* definizione, quasi che ve ne fosse una sola da considerarsi assolutamente esatta di fronte a tutte le altre da considerarsi errate, mentre in realtà anche questa definizione è in funzione di quel rapporto tra interesse individuale ed interesse pubblico che sotto diverse apparenze si ripresenta in tutti i campi della scienza giuridica, ed è quindi soggetta a variare, essa definizione, secondo che nel rapporto si accentui per considerazioni politiche la prevalenza di uno dei termini, e si sposti quindi, in un senso o in altro, il punto di equilibrio tra i due.

In un recente saggio sull'azione che, quantunque presentato come voce di un'enciclopedia, costituisce in realtà il contributo più originale e più penetrante che sia stato scritto sull'argomento dopo la classica prolusione di GIUSEPPE CHIOVENDA, è stato dimostrato dal PEKELIS (3) che la polemica sul problema dell'azione, dibattutasi tra i giuristi tedeschi del secolo scorso, non è stata che un aspetto, storicamente parallelo, della più vasta polemica sul problema dello Stato; e che di conseguenza il ciclo delle teorie sull'azione ha seguito la stessa cronologia della storia politica del secolo XIX.

Ma io credo che, anche senza risalire al passato, una interpretazione storicistica delle teorie sull'azione sia possibile anche per chi si fermi a considerare il presente: questo implacato rinascere nella dottrina processualistica contemporanea di un dibattito che non si riesce a concludere, questo riaffacciarsi con rinnovati sussulti di vitalità di

---

(2) In *Studi*, vol. IV, pag. 244 (nel saggio *Giuseppe Chiovenda, Il maestro*).

(3) PEKELIS, *Azione*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. I; e su di essa la recensione di B. CROCE, sulla *Critica* del 20 novembre 1938 (anno XXXVI, fasc. VI), pagg. 457-458.

concezioni che parevano tramontate da un secolo, non ha la sua origine in un vuoto gusto dialettico dei giuristi; esso è, piuttosto, la proiezione nel campo del processo di un travaglio che si svolge nella realtà sociale, in cui il problema fondamentale dei rapporti tra cittadino e Stato non ha avuto ancora, e forse non potrà aver mai, una soluzione unica, in luogo della quale lo stesso ordinamento giuridico si appaga di una pluralità di soluzioni pratiche provvisorie e spesso contraddittorie, che sembrano fatte apposta per alimentare la polemica delle teorie.

Se in questo periodo di accelerati trapassi che il mondo vive, sembra evidente in tutti gli Stati una generale tendenza a ridurre in limiti sempre più ristretti il campo del diritto soggettivo individuale, è certo che questo innegabile processo di « pubblicizzazione » che è in atto d'intorno a noi (4), non si compie collo stesso ritmo, e non si trova quindi allo stesso grado di maturazione, in tutte le zone del territorio giuridico: e chi potesse abbracciar con uno sguardo, come nella carta topografica di una regione, il piano spiegato dell'ordinamento giuridico per spiarvi i progressi della colorazione pubblicistica che è in corso, si accorgerebbe che è sommamente difficile tracciare i confini delle varie zone, perchè, se vi sono larghi campi sommersi dalla marea ed isole ancora solidamente emergenti, in altri territorî vi è soltanto per ora una infiltrazione sotterranea, che lascia incerto il colore

« che non è nero ancora e il bianco muore ».

In un momento storico cosiffatto, in cui è rimesso in discussione il concetto stesso di diritto soggettivo, e in cui non si può dire con sicurezza se questo concetto corrisponda ancora alla realtà dei rapporti sociali, poichè in diversi campi dello stesso ordinamento giuridico esso resiste o sta per crollare o è già crollato secondo il diverso progredire della evoluzione in atto, è naturale che questa crisi delle istituzioni viventi abbia le sue ripercussioni sulla dogmatica, e che la dottrina dell'azione risenta delle stesse perplessità e degli stessi dissensi che si concentrano intorno al concetto di diritto soggettivo.

Lo scopo di questo mio saggio è appunto quello di dimostrare co-

---

(4) Che poi non soltanto nel nostro tempo, ossia da cinquant'anni a questa parte, ma addirittura in ogni tempo la storia ideale del diritto si riduca ad essere la storia della sua pubblicizzazione (come sostiene l'ALLORIO, nella sua prolusione *Significato della storia nello studio del diritto processuale*, pubbl. in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, I, 185 e segg.), non oserei credere: e ho il sospetto che l'A. abbia, senza volere, peccato proprio contro la storia, scambiando il nostro tempo con l'eternità.

me le varie teorie che ancora si contendono il campo intorno al concetto di azione trovino tutte quante la loro giustificazione storica nel momento presente, in quanto ciascuna di esse dev'essere intesa come relativa ad una tra le diverse concezioni (si potrebbe anche dire tra le diverse fasi di maturazione) dei rapporti tra cittadino e Stato, che si trovano oggi conviventi in zone limitrofe dello stesso ordinamento giuridico: sicché ciascuna teoria non può essere detta in sè nè assolutamente vera, nè assolutamente falsa, perchè serve a cogliere da un diverso punto di vista una diversa particella di verità, e a far brillare un istante, prima che sia superata, una delle innumerevoli sfaccettature di quel metallo ancora in fusione che si cola entro l'armatura dello Stato.

3. — Qualunque appaia, tra le varie teorie in contrasto, quella preferibile, certo è che l'azione, prima di essere una costruzione dogmatica dei teorici, è una realtà pratica accolta dal diritto di tutti gli Stati civili, il cui ordinamento processuale non può essere inteso per quello che è nella sua struttura positiva ed apparente, se nel descriverlo non si considera come uno dei suoi caposaldi proprio questa azione, intorno alla quale si sbizzarriscono tante teorie: la quale è una realtà, che può comportare le più svariate interpretazioni dogmatiche, ma colla quale tuttavia deve fare i conti chiunque voglia capire *com'è fatto,* nella civiltà contemporanea, il processo.

Il processo dei popoli moderni, civile o penale, è essenzialmente un *processo su azione* (*Klageverfahren*) (5), cioè un processo in cui l'organo giudiziario non prende in considerazione la realtà sociale per conoscerla o per modificarla nei suoi aspetti giuridici, se non nei limiti della proposta presentatagli dal soggetto che esercita l'azione.

Una giurisdizione esercitata d'ufficio, alla quale l'organo giudicante procedesse di propria iniziativa, senza attendere la sollecitazione del soggetto agente, repugnerebbe al concetto che modernamente ci siamo fatti della funzione del giudice, il quale, per conservarsi imparziale, deve attendere d'esser richiesto e limitarsi a render giustizia a chi la domanda: e se ci raccontassero che un magistrato, senza esser richiesto da alcuno, si è messo in viaggio alla scoperta dei torti da raddrizzare, saremmo portati a considerarlo, piuttosto che un eroe della giustizia, un maniaco pericoloso, sullo stampo di don Chisciotte o del leggendario calzolaio di Messina.

Nell'ordinamento vigente, dunque, la giurisdizione presuppone l'azione; questa è almeno la regola generalissima *in iure condito,* di fronte

---

(5) Cfr. Rosenberg, *Lehrbuch,* pag. 225.

alla quale i pochissimi casi di « giurisdizione senza azione » (6), che la dottrina riesce non senza qualche dubbio a isolare, costituiscono oggetto di curiosità, come rari campioni fossili di una flora antidiluviana. Non si può escludere dal regno delle ipotesi la possibilità di un sistema giudiziario in cui l'istituto dell'azione fosse interamente abolito (7), e in cui, caduta ogni distinzione fra giustizia e polizia, fosse concentrato in un solo organo il potere di proporre le liti e quello di risolverle (un precedente storico di cosiffatto connubio si ha nel processo penale inquisitorio, di non felice memoria); ma è prevedibile che, fino a quando la giustizia sarà resa da uomini, l'onnipotenza dello Stato non potrà distruggere la necessità logica e psicologica (specialmente imperiosa nella fase di cognizione) di affidare a due diversi organi quelle due funzioni complementari ma ben distinte e tali da non poter essere confuse senza ridurre la giustizia a un puerile soliloquio, che sono rispettivamente la funzione di chiedere e quella di rispondere, di proporre un problema e di risolverlo, di denunciare un torto e di ripararlo (8).

L'azione costituisce dunque *in iure condito*, in civile e in penale, un limite e una condizione della giurisdizione. La portata pratica di essa azione non è soltanto visibile nel momento iniziale del processo, in quanto l'organo giudiziario, nella fase di cognizione o in quella di esecuzione, non si mette in moto se non dietro richiesta dell'organo agente (*nemo iudex sine actore*); ma si rivela anche nel seguito del processo e specialmente nel momento conclusivo di esso, poichè il giudice, messo in moto dall'organo agente, non può prendere in considerazione, come materia della sua indagine, se non quel profilo della realtà su cui l'attore richiama la sua attenzione, e non ha altra scelta che quella tra il far propria o il respingere quella proposta che l'attore gli presenta, già pronta per esser trasformata in provvedimento giurisdizionale. L'azione è dunque, praticamente, non soltanto il potere di dar la prima spinta alla giurisdizione che altrimenti rimarrebbe inerte; ma altresì il potere di preparare per il giudice la materia ed il programma del suo provvedimento (9). Non si tratta soltanto di una messa in moto, in virtù della quale la giustizia, superata la fase di

---

(6) CARNELUTTI, *Studi di diritto processuale*, I (*Clausole di rinuncia alla giurisdizione italiana*), pag. 178; CRISTOFOLINI, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, I, pag. 331.

(7) Cfr. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti* (in *Saggi*, I, pag. 3 e segg.), n. 2.

(8) Cfr. le pagine fondamentali del WACH, *Struktur des Strafprozesses* (in *Fest. f. Binding*, München, 1914), pag. 6 e segg. dell'estratto.

(9) Cfr. SPERL, *Il processo civile nel sistema del diritto* (in *Studi in onore di Chiovenda*, pag. 809 e segg.), pag. 819.

inerzia, sia poi libera di seguire le sue vie; ma di una perdurante collaborazione, mediante la quale per tutto il corso del processo l'attore continua a segnare la rotta, a cui il giudicante si deve attenere.

In virtù di questa collaborazione la cognizione del giudice, invece di investire direttamente la realtà sociale in cui vive il rapporto controverso, la colpisce solo di rimbalzo, in quei termini ed in quegli aspetti con cui la controversia si trova isolata e rappresentata dalla parte nel suo programma di provvedimento: tra il giudice e la realtà sociale si frappone così l'opera intermediatrice del soggetto agente, simile a quella dell'assistente che allo scienziato curvo sul microscopio porge i vetrini contenenti i preparati da esaminare. Per questo io continuo a ritenere che la svalutazione, e si potrebbe dire lo scolorimento del concetto di azione a vantaggio di quello di « lite », che sta a base del *Sistema* carneluttiano, urti contro la realtà del processo odierno, in cui il giudice è messo a contatto non colla « lite », ma coll'azione, in quanto è chiamato non a stabilire quale sia il regolamento giuridico che meglio corrisponda al rapporto sociale direttamente osservato, ma semplicemente a decidere se meriti di essere accolta, in relazione ad una fattispecie già inquadrata dall'agente in uno schema giuridico, la proposta di provvedimento che gli è presentata dal suo necessario collaboratore.

Sul terreno pratico di questa collaborazione cresce rigogliosa la polemica delle teorie. Si tratta di vedere quale sia lo scheletro giuridico che regge e muove questa collaborazione: quale sia, tra questi interessi che collaborano, quello dominante.

4. — Dominante è senza dubbio l'interesse individuale in quel concetto di azione, caro ai civilisti del secolo scorso (10), che il Chiovenda chiama *misto* o *improprio*: il concetto secondo il quale l'azione non sarebbe che un aspetto o un momento dello stesso diritto soggettivo sostanziale, un potere immanente di reazione contro il torto, o, come si usava dire con circonlocuzioni altrettanto pittoresche quanto poco impegnative, il diritto soggettivo « alla seconda potenza », o il diritto soggettivo « sul piede di guerra ».

Ma queste frasi così vaghe e inconcludenti in sè stesse, che rappresentano l'azione come un'ombra fuggevole proiettata dal diritto soggettivo sullo schermo del processo, sono in realtà l'espressione molto significativa di quella concezione liberale dello Stato, che poneva al centro del sistema giuridico l'idea, fortemente sentita, del diritto soggettivo. Là dove la funzione giuridica dello Stato si concepisca co-

(10) Cfr. Chiovenda, *L'azione* cit., pag. 6-7, e note 11-13.

me orientata soprattutto a promettere protezione agli interessi individuali e a tener pronti i mezzi pratici per assicurare che tale protezione sia effettiva, il diritto soggettivo, costruito come un'arma per realizzare la prevalenza e si potrebbe dire la sovranità dell'interesse individuale protetto su quello sacrificato, offre a chi può servirsene il vantaggio di un doppio congegno; in quanto, se la soddisfazione dell'interesse prevalente non è raggiunta attraverso il meccanismo normale del volontario adempimento, l'avente diritto può arrivare ugualmente alla propria soddisfazione, ricorrendo all'esecuzione forzata, che costituisce contro il debitore inadempiente come un colpo di riserva. Tutto si svolge dunque, in ambedue questi momenti, nell'ambito di un conflitto tra due interessi individuali: e se nel secondo momento, quello dell'assoggettamento forzato, la forza che soccorre non è quella privata del creditore ma quella pubblica dello Stato, lo Stato non interviene di sua iniziativa a tutela dei proprî fini, ma si affaccia come un personaggio di terzo piano che, a richiesta del creditore, gli presta man forte per aiutarlo ad aver ragione del suo avversario, ed a raggiungere così i suoi fini individuali. In tutto questo l'interesse pubblico non c'entra, o c'entra soltanto in quanto giova alla pace sociale evitare che i privati vengano direttamente alle mani. In sostanza qui lo Stato si batte per il creditore, e la forza pubblica si mette al servizio dell'interesse privato; ma i personaggi del dramma rimangono due, il creditore e il debitore, e lo Stato non vi figura che come ausiliario e sostituto del primo (11): il che vuol dire, per uscir di metafora, che, anche nel momento dell'azione, i due soggetti originarî del rapporto giuridico rimangono invariati.

Si può ora sicuramente affermare che tale idea essenzialmente privatistica dell'azione, alla quale era coeva la concezione, che poneva lo scopo del processo civile nella *tutela dei diritti soggettivi* (12), abbia perduto ogni possibilità di giustificazione nel diritto positivo vigente? Non direi. Rimangono ancora nel diritto sostanziale, specialmente nel territorio delle obbligazioni, vaste zone in cui l'idea del diritto soggettivo vive in tutta la sua originaria gagliardia, e in cui l'azione di condanna (l'unico tipo di azione che si presta ancora a giustificar questi ritorni a vecchie teorie) può apparire anche oggi, per chi la consideri *a parte creditoris*, nient'altro che lo strumento dell'interesse individuale in un

---

(11) Esattamente osserva il MENESTRINA, v. *Azione* (*Azione civile*), in *Enc. It.*, V, pag. 207, che la concezione privatistica dell'azione aveva come presupposto il « tenere in poco conto il grave fenomeno dell'intervento dell'autorità statale nelle controversie dei cittadini ».

(12) Sulla quale cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 66; ROCCO (ALFR.), *La sentenza civile*, n. 9.

conflitto tra privati: di fronte al quale lo Stato, lungi dall'assumere la parte di protagonista del processo, si contenta di « assumere il ruolo di terzo » (13), che mette i suoi giudici e i suoi carabinieri al servizio di chi ha ragione.

5. — La teoria che più ha contribuito a portare sul primo piano la figura di questo « terzo », sull'intervento del quale è imperniata la efficacia pratica del diritto privato, ed a chiarire che il vero *punctum pruriens* del problema dell'azione è proprio quello che concerne la posizione giuridica di questo terzo che le teorie precedenti lasciavano in ombra, è stata com'è noto, la teoria del *Rechtsschutzanspruch,* enunciata, sulle orme del MUTHER, dal WACH (14): la quale ha concepito l'azione non più come un duplicato, intercorrente tra gli stessi soggetti, del diritto soggettivo privato, ma come un diritto soggettivo di per sè stante, indirizzato verso un diverso soggetto passivo, che non è più il debitore originario ma lo Stato, e mirante ad una diversa prestazione, che non è più l'adempimento ma la tutela giurisdizionale.

Con questa teoria, l'azione è posta francamente nel campo del diritto pubblico, come espressione di un rapporto intercorrente non più tra privato e privato, ma tra cittadino e Stato. Ma non per questo l'interesse individuale cessa di essere, anche qui, primario e predominante: si direbbe anzi che questa teoria del WACH sia riuscita a dare la formulazione tecnicamente più perfetta e più energica di quella concezione essenzialmente liberale secondo la quale il processo civile non è altro che uno strumento di attuazione dei diritti soggettivi privati (15). E' vero infatti che questa teoria riuscì per prima a dimostrare, col celebre esempio delle azioni di mero accertamento, che il diritto d'azione inteso come diritto alla tutela giuridica può esistere indipendentemente dalla preesistenza di un diritto sostanziale insoddisfatto (16); ma è vero altresì che anche qui l'azione continuava ad esser considerata come strumento e garanzia dell' interesse individuale (tanto che il BÜLOW rimproverò al WACH di perpetuare l'asservimento del processo al diritto privato), e soprattutto è vero, e degno di nota, che questo diritto pubblico del cittadino verso lo Stato era costituito secondo lo schema civilistico del rapporto giuridico intercorrente tra

---

(13) SATTA, *Orientamenti pubblicistici* cit., pag. 45.

(14) Cfr. CHIOVENDA, *L'azione,* nn. 4-6.

(15) La più esauriente illustrazione di questa concezione è nel famoso saggio di R. SCHMIDT, *Prozessrecht und Staatsrecht* (Karlsruhe, 1904); cfr. anche la prefazione di J. GOLDSCHMIDT all'opera *Der Prozess als Rechtslage* (Berlin, 1925), pag. V-VI.

(16) Cfr. CHIOVENDA, *L'azione,* n. 6.

un avente diritto e un obbligato, e che in questo schema la posizione di soggetto attivo aspirante ad una prestazione (tutela giuridica) era assunta dal cittadino, mentre la posizione di soggetto passivo obbligato alla prestazione era riservata allo Stato. In questa costruzione, dunque, che rappresentava lo Stato come *obbligato* ad eseguire una prestazione a servizio del cittadino, era esplicitamente consacrata la preminenza dell'interesse individuale e la subordinazione ad esso dell'interesse pubblico: se l'azione, considerata come un diritto soggettivo di per sè stante, non poteva più confondersi col diritto soggettivo privato, essa non aveva in realtà, secondo questa concezione, altra funzione che quella di costituirne la salvaguardia.

Il significato teorico di quella collaborazione pratica tra soggetto agente e giudice, dalla quale siamo partiti, era dunque trovato, con questa teoria, in un dichiarato asservimento dell'interesse pubblico all'interesse individuale.

6. — A Giuseppe Chiovenda, che idealmente se non cronologicamente sta a mezza strada tra il Wach e il Klein (17), va senza dubbio il grande merito di aver saputo trovare, colla sua concezione dell'azione come diritto potestativo, il punto di equilibrio tra l'interesse pubblico e l'interesse individuale, l'incontro dei quali è stato rappresentato da lui non come la subordinazione dell'uno all'altro, ma come la coordinazione armonica dei due, realizzante in maniera perfetta il contemperamento della libertà coll'autorità (18). Questa teoria di Giuseppe Chiovenda costituisce l'apice di una curva ideale: prima di essa (nelle teorie che abbiamo già ricordate) l'azione si costruisce con una netta prevalenza dell'interesse privato su quello pubblico, dopo di essa (come tra poco vedremo) l'equilibrio si rompe a favore dell'interesse pubblico, che nettamente comincia a prevalere su quello privato.

L'idea feconda, la « scoperta », si potrebbe dire, di Giuseppe Chiovenda, si concentra sopratutto in ciò: nell'aver visto che l'azione, se pure si deve considerare come un diritto soggettivo di per sè stante, non si presta ad essere inquadrata nello schema tradizionale del diritto

---

(17) Sulla contrapposizione del Wach al Klein, come rappresentanti rispettivamente di due opposte concezioni del processo civile (concezione liberale e concezione autoritaria) cfr. Schönke, *Zivilprozessrecht* (Berlin, 1938), pag. 3.

(18) Sulla posizione di Giuseppe Chiovenda nella scienza del diritto processuale, la cui storia « si svolge tra il processo visto come mezzo e il processo visto « come fine; il processo visto come attuazione dell'obbligazione e il processo visto « come attuazione della legge », mi sembrano degne di meditazione le belle pagine di G. Capograssi, *Intorno al processo* (in *Riv. int. di filosofia del dir.*, 1938, pag. 252 e segg.).

soggettivo in senso civilistico, il cui fulcro è costituito dalla prestazione rispettivamente pretesa e dovuta, e in cui la prevalenza dell'interesse del creditore ha come sua immancabile contropartita il sacrificio dell'interesse del debitore. In realtà quando lo Stato rende giustizia, si muove non per rendere con proprio sacrificio un servigio a chi glielo chiede, ma per adempiere con ciò ad uno dei fini essenziali dello Stato, cioè per servire un interesse essenzialmente pubblico (19). L'interesse individuale e quello pubblico non si possono dunque considerare nel processo come due forze in contrasto, ma piuttosto come due aspirazioni alleate e convergenti, ciascuna delle quali, lungi dal cercare guadagno a scapito dell'altra, considera il soddisfacimento dell'altra come condizione del proprio.

La teoria del CHIOVENDA è indubbiamente orientata verso un rafforzamento del principio di autorità nel processo, che ha il suo più diretto inspiratore nel KLEIN (20): lo Stato, che in veste di legislatore si limita a formulare volizioni per classi, destinate a trasformarsi da generiche ed astratte in specifiche e concrete solo quando si verifichi nella realtà una fattispecie appartenente alla classe ipotizzata, sente che il valore pratico della propria autorità non è tanto in quell'astratto comandare a vuoto che è proprio del momento legislativo, quanto nel mantenere l'osservanza della legge quando viene il momento di applicarla, ossia nel vigilare a che sia attuata, caso per caso, quella volizione resa specifica dalla realtà, che con terminologia chiovendiana si suol denominare la « concreta volontà di legge »; sicchè, quanto più l'idea dello Stato si rafforza tanto più la funzione indirizzata a mantenere l'osservanza del diritto appare preordinata a difendere l'autorità dello Stato, che nella inosservanza della legge vede, prima che la lesione di un interesse individuale, una ribellione al suo comando e quindi una menomazione del suo prestigio. Ma poichè può darsi appunto che la norma nell'osservanza della quale lo Stato sente in giuoco la sua autorità, sia posta a tutela di un interesse individuale, sicchè la contravvenzione al diritto oggettivo si presenti nello stesso tempo al privato come violazione di un suo diritto soggettivo, ecco che l'azione, con cui questo privato si rivolge allo Stato per chieder la tutela del suo interesse leso, offre allo Stato l'occasione per riconfermare la sua autorità, minacciata dalla contravvenzione alla legge: in questo modo il privato, cercando la soddisfazione del suo interesse individuale, collabora all'attuazione del diritto oggettivo, mentre lo Stato, adoprandosi a restaurare la legge, difende nello stesso tempo il diritto soggettivo del privato.

---

(19) Cfr. REDENTI, *Profili pratici del dir. proc. civile* (Milano, 1938), pag. 94.

(20) Cfr. KLEIN-ENGEL, *Der Zivilprozess Oesterreichs* (1927), pag. 186 e segg.

Questo rapporto di collaborazione, che, fino a quando l'azione era concepita come un diritto alla prestazione rivolto contro lo Stato, portava alla assurda costruzione di un avente diritto che coll'esigere la prestazione rende un servizio all'obbligato, e di un obbligato che coll'adempier l'obbligazione soddisfa prima di tutto l'interesse proprio, ha trovato per merito del CHIOVENDA la sua coerente sistemazione nella figura del diritto potestativo, che appare ancora come un diritto individuale (in quanto, *a parte actoris,* si presenta come una *facultas* a servizio di un interesse privato), ma non è più un diritto *ad una prestazione,* perchè l'attività giurisdizionale, dalla quale l'attore attende la soddisfazione del proprio interesse individuale, è concepita non più come adempimento di una prestazione dovuta al singolo, ma come l'esercizio di una pubblica funzione.

Il CHIOVENDA concepisce questo diritto potestativo come diretto *verso l'avversario* (21), in quanto al diritto di una parte di provocare l'attuazione giurisdizionale della legge, corrisponderebbe, dal lato del soggetto passivo, non un dovere, ma la soggezione agli effetti giuridici di tale attuazione. Ma l'aspetto che in questa concezione sembra rimanere in ombra meno esplorato, e dal quale necessariamente dovevano sorgere gli ulteriori sviluppi delle teorie, è, anche qui, quello che riguarda il rapporto che passa fra il titolare dell'azione e lo Stato. Insegna il CHIOVENDA che il titolare dell'azione in tanto ha il potere di provocare la soggezione dell'avversario in quanto sa di *poter contare sull'attuazione della legge da parte dello Stato,* ossia in quanto egli, titolare dell'azione, si trova in un certo « rapporto... colla legge e « coi poteri dello Stato », che funge « come mezzo nelle sue mani ri- « spetto al suo rapporto coll'avversario ». Orbene (ecco il punto che in questa teoria sembra rimanere alquanto in ombra) in che consiste questo *rapporto del titolare dell'azione collo Stato,* che nelle sue mani « funge *come mezzo* » contro l'avversario? E che cosa vuol dire tradotto in termini giuridici, che « il titolare dell'azione... *può contare* « sull'attuazione della legge »? Come si può definire *giuridicamente,* se si esclude la figura del diritto soggettivo pubblico alla prestazione giurisdizionale, questo « poter contare » su quel comportamento dello Stato che porterà all'assoggettamento dell'avversario? Anche nella bella illustrazione che di questa teoria del diritto potestativo dà il REDENTI (22) mi par di trovare lo stesso *hyatus*: egli dice che, al diritto di azione non corrisponde un'obbligazione del giudice, perchè questo « non « adempie ad una prestazione specifica verso la parte, ma *entra in*

---

(21) Cfr. *L'azione* cit., n. 8; cfr. anche REDENTI, op. cit., pag. 94.

(22) *Profili pratici,* pag. 95.

« *funzione in modo automatico,* per l'attuazione del suo proprio com-« pito istituzionale di organo dello Stato ». Ma che cosa significa propriamente, in termini giuridici, questo « entrare in funzione in modo « automatico »? La figura del diritto potestativo cesserebbe di essere un concetto giuridicamente afferrabile, se non avesse carattere giuridico la relazione in cui si trova l'avente diritto di fronte a quell'organo dello Stato, il cui funzionamento « automatico » gli è indispensabile per produrre la soggezione dell'avversario: dalla semplice affermazione di questa automaticità di fatto, sulla quale la teoria del diritto potestativo ha bisogno di poter contare, bisogna dunque procedere oltre, per veder di esprimere questa automaticità in termini di diritto.

Ma, se si esclude che questa relazione tra il soggetto dell'azione e lo Stato si possa definire come un diritto soggettivo pubblico alla prestazione giurisdizionale, questo singolo che ha il potere di creare colla propria manifestazione di volontà la condizione necessaria e sufficiente per far sì che l'organo giurisdizionale si metta in moto nell'interesse pubblico, e di adoprarsi così a dare occasione e direzione a un'attività che persegue pubblici fini, appare sempre più chiaramente come un ausiliario o addirittura come un investito di una pubblica funzione: ed è in questa direzione che si colma lo *hyatus* giuridico che sta al centro della teoria del diritto potestativo.

7. — All'idea, già racchiusa in germe nella teoria del diritto potestativo, che l'azione sia da considerarsi non più come un diritto soggettivo, ma addirittura come un *potere* attinente ad una pubblica funzione (23), si avvicinano infatti, anche da noi, autorevoli giuristi, tra i quali il CARNELUTTI, più esplicito, considera addirittura il soggetto dell'azione come un organo dello Stato (24): ma forse a quell'itinerario ideale che egli traccia dal *diritto soggettivo privato* al *potere,* attraverso il ponte del *diritto soggettivo pubblico,* si potrebbe aggiungere una tap-

---

(23) L'insigne maestro al quale questo studio è dedicato, classifica l'azione civile tra le *potestà,* non tra i veri e proprî diritti (cfr. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale,* pag. 339).

(24) In *Studi di diritto processuale,* vol. I, pag. 14 (*Arbitrato estero*) e pag. 111 (*Incapacità processuale degli austriaci*); *Sistema,* I, nn. 76 e 180 (su di che cfr. ALLORIO, in *Riv. dir. comm.,* 1937, I, pag. 66); contro, ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici,* pagg. 63-65. Una fine analisi della posizione presa dal *Sistema* carneluttiano nel contrasto tra orientamenti privatistici e pubblicistici, si trova nel ricordato scritto dell'ALLORIO (pagg. 66-67), dal quale si rileva che mentre sotto certi aspetti il *Sistema* accentua la colorazione pubblicistica di alcuni concetti (per es., certamente, del concetto di azione), sotto altri aspetti segna un ritorno a concezioni individualistiche, come sarebbe quella della giurisdizione intesa come composizione di « liti » (cfr. dello stesso ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi,* Milano, 1935, pag. 17).

pa intermedia, costituita dalla figura del diritto potestativo, che sta in mezzo tra il diritto soggettivo pubblico e il vero e proprio potere, svincolato da ogni riferimento all'interesse individuale.

A questo logico sviluppo era fatale che la dottrina si avviasse, quasi per una china, dopo raggiunto il punto di equilibrio tra l'interesse pubblico e l'interesse privato, che è rappresentato, come si è visto, dalla teoria del CHIOVENDA.

Il trionfo dell'autoritarismo nell'ordine costituzionale ha portato a mettere sempre più in evidenza nel diritto oggettivo la volontà dello Stato, il comando, lasciando nell'ombra la funzione, già preminente, di garanzia ed equilibrio degli interessi individuali: e anche nel processo civile, in cui lo scopo pubblicistico di attuazione del diritto oggettivo si afferma sempre più soverchiante, il diritto soggettivo perde di consistenza, e si rassegna ad essere a poco a poco l'ombra di sè stesso, retrocesso al grado di interesse occasionalmente protetto. Così tutta la giurisdizione civile insensibilmente si avvia a diventare giurisdizione di mero diritto oggettivo.

Non dico, si capisce, che questa concezione della giustizia civile sia già prevalente, o che sia da preferirsi: qui mi basta rilevare, da un punto di vista storico, come una siffatta concezione abbia potuto essere enunciata. In materia giuridica, del resto, è assai difficile distinguere tra realtà e teoria: e spesso enunciare una teoria vuol dire creare una realtà. Sotto questo profilo mi pare che soprattutto sia interessante, come estremo sviluppo della curva percorsa dal concetto di azione, la teoria del cosidetto *diritto astratto d'agire*, la quale mi sembra espressione tipica di quella concezione autoritaria della giustizia civile, che cerca nel processo soltanto il raggiungimento di un fine pubblico, e che taglia con un colpo netto ogni superstite raccordo tra l'azione e il diritto sostanziale.

Nell'azione concepita in senso astratto, cioè non più come garanzia e strumento di una concreta situazione di diritto sostanziale, ma come potere spettante a chiunque *uti civis* si rivolga al giudice per provocare (magari a vuoto) la giurisdizione, non si avrebbe più, come nella teoria del diritto potestativo, la coordinazione di due ben distinti interessi, quello individuale e quello pubblico, convergenti verso lo stesso fine, ma si avrebbe un totale dissolvimento dell'interesse individuale nell'interesse pubblico. L'interesse che muove l'azione concepito in senso astratto non deriva, in modo specifico e concreto, dalla posizione individuale in cui l'attore si trova in un certo rapporto di diritto sostanziale intorno al quale egli possa sperare un provvedimento a sè favorevole, ma si confonde con quell'interesse generico e si potrebbe dire « disinteressato », che ogni cittadino ha, come tale, al funzionamento della giustizia, e che rimane ugualmente appagato qua-

lunque sia il contenuto del provvedimento che il giudice emana. Ma questo non sarebbe altro che lo stesso interesse dello Stato all'attuazione del diritto oggettivo: non sarebbe un interesse individuale convergente con quello pubblico, ma sarebbe proprio lo stesso interesse pubblico, di cui il cittadino che esercita la azione si fa, *uti civis*, momentaneo portatore.

In questo modo tutti i ponti tra l'azione e il diritto soggettivo sono rotti: a forza di insistere sulla indipendenza del diritto processuale dal diritto sostanziale, si è giunti a tirar su, tra di essi, una muraglia senza finestre.

Il diritto soggettivo, di cui un tempo l'azione era apparsa come la scorta vigile ed armata, rimane, secondo questa teoria, appartato ed inerme, poichè l'azione non è più concepita come uno strumento per far vincere chi ha ragione, ma come uno strumento posto ugualmente al servizio di chi ha ragione e di chi ha torto: sicchè essa ormai, anzichè garanzia del diritto soggettivo, si riduce ad essere, come argutamente fu detto, « il diritto di aver torto » (25) col quale il cittadino può togliersi il gusto, invero molto platonico, di far accertare il diritto oggettivo contro di sè,

> « per ricavarne una vittoria poi
> « che giovi al vinto e al vincitore annoi ».

In conclusione, dunque, questo diritto meramente astratto di provocare un provvedimento contrario al proprio interesse o non ha senso giuridico, o, se deve averlo, ciò non può avvenire che sotto il profilo dell'esercizio privato di una funzione pubblica.

8. — Questa continuata e paziente opera di erosione alla quale da un secolo la dottrina ha sottoposto gli elementi corporei del concetto di azione, fino a ridurlo come un puro spirito staccato dalla materia e fluttuante nell'empireo dell'interesse pubblico, trova i suoi punti di rispondenza nel diritto positivo, in cui (come si è avvertito all'inizio di queste pagine) si susseguono, e talora si alternano e si intrecciano, istituti che sembrano giustificare, a volta a volta, l'una o l'altra delle teorie sopra ricordate, e che si possono ricollegare tra loro come altrettante tappe di questo graduale impoverimento del diritto soggettivo di cui l'evoluzione del concetto di azione non è che un riflesso teorico.

I limiti di questo scritto non consentono più che una schematica enumerazione degli aspetti più significativi rintracciabili nel diritto processuale positivo di questo cammino che verrebbe voglia di intito-

---

(25) CHIOVENDA, *L'azione*, pag. 13.

lare « grandezza e decadenza del diritto soggettivo »: li indico come temi di studio, di cui forse potrebbe essere utile approfondire l'interpretazione storico-dogmatica, per ritracciarne sempre meglio la progressione e la continuità lungo la linea ideale sopra indicata.

a) Il tradizionale rapporto strumentale tra il diritto soggettivo e l'azione, secondo il quale questa è destinata a entrare in giuoco in un secondo momento, come rimedio dell'inadempimento, quando e perchè in un primo momento il diritto soggettivo non è riuscito a conseguire la sua normale soddisfazione nello spontaneo adempimento dell'obbligato, si trova profondamente alterato, anzi addirittura distrutto, in quel gruppo di situazioni di diritto sostanziale, nelle quali, mancando ai privati il potere di disporre negozialmente dei loro rapporti, questi non possono essere modificati se non coll'intervento del giudice (sentenze *costitutive necessarie*) (26). In questi casi, il cui numero va sempre crescendo nel diritto positivo attuale, via via che considerazioni cosiddette di « ordine pubblico » sottraggono alla libera disponibilità dei singoli, e quindi al diritto privato, sempre nuove categorie di rapporti, non si può più parlare, a rigor di termini, di un diritto soggettivo sostanziale preesistente all'azione, perchè qui, non potendo l'interesse alla modificazione giuridica essere appagato altro che da una pronuncia del giudice, l'unico diritto che compete all'interessato, è, *fino dal primo momento,* l'azione.

Il ricorso al giudice non è più, dunque, un *posterius,* di cui l'inadempimento sia il *prius*: il diritto sostanziale non ha più, in sè stesso, i mezzi fisiologici per arrivare alla normale soddisfazione degli interessi individuali, ma rinvia senz'altro all'azione, come unico e primario mezzo per la propria attuazione; talchè sembra difficile, di fronte a questa categoria di rapporti, continuare a parlare di « sostituzione » o di « secondarietà » come carattere essenziale della giurisdizione (27), o di giurisdizione come « applicazione di sanzioni » (28).

Tutto questo è il portato, com'è facile intendere, di un accrescimento dell'ingerenza dello Stato nei rapporti individuali, per modificare i quali non basta più la volontà del singolo, ma occorre, caso per caso, l'intervento e il controllo dello Stato, rappresentato dall'organo giudiziario: siamo dunque ai margini tra la vera e propria giurisdizione, e la cosidetta giurisdizione volontaria; ma questa emigrazione di sempre nuove categorie di rapporti dal campo della giurisdizione civile al campo della giurisdizione volontaria, che in sostanza è ammi-

---

(26) Cfr. in *Studi,* vol. II (*Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*), pagg. 334-335 [e in questo volume pagg. 156-157].

(27) Chiovenda, *Principii,* § 13.

(28) Redenti, *Profili pratici* cit., § 6 e segg.: cfr. pag. 74.

nistrazione, è uno dei modi in cui indirettamente ma efficacemente si compie l'assorbimento del diritto privato nel diritto pubblico (29).

b) Nello stesso senso si può interpretare la tendenza, affiorante qua e là nelle leggi, ad accrescere i poteri discrezionali ed equitativi del giudice e ad allargare di conseguenza la categoria delle sentenze *determinative* o *dispositive* (30). Per chi respinge l'opinione secondo la quale anche nei giudizi di equità il giudice non farebbe altro che dichiarare una norma equitativa preesistente (31) e ritiene invece che qui al giudice spetti in sostanza il potere di creare il diritto per il caso singolo (32), mi par che sia logico concludere che anche in questi casi all'azione non preesiste più alcun diritto soggettivo, e che tutto quello che resta per la tutela dell'interesse individuale è l'azione; la quale non è più il mezzo per attuare, in via secondaria, una tutela giuridica già formulata *a priori* nel diritto sostanziale, e destinata normalmente a funzionare nei limiti di questo, ma è il mezzo per creare *a posteriori* nel processo una tutela giuridica primaria che fino a quel momento non esisteva. Anche qui, se non erriamo, va di pari passo con questo aumento dei poteri dispositivi del giudice una proporzionale diminuzione della autonomia privata nel campo sostanziale: in luogo della norma creata *a priori* in forma generale ed astratta, che lascia al singolo la elasticità ed il respiro del diritto soggettivo, qui si ha su ogni concreto rapporto il controllo imminente ed incombente del giudice, che, formulando proprio per quel caso una apposita volontà dello Stato, costringe il privato a ritrovarsi, direttamente ed individualmente, a faccia a faccia col legislatore.

c) In un altro campo, com'è noto, si è già compiuto da tempo il distacco dell'azione dal diritto soggetivo: alludo alla giustizia amministrativa, nella quale il ricorso proposto dal cittadino contro l'atto amministrativo illegittimo non serve altro che indirettamente alla tutela dell'interesse individuale, il quale è sfruttato a fine pubblico, come uno stimolo per indurre il cittadino a rendere allo Stato il servizio di denunciargli una illegalità commessa nella pubblica amministrazione. Qui siamo di fronte a una giurisdizione tipicamente di diritto oggettivo, di fronte alla quale il diritto di ricorso del singolo interes-

---

(29) Baumbach, *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit* (in *Zeits. der Ak. f. D. Recht*, 1938, pag. 583).

(30) Chiovenda, *Istituzioni*, I, n. 57; Carnelutti, *Sistema*, I, n. 40.

(31) Cfr. in *Studi*, vol. II (*Significato costituzionale delle giurisd. di equità*), pag. 28 e segg.; Cammeo, *in Studi in onore di Chiovenda*, pag. 177 in nota.

(32) Cfr. Cristofolini, *Contro i disorientamenti* cit., pag. 284, ed i richiami ivi contenuti.

sato, perduto ogni riferimento strumentale al diritto soggettivo, si presenta come mera azione (33). Ma quello che più conta rilevare è che un siffatto distacco dell'azione dal diritto si estende ogni giorno a nuove categorie di rapporti, oggi progressivamente attratte, dal territorio del diritto privato al quale fino a ieri appartennero, sotto il controllo della pubblica amministrazione; quanto più il diritto amministrativo allarga i suoi confini a zone finora pertinenti al diritto privato e si arricchisce con ciò, a spese della giurisdizione ordinaria, la materia della giustizia amministrativa (si pensi, per dare un esempio solo, al r. decr. l. 17 luglio 1937, n. 1400 per la difesa del risparmio e per la disciplina della funzione creditizia), l'azione si depura sempre più, anche in questi campi, dai suoi aspetti sostanziali, e sempre più chiaramente diventa un mezzo per mantenere l'osservanza del diritto oggettivo, mentre il diritto soggettivo retrocede al grado di un interesse occasionalmente protetto, che non è più oggetto della tutela, ma mera condizione di legittimazione.

d) E, infine, un altro aspetto di questa tendenza dell'azione a scindersi dal diritto soggettivo mi par che si possa cogliere in quei casi, il numero dei quali è in costante aumento anche nelle nostre leggi, in cui il potere di provocare il provvedimento giurisdizionale è conferito a persone diverse dai soggetti del rapporto sostanziale controverso: si pensi, per esempio, a certi provvedimenti che nel campo dei diritti di famiglia possono essere provocati da persone non direttamente interessate nel rapporto, ma appartenenti a una categoria di legittimati che la legge in certi casi fa coincidere con una ristretta cerchia familiare, ma che in certi altri casi può allargarsi fino a comprendere genericamente tutti gli interessati (per es. art. 104 cod. civ.), o addirittura, come avviene nella figura limite dell'azione popolare, a *quisquis de populo*. Di solito la collocazione sistematica di questi casi viene cercata sotto il profilo della legittimazione e della sostituzione processuale (34); ma forse essi meriterebbero di essere posti meglio in luce, al centro della teoria generale dell'azione, poichè in molti di questi casi è difficile precisare quale sia il diritto altrui che il sostituto farebbe valere in giudizio per mezzo dell'azione a lui spet-

---

(33) Chiovenda, *Istituzioni*, I, n. 7, *h* (pag. 25); e *Principii*, pag. 66 e pag. 358; Redenti, *Profili pratici* cit., § 101; e gli autori citati in nota da Zanobini, *La giustizia amministrativa*, pag. 237 (*Corso di dir. amm.*, vol. II, Milano, 1937), il quale però nel testo insegna che anche la giurisdizione del Consiglio di Stato ha per fine la tutela di interessi soggettivi. Cfr. anche R. Höhn, *Das subjektive öff. Recht und der neue Staat* (in *Deutsche Rechtswissenschaft*, I, 1936, pag. 49 e segg., specialmente pagg. 60-61).

(34) Cfr. Carnelutti, *Sistema*, I, n. 142.

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

Da questi casi di legittimazione generica per categoria, il passo è breve per arrivare alla ultima fase dello sviluppo, che è l'azione apertamente attribuita, come funzione pubblica, a un organo dello Stato. E quando si arriva a quella estrema espressione dell'azione civile, che è l'esercizio della medesima da parte del p. m., forse è vano affaticarsi a ricercare la spiegazione di questa figura in un fenomeno di sostituzione (35) e di considerare in questi casi il p. m. come legittimato a far valere un diritto soggettivo altrui; mentre può darsi che anche qui la spiegazione più semplice, e forse storicamente più esatta, consista nel riconoscere che l'azione si è ridotta ormai ad un potere pubblico indirizzato unicamente all'attuazione del diritto oggettivo (36).

9. — Partita dalla tradizionale concezione privatistica, l'azione civile va dunque a sboccare, alla fine del suo ciclo, a quella stessa foce cui è giunta da tempo l'azione penale: la quale sembra che abbia ormai raggiunto quell'estremo grado di pubblicità e di astrattezza, oltre il quale non sarebbe pensabile altro passo all'infuori di quello che consistesse, come si osservava da principio, nella sua abolizione. In verità, i varî tentativi che sono stati fatti per costruire l'azione penale sullo schema dell'azione civile considerandola come strumento di un concreto diritto soggettivo di punire, sembrano decisamente superati dalla concezione, oggi prevalente, dello Stato autoritario. Il diritto soggettivo di punire non esiste che come potere, attribuito al p. m., di provocare da parte degli organi competenti l'attuazione del diritto penale oggettivo; ma l'accusatore non aspira in realtà a soddisfare un interesse diverso da quello che perseguono i giudici, sicchè tra esso e l'organo giudicante si deve vedere soltanto una divisione di lavoro che dà luogo a una diversità di posizioni psicologiche, non ad una distinzione giuridica di scopi (37).

---

(35) Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, I, n. 145; e i miei *Studi*, II, pag. 349 [in questo volume, pag. 169].

(36) Cfr. in questo senso le belle pagine del CRISTOFOLINI, *Sulla posizione e sui poteri del p. m. nel processo civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, II, pag. 23 e segg.

(37) Cfr. il già citato scritto del WACH, *Struktur des Strafprozesses*, (passim); ed ora F. SCHAFFSTEIN, *Das subjektive Recht im Strafrecht* (in *Deutsche Rechtswissenschaft*, I, 1936, pag. 39 e segg.); e da noi MAGGIORE, *Principii di diritto penale*, vol. I, n. 5.

Chi considera la fluidità del concetto di azione e le oscillazioni a cui esso è soggetto secondochè nel diritto sostanziale prevalga la considerazione degli interessi individuali o di quello collettivo, deve persuadersi che farebbe una fatica vana se cercasse una definizione assoluta dell'azione, tale da potersi ugualmente adattare all'azione civile ed all'azione penale privata ed a quella pubblica: le teorie dell'azione, come diritto concreto, dal *Rechtsschutzanspruch* al diritto potestativo, non hanno senso altro che nel campo civilistico, mentre di azione penale si può parlare nel nostro ordinamento solo come potere e solo in senso astratto. Questo è benissimo detto dal REDENTI, che pure nel processo civile è fautore dell'azione in senso concreto: « Nulla di tutto « questo e nulla di simile può valere per l'azione pubblica in genere e « meno ancora per l'azione pubblica penale. L'agire in questo campo « è funzione istituzionale (perpetua, costante, indeclinabile) e non può « neppure immaginarsi come materia di diritto soggettivo » (38).

Ma, nel fatale cammino che porta il processo civile ad avvicinarsi sempre più a quello penale (39), anche l'azione civile segue questa traiettoria: da diritto soggettivo privato a puro potere pubblico. Questa direttiva è evidente in quei varî momenti dello sviluppo che, come sopra si è visto, si possono cogliere nel diritto positivo; mentre nei primi due momenti (sub *a* e sub *b*) l'interesse individuale, pur non avendo più fuori del processo una preesistente tutela che lo elevi al grado di diritto soggettivo sostanziale, può tuttavia trovare una concreta tutela nella pronuncia del giudice, sicchè si può dire che l'azione tenga qui il luogo del diritto soggettivo sostanziale e che in questi casi affiori il valore positivo di quelle teorie recentissime secondo le quali il diritto soggettivo sta tutto nell'azione (40), negli altri due momenti (sub *c* e sub *d*) si vede che l'azione non si può più neanche considerare come un mezzo predisposto a tutela dell'interesse individuale, il quale può trovare nell'azione soltanto una protezione occasionale e riflessa. Anche qui il ciclo, che da tempo è stato concluso per l'azione penale, sta per compiersi nello stesso epilogo per l'azione civile: se, come scopo preminente del processo civile si pone l'attuazione del diritto oggettivo, sembra fatale che lo Stato si senta portato a rivendicare ad un proprio organo, anche nel campo del processo civile, l'iniziativa per il raggiungimento di tale scopo, essenzialmente pubblico.

---

(38) *Profili pratici* cit., pag. 95.

(39) Cfr. ora SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht* cit., pag. 4. Si noti peraltro che già in qualche ordinamento sembrano delinearsi i primi curiosi sintomi di un ritorno del processo penale verso concezioni privatistiche: cfr. GRODZINSKY, *Die Privatklage im Sovietrecht* (in *Zeitschrift für Ostrecht*, IV, novembre 1930, pag. 1055 e segg.).

(40) PEKELIS, *Azione* cit.; BINDER, *Prozess und Recht* (Leipzig, 1927).

10. — Consiglia Leonardo ai pittori, per meglio cogliere le proporzioni e i rapporti, di guardare il quadro riflesso in uno specchio: così, in quello specchio del diritto sostanziale che è il processo, è possibile cogliere nitidamente, espressa in questo irrequieto fluttuare di teorie sull'azione, la crisi dell'ordinamento giuridico contemporaneo, e di quel concetto di diritto soggettivo, che finora ne costituiva il pilastro centrale. Il movimento per riformare il processo civile in modo sempre più aderente alle sue finalità pubblicistiche, considerate come sempre più prevalenti, appare in Germania come uno degli aspetti della aperta guerra che una parte della dottrina ha dichiarato contro il concetto di diritto soggettivo: *Kampf wider das subiektive Recht* (41). Di questa lotta è stato primo bersaglio l'azione: la teoria del *Rechtsschutzanspruch*, che fino a pochi anni fa era prevalente tra i processualisti tedeschi, si considera come una concezione, geniale ma superata, conciliabile soltanto coll'idea dello Stato liberale (42); si nega che nello Stato autoritario possano sussistere diritti soggettivi pubblici, e quindi un'azione concepita sotto questo profilo (43); si arriva addirittura a proporre l'abolizione del processo civile e la sua totale trasformazione in giurisdizione volontaria (44), la riduzione della funzione giurisdizionale a funzione di polizia, la retrocessione del diritto d'azione a semplice facoltà di denuncia (45). I poteri d'iniziativa del p. m. nel campo civile diventano sempre più estesi e sempre meno eccezionali (46).

Ma in altri Stati il ciclo è ancor più progredito. Nell'ordinamento del processo civile attualmente vigente in Russia, non soltanto appare ricalcata sul modello del processo penale l'istruttoria dominata dal principio inquisitorio (47), ma sono conferiti all'avvocatura dello Stato (p. m.) poteri di iniziativa così ampi, che quasi fanno scomparire ogni

---

(41) Cfr. W. SCHOENFELD, *Der Kampf wider das subiektive Recht*, in *Zeits. d. Ak.*, cit., 1937, pag. 107 e segg.; e gli articoli che sui varî aspetti dell'argomento sono stati pubblicati da diversi giuristi tedeschi in *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft* (Berlin, 1935), ed in *Deutsche Rechtswissenschaft*, I (Hamburg, 1936).

(42) SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht*, pag. 3.

(43) Cfr. HÖHN, *Das subiektive öff. R.*, già cit. (1936).

(44) BAUMBACH, scritto cit. (su cui la mia nota *Abolizione del processo civile?*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, n. 4; ed in *Studi*, V, pag. 285 [in questo volume, pag 386]).

(45) *Ibidem.*

(46) Cfr., p. es. la legge tedesca 12 aprile 1938 a modificazione e integrazione del diritto di famiglia, su cui riferisce la mia *Rassegna*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, I, 268, ed in *Studi*, Vol. V, pag. 291 e segg.

(47) MAURACH, *Das Beweisverfahren im sovietrussischen Zivilprozess*, in *Zeitschrift für Ostrecht*, I, pag. 773 e segg.; POPOV, *Grundsätze des Zivilprozesses der Sovietunion*, ivi, I, pag. 897 e segg.

distinzione pratica fra azione civile e azione penale (48). Il p. m. infatti è legittimato (secondo l'art. 2 del cod. proc. civ., del 10 luglio 1923, riformato nel 1936) a far valere in giudizio qualsiasi pretesa civile, « quando a suo avviso ciò sia richiesto nell'interesse dello Stato o « della massa lavoratrice »: e se il privato, formalmente titolare di questa pretesa, rimane inerte o magari si dimostra contrario all'esercizio della medesima, il p. m. ha il potere di farla valere ugualmente, senza e magari contro la volontà del creditore (49), e di sottoporre a esecuzione forzata il debitore per incamerare i suoi beni *a favore dello Stato* (50). Così il diritto soggettivo, se continua ad essere nominalmente ricollegato a un interesse del singolo, ha cessato ormai, attraverso questa legittimazione processuale conferita in ogni caso al p. m., di essere lo strumento tradizionale della volontà individuale.

Ma il processo coopera anche per altra via a questo graduale affievolimento del diritto soggettivo: in quanto, anche se in certe materie si continua a parlare di diritti individuali, la possibilità di farli valere in via giudiziaria non è più preventivamente garantita, perchè, secondo l'art. 1 del cod. civ., i diritti sono tutelati dalla legge solamente in quanto « non si cerchi di realizzarli in contrasto col loro scopo eco- « nomico-sociale » (51).

Dal diritto non scaturisce dunque senz'altro l'azione: questa può essere concessa e rifiutata caso per caso dal giudice, in base a criterî politici di opportunità: il che equivale a dire non soltanto che non esiste più in sostanza alcun diritto soggettivo privato, in quanto la tutela dell'interesse individuale non è più preventivamente assicurata dalla legge ma è condizionata volta per volta all'umore del giudice, ma che non esiste più neanche un diritto di azione, perchè il giudice può sempre, a chi gli chiede giustizia, rispondere discrezionalmente « *actionem non dabo* » (52).

Non sembra, dunque, che sia troppo ardita la conclusione di 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, così ricca e complessa, che si muove d'intorno a noi.

---

(48) MAURACH, *Die Rolle des Staatsanwalts im sovietrussischen Zivilprozess*, in *Zeit. f. Ostr.*, II, 721 e segg.

(49) ID., scritto cit., pag. 723.

(50) ID., scritto cit., pag. 737.

(51) ID., scritto cit., pag. 723; FREYMANN, *Die Prinzipien der Rechtssprechung in Sovietrussland*, in *Zeits. für Osteurop. R.*, II, 1926, n. 4, pag. 435.

(52) MAURACH, *Leitende Gedanken des Zivilprozesses in der Sovietunion*, in *Zeits. f. Osteurop. R.* (nuova serie), I, 1934, pag. 35 e segg.

Progressivo affievolimento del diritto soggettivo fino a ridursi a un interesse occasionalmente protetto; allargamento del diritto amministrativo a scapito del diritto civile; assorbimento del processo civile nella giurisdizione volontaria o nella giustizia amministrativa; aumento dei poteri discrezionali del giudice; annebbiamento dei confini non solo tra diritto privato e diritto pubblico, ma anche tra diritto sostanziale e diritto processuale; discredito crescente non solo delle codificazioni, ma della stessa legge intesa come norma generale ed astratta preesistente al giudizio; aspirazione sempre più viva al diritto del caso per caso (53) — tutti questi sono gli aspetti 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.

---

(53) Cfr. le bellissime e presaghe pagine di JEMOLO, *Il nostro tempo e il diritto*, in *Arch. giur.*, 1932.

XXI

ORALITA' NEL PROCESSO (*)

SOMMARIO. — 1. L'oralità nel processo e l'apostolato di G. CHIOVENDA. — 2. L'oralità nella storia del processo. — 3. Significato della oralità, come direttiva sistematica della riforma. — 4. Pregi e difetti dell'oralità.

1. Chi consideri il processo dall'esterno non come rapporto giuridico unitario, ma come successione di attività umane poste in essere dai varî soggetti che vi partecipano, e susseguentisi nel modo e secondo l'ordine che la legge processuale stabilisce, osserva che la forma con cui queste persone si comunicano nel processo le loro dichiarazioni di volontà o di scienza può essere, secondo i varî tipi di procedimento e secondo il momento, *orale* o *scritta,* cioè può consistere in una comunicazione parlata tra persone presenti, ovvero nella trasmissione tra assenti di una scrittura che serva di documento e di veicolo alla dichiarazione. Nella terminologia dei processualisti dicesi *oralità* l'uso della forma parlata; e *scrittura* l'uso della forma scritta nelle dichiarazioni processuali; e più propriamente dicesi *processo orale* quello in cui l'oralità è prevalente, e *processo scritto* quello in cui prevale come mezzo di espressione la scrittura. In questi ultimi decennî nella letteratura giuridica italiana, in occasione delle discussioni concernenti la riforma del processo civile, la contrapposizione espressa nel binomio *oralità* o *scrittura,* ha assunto (come già in Germania a metà del secolo scorso per il binomio *Mündlichkeit oder Schriftlichkeit*) un significato polemico e programmatico, considerandosi la oralità come la direttiva alla quale dovrebbe inspirarsi il processo dell'avvenire e la prevalenza della scrittura come la tipica espressione di quel processo antiquato che la riforma dovrebbe abolire. In queste polemiche, in cui il rispetto della forma orale è stato elevato a canone fondamentale del processo (così detto *principio d'oralità*), la parola « oralità » ha assunto un significato pregnante che va assai al di là di quello etimologico: essa

---

(*) [E' la voce *Oralità nel processo* del *Nuovo Digesto italiano,* vol. IX (Torino, UTET, 1940), pp. 178-180]. [*Bibliografia,* n. 238].

è stata adottata come motto di quel movimento di riforma che fa capo a CHIOVENDA, per « la necessità di esprimere con una formula semplice e rappresentativa un complesso di idee e di caratteri », dei quali l'oralità costituisce la sintesi ed il simbolo.

2. — Il merito di aver sollevato in Italia il problema dell'oralità è tutto del CHIOVENDA, il quale, con un mirabile apostolato iniziato nel 1906, e durato fino alla sua morte, si è fatto banditore di quella riforma inspirata ai principî del processo orale, che oggi, attraverso il progetto Solmi, sta forse per trionfare: chi tratta dell'oralità si trova dunque, anche senza volere, a ripetere o a riassumere idee che già nell'opera magistrale del CHIOVENDA hanno avuto la loro formulazione definitiva.

Nessuno meglio di lui ha saputo mettere in luce l'importanza fondamentale che ha avuto nello svolgimento storico del processo la prevalenza dell'oralità o della scrittura. Fu orale il processo romano, perchè così esigeva la funzione in quel processo riconosciuta alla prova, come diretta alla formazione del libero convincimento del giudice, sulla base della immediata osservazione degli elementi della cognizione; poi il processo medievale si trasformò lentamente da orale in scritto, per influenza soprattutto del carattere formale della prova germanica e del sistema della prova legale che ne derivò, finchè, determinatasi nel diritto comune la formazione dei processi scritti nelle legislazioni degli Stati italiani e stranieri, cominciò, a partire dal sec. XVIII per opera della dottrina, una lenta reazione che condusse quasi da per tutto alla restaurazione dell'oralità. La battaglia per l'oralità, di cui furono precursori in Italia MARIO PAGANO e NICOLA NICOLINI, e all'estero il BENTHAM e il MITTERMAIER, si agitò da prima nel campo del processo penale, ed in questo campo l'oralità fu presto adottata dalla quasi generalità degli Stati civili, compresa l'Italia. Il movimento di riforma, alimentato dalla dottrina, trionfò anche nel processo civile in Germania (1878) e in Austria (1895), e successivamente in tutte le legislazioni processuali che si uniformarono a questi modelli; ma, indipendentemente da questo movimento, già era plasmato secondo i principî della oralità il processo civile inglese (e nord-americano) e, in prevalenza, il processo civile fancese. In Italia, dove il processo civile ordinario è tuttora essenzialmente scritto, la riforma è in corso.

3. — Oralità, come si è detto, è una espressione sintetica, adoperata per indicare un sistema di principî inseparabili, all'insieme dei quali bisogna riferirsi, se si vuol intendere il vero contenuto di questa espressione.

a) Oralità significa *prevalenza del discorso parlato,* ma non esclu-

sione assoluta della scrittura, la quale deve conservare, anche nel processo orale, una funzione *preparatoria* e *documentale*. E' difficile, osserva anche qui il CHIOVENDA, immaginare oggi un processo orale che non ammetta in qualche grado la scrittura: ogni processo moderno è misto di atti orali e di atti scritti: « ma un processo misto si dirà orale o scritto secondo il posto che esso fa all'oralità e alla scrittura, e soprattutto secondo il modo con cui attua l'oralità ». Ora il momento tipico al quale si deve tener rivolto lo sguardo per distinguere se un processo è scritto od orale è il momento delle deduzioni: là dove le deduzioni delle parti debbono, affinchè sorga il dovere del giudice di tenerne conto nella sua decisione, essere presentate necessariamente in forma scritta (art. 162 e 167 c. p. c.; art. 221 regolamento gen. giudiz.) il processo si deve considerare scritto, anche se poi le parti hanno facoltà di illustrare oralmente il contenuto delle loro scritture; là dove le deduzioni debbono essere presentate oralmente, come avviene nel dibattimento penale, il processo si deve considerare orale, anche se il dibattimento orale è preceduto da una fase scritta con funzione preparatoria (per es., la istruttoria penale), o se delle deduzioni orali si prende annotazione scritta a scopo documentale (verbale di dibattimento: confronta art. 423 e segg. c. p. p.). Processo orale è dunque quello in cui la oralità è la forma necessaria delle deduzioni: e viceversa quello scritto.

Il processo civile ordinario (così detto sommario) oggi vigente in Italia, è, sotto questo punto di vista, un processo essenzialmente scritto, in quanto, anche se in via eccezionale è consentita la discussione orale come riepilogo finale delle argomentazioni defensionali di diritto e di fatto già esposte per esteso nelle scritture (art. 349-350; 538 c. p. c.), il giudice non deve tener conto delle deduzioni delle parti se non siano formulate in apposite conclusioni scritte. Vi può essere poi, tra i due suddetti tipi estremi, un tipo intermedio, nel quale le deduzioni possono essere validamente fatte (e il giudice ha ugualmente il dovere di tenerne conto) tanto in iscritto quanto a voce: ciò avviene, almeno in teoria, nel processo dinanzi ai conciliatori e pretori, e in quello sulle controversie individuali del lavoro, in cui alle conclusioni formulate in iscritto, le parti possono sempre validamente aggiungere in udienza deduzioni orali, che il giudice deve raccogliere a verbale (RD. 20 settembre 1922, n. 1316, art. 1 e segg.; RD. 21 maggio 1934, n. 1073, art. 14).

b) Oralità significa *dialogo diretto fra l'organo giudicante e le persone di cui esso deve raccogliere e valutare le dichiarazioni* (*immediatezza*). Questo aspetto della oralità è forse, processualmente, il più importante: si parla ai presenti, si scrive agli assenti; oralità vuol

dire presenza contestuale degli interlocutori e quindi immediato susseguirsi, senza intervalli e senza intermediarî, delle domande e delle risposte che nel processo scritto dànno luogo ciascuna a un separato episodio processuale.

c) Oralità significa *identità delle persone fisiche che costituiscono l'organo giudicante durante la trattazione della causa.* Anche questo aspetto dell'oralità deriva da considerazioni intuitive: là dove il processo si svolge quasi in forma dialogica, e la convinzione del giudice si forma progressivamente attraverso il contatto personale che egli ha colle parti e coi testimoni, ogni mutazione che avvenisse nelle persone dei giudicanti durante il corso del processo, distruggerebbe i vantaggi della immediatezza e interromperebbe nella istruttoria quella continuità psicologica, in forza della quale essa funziona nel processo orale come una acquisizione continuata e progressiva fino alla decisione finale.

d) Oralità significa *concentrazione* della trattazione della causa in un unico periodo (dibattimento), contenuto in una sola udienza o in poche udienze successive; in particolare significa pronuncia della sentenza immediatamente dopo la chiusura del dibattimento orale. Anche qui ci troviamo di fronte a un aspetto intuitivo del discorso parlato: le dichiarazioni scritte tra persone lontane devono necessariamente essere intervallate, per dar tempo alle risposte; ma tra presenti che parlano, la risposta segue la domanda, e la replica incalza la risposta. Il dibattimento orale è tipicamente contestuale, e quel carattere di progressione e di coesione psicologica che hanno le argomentazioni degli interlocutori non consente interruzioni e rinvii; e la decisione deve esser pronunciata immediatamente, prima che dallo animo del giudice sia scomparsa l'eco delle parole che egli ha raccolte in udienza. Il processo scritto è invece essenzialmente frammentario e atomistico: ogni processo si fraziona in una serie di fasi e di episodi, colla conseguenza, caratteristica del processo scritto, della impugnabilità separata delle decisioni interlocutorie.

4. — Sembra oramai che la oralità così intesa stia per essere attuata anche in Italia, attraverso il progetto elaborato dal Ministro Solmi, che nelle sue parti migliori si inspira alla proposta del CHIOVENDA, giustamente famosa (1).

Da quando, a partire dal 1906, il CHIOVENDA iniziò il suo apostolato, l'idea della oralità ha guadagnato sicuramente terreno; ma, nei

---

(1) CHIOVENDA, *La riforma del procedimento civile proposta dalla Commissione per il dopoguerra,* 1919, riprodotta in *Saggi,* 2ª ediz., vol. I.

30 anni del suo cammino, non le sono mancati oppositori autorevoli. Respinta dal progetto Mortara, essa fu accolta soltanto in parte e con molte prudenti attenuazioni nel progetto Carnelutti del 1926, e in quello Redenti del 1935; e solo nel progetto Solmi è stata accolta quasi integralmente. Tale disparità di opinioni intorno al valore pratico dell'oralità *in iure condendo,* si rivela in maniera tipica attraverso la diversa importanza che a questo concetto è data *in iure condito* dai più autorevoli trattatisti del processo civile: mentre il CHIOVENDA ne fa, come si è visto, non solo una direttiva della sua riforma ma anche un caposaldo del suo sistema (2), il CARNELUTTI (3) considera l'argomento della oralità e della scrittura nel processo sullo stesso piano dei molti altri problemi attinenti alla forma delle dichiarazioni processuali, e il REDENTI (4) si esprime soltanto così: « Nell'andamento generale del processo possono prevalere le forme scritte o quelle orali. Attualmente (salvo che davanti ai conciliatori) prevalgono le forme scritte o legate alla verbalizzazione ufficiale. C'è chi auspica una inversione di criteri (e oseremmo dire: che il Signore Iddio ce ne scampi e liberi). Comunque è un problema di riforma ».

Tuttavia noi crediamo che anche in Italia l'oralità sia destinata a prendere nel processo civile quel posto che le è fatto in tutte le legislazioni processuali degli Stati moderni, perchè a ciò porta la tendenza, sempre più energica anche da noi, ad accentuare il carattere pubblicistico del processo civile, il che porta naturalmente a un avvicinamento delle sue forme a quelle del processo penale; e perchè solo attraverso l'immediatezza e la concentrazione, aspetti essenziali della oralità, sembra seriamente attuabile quell'accrescimento dei poteri del giudice per la ricerca della verità, quella semplicità e lealtà del contraddittorio, quella riduzione dei formalismi, e quell'acceleramento dei giudizî, che da decennî sono proposti anche in Italia come scopi ideali della riforma.

A eliminare le diffidenze ancora superstiti contro l'oralità può forse essere opportuno ripetere che oralità non significa oratoria, e che il processo orale, così come è stato concepito dal CHIOVENDA, e come ha mostrato di poter essere nell'esperimento pratico dato nelle controversie del lavoro, non sarà necessariamente una palestra aperta alla vacua retorica, ma potrà essere il mezzo per restituire alla parola par-

---

(2) Cfr. anche, nelle sue traccie, il BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, § 15, n. 56, 1936.

(3) CARNELUTTI, *Sistema*, vol. I, pag. 274, n. 482.

(4) REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, pag. 551, Milano, 1938.

lata una funzione essenziale, e quindi per accrescere, col ristabilirne la efficacia, la dignità della eloquenza forense. Non v'ha dubbio, per altro, che anche il problema della oralità è soprattutto un problema di uomini: il pregio maggiore del processo orale dovrebbe essere la sua attitudine a favorire, col diretto e continuo contatto personale, quella collaborazione fiduciosa e quella conseguente reciproca comprensione umana tra giudici e avvocati, che è condizione essenziale del buon funzionamento della giustizia; ma affinchè tale collaborazione sia possibile occorrono non soltanto avvocati intellettualmente e moralmente degni dell'altissima funzione che ad essi lo Stato affida, ma altresì magistrati convinti della importanza sociale della avvocatura e rispettosi in ogni occasione della sua indipendenza. Il giorno in cui i poteri del magistrato nel processo fossero talmente estesi da abbassare l'avvocato al livello di un subordinato del giudice, tutti i vantaggi dell'oralità scomparirebbero: e non si potrebbe più chiamare processo orale quello che in pratica potesse servire a ridurre gli avvocati al silenzio.

BIBLIOGRAFIA

G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2ª ediz., II vol., § 52, ed ivi, pag. 382, la indicazione in ordine cronologico degli altri scritti di lui concernenti la riforma del processo civile sulla base dell'oralità.

A. Costa, *Oralità e scrittura nel processo civile*, Imola, 1917, ed ivi, pag. VII-X letteratura italiana e straniera (specialmente tedesca) sull'argomento.

P. Calamandrei, *Le controversie del lavoro e l'oralità* (pubbl. sul *Foro ital.* del 1934 ed ora riprodotto in *Studi sul processo civile*, vol. IV, 1939).

Wach, *Mündlichkeit und Schriftlichkeit* (*Vorträge*, 2ª ediz., 1896).

Klein, *Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses*, 1900, pag. 31 e segg., 123 e segg., sull'oralità nel processo austriaco.

XXII

IL NUOVO PROCESSO CIVILE E LA SCIENZA GIURIDICA (*)

1. — Nella relazione premessa dal ministro GRANDI al nuovo codice di procedura civile gli studiosi sono stati lieti di trovare considerata al giusto posto, fra i fattori storici che hanno preparato la riforma, l'opera della scienza giuridica: ed, in ispecie, quella della scuola sistematica fondata da GIUSEPPE CHIOVENDA, alla quale (dice la relazione) si deve « quella radicale revisione teorica di tutti gli istituti processuali, che « rivendicò al diritto pubblico il processo civile e ne rinnovò la dottrina, « studiandolo non più come espressione di una lotta di interessi pri- « vati ma come strumento della più augusta tra le funzioni dello Stato ». Ma la stessa relazione, se da una parte ha riconosciuto l'importanza del contributo che alla preparazione del nuovo codice è stato dato, nel passato remoto e in quello recente, dalla dottrina, sembra aver voluto segnare per l'avvenire i limiti in cui essa dottrina potrà utilmente contribuire alla riuscita pratica del nuovo codice, quando ha avvertito che « se nella preparazione del nuovo processo civile sono state chia- « mate a collaborare tutte le forze della dottrina italiana, *il codice « che è uscito da questa collaborazione non è un codice dottrinario* »: sicchè (potrebbe continuare per suo conto l'intelligente lettore) l'opera della dottrina sul nuovo codice potrà esser preziosa anche nell'avvenire, purchè si tenga lontana dai « dottrinarismi ».

Questa comprensione dell'utilità pratica della scienza giuridica espressa in un documento ufficiale proprio al momento in cui il nuovo codice processuale sta per entrare in vigore, appare tanto più confortante in quanto sembra volersi contrapporre alla tradizionale diffidenza colla quale i legislatori di tutti i tempi hanno guardato sospettosi lo approssimarsi di questi sinistri corvi delle codificazioni che sono, secondo l'immagine del KIRCHMANN (1), i giuristi; il che è ancor più signi-

---

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale civile*, a. XVIII, 1941, P. I, pp. 53-75; ristampato in *Studi*, V (Padova, Cedam, 1947), pp. 67-90; tradotto in lingua spagnola da S. SENTÍS MELENDO, in P. CALAMANDREI, *Los estudios de derecho procesal civil en Italia* (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959)]. [*Bibliografia*, n. 252].

(1) Cfr. B. LEONI, *Il valore della giurisprudenza e il pensiero di Julius Her-*

ficativo in un momento come questo, mentre da qualche parte si riapre, con tono di scoperta, la polemica piuttosto stantia contro i giuristi, e questi, specialmente i giovani, avvertono più vivo in loro quel senso di disagio e di scontento che deriva dai dubbî sulla ragion d'essere della loro scienza, dall'incertezza sui fini e sui confini del loro lavoro.

Proprio per questo, al momento di riprendere sul nuovo codice la nostra fatica di studiosi, sentiamo la necessità di fare una specie di esame di coscienza, per chiarire a noi stessi, al lume dell'esempio pratico dato da questa riforma, in che senso la dottrina può collaborare utilmente col legislatore per la formulazione e l'applicazione delle nuove leggi. Ciò potrà servire per avventura a ricordarci che il campo d'azione riservato ai giuristi è meno esteso di quello che comunemente si crede, ma altresì a confermare che dentro questi più ristretti confini l'attività dei giuristi ha caratteri e compiti ben suoi.

2. — La relazione ministeriale al nuovo codice, passando in rassegna le varie forze storiche che hanno contribuito alla riforma del processo civile, ha ricordato accanto al fattore « politico » (intendendo per esso la profonda evoluzione che si è maturata dal 1865 ad oggi nella concezione dei fini e delle funzioni dello Stato, e nelle conseguenti trasformazioni generali dei nostri ordinamenti costituzionali) il fattore più propriamente « scientifico »: alludendo con ciò all'opera dei giuristi i quali, così spesso accusati di mancar di senso storico, sono stati proprio essi che per primi, studiando il processo civile, hanno avvertito il fatale declinare di certe ideologie e l'affermarsi di certe altre tendenze, ed hanno visto chiaramente con molti decennî di anticipo quali ripercussioni avrebbe avuto nell'avvenire, che oggi è per noi divenuto presente, l'affermarsi di queste generali tendenze nello speciale campo degli istituti giudiziarî. Una volta tanto l'opera dei giuristi è stata con Giuseppe Chiovenda e colla sua scuola, opera non di conservatori ma di precursori (2); talchè la relazione Grandi ha potuto incisivamente riconoscere che il nuovo codice di procedura civile ha già « nella letteratura giuridica di questi ultimi tempi il suo « anticipato commento ».

Bisogna peraltro avvertire che quest'opera colla quale i processualisti hanno precorso i tempi, segnando in anticipo le direttive cosiddette « pubblicistiche » alle quali poi il legislatore si è inspirato nella sua riforma, è stata essa stessa, quantunque la relazione ministeriale menzioni il fattore scientifico come distinto dal fattore *stricto sensu*

---

mann von Kirchmann (in *Riv. int. di fil. del dir.*, XX, fasc. IV), pag. 39 dell'estratto.

(2) Cfr. il mio scritto, *Giuseppe Chiovenda, Il maestro*, in *Studi*, vol. IV, pag. 244-45.

politico, opera in largo senso politica: anche se l'attività dei giuristi si può considerare come vera e propria scienza fino a che si limita a studiare il diritto vigente (e anche qui v'è chi ne dubita) (3), è certo che quando il giurista partendo dalla conoscenza del diritto vigente è tratto a prevedere e a suggerire l'*ius condendum*, fa opera non di puro scienziato, ma, anche senza volerlo, opera di politico, in quanto i suoi suggerimenti, sebbene appoggiati su premesse scientifiche e formulati colla serenità dello studioso estraneo alle lotte combattute della politica militante, agiscono come forze che dirigono la condotta degli uomini e contribuiscono a preparare le leggi dell'avvenire.

Bisogna dunque arrivare a concludere che quando la relazione ministeriale, tra i fattori storici della riforma, menziona l'opera della scienza giuridica come ispiratrice e preparatrice del nuovo codice, considera qui i giuristi non come puri scienziati, chiusi in quel campo di speculazioni teoriche che costituisce in senso proprio la loro scienza, ma come uomini d'azione che portano nella vita pratica i consigli suggeriti dalle loro esperienze di studiosi. Contribuire praticamente, nei limiti della propria competenza professionale alla preparazione delle nuove leggi non è monopolio dei giuristi: in tutti i rami della legislazione la voce dei tecnici precorre e suggerisce le riforme; ed è forse questa collaborazione dei tecnici all'opera legislativa che costituisce uno dei caratteri più salienti del sistema corporativo. A quel modo che, prima di riformare la legge sulla sanità pubblica, il legislatore vorrà sentire l'avviso dei medici, i quali soli potranno indicargli con competenza i metodi più moderni per disciplinare i servizi sanitari, così prima di riformare il processo il legislatore ha voluto sentire l'opinione degli avvocati e dei giudici, che dall'esperienza giornaliera della vita giudiziaria sono messi in grado di conoscere tutti gli inconvenienti del processo vigente e di suggerirne i rimedî. A nessuno verrebbe in mente di classificare quest'attività pratica con cui i patologi contribuiscono alla migliore organizzazione giuridica degli ospedali, come rientrante in quella loro scienza che si chiama patologia; così i consigli con cui i tecnici del processo contribuiscono a migliorare le istituzioni giudiziarie non rientrano nella scienza giuridica intesa come attività meramente conoscitiva e teoretica. Con che, insomma, si torna a dire che tutta l'opera importante e altamente meritoria che i giuristi dedicano alla preparazione dell'*ius condendum* non è, a rigor di termini, vera scienza, ma è essenzialmente attività politica.

3. — Ma l'opera data dai giuristi alla riforma del processo civile

(3) Cfr. in proposito il bel libro di B. Leoni, *Il problema della scienza giuridica* (Torino, 1940).

non si è limitata a questa remota intuizione di tendenze innovatrici e a questa anticipata elaborazione di programmi (si pensi all'apostolato di GIUSEPPE CHIOVENDA per l'oralità) alla quale la relazione ministeriale allude quando parla del « fattore scientifico » della riforma; ma si è svolta anche in maniera più immediata, se pur meno visibile, in quest' ultima fase di revisione del progetto, alla quale il ministro GRANDI ha voluto che collaborassero, com'è ricordato in altra parte della stessa relazione (n. 4), anche alcuni studiosi di diritto processuale. Per la personale esperienza che ho avuto di questa fase, mi par di poter ritenere che l'opera spiegata da questi giuristi chiamati a rivedere la ultima formulazione di un testo di legge, debba considerarsi più strettamente tecnica (o anche « scientifica », purchè si intenda che si tratta di scienza *applicata*) di quella, sostanzialmente politica, di cui finora si è parlato.

Quando si tratta di porre le direttive politiche attinenti al *contenuto* di una riforma, può darsi che il legislatore le trovi già suggerite nelle opere dei giuristi, come in parte è avvenuto questa volta per la riforma del processo civile; ma insomma, anche in questo caso, chi deve scegliere e far sue queste direttive e trasformarle da ottativi in imperativi, è lui solo, il legislatore. Viceversa, quando si tratta di dare alla volontà del legislatore già concretata nel suo contenuto, una formulazione esauriente e corretta, qui può apparire indispensabile la opera dei giuristi, i quali soli posseggono la competenza tecnica occorrente per dare al pensiero del legislatore quella espressione normativa che è la forma specifica del diritto.

Del comitato che ha proceduto alla revisione definitiva del nuovo codice faceva parte anche un filologo, specialmente incaricato di curare la correttezza linguistica del testo: e non credo di menomare l'opera sua, di cui il nuovo codice mostra nella chiara semplicità dello stile la impronta, se suppongo che egli, per assicurarsi che nella formulazione degli articoli fosse rispettata la buona lingua italiana, non abbia avuto bisogno di formarsi un'opinione sul contenuto di quelle disposizioni, e così, ad esempio, sull'opportunità di conservare il collegio nei tribunali o di limitare in appello l'ammissibilità delle nuove prove. Ma se penso a quello che è stato in quest'opera di revisione il compito dei giuristi, sono tratto a trovarvi molti punti di somiglianza coll'opera del linguista: anche i giuristi, chiamati a collaborare alla formulazione degli articoli di una nuova codificazione, possono svolgere tranquillamente questa modesta opera loro senza aver bisogno di mettere in giuoco le loro opinioni personali sul contenuto delle disposizioni. Quello che ad essi si chiede *in questo stadio del lavoro* è di adoprarsi a rendere il pensiero del legislatore chiaro ed accessibile a chi dovrà applicare il

nuovo codice, in modo che le disposizioni di esso siano tra loro coordinate in un sistema nel quale tutti i dubbî dei giudici e degli avvocati, che dovranno mettere in pratica il nuovo processo, trovino adeguata risposta. Le opinioni personali dei giuristi sulla bontà intrinseca di certe soluzioni scelte dal legislatore possono esser divise; ma, una volta avvenuta la scelta, il lavoro di formulazione e di sistemazione si svolge in base a criterî esclusivamente formali, che non variano per il variare del contenuto degli articoli.

Durante i lavori preparatorî del nuovo codice qualcuno poteva essere in dubbio sulla opportunità di trasformare il sistema dell'appello, tradizionalmente concepito come un *novum iudicium*, in una *revisio prioris instantiae;* ma, una volta scelta dal legislatore, in base a criterî essenzialmente politici, questa seconda strada, la ricerca degli espedienti meglio idonei a far funzionare praticamente questo nuovo tipo di appello limitato, e ad inserirlo al suo posto nel meccanismo del processo, diventava un semplice affare di abilità tecnica: si trattava infatti semplicemente di saper scegliere e combinare in quella specie di campionario di concetti giuridici che ogni giurista trova nel suo cantiere, i pezzi più adatti a tradurre in pratica il disegno del legislatore.

Quest'opera di chiarificazione e di coordinazione può essere modesta, ma è pur preziosa e indispensabile se le leggi devono essere fatte per essere intese dagli uomini, e per dare ad essi la certezza dei loro doveri; ed è opera molto affine a quella del linguista, che ricerca la terminologia più esatta e i costrutti più appropriati, secondo criterî che sono gli stessi qualunque sia il giudizio politico che egli dà sul contenuto dei testi sottoposti alla sua revisione.

Proprio a questo lavoro di revisione del testo la relazione ministeriale allude quando afferma che il codice uscito da questa collaborazione « non è un codice dottrinario »: in quanto si è cercato di adoperare nelle sue formule uno stile semplice e piano, limitando allo stretto necessario le innovazioni di terminologia ed evitando di introdurvi classificazioni o modi di dire in cui fosse troppo visibile un marchio di fabbrica personale (4).

---

(4) Rel. GRANDI, n. 19, in fine: « Anche per la terminologia si sono evitati gli « eccessivi tecnicismi e le innovazioni non indispensabili. La lingua di un codice « dev'essere, per quanto si può, alla portata della gente comune; nè giova aggra- « vare lo sforzo, che la pratica deve compiere per assuefarsi alla nuova legge, « con modificazioni di terminologia, non strettamente richieste da innovazioni della « sostanza. In ossequio a tali criteri, si è cercato più che si è potuto di rimaner « fedeli al linguaggio del codice cessato: le variazioni di denominazione sono state « di regola limitate a quei casi (com'è quello del perito, che nel nuovo codice è

A proposito di che non posso tacere un rilievo che può sembrare singolare, ma che a me è parso confortante. Mentre gli studiosi di diritto processuale, che hanno preso parte all'opera di revisione del nuovo codice, avevano ciascuno nel campo della teoria le proprie opinioni e le proprie tendenze sistematiche, sicchè non v'era si può dire alcun punto della dogmatica generale del processo in cui non si trovassero in disaccordo, tuttavia si sono trovati quasi sempre d'accordo, nonostante questi loro fondamentali dissensi teorici, sulle questioni relative alla redazione degli articoli del nuovo codice. Per profonde che fossero tra noi le divergenze intorno ai concetti, poniamo, di giurisdizione o di azione, ci siamo accorti (o almeno ho creduto di accorgermene io che scrivo) che tutto questo non aveva importanza quando si trattava di formulare in modo chiaro e preciso articoli di legge, destinati non già a risolvere questioni accademiche, ma a dare agli uomini norme sicure per il loro pratico operare. Più volte, durante i lavori di revisione, portati dal discorso fino al punto di sviarci in discussioni di pura teoria, ci siamo subito rimessi in carreggiata, perchè abbiamo sentito da noi come queste polemiche dogmatiche sarebbero state fuori di posto in quel momento: e abbiamo verificato quasi con meraviglia che, anche essendo in disaccordo su certe premesse sistematiche che sembrerebbero fondamentali, si può trovarsi in perfetto accordo sulla forma da dare agli articoli di un codice. A voler cercare le ragioni di questo singolare fenomeno, che ci porterebbe ad approfondire il problema delle relazioni tra diritto positivo e sistema, sarebbe necessario un discorso assai lungo e difficile: io mi limito a sottoporre questo dato di ingenua esperienza ai filosofi, che ne sanno più di me.

4. — Ma ormai quello che più conta è non tanto il contributo che la dottrina ha potuto dare, nei modi ora visti, alla riforma del pro-

---

« denominato consulente tecnico) in cui esse erano il segno di una sostanziale rin-
« novazione di vecchi istituti.

« E se tutti gli articoli sono stati sottoposti a un'accurata revisione linguistica,
« questa ha mirato non tanto a trasportare nel nuovo codice il rigore di certa
« sottile terminologia tecnica che ha la sua alta funzione solo nei trattati, quanto
« a ringiovanire e a semplificare lo stile forense secondo l'uso della buona lingua
« nostra, che assai volte rimane soffocata dal malvezzo curialesco del gergo arcai-
« cizzante, misterioso ed inutile come le formule della magia. Se il nuovo codice
« di procedura civile, colla chiara semplicità delle sue disposizioni, potesse inse-
« gnare a certi pratici che per farsi intendere dai giudici non è indispensabile
« adoprare lo stile ampolloso e pretenzioso dei legulei di tre secoli fa, anche per
« questo esso avrebbe contribuito potentemente ad avvicinare la giustizia al po-
« polo ».

cesso civile, quanto il contributo che essa d'ora in poi potrà dare alla riuscita pratica di questa riforma.

In verità qualche lettore disattento della relazione ministeriale potrebb'essere tratto a credere che il legislatore, mentre ha apprezzato nei modi ora visti la collaborazione della scienza giuridica nel periodo preparatorio del nuovo codice, non abbia mostrato altrettanta fiducia nell'opera della dottrina per quanto attiene al futuro. In quella parte conclusiva della relazione (n. 33) nella quale la riuscita della riforma è prospettata sopra tutto come un problema di uomini, si leggono espressioni di calda fiducia indirizzate ai giudici e agli avvocati e perfino ai cancellieri e in genere a tutti gli ausiliarî della giustizia; ma non una parola è rivolta, per quello che riguarda l'avvenire del codice, agli studiosi. Dimenticanza, o deliberata omissione? Nè l'una nè l'altra, a mio avviso: probabilmente è proprio nei magistrati e negli avvocati che la relazione ministeriale ha voluto personificare i compiti della dottrina: quasi per far intendere che la dottrina della quale ha bisogno il nuovo codice al momento della sua entrata in vigore è quella che può servire ad aiutare i giudici e i difensori a mettere in moto i meccanismi della nuova legge, a trasformarla da lettera morta in vivente realtà quotidiana.

Sembra dunque di poter leggere tra le righe una specie di discreto suggerimento dato dal legislatore ai giuristi: ora che la nuova legge è compiuta, quello che importa è di applicarla bene, quello che conta è l'orientamento della pratica. Benvenuta dunque, se coopererà a questo fine, l'opera della dottrina, purchè non sia « dottrinaria »; benvenuta la scienza giuridica, purchè si tratti di scienza *applicata.*

Par di sentir riecheggiare, al momento in cui dobbiamo accingerci allo studio del nuovo codice, la parola ammonitrice di un grande maestro: « fare della teoria utile » (5). Ma è proprio qui che sorgono i dubbî e i dissensi: che cosa vuol dire « scienza utile »? non c'è una contraddizione insanabile tra questi due termini, tra la scienza che è disinteressato conoscere, e l'operare pratico stimolato dall'utilità? e se la scienza giuridica in tanto vale in quanto è « utile », si può dire che sia una scienza? e che differenza c'è, se pur vi può essere, tra questa scienza « utile » e la politica? (6).

5. — L'odierna crisi delle coscienze intorno al fondamento e ai confini del diritto, ormai così malcerti e sfumanti che molti più non

---

(5) V. Scialoja, *Diritto pratico e diritto teorico,* in *Riv. dir. comm.,* 1911, I, 441 e segg.

(6) Cfr. G. Capograssi, *Leggendo la « metodologia » di Carnelutti,* in *Riv. int. di fil. del dir.,* vol. XX, fasc. 1; e il già citato volume del Leoni.

riescono a intendere quale sia e se ci sia un proprio territorio d'attività riservato ai giuristi, si riannoda direttamente a quelle concezioni secondo le quali in sede filosofica l'esperienza giuridica coincide e si identifica colla esperienza politica.

Tale identificazione, che riduce tutte le leggi al concreto atto volitivo, considerato come la sola realtà che esiste nella vita del diritto, pone sullo stesso piano l'attività di chi crea il diritto e l'attività di chi lo esegue e lo applica: anzi nega che, sotto l'aspetto filosofico, si possa far differenza tra creazione ed applicazione del diritto, e quindi tra un'attività politica, volta soltanto alla creazione, ed una attività volta alla sola applicazione del diritto, che, in contrapposto con quella, si possa considerare meramente « giuridica ». La parola « politica » assume dunque, in questa concezione dei filosofi, una portata più vasta di quella che ha nel comune linguaggio: mentre nella terminologia ordinaria la parola politica è riservata a indicare quel complesso di forze che agiscono per arrivare ad esprimersi in leggi e quindi per instaurare nello Stato un certo sistema di norme giuridiche (e tra queste forze si annovera anche, come si è visto al n. 2, la dottrina quando suggerisce le riforme *de iure condendo*), la filosofia osserva che non meno dell'attività creatrice delle leggi si deve considerare rientrante nella politica l'attività volta ad eseguirle, perchè non solo è indirizzata a scopi pratici, ossia politici, l'opera del legislatore che col dettare le leggi mira a imporre alla società un certo ordine corrispondente alla sua volontà, ma è altresì essenzialmente pratica e quindi politica la attività di chi trasforma in concreti atti di volontà i suggerimenti e le direttive contenute nelle norme astratte poste dal legislatore: sia esso il privato che per la soddisfazione del proprio interesse individuale stimola l'intervento dell'autorità posta a tutela del diritto, o il giudice che colla sua sentenza pone in luogo della inerte ed astratta ipotesi della legge una volontà concreta volta a modificare praticamente la realtà, o più in generale il giurista, la cui indagine non si limita mai ad un processo meramente conoscitivo e teorico, ma costituisce anche essa un atto pratico col quale egli concorre a creare la legge del caso singolo ed in tal modo alla modificazione e al progresso del diritto. Così (secondo queste correnti filosofiche) il diritto è forza non solo in quanto colla forza della guerra o delle rivoluzioni si instaurano i regimi che creano il diritto, ma altresì in quanto ogni atto in cui il diritto concretamente si manifesta, appare, attraverso la volontà del giudice, dell'avvocato o del giurista, come la prosecuzione e il complemento di quella stessa forza che l'ha creato.

Tutto questo può anche essere esatto in sede filosofica: fino a quando cioè queste proposizioni siano intese come teorie volte a com-

prendere in che cosa consista l'attività giuridica, collocata al suo posto nel quadro dei momenti dialettici dello spirito, e non già come insegnamenti pratici, sui quali gli uomini debbano regolare le loro relazioni quotidiane. Che un filosofo mi dica che la legge è irreale e che solo la concreta volizione individuale crea il diritto, è cosa che può lasciare indifferente me giurista, purchè resti ben inteso che se nella pratica qualcuno, con questa scusa della irrealità delle leggi pretendesse di violarle a piacer suo, andrebbe ugualmente (nella pratica) a finire in mano dei carabinieri.

Ma il male è che certe teorie filosofiche che « non a torto si chiamano *verità pericolose* » (7) rischiano di avere nella vita pratica, quando siano messe in mano di chi non abbia la serenità speculativa che pone il filosofo in quanto tale al disopra delle risse, ripercussioni di carattere diciamo così pedagogico, che vanno assai al di là delle intenzioni di chi le ha enunciate: formulate al solo scopo di intendere e interpretare la realtà, esse rischiano di diventare armi micidiali per insegnare a metter lo scompiglio nel mondo e per giustificare le peggiori furfanterie. A forza di sentir dire che il diritto si riduce all'economia, c'è il caso che l'inesperto (o il dilettante, che è ancor più temibile) di filosofia, si metta a proclamare che il diritto consiste unicamente nel far tutti quanti il comodo proprio; a forza di sentir dire dai filosofi che le leggi sono « irreali » e che ciò che vale è solo il « concreto atto volitivo », c'è il pericolo che il laico si metta a praticare individualmente la violenza senza curarsi dei codici, convinto di aver bene imparato la lezione e di porre in essere così, colla forza del suo pugno, quel concreto atto volitivo nel quale solo, secondo i filosofi, il diritto si concreta e vive. Così queste verità filosofiche, le quali erano nate come spassionati riconoscimenti e interpretazioni della realtà, si trovano ad essere, quando siano adoprate da mani inesperte, come le forze cieche scatenate dall'*apprenti sorcier*, ignaro della formula per ricacciarle nell'abisso.

Solo chi vive come noi la vita pratica del diritto, così faticosa e dura, può misurare quanto la diffusione di queste « verità pericolose » sul fondamento del diritto abbia contribuito ad ingenerare e ad aggravare questo discredito del diritto nella vita pratica, di cui tanto soffriamo.

6 — Proprio su una consimile trasposizione sofistica di una proposizione dal campo della speculazione filosofica a quello dell'operare pratico si fonda, se non mi inganno, l'accusa di insensibilità politica periodicamente rivolta ai giuristi, e l'anatema, ritirato fuori dalle guardarobe della letteratura giuridica, contro il loro dogmatismo.

---

(7) Croce, *Etica e politica*, pag. 218-219.

La filosofia, come si è veduto, prende i giuristi quali essi sono, col loro attaccamento alla legge, col loro dogmatismo, colla loro tecnica: e dimostra che, comportandosi così come si comportano, e servendosi di tutti quegli strumenti logici e metodologici di cui essi si valgono per interpretare le leggi e per applicarle ai casi pratici, essi fanno senza accorgersene della politica, al modo stesso con cui monsieur Jourdain parlando faceva senza accorgersene della prosa. Questo la filosofia dice dei giuristi; ma non dice che essi facciano male a fare così come sempre hanno fatto, nè si propone, con questa enunciazione di una verità teorica, di negare l'utilità pratica del loro metodo, o di atteggiarsi a maestra della loro arte.

Viceversa in questi ultimi anni questa verità filosofica della identificazione del diritto colla politica è stata invocata come argomento polemico contro i giuristi, ai quali si è rimproverato di rimanere attaccati ai loro studî, alla loro logica, alla loro tecnica, a tutti quegli strumenti metodologici insomma, l'uso dei quali costituisce per definizione l'attività e la scienza giuridica; e di non decidersi finalmente a cambiar mestiere, mettendosi a fare, invece che i professionisti del diritto, i professionisti della politica.

Ma nella vita pratica l'attività giuridica non esiste come categoria filosofica: nel mondo empirico esistono i giuristi (cioè quegli uomini che fanno i giudici, gli avvocati, i docenti e così via) come professionisti, la cui attività professionale è necessariamente ristretta entro certi confini, per quel bisogno della divisione del lavoro e della specializzazione, al quale naturalmente obbedisce ogni tecnica. Proprio per questa divisione del lavoro, che è supremo canone di ogni operare umano, la attività dei giuristi, come *tecnici dell'applicazione delle leggi,* si distingue, per metodo, per studî, per *forma mentis,* dall'attività di coloro che, invece che ad applicare ai casi della vita il diritto già formulato nelle leggi vigenti, si adoprano a creare il diritto nuovo, cioè a dare impulso agli organi ai quali nello Stato è demandata la formulazione del diritto e ad ottenere che da essi, al posto delle leggi in vigore, altre siano formulate più giuste di quelle vigenti. Quest'ultima attività, volta a creare il nuovo diritto, è quella che nel linguaggio ordinario si chiama, *stricto sensu,* la politica: e in questo senso, nel senso cioè di una necessaria divisione di lavoro corrispondente a due diversi momenti della vita del diritto, la formulazione delle leggi e la loro applicazione, si intende perfettamente, nella terminologia dei laici, la distinzione tra *politici* e *giuristi.* Non sarà questo un modo di esprimersi filosofico, perchè per i filosofi tanto l'attività di chi prepara le nuove leggi, quanto l'attività di chi le applica è allo stesso modo attività politica, ma insomma, con questo modo di esprimerci alla buona è certo che tra

noi gente modesta ci intendiamo e ci siamo sempre intesi: quando si dice che la giustizia dev'esser al sicuro dalle inframmettenze politiche, o si contrappone l'*ius conditum* all'*ius condendum*, o nell'esaminare un problema si dice che altro è l'aspetto giuridico altro l'aspetto politico sotto il quale può esser considerato, adopriamo espressioni che sappiamo corrispondere a una reale divisione di competenze tecniche, che si trova attuata in realtà (ed è bene che sia) nella vita pratica della società.

Ora il sofisma di chi attacca i giuristi per non essere abbastanza politici è appunto questo: poichè sul piano speculativo (si dice) una stessa categoria filosofica, quella della politica, comprende tanto l'attività di coloro che nella vita pratica operano per creare le leggi (i politici *stricto sensu*) quanto l'attività di coloro che nella vita pratica operano per applicarle (i giuristi), è bene che anche nella pratica tecnica scompaia ogni distinzione tra queste due attività, nel senso che anche i giuristi debbano d'ora in avanti cessare di essere i servitori delle leggi vigenti, per diventare invece i promotori delle leggi dell'avvenire. Sarebbe come chi dicesse, insomma che, poichè sotto l'aspetto speculativo il lavoro del calzolaio è un'attività pratica, che filosoficamente, nella classificazione dei momenti dialettici dello spirito, non si distingue dal lavoro del muratore, sarà bene che d'ora innanzi i calzolai si mettano a tirar su i muri ed i muratori a risolare le scarpe!

7. — In realtà se, fuor della filosofia, i giuristi hanno e possono continuare ad avere nella vita pratica un campicello da coltivare per loro conto coi tradizionali strumenti del loro mestiere, questo è una conseguenza necessaria del sistema della *legalità*, in forza del quale lo Stato, invece di formulare il diritto caso per caso al momento in cui un conflitto in atto renda indispensabile una soluzione di forza, preferisce formulare in anticipo, con un processo di astrazione basato sul *quod plerumque accidit*, quelle sue volizioni per classi che sono le leggi; preannuncio di forza, programma di azione che lo Stato si propone di mettere in atto con costanza ed uniformità nell'avvenire, tutte le volte in cui si verificheranno in concreto certe situazioni di fatto previste in ipotesi come possibili.

In questo sistema della *legalità* (8) l'attuazione del diritto si compie in *due tappe*: in un primo momento il diritto è formulato dal legislatore in forma di legge generale ed astratta; in un secondo momento, dalla accertata coincidenza tra l'ipotesi astratta e il fatto concreto, il comando si individua e si trasforma in azione, o per il volontario com-

---

(8) Sul quale cfr. le mie *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, § 9.

portamento dell'obbligato o per la coazione posta in opera dal giudice e dall'esecutore. E' in questa seconda tappa che si apre il campo al lavoro dei giuristi: i quali cogli accorgimenti della loro « tecnica » sono appunto chiamati a facilitare questa non sempre agevole specificazione della legge astratta in comando concreto, questa individuazione della volontà dello Stato che è necessaria affinchè la legge possa praticamente operare sulla condotta dei consociati.

I giuristi *sono dunque gli ausiliarî fedeli e insostituibili della legalità*: e la distinzione tra attività politica e attività giuridica in tanto è possibile in quanto vi sia nell'ordinamento costituzionale dello Stato una distinzione tra il momento legislativo e il momento giurisdizionale del diritto. Coloro che se la pigliano contro la mentalità gretta e conservatrice dei giuristi, li maltrattano in realtà soltanto come falso scopo, perchè il vero bersaglio ch'essi vogliono colpire è il sistema della legalità; vorrebbero ridurre i giuristi a puri politici, perchè vorrebbero uno Stato in cui non ci fossero più leggi e in cui in luogo di esse fosse instaurato, come è avvenuto in Russia nei primi tempi dell'esperimento comunista, il sistema del « diritto libero », della giustizia del « caso singolo ». In un sistema cosiffatto, diritto e politica farebbero, non più soltanto sul piano filosofico, tutt'uno: non ci sarebbe più campo per la « tecnica giuridica », perchè non ci sarebbe più bisogno di giuristi.

Per arrivare alla formulazione del diritto, che, come è stato detto tante volte, costituisce la statica di cui la politica è la dinamica, bisogna che gli organi a ciò deputati procedano a un non facile lavoro di interpretazione, di coordinazione e di selezione di tutte le forze sociali che in un certo momento storico si urtano ed incalzano per trasformarsi da aspirazioni riformatrici o da ribellioni rivoluzionarie in comandi di legittime autorità. La formulazione del diritto, che è la sintesi ed il residuo di queste forze, presuppone dunque un arduo processo, che si potrebbe chiamare di *diagnosi politica,* attraverso il quale queste forze incomposte debbono essere dominate, coordinate, placate: e solo allora, dopo che si è compiuto dentro il forno della politica questa combinazione a fuoco di elementi eterogenei, può apparire in fondo al crogiuolo, come il metallo puro che si libera dalle scorie della fusione, il puro diritto cristallizzato.

Questo lavoro di diagnosi politica, attraverso il quale si incanalano ai fini della civiltà le forze della storia, *nel sistema della formulazione legislativa spetta esclusivamente al legislatore.* E' sugli organi incaricati di formulare le leggi, comunque essi si chiamino o comunque siano costituiti, che vengono costituzionalmente a sboccare ed a far leva le forze politiche da cui nasce il diritto: sono essi, gli organi legislativi, i filtri che l'ordinamento dello Stato appresta per decantare

dalle confuse e discordi aspirazioni dell'*ius condendum* la certezza positiva dell'*ius conditum*. Talchè, una volta che il diritto sia uscito dalla fucina del legislatore, colato nelle formule delle leggi, esso si raffredda e si consolida, e il giudice deve applicarlo così come esso gli viene presentato, senza poter ricominciare per conto suo quel lavoro di diagnosi politica, che è stato compiuto una volta per sempre, una volta per tutti, dal legislatore. Questa è dunque, in pratica, la repartizione di lavoro che distingue questo sistema detto della formulazione legislativa del diritto o, più brevemente, sistema della *legalità*: che tutti i fattori politici devono esser portati alla valutazione degli organi competenti a creare le leggi, non degli organi, quali sono in prima linea i giudici, ai quali spetta soltanto applicarle così come sono. In questo senso vige, nel sistema della legalità, la separazione tra giustizia e politica: che al giudice (e in generale al giurista) non spetta discutere la bontà politica delle leggi; gli spetta soltanto, in quanto giudice e in quanto giurista, osservarle e farle osservare.

Profondamente diverso, anche sotto il profilo della ripartizione tra giustizia e politica, è il sistema contrapposto della formulazione giudiziaria del diritto, o sistema del « caso per caso ». Qui, come non esistono nel processo di formulazione del diritto due tappe distinte (creazione della legge, e sua applicazione) così non esiste a mezza strada tra la politica e la sentenza il filtro degli organi legislativi. Qui, in questo sistema, la politica sbocca direttamente contro il giudice e lo investe colle sue ondate, senza che ci sia dinanzi a lui lo schermo (direi quas il frangiflutti!) della legge che lo ripara dalle tempeste. In questo secondo sistema la diagnosi politica, anzichè fatta in anticipo per classi, dev'esser ricominciata per ogni caso che si presenta: qui il giudice non dev'esser più un tecnico esperto del modo di interpretare le leggi, ossia un giurista, ma dev'essere esclusivamente un politico, che si senta capace, ogni volta che gli si presenta un caso, anche il più insignificante, da giudicare, di rifar quella ardua sintesi che gli è indispensabile per distillare dalla grande politica la piccola goccia di diritto occorrente per decider la lite. Qui il giudice non importa che si affatichi a studiare le leggi, perchè le leggi non ci sono: occorre soltanto che in qualsiasi evenienza, anche quando si tratta di giudicare sulla rivendicazione di una gallina, egli sia pronto (come dicono) a interrogare la storia.

8. — Ma è tempo di tornare al codice di procedura civile; questa lunga digressione è stata indispensabile, per poter arrivare a questo soddisfacente riconoscimento: che il nuovo codice, lungi dall'aprire il varco alle tendenze centrifughe e dissolvitrici del diritto libero, ha voluto consapevolmente essere una energica riaffermazione del sistema

della legalità, e quindi *un solenne riconoscimento della utilità della tecnica giuridica*, necessario tramite dell'applicazione delle leggi ai casi concreti.

Sulla natura dell'ufficio del giudice (e quindi, più in generale, dei giuristi), al quale il nuovo codice chiede di essere « l'austero assertore « di una più forte e più piena legalità », la relazione ministeriale contiene espressioni che non potrebbero essere più chiare ed energiche (n. 8); e al principio della legalità il nuovo codice ha voluto rimanere fedele anche nel campo specifico del diritto processuale (rel., n. 16), nel quale si è nettamente respinta la tendenza, affiorante nella legislazione di altri paesi, ad affidare al giudice il potere di fissare liberamente caso per caso, fuori da ogni argine di legge, il procedimento ch'egli stimi meglio corrispondente alle concrete esigenze della controversia da decidere.

Ove questa illimitata libertà del giudice fosse ammessa, la funzione pratica della scienza processuale sarebbe in gran parte annullata: come penso che dovrebbe avvenire in un paese in cui fosse resa generale quella disposizione che all'inizio della guerra è stata messa in vigore in Germania per gli *Amtsgerichte*, ai quali è stato concesso il potere di determinar discrezionalmente caso per caso il proprio procedimento (9).

Si può domandare infatti a che cosa potrebbe ridursi l'opera del processualista in un ordinamento siffatto, in cui non esistessero più nè termini da rispettare, nè forme da osservare, nè sicurezza di contraddittorio, nè garanzie di impugnazioni, nè in generale leggi da interpretare e da applicare; ma in cui imperasse soltanto, vario ed imprevedibile per ogni caso, l'arbitrio del giudice. Certo, in questo modo i procedimenti potrebbero esser più sbrigativi; ma anche la sistematica del processo sarebbe ridotta a un principio molto semplice: obbedire e tacere.

Per nostra fortuna, il nuovo codice non riserva ai giuristi italiani una così radicale semplificazione. In faccia al nuovo codice, ci sentiamo coi piedi sulla terra, su questa solida ed elastica e nutrita terra italiana: dinanzi a noi c'è una legge da studiare, e dentro a noi la coscienza di un lavoro utile da compiere per aiutare la pratica ad applicarla nel modo più conforme ai fini della giustizia. Questo è sempre stato e sarà il compito dei giuristi da quando vi furono e finchè vi saranno leggi: e quando le leggi non vi fossero più, anche i giuristi scomparirebbero con esse.

---

(9) *Verordnung über Massnahmen auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung*, 1° settembre 1939, § 10; « *In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten bestimmen die Amtsgerichte und die Arbeitsgerichte ihr Verfahren nach freiem Ermessen* », cfr. SCHÖNKE, *Das Zivilprozessrecht des Krieges* (Berlin, 1940).

Solo nel sistema della legalità la funzione dei giuristi non va confusa nè colla storiografia nè colla politica: se da una parte il giurista deve prima di tutto conoscere e ricostruire come storico le fonti dello *ius conditum*, le leggi e gli eventi da cui esse sono sorte, e se d'altra parte il giurista può a un certo momento, trasformandosi in politico militante, criticare le leggi vigenti e dare opera pratica all'instaurazione dell'*ius condendum* (cfr. n. 2), tra questi due territorî vi è una zona intermedia che è quella *tecnicamente* riservata ai giuristi, la professione dei quali consiste proprio nello studiare e nell'interpretare le leggi vigenti per agevolarne a chi deve applicarle la comprensione e la specificazione (10). Se questa attività sia da considerarsi come vera scienza, o come mera tecnica, è un altro discorso (11); ma è certo che, fino a che vi saranno leggi, i giuristi avranno questo pezzetto di terra dove potranno sentirsi a casa loro.

9. — Colla coscienza di avere una propria funzione pratica da compiere, che è il portato necessario e insopprimibile della astrattezza delle leggi, possiamo dunque con rinnovata fiducia in noi stessi metterci al lavoro sul nuovo codice di procedura civile.

Tutte le astrattezze della dogmatica giuridica, tutte le sottigliezze dell'ermeneutica, tutte le architetture della sistematica, si giustificano e acquistano un senso quando sono considerate non come fine a sè stesse, ma come mezzi volti a far discendere le leggi dal loro empireo e a farle diventare presenti e praticamente operanti fra gli uomini.

Questo sottile lavoro dei giuristi, che si industriano a trovare un ordine nella congerie delle leggi e a ricollegarle tra loro coi fili delle classificazioni, in realtà non ad altro tende che a dar modo al giudice e all'avvocato di orientarsi in quel caos, e di ritrovare agevolmente, per ogni caso da decidere, la casella fatta per esso. Le leggi, per quanto minuziose e precise, non possono prevedere tutte le varietà della pratica e devono limitarsi a regolare poche ipotesi tipiche; ma tutti i casi intermedî, che stando alla lettera cadrebbero negli interstizî rimasti vuoti tra una disposizione e l'altra, sono raccolti e recuperati nelle maglie della dogmatica, che, integrando gli spazî bianchi della legge, ne moltiplica all'infinito le caselle, ossia *le possibilità di applicazione*.

Se a questo non servisse, la dogmatica diventerebbe un giuoco ozioso. Di ciò credo che dobbiamo convincerci tutti noi giuristi ai

---

(10) Cfr. Calogero, *La scuola dell'uomo* (Firenze, 1939), pagg. 86-87; e ora in termini anche più precisi, *La metodologia del naturalismo giuridico*, in *Arch. di studi corporativi*, 1940, specialmente a pagg. 469-470.

(11) Cfr. Bobbio, *Scienza e tecnica del diritto* (Torino, 1934).

quali sta a cuore l'avvenire della nostra scienza: e credo che per non dare esca alle perniciose tendenze che vorrebbero riassorbire il diritto nella politica, bisogni a nostra volta cercar di moderare certi estremismi dogmatici ai quali rischia talvolta di trascinarci il nostro abito professionale, naturalmente incline a considerare le nostre costruzioni astratte non già come espedienti tecnici posti al servizio delle leggi e giustificati quindi unicamente dalla loro utilità pratica, ma come verità eterne e immutabili destinate a sopravvivere al variare degli ordinamenti positivi.

E' questo il nodo più potente e più patetico del dissidio intimo in cui si dibatte ogni giurista: che non sa rassegnarsi all'idea che tutte le belle architetture dogmatiche, a tirar su le quali egli ha dedicato il lavoro di tutta la sua vita, siano soltanto lo strumento contingente di una certa situazione storica, destinato a cadere con essa; e si affanna a ricercare principî che gli sembrano superiori alle contingenze del diritto positivo, e si rallegra perchè crede di avere acquisito con ciò verità che non andranno più perdute, e che d'ora in avanti non potranno essere più ignorate da chi vorrà continuare sul cammino di questa scienza; e quasi si inebria di questa sua conquista al par dell'astronomo che quando scopre una nuova stella non pensa un istante a domandarsi « a che serve » questa scoperta, che ha il suo premio e il suo perchè nella pura gioia del conoscere disinteressato.

Anche se guardo d'intorno a me, tra i giuristi che più mi sono vicini e più cari, trovo che proprio questa fede nell'eternità della dogmatica è la fiamma che ha inspirato molte opere insigni.

Di questa fiamma, per citare un solo esempio ch'è tra noi il più significativo, si sente il calore in ogni pagina di quella *Metodologia del diritto* di Francesco Carnelutti, che è così avvincente e perfino in certi punti così commovente, proprio perchè vi si legge l'esame di coscienza di un grande costruttore di sistemi giuridici, il quale dalla più alta guglia del suo monumento considera il metodo che l'ha portato lassù e riafferma la sua fede sulla « scientificità » del suo lavoro.

In queste pagine la scienza giuridica è posta sullo stesso piano delle scienze naturali: e di « naturalismo giuridico » si è appunto parlato a proposito di questa tendenza (12). I « concetti giuridici » sono qui considerati come una realtà che esiste all'infuori e al disopra del diritto positivo, e che il giurista « scopre » allo stesso modo con cui nelle scienze positive sono oggetto di scoperta quelle relazioni tra fenomeni che si chiamano leggi naturali. I concetti giuridici sarebbero per loro natura « simmetrici », al par dei cristalli nelle formazioni geologiche;

---

(12) Calogero, *La metodologia del naturalismo giuridico*, già citato.

ed anzi questo carattere della simmetria dovrebbe considerarsi come una specie di filo conduttore per guidare alla scoperta di nuove verità. Come i chimici, che avendo supposto nella serie degli elementi un certo ordine sistematico, sono arrivati a individuarne alcuno per ragioni di simmetria ancor prima di averlo verificato all'analisi, così il giurista, dopo aver isolato un concetto giuridico, sarebbe in grado di argomentare, per una legge di armonia architettonica, l'esistenza *in natura rerum* del concetto simmetrico corrispondente (13).

Tutto questo è molto seducente: e anch'io vorrei poter avere questa fede. Ma da parte mia, mentre per le ragioni che sopra ho spiegate credo che la dogmatica giuridica abbia una propria funzione pratica e un proprio campo di azione a salvaguardia del principio della legalità, non riesco d'altro lato a dimenticare il paradosso sempre attuale di chi osservò che bastano tre parole del legislatore a mandare al macero intere biblioteche giuridiche (14).

Indubbiamente per arrivare ad applicare le leggi ai casi pratici, occorre un sistema di raffinati accorgimenti logici, che sono l'arte propria dei giuristi; ma non riesco a sentire questo sistema come una teologia. Indubbiamente gran parte della dogmatica giuridica consiste in distinzioni e in classificazioni, ed è naturale che il giurista cerchi, se non altro per una ragione di chiarezza espositiva, di dare a queste classificazioni una certa prospettiva simmetrica; ma queste classificazioni, a mio avviso, non sono nè vere nè false: possono essere semplicemente più o meno utili, nella misura in cui servono più o meno bene a mettere ordine e chiarezza nella congerie delle leggi e ad agevolare la applicazione del diritto ai casi pratici. Per conseguenza ogni giurista è libero di adottare le distinzioni e le classificazioni che crede, purchè servano agli scopi pratici del diritto di cui egli è servitore: e, al contrario di quello che succede nelle scienze naturali, dove ogni nuova scoperta aumenta il patrimonio della scienza, al quale dovrà necessariamente ricollegarsi chiunque voglia continuar le ricerche su quella via, nel campo della dogmatica giuridica non si può a rigor di termini parlar di progresso, nè si può accusar di errore o di ignoranza quel giurista che, invece di prender le mosse dalle costruzioni dogmatiche dei suoi predecessori, preferisca riferirsi soltanto alle leggi, unico dato storicamente sicuro, dal quale, se vuol rimanere giurista, gli è vietato di svincolarsi.

10. — Con questo animo credo che debba accingersi al suo lavoro il giurista che voglia portare il suo contributo alla riuscita pratica del

---

(13) Cfr. CARNELUTTI, *Metodologia del diritto* (Padova, 1939), pagg. 96-97.

(14) KIRCHMANN, in LEONI, op. cit., pag. 31.

nuovo codice di procedura civile: cominciando dalla esegesi e dalla descrizione, prima che dalla sistematica; tenendo presenti, prima che le classificazioni della dogmatica tradizionale, i fini pratici che il legislatore si è proposto colla sua riforma; mirando più che a complicare le leggi colle sovrastrutture di terminologie inusitate, a renderle chiare in modo che anche i profani possano meglio capirle ed osservarle. Questo è infatti l'altissimo compito sociale del giurista: andar tra gli uomini a spezzare tra loro il pane della legalità.

Qualcuno dirà che in questo modo il campo della scienza giuridica, intesa come pura tecnica della giurisdizione (15), si riduce a ben misera cosa. Questa idea illuminante e confortante che è la giustizia si deve dunque tradurre in mano dei giuristi in un servile ossequio alla legge costituita, in un'adorazione prona di questa forma vuota, anche se al suo contenuto repugna la coscienza di chi la dovrebbe applicare? E la lotta per il diritto, che vuol dir lotta per un migliore diritto, per un diritto ideale che può andare al di là delle leggi costituite, sarebbe dunque vietata proprio ai giuristi, cioè proprio a coloro che si professano sacerdoti del giusto?

Vorrei, su questo punto, non esser frainteso. Qui si parla dei giuristi come « scienziati » o, se meglio si preferisce, come « tecnici »: come « professionisti », si potrebbe anche dire, che sono chiamati a svolgere in società una loro attività di specialisti, secondo il principo della divisione del lavoro. Ed è appunto in questa loro veste di tecnici ch'essi non possono varcare i cancelli della legalità. Ma con questo non si vuol dire che i giuristi, sotto la loro toga di tecnici, non siano uomini, che hanno, ciascuno, *una loro fede e una loro morale*; nè che i giuristi, come il geometra che può dimostrare il suo teorema qualunque sia la materia di cui è fatto il solido su cui ragiona, siano ciechi fino al punto di non distinguere se quel solido è fatto d'oro o di fango. Ma si vuol dire soltanto che quando i giuristi si mettono a giudicare le leggi, e magari a combattere fino al sacrificio per rovesciarle, cessano di esser giuristi: *cessano di ascoltare la voce del diritto, per ascoltare soltanto quella, che detta dentro, della coscienza morale.*

Per aver idee chiare sul compito « tecnico » dei giuristi, e per non accusarli, come spesso si usa, di non dare ciò che essi non possono dare perchè non rientra nel loro compito professionale, bisogna non confondere la giustizia *in senso giuridico*, che vuol dire conformità alle leggi, colla giustizia *in senso morale*, che dovrebb'essere tesoro comune di tutti gli uomini civili, qualunque sia la professione che essi esercitano nella vita pratica. La giustizia che amministrano i giudici

---

(15) Cfr., anche qui, i già citati scritti del CALOGERO.

e gli avvocati è soltanto la giustizia giuridica, che vuol dire soltanto giusta applicazione delle leggi vigenti; nè si può far carico ai giuristi se le leggi, alle quali essi sono chiamati a servire come scienziati, non corrispondono sempre a certi ideali di giustizia morale, che non sono scienza, ma fede.

E tuttavia anche la tecnica dei giuristi, se deve rispettare i confini dell'*ius conditum*, ha in sè stessa, nonostante la ristrettezza dei suoi confini, un suo afflato morale che la inspira e la vivifica. Se al giurista, che è essenzialmente un legalitario, non è consentito di prender parte attiva (fino a che vuol rimanere giurista) alla lotta per la instaurazione di leggi più giuste, è però suo ufficio, altrettanto importante, lottare attivamente affinchè il diritto vigente *sia giustamente applicato;* e anche con questa lotta, più modesta e più vicina alla terra, si può contribuire a render meno aspre le miserie umane e a difender la civiltà.

I giovani più generosi che giustamente cercano nella vita posizioni di lotta e di rischio, e pensano giustamente che in momenti gravi come quelli che il mondo attraversa non c'è più posto, neanche nelle professioni, per gli intellettualismi non ravvivati da una fede, devono sapere che la professione dei giuristi, anche se necessariamente ristretta, per ragioni di specializzazione tecnica, entro i limiti della legalità, non è una professione comoda; non è un rifugio per i pigri e per i vili. Anche il difendere le leggi comporta rischi: anche per servir la giustizia giuridica ci vuole coraggio. Per difendere i deboli contro i forti, per sostenere le ragioni dell'innocenza, per sventare le inframmettenze, per dire la verità anche se cruda, per chiuder la porta in faccia alle seduzioni della ricchezza, alle promesse di onori, alle intimidazioni e alle lusinghe al solo scopo di far rispettare la legge anche se questo può dispiacere a qualcuno, per far tutto questo occorre una tale solidità morale, che può dare all'esercizio delle professioni legali la nobiltà di un apostolato.

Nelle aule giudiziarie si legge che: « la legge è uguale per tutti ». Non bisogna sorridere, come si usa, su questo motto: in esso è concentrata, si potrebbe dire, tutta la *moralità della dogmatica giuridica.* L'importanza sociale, la missione umana dei giuristi è proprio questa: far sì che le leggi, buone o cattive, siano applicate in modo uguale ai casi uguali, senza parzialità, senza dimenticanze, senza favori. Tutta quanta la dogmatica giuridica, tutto quell'edificio di distinzioni e suddistinzioni di cui si compongono i sistemi dei giuristi, deve mirare essenzialmente a questo: a stabilire in anticipo criterî sicuri che valgano a mettere in evidenza le somiglianze e le dissimiglianze dei casi, e che possano servire, quando il caso si presenta, a classificarlo subito, senza

esitazioni e senza debolezze, nella casella che la legge gli assegna. La dogmatica giuridica, anzichè essere quel freddo giuoco dialettico che qualche critico ignaro afferma, è dunque nient'altro che uno strumento pratico per far diventare concreta quella volontà *costante* (16) che le leggi enunciano per classi, quella uguaglianza giuridica che le leggi possono promettere soltanto in astratto.

Importa, sì, avere nello Stato leggi giuste: ma assai spesso, nella realtà sociale, i singoli non sono in grado di valutare se e perchè le leggi che li reggono sono giuste, di apprezzare nel loro equilibrio gli elementi politici di cui ha dovuto tener conto il legislatore quando ha posto il diritto; e assai più che alla giustizia delle leggi i singoli sono sensibili alla giustizia della loro applicazione: sono disposti a osservare una legge anche se dura, purchè si convincano che essa, nelle stesse circostanze, sarà dura nello stesso modo per tutti gli altri, senza evasioni e senza titubanze.

Questa è la gioia e la fede del giurista: portare in mezzo agli uomini, e specialmente in mezzo alla povera gente, la sensazione che l'uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge non è una beffa a cui i giudici volgono le spalle, ma è una realtà che vive e si afferma, più forte di ogni prepotenza e di ogni soperchieria; dare all'inerme che vuol vivere in laboriosa pace la certezza dei suoi doveri, e con essa la sicurezza che intorno al suo focolare e intorno alla sua coscienza la legge ha inalzato un sicuro recinto dentro il quale è intangibile, nei limiti della legge, la sua libertà; e sopra tutto far intendere alla gente che questa astrattezza delle leggi, la quale ai profani dà l'impressione che esse siano comandi a vuoto distaccati dalla realtà e troppo ipotetici per essere presi sul serio, è in realtà la formula logica della solidarietà e della reciprocità umana, che è la più efficace forza di coesione della società e la condizione essenziale d'ogni civiltà vera.

C'è chi crede che diritto voglia dire egoismo; in realtà il diritto, quando si presenta formulato in leggi che tutti devono osservare, vuol dire altruismo: poichè questa formulazione astratta delle leggi significa appunto che il diritto non è fatto per me o per te, ma per tutti gli uomini che verranno domani a trovarsi nella stessa condizione in cui io mi trovo. Questa è la grande virtù civilizzatrice e educatrice del diritto, del diritto anche se inteso come pura forma, indipendentemente dalla bontà del suo contenuto: che esso non può esser pensato se non in forma di correlazione reciproca; che esso non può essere affermato in me, senza esser affermato contemporaneamente in tutti i miei simili; che esso non può essere offeso nel mio simile senza of-

---

(16) Cfr. Pekelis, *Il diritto come volontà costante* (Padova, 1926).

fendere me, senza offendere tutti coloro che potranno essere domani i soggetti dello stesso diritto, le vittime della stessa offesa.

Nel principio della legalità c'è il riconoscimento della uguale dignità morale di tutti gli uomini, nell'osservanza individuale della legge c'è la garanzia della pace e della libertà di ognuno. Attraverso l'astrattezza della legge, della legge fatta non per un solo caso ma per tutti i casi simili, è dato a tutti noi sentire nella sorte altrui la nostra stessa sorte: quasi si direbbe che in questo principio della legalità che risale alla grande tradizione del diritto romano si trovi trasfuso in forma logica l'imperativo morale che comanda di non fare agli altri ciò che non si vuole sia fatto a noi stessi.

Con questa fede, pur sapendo che il nostro compito di giuristi è necessariamente limitato, possiamo metterci di buona voglia allo studio del nuovo codice di procedura civile. Sì, anche il « procedurista », questo tecnico del processo che nella mente dei profani è considerato come il tipico esemplare della più gretta dogmatica formalistica, può accorgersi che in questo suo edificio di formule penetra dall'alto, come dalla lanterna di una cupola, un raggio di sole: la coscienza di poter contribuire colle sue teorie a rendere più agevole agli uomini assetati di giustizia l'appagamento di questa loro sete.

Se non servono a questo, le teorie giuridiche non servono a nulla; ma se a questo servono, siano benedette anche le teorie.

XXIII

UN CASO TIPICO DI MALAFEDE PROCESSUALE (*)

La questione esegetica (che si potrebbe ripresentare, in termini di poco variati, sotto l'impero del nuovo codice civile: articoli 249 e 202 del lib. della tutela dei diritti) non mi interessa: vogliamo ammettere, per brevità, che la corte l'abbia risolta bene, nel senso che, combinando l'art. 2043 coll'art. 1999 cod. civ., si arrivi a concludere che le notificazioni ai creditori iscritti, che il terzo possessore deve eseguire allo inizio del giudizio di purgazione in conformità dell'art. 2043 sopra citato e 728 cod. proc. civ. (art. 729 del nuovo cod. proc. civ.), *si possano fare,* qualora manchi l'elezione di domicilio nella iscrizione ipotecaria, allo ufficio delle ipoteche presso cui l'iscrizione fu presa [cfr. ora art. 2890 e 2844 C. c.].

Ma qui la questione interessante era un'altra: si trattava di vedere se si possa considerare valida una notificazione eseguita a bella posta dal notificante in quella forma che, fra tutte le possibili, gli dava la certezza non già di portare a conoscenza del notificando l'atto da notificare, ma proprio (si badi bene) la certezza *del contrario*: cioè la certezza di lasciarlo nella più assoluta ignoranza, e di poter da questa trar profitto per impedirgli di far valere in tempo un suo diritto.

Il caso che ha dato luogo a questa decisione presenta un esempio così tipico di malafede processuale che proprio sarebbe un peccato non attirar su di esso l'attenzione degli studiosi. Ma poichè, in pendenza del ricorso in cassazione contro la sentenza sopra riportata, l'autore della notificazione maliziosa ha riconosciuto il suo torto e ne ha fatto ammenda col pagare il debito, mi limito a raccontare il fatto nelle sue linee essenziali, senza riportare i particolari ed i nomi, come se si trattasse di un caso di scuola, inventato a bella posta per farci sopra qualche esercitazione: rimarrà così nei lettori la pietosa illusione che un caso cosiffatto, in cui un fratello avrebbe giuocato ai fra-

---

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale civile,* a. XVIII, 1941, P. II, pp. 148-155; ristampato in *Studi,* V (Padova, Cedam, 1947), pp. 209-216]. [*Bibliografia,* n. 253].

telli un tiro di questa specie, sia possibile soltanto nella malsana fantasia dei teorici.

Dunque il caso, nelle sue grandi linee, era questo. Un padre, proprietario di un podere, aveva tre figli: uno maggiorenne e già avvocato; gli altri due ancora in età minore. A questi, prima che raggiungessero l'età maggiore, fu lasciata da un congiunto una eredità in danaro; e il padre si fece autorizzare dal tribunale competente a ritenersi quei danari a titolo di prestito, con ipoteca di primo grado sul suo podere. I minori abitavano col padre in una grande città; ma i beni del padre, sui quali fu iscritta l'ipoteca, erano in altra provincia, compresi nel territorio di altra conservatoria. Nelle note di iscrizione ipotecaria, redatte a cura del padre, non fu fatta nell'interesse dei minori alcuna elezione di domicilio.

Divenuti maggiorenni, i due mutuanti richiesero al padre la restituzione della somma: e alla fine, per costringervelo, dovettero ricorrere ai mezzi giudiziari. Ma nel frattempo il padre pensò bene di vendere al figlio maggiore, per un prezzo di vera... combinazione, l'immobile su cui era stata iscritta in primo grado l'ipoteca dei minori e in secondo grado un'altra ipoteca a favore dello stesso acquirente: e fu appunto questo fratello acquirente che con ricorso al tribunale competente iniziò il giudizio di purgazione dalle ipoteche (che il nuovo codice chiama « processo di liberazione dalle ipoteche ») sull'immobile da lui acquistato, ed eseguì le relative notificazioni, non al domicilio reale dei fratelli, *che egli ben conosceva,* ma presso il lontano ufficio delle ipoteche di provincia, presso il quale era stata eseguita l'iscrizione a loro favore durante la loro minor età. Così, essi, mentre continuavano il giudizio contro il padre, ignoravano assolutamente l'apertura del processo di purgazione, e non comparvero a far valere il loro credito nella graduazione: sul prezzo fu collocato il solo acquirente secondo iscritto, e della ipoteca già iscritta a favore di essi non comparsi fu ordinata a loro insaputa la cancellazione. E in tal modo il giuoco fu fatto: semplice, elegante e pulito (1).

Tutto questo meccanismo è stato perfettamente compreso e smascherato dalla corte; la quale nella motivazione ha espressamente riconosciuto che il fratello maggiore non poteva ignorare il domicilio dei fratelli minori, e che la notificazione era stata da lui fatta in quel modo all'ufficio delle ipoteche, *proprio allo scopo di impedire ad essi di venire a conoscenza del giudizio di purgazione*: « perchè non venissero a conoscenza del giudizio di purgazione e non potessero far

---

(1) Cfr. sulle notificazioni *clandestine* nel procedimento esecutivo privilegiato del credito fondiario, FERRARA, in *Studi per Vivante,* 1930, I, pag. 457.

valere la loro ipoteca ». Ma pur riconoscendo l'intento malizioso, si è limitata a definire « assai riprovevole » dal punto di vista morale la condotta del notificante, mentre dal punto di vista giuridico ha deciso che la notificazione, anche se il motivo interno per il quale è stata prescelta quella forma è stato malizioso, si deve considerare formalmente regolare e valida.

Il giurista probo deve, secondo me, guardarsi più che può dalla tendenza umana che lo porta a spostare la risoluzione dei casi giuridici dal piano del diritto a quello della morale: in un ordinamento basato sul principio della legalità, qual è il nostro, la prima morale del giurista è la fedeltà alla legge costituita. Ma tuttavia quando l'esegeta, dopo esser giunto a una soluzione che gli sembra basata sulla legge, avverte una certa scontentezza della sua coscienza, questo disagio può per avventura esser l'indizio sintomatico della ingiustizia giuridica della soluzione: sicchè in tali casi farà bene il giurista a ripensare al suo ragionamento, per veder se eventualmente non vi si trovi qualche lacuna o qualche errore.

Ora il caso deciso dalla sentenza annotata è proprio uno di quelli in cui tipicamente si avverte questo disagio. Questa sentenza che dichiara giuridicamente irreprensibile il tranello nel quale il fratello maggiore è riuscito a far cadere i suoi fratelli minori, lascia nella coscienza una certa pena: sentire un giudice che, mentre deplora la malizia di un furfante, gli riconosce il diritto di godersi in pace il provento della sua furfanteria, lascia perplessi e disorientati, come mi avvenne di sentirmi qualche anno fa quando lessi con questi occhi mortali la sentenza di un tribunale, in cui, dopo aver dichiarato che la domanda dell'attore era moralmente sacrosanta, gli dava alla fine torto in pieno, terminando la motivazione testualmente così: « Il tribunale, nel respinger con rincrescimento la domanda di questo valentuomo, si augura di cuore che egli possa trovare un'autorità disposta ad ascoltare le sue ragioni ».

*
* *

Contro la sentenza della corte fiorentina i due fratelli sacrificati avevano ricorso in cassazione: ma in seguito alla resipiscenza del fratello maggiore hanno rinunciato al ricorso, sicchè la corte suprema non potrà più pronunciarsi sulla interessante questione di diritto. Ma tuttavia io non vorrei che questo caso, veramente tipico, andasse perduto per la dottrina: e questa mia nota ha lo scopo non tanto di proporre una soluzione giuridica di esso diversa da quella seguita nella sentenza annotata, quanto di domandare ai cortesi lettori, ai quali questa nota cadrà sotto gli occhi, come la loro sensibilità di giuristi reagisce alla lettura di

questa decisione; e con quali argomenti (se argomenti ci sono) essi si sarebbero sentiti di poterne chiedere la cassazione per errore di diritto.

a) Una prima argomentazione, suggerita sopra tutto dal buon senso, potrebbe esser questa. Lo scopo tipico della notificazione è quello di *far noto* al suo destinatario un atto processuale: qui, al contrario, la notificazione è stata fatta a scopo perfettamente opposto, cioè allo scopo di impedire al destinatario di aver notizia tempestiva dell'atto da notificare. Dunque (si potrebbe dire) la notificazione è nulla in base allo art. 56 cod. proc. civ., in quanto, pur essendo apparentemente regolare, manca dell'elemento tipico che ne costituisce l'« essenza »: e che la « essenza » di un atto processuale si identifichi col suo *scopo tipico* potrebbe per avventura desumersi dall'art. 156 del nuovo cod. proc. civ., nel quale alla menzione dell'« essenza », contenuta nel vecchio art. 56, è stata appunto sostituita la menzione dello « scopo »: la nullità « può « tuttavia esser pronunciata quando l'atto manca dei requisiti formali « indispensabili per *il raggiungimento dello scopo.* La nullità non può « mai esser pronunciata, se l'atto *ha raggiunto lo scopo a cui è de-* « *stinato* ».

Senonchè a questo ragionamento piuttosto semplicistico sarebbe facile obiettare che la nullità di cui parla l'art. 56 è quella derivante dalla mancanza di « *requisiti formali* », mentre nel nostro caso la notificazione era formalmente regolarissima; e che la notificazione ha natura processuale ed autonoma (2), nel senso che, se è eseguita nelle forme prescritte dalla legge, essa raggiunge il suo scopo processuale anche quando non risulta che il notificando ne abbia avuto, di fatto, conoscenza. Questo è detto espressamente, per la citazione, dall'articolo 144 del vecchio codice; secondo il quale « la citazione produce « il suo effetto, quando l'attore abbia adempiute le formalità a lui « imposte »; il rapporto processuale coinvolge il convenuto anche inconsapevole, purchè la citazione, anche se a sua insaputa, sia stata notificata nelle forme di legge. Non sembra dunque che questa possa esser la strada per arrivare a pronunciare la nullità della notificazione di cui qui si discute: anche se il movente psicologico che ha indotto il notificante a preferire questa forma di notificazione era malizioso, lo scopo processuale dell'atto eseguito in conformità della legge è stato qui raggiunto.

b) Si potrebbe allora domandare se la nullità della notificazione non derivi proprio dalla maliziosità della intenzione di colui che l'ha eseguita. L'intento doloso da cui nel nostro caso è stato mosso il notificante, è stato riconosciuto *in fatto* dalla stessa sentenza che qui si

---

(2) CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, n. 247.

annota: dunque (si potrebbe dire) la notificazione deve considerarsi nulla proprio perchè essa è servita qui di strumento alla malafede del notificante, per conseguire uno scopo illecito qual'è quello di far decadere dal loro diritto i creditori ipotecari primi iscritti. Senonchè anche qui mi pare che la confutazione sia agevole: il danno che i creditori ipotecari hanno risentito si sarebbe prodotto ugualmente anche se l'intento del notificante non avesse avuto quel carattere malizioso che gli si rimprovera. Il notificante si è formalmente conformato alla legge (3), e non ha fatto niente di più e niente di meno di quanto la legge prescrive per il caso in cui nella iscrizione ipotecaria manchi l'elezione di domicilio; se i creditori si fossero ricordati che in mancanza di tale elezione le notificazioni ad essi dirette potevano esser fatte presso la conservatoria delle ipoteche ed avessero vigilato, com'era loro interesse e loro onere, l'intenzione maliziosa del notificante sarebbe rimasta delusa ed innocua. Manca dunque, tra l'intenzione maliziosa e il danno, un nesso immediato di causalità: *imputent sibi*, i creditori perdenti, se non hanno fatto tutto quello che era necessario per aver tempestiva notizia delle avvenute notificazioni. La malizia del notificante rimane dunque priva di rilevanza pratica: e ciò non è che l'applicazione di una regola generale, secondo la quale, dato il carattere formale e la efficacia autonoma delle attività processuali ed il loro assorbimento nella sentenza, l'intenzione resta, salvi i casi espressamente previsti dalla legge (4), giuridicamente indifferente. I vecchi aforismi *fraus omnia corrumpit, malitiis non est indulgendum* non hanno nel processo la stessa importanza che hanno nel diritto sostanziale: la temibilità del dolo appare notevolmente ridotta di fronte al meccanismo dell'onere processuale. In questo senso anche la Cassazione ha ritenuto (20 gennaio 1937, in *Rep. Foro it.*, 1937, v. *Procedimento civile*, n. 18) che « nel nostro ordinamento processuale manca una sanzione generale repressiva della malafede nel processo, limitandosi la legge a colpire gli atti singoli, quali l'infondata negazione di scrittura, il falso giuramento, la temerarietà processuale ».

c) E tuttavia anche questa soluzione lascia un certo senso di insoddisfazione.

Siamo qui, è vero, nel campo del processo; ma proprio per questo

---

(3) La dottrina ha preso in considerazione il caso di contumacia provocata dolosamente mediante citazione notificata in luogo diverso da quello vero, conosciuto dal notificante; ma in tal caso il dolo poteva esser rilevante perchè attuato attraverso una notificazione irregolare, cioè fatta in luogo diverso da quello ove per legge avrebbe dovuto esser fatta; cfr. ZANI, *La malafede nel processo civile*, pag. 167.

(4) ZANI, op. cit., pag. 324.

vien fatto di domandare se, dato il carattere pubblico degli scopi che il processo si propone, si possa applicare ai poteri, che il diritto processuale concede alle parti per servire ai fini della giustizia, il tradizionale principio dell'individualismo giuridico *qui iure suo utitur neminem laedit.* Ammettiamo che questo principio corrisponda allo spirito del vecchio codice di procedura civile; ma se la questione che qui si discute sorgesse quando sarà in vigore il codice nuovo, che all'art. 88 consacra il dovere *generale* di lealtà e di probità (« le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità »), si potrebbe ugualmente sostenere sotto l'impero del nuovo codice la soluzione seguita dalla corte fiorentina? Oppure si dovrebbe giungere alla soluzione opposta, considerando che l'art. 88 abbia voluto introdurre, colla sua affermazione così categorica, una specie di *exceptio doli generalis,* opponibile, indipendentemente da speciali sanzioni di nullità, contro tutti gli atti processuali mossi da intenzione sleale? E, d'altro canto, se, in base alla concezione alla quale si inspira il nuovo codice, si ritiene che l'interesse individuale sia riconosciuto nel processo civile solo in quanto coincida coll'interesse pubblico della giustizia, si potrà ammettere che un potere processuale possa essere validamente esercitato dal privato per fini opposti a quelli della giustizia, ovvero si dovrà vedere qui un caso di invalidità riconducibile alla figura dello « sviamento di potere »?

*
* *

Può parere strano che questa mia nota si chiuda, anzichè con una affermazione conclusiva, con una serie di domande lasciate deliberatamente senza risposta.

Ma, com'è risaputo, questa materia della validità degli atti processuali in relazione alla volontà ed alla interna intenzione di chi li pone in essere, è una tra le più difficili e meno esplorate della nostra disciplina: sicchè ogni volta che si presenti nella pratica un caso concreto il quale possa servire a saggiare sul terreno pratico la bontà delle costruzioni teoriche (tra le quali hanno ora capitale importanza quelle proposte dal CARNELUTTI nel II volume del suo *Sistema,* nn. 500-521), esso costituisce una buona occasione per invitare gli studiosi a meditarvi e a discutervi su, prima di tirare le somme. Io sarei veramente lieto, e con me la direzione della *Rivista,* se qualcuno dei lettori al quale questa mia nota possa cadere sott'occhio, ne fosse invogliato a esprimere la sua opinione sull'argomento. Questo caso sembra fatto apposta per mostrare nel loro incontro e nel loro urto pratico due esigenze antitetiche tra le quali ogni sistema processuale cerca l'equilibrio: l'esigenza puramente giu-

ridica della validità formale ed autonoma degli atti processuali, dalla quale dipende la certezza del diritto, e l'esigenza morale di introdurre anche nel processo, al disopra delle forme, la tutela della buona fede.

Tra queste due forze non è sempre facile trovare il giusto mezzo, perchè, se talvolta coll'esser troppo rigidi difensori della forma si rischia di sacrificare le ragioni sociali e politiche della norma giuridica, tal'altra, col dar la prevalenza a considerazioni moralistiche, si rischia di distruggere le basi stesse della legalità: come forse sta accadendo a quelle correnti della dottrina tedesca che, con quella teorica, secondo la quale tutte le sentenze, anche non più impugnabili, dovrebbero dichiararsi nulle quando siano *contra bonos mores,* stanno minando alla base l'istituto della cosa giudicata.

XXIV

SENTENZE SINTOMATICHE (*)

Tra le molteplici ragioni per le quali in questi ultimi tempi la predilezione dei giuristi, e anche dei filosofi del diritto, sembra essersi volta di preferenza ai problemi di diritto processuale, credo che si debba annoverare anche la consapevolezza, sempre più viva negli studiosi, dei numerosi varchi che si aprono tra i contingenti problemi giuridici del processo e il problema eterno, morale più che giuridico, della giustizia: proprio il « procedurista », cioè colui che dai profani è considerato come un arido tecnico delle pure forme, si trova più di ogni altro nella fortunata condizione di poter assai spesso, sotto le disposizioni di procedura, scoprire segrete finestre da cui può ignorato spiare le misteriose psicologie dei giudici e dei giudicabili.

Uno dei campi più favorevoli per questo genere di osservazioni è quello dei mezzi di impugnazione, dove il processualista, nel passare in rassegna e nel classificare i vizî che possono inquinare le sentenze, si trova portato naturalmente a riflettere sulle ragioni morali che possono aver prodotto quelle deviazioni, e a scoprire, sotto le più o meno gravi aberrazioni giuridiche rispecchiate nel giudicato, le debolezze umane del giudicante. E allora, se da questi difetti delle sentenze il giurista cerca di risalire alle loro cause psicologiche, si accorge che mentre i più di essi o derivano da difettosa difesa delle parti o tutt'al più sono imputabili al giudice soltanto come momentanee e occasionali mancanze di attenzione o di informazione, altri, per fortuna assai più rari, sembrano essere l'espressione di uno stato d'animo più profondo e più durevole, quasi si direbbe di una malattia organica insediata proprio al centro del carattere e della coscienza del giudice. Questi sono i difetti delle sentenze che più mettono in pensiero il processualista, se, più che delle formule del suo codice, è sollecito delle ragioni della giustizia nelle quali queste formule hanno il loro unico scopo.

(*) [Pubblicato in *Rivista di diritto processuale civile*, a. XVIII, 1941, P. I, pp. 358-362, e in *La Giustizia penale*, a. XLVIII, 1942, P. IV, coll. 35-38]. [*Bibliografia*, n. 255].

Opportunamente, tra questi difetti sintomatici delle sentenze, l'amico RICCA BARBERIS ha denunciato recentemente il caso delle cosiddelle « sentenze elusive » (1), cioè di quelle sentenze che, per sfuggire alle difficoltà di dover risolvere una questione di diritto particolarmente grave e impegnativa, preferiscono giudicare la causa *in fatto*, rimandando la decisione della questione di diritto a migliore occasione. Il RICCA BARBERIS cita qualche caso specifico: ma tutti noi, nella nostra pratica professionale, avremmo da citare qualche esempio di questo fenomeno ben conosciuto, il quale non si restringe soltanto al caso esemplare sopra ricordato, ma si estende a tutti i casi molteplici in cui il giudice, inconsapevolmente portato a seguire anche nel far giustizia la *via minoris resistentiae*, preferisce, per sfuggire al peso della propria responsabilità, girare gli ostacoli invece di affrontarli. La principale tra le ragioni per le quali, sotto il vecchio codice, il giudizio di primo grado invece di costituire la fase più importante del processo, si era ridotto ad essere assai spesso come una prova generale del giudizio d'appello, al quale era riservata la trattazione approfondita delle questioni più importanti, era da ricercarsi, prima che in una mala abitudine degli avvocati, in un certo abituale rilassamento dei giudici di primo grado, i quali a poco a poco si erano accomodati a considerare la loro decisione come un opinamento provvisorio normalmente destinato ad esser riveduto e corretto in appello: sicchè pavera ad essi che non mettesse conto affaticarsi tanto a trovar la soluzione giusta, quando c'era al disopra di loro un altro collegio incaricato di rifare per conto suo quella fatica. Poniamo che si presentasse in primo grado una difficile questione preliminare, la risoluzione della quale poteva rendere inutile una lunga e dispendiosa istruttoria proposta in ipotesi: il giudice di primo grado, invece di scervellarsi a risolvere quella questione, la saltava a piè pari e ammetteva le prove; e per mettere in pace la sua coscienza diceva: « tanto, c'è l'appello ». Oppure si presentava al giudice di primo grado una di quelle questioni particolarmente delicate, per risolver le quali occorre una certa dose di coraggio e di indipendenza; il giudice sentiva come quella questione avrebbe dovuto esser risolta secondo giustizia, ma sentiva anche che ogni atto di coraggio richiede una certa fatica: e allora si rassegnava a deciderla nel senso meno coraggioso, pur pensando con un sospiro: « tanto, c'è l'appello ». E si sono sentiti raccontare perfino episodi di giudici di prima istanza, che, dopo aver pronunciato una sentenza,

---

(1) RICCA BARBERIS, *Il danno delle sentenze elusive*, in *Giurispr. it.*, 1941, IV, c. 10.

hanno fatto discretamente sapere alla parte soccombente di aver fiducia nella giustizia... dei giudici d'appello!

Una sentenza grossolanamente sbagliata ci sembra, per la stima che vogliamo avere dei giudici, assai preferibile a queste abilissime sentenze « elusive ». Uno sbaglio, anche grosso, non guasta il galantuomo; ma questa tendenza a scansare la propria responsabilità per riversare su altri il peso di far giustizia sul serio, è indice di un ripiegamento morale che proprio nei giudici non vorremmo neanche sospettare.

Eppure c'è di peggio: è il caso di quelle che recentemente lo ESCOBEDO denominava « sentenze suicide » (2). E' noto che nei giudizi delle corti d'assise (r. decr. 4 ottobre 1935, n. 1896), mentre alla deliberazione del dispositivo (che deve esser letto immediatamente alla udienza) prendono parte con ugual diritto di voto i due magistrati e i cinque assessori, costituenti un « unico collegio », la motivazione della sentenza, (che dev'essere depositata in cancelleria in un momento successivo) è di regola redatta dal presidente o dall'altro magistrato (art. 21).

Ora sembra che sia accaduto più di una volta nella pratica penale di questi ultimi anni, e in forma tipico nel caso denunciato dall'ESCOBEDO, che il magistrato estensore della sentenza, rimasto in minoranza nella deliberazione del dispositivo, abbia redatto la motivazione non con argomenti idonei a giustificare quel dispositivo, ma anzi con argomenti volutamente fatti per screditarlo, sì da creare una sentenza logicamente mostruosa, fatta apposta per essere denunciata in cassazione dal procuratore generale, e per essere annullata a causa della assoluta inconciliabilità tra le premesse e la conclusione. Confesso che a me civilista la rivelazione di questo fenomeno di *autolesionismo giudiziario* ha fatto una impressione profonda: talvolta mi sono trovato anch'io, nella mia pratica civile, a legger qualche sentenza in cui sembrava che tra la motivazione e il dispositivo si fosse interposto una specie di *hyatus* logico, di fronte al quale poteva venire il sospetto di trovarsi di fronte a una sottile astuzia dialettica dell'estensore, dissenziente dalla maggioranza. Ma qui il sospetto è certezza: e il caso appare impressionante, oltrechè per la scoperta evidenza del giuoco, anche per la gravità della posta, che era niente di meno che la vita di un uomo.

La corte d'assise, cioè la maggioranza del collegio, aveva rego-

---

(2) In *Giust. pen.*, 1941, parte IV; ho presente l'estratto che si intitola: avv. GENNARO ESCOBEDO, *Sentenze... suicide in corte di assise*, pag. 30, Città di Castello, 1941.

larmente deliberato che l'imputato di un reato punibile colla morte dovesse essere assolto: l'innocenza di quell'imputato doveva essere dunque da quel momento, per ogni giudice e per ogni cittadino, non più una opinione discutibile, ma la certezza giuridica proclamata dalla voce rasserenante della giustizia. Ed ecco che invece, in seno allo stesso collegio che ha deliberato l'assoluzione, si trova un magistrato (un magistrato!) che non solo si ribella alla legge e al meccanismo giudiziario predisposto dalla legge come il migliore possibile per render giustizia, ma addirittura si presta a mettere in ridicolo la legge e la giustizia, redigendo una motivazione che invece di appoggiar con considerazioni logiche la volontà del collegio, mira a far apparire la volontà del collegio (cioè dello Stato) come una sconclusionata scempiaggine contraria alla verità e alla logica. Così, come osserva l'Escobedo, « l'imputato assolto colla deliberazione della corte, viene nella sentenza, estesa dal presidente, espressamente, precisamente, decisamente dichiarato colpevole, colla conseguenza che egli, assolto dalla corte d'assise, possa in un giudizio di rinvio, in seguito all'accoglimento del ricorso del pubblico ministero, esser condannato alla pena pel reato a lui ascritto, che è quella della morte ».

Il caso singolarissimo (ma non tanto singolare che non abbia avuto qualche precedente: mi ha detto infatti un magistrato tedesco che in Germania è accaduto più di una volta, che il giudice rimasto in minoranza abbia tentato collo stesso espediente di far annullare la deliberazione degli scabini) si presta alle discussioni giuridiche, per definire la natura del vizio che inquina questa sentenza, nell'interno della quale la motivazione e il dispositivo si combattono tra di loro come nello alveo materno i gemelli della leggenda: si è parlato, a proposito di essa, di frode processuale, di eccesso di potere, di « delitto giudiziario» (3); si è discusso se l'annullamento della cassazione debba colpire tutta la sentenza e quindi anche il dispositivo, facendo così il giuoco di colui che ha predisposto la trappola, o se debba limitarsi alla motivazione, salvando il dispositivo. Questa è secondo me l'unica soluzione giuridicamente corretta: il potere-dovere dato dalla legge al magistrato estensore della motivazione dev'essere esercitato per spiegare e appoggiare il dispositivo già deliberato, non già per tradirlo e per farlo precipitare: ma se questo potere è esercitato per uno scopo assolutamente contrario a quello per cui è dato, ciò che vien fuori da questo così violento e prepotente sviamento (o meglio, capovolgimento) di potere, non si può considerare come una motivazione esi-

---

(3) Ferrara L., *Delitto e quasi delitto giudiziario,* in *Giust. pen.*, fasc. V-XII.

stente in senso giuridico: sicchè secondo me la suprema corte invece di annullare la sentenza tutta intera dovrebbe limitarsi ad accertare che il procedimento di formazione di quella sentenza non è ancora giunto a termine, perchè ancora rimane da fare la motivazione; e quindi rinviare al solo effetto di far integrare il dispositivo, valido come tale, con una motivazione che non sia sostanzialmente una beffa e giuridicamente una *non-motivazione.*

Il caso si presterebbe altresì a dimostrare come si possano presentare anche nella pratica sentenze viziate da un difetto meramente logico, com'è quello che qui si riscontra in maniera tipica, di aperta contraddizione tra le premesse del sillogismo e le sue conclusioni (4); ma tutti questi aspetti tecnico-giuridici del fenomeno mi interessano qui meno del suo aspetto morale. Questo vero e proprio « sabotaggio giudiziario » commesso da un giudice nell'esercizio delle sue funzioni (l'Escobedo parla eufemisticamente di « sentenze suicide », ma l'idea del sabotaggio mi sembra più appropriata di quella del suicidio, perchè qui questo giudice che si adopera a nascondere nella sua sentenza l'ordigno esplosivo che ne produrrà l'annullamento, somiglia come due goccie d'acqua all'operaio che, nel rimontare i pezzi del motore, lascia fuori dolosamente una vite essenziale, la cui mancanza al momento opportuno provocherà la catastrofe...) è il sintomo di un atteggiamento psicologico che mi sembra sopratutto pericoloso e temibile in un magistrato: il quale, investito di un ufficio in cui il primo dovere è quello della fedeltà alla legge, si stima superiore alla legge fino al punto di servirsi dei poteri che da questa gli derivano allo scopo di farsi beffe di essa. Non nego che il fine ultimo possa esser buono: il giudice rimasto in minoranza crede in coscienza che la maggioranza si sia ingannata nell'assolvere l'imputato che, secondo lui, doveva esser condannato; e allora, pur di impedire che questa assoluzione che egli considera ingiusta passi in giudicato, si serve accortamente dei poteri che la legge gli affida per raggiungere un fine che egli ritiene superiore all'osservanza della legge formale. Ma cosiffatti machiavellismi politici non ci sembra che si addicano alla funzione del giudice, che deve esser sempre limpida e ingenua: se l'estensore rimasto in minoranza non si sente, in coscienza, di poter redigere una motivazione contraria al suo convincimento, nessuno può forzarvelo, ed egli potrà passare quell'incarico ad altro componente del collegio; ma ciò che non si può ammettere è che l'estensore, pur conservandolo, se ne serva per sosti-

---

(4) Cfr. il noto libro di Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione* (Padova, 1937); e su di essa Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto* (Torino, 1938), pag. 81 e segg.

tuire di frodo la sua volontà che conta per uno alla volontà della maggioranza che, manifestata nelle forme volute dalla legge, è ormai diventata la volontà indiscutibile dello Stato. Questa smisurata infatuazione della propria infallibilità, in forza della quale il giudice si sente qui autorizzato a sovrapporre la propria opinione individuale alla trascurabile opinione della maggioranza; questa specie di autoinvestitura provvidenziale in forza della quale egli si crede destinato a raddrizzare per diritto di natura le deliberazioni del collegio che non coincidono col suo gusto e la stessa legge che a quelle deliberazioni attribuisce l'efficacia di giudicato irrevocabile, tutto questo è sintomo di un disprezzo della legalità e di un orgoglio anarchico che non vorremmo mai, neanche come eccezionale « caso clinico », vedere nei magistrati; che sono augusti come noi li sentiamo proprio per la austera umiltà con cui sanno essere fedeli alla legge.

XXV

SUL SISTEMA E SUL METODO DI FRANCESCO CARNELUTTI (*)

I.

Nonostante che più di una volta FRANCESCO CARNELUTTI mi abbia invitato a collaborare a questo ormai celebre *Indice bibliografico,* di cui egli porta su di sè, dall'inizio della nostra rivista, tutto il merito, dall'accettar l'invito mi ha sempre trattenuto un motivo direi quasi di discrezione: questo *Indice,* infatti, non è una delle solite raccolte, alle quali si possa contribuire in molti, di recensioni anodine a scopo informativo, nelle quali ciò che più conta è la fedele esposizione delle opere recensite, ma è un discorso continuato tenuto da un recensore unico, il quale prende pretesto dai libri di varia dottrina che gli vengono tra mano per far conoscere ai lettori in qual modo, al contatto coi medesimi, diventa incandescente e si tempera, quasi sempre attraverso sprizzi di scintille polemiche, il suo pensiero; sicchè l'intrusione, nel filo di questo discorso, di una recensione scritta con altro stile e con più modesti intenti, può aver l'aria di una stonatura, come l'annotazione di una mano estranea sulla pagina di un giornale intimo.

Ma questa volta bisogna proprio che accetti l'invito amichevole. In questa stessa puntata del suo *Indice,* il Carnelutti ha voluto gentilmente sottoporre all'esame spettroscopico anche la prima parte, da poco uscita, delle mie *Istituzioni,* e ne ha preso occasione per enunciare alcune proposizioni che, superando d'assai l'ambito della critica del libro (del quale, naturalmente, non sta a me parlare), agitano problemi di ordine generale attinenti al metodo dei nostri studi. Proprio per questo, poichè si tratta qui di discutere non l'opera di un autore,

---

(*) [Recensioni alla 1ª ed alla 3ª ed. del libro di F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano* (Roma, 1ª ed., 1941; 3ª ed., 1942), pubblicate rispettivamente in *Rivista di diritto processuale civile,* a. XVIII, 1941, P. I, pp. 365-369, e ivi, a. XX, 1943, P. I, pp. 92-98; ristampate con il titolo *Sul sistema e sul metodo di Francesco Carnelutti* in *Studi,* V (Padova, Cedam, 1947), pp. 129-145; tradotte in lingua spagnola da S. SENTÍS MELENDO, in P. CALAMANDREI, *Los estudios de derecho procesal civil en Italia* (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959)]. [*Bibliografia,* nn. 257, 279].

ma il metodo di una scuola (che è poi la scuola del più autorevole fondatore di questa rivista), penso che sia opportuno e tempestivo che anche io, una volta tanto, poichè il CARNELUTTI ha ritenuto opportuno aprire qui questa discussione, prenda occasione dalle sue *Istituzioni* per esprimer qualche considerazione sul metodo di cui esse sono tipica affermazione: non dunque per giudicare il valore di questo suo libro (che è fuori discussione), ma proprio per contribuire, come vuole il CARNELUTTI, all'« orientamento dei più giovani studiosi » su questioni di portata meno transeunte e più vasta.

Le idee di carattere generale che si leggono nel cenno fatto dal CARNELUTTI sulle mie *Istituzioni*, sono, all'incirca, queste: che quei concetti fondamentali (giurisdizione, azione, processo), dei quali mi è sembrato indispensabile premettere allo studio del nuovo codice una esposizione elementare, si dovrebbro ormai considerare invecchiati di parecchie decine d'anni, come quelli che eran di moda ai tempi di GIUSEPPE CHIOVENDA, quando c'era ancora qualcuno che credeva all'azione intesa come diritto potestativo o al rapporto processuale, o ad altri idoli siffatti. Ma il nuovo codice, continua il recensore, si è nutrito di tutto altro midollo: il pensiero scientifico da cui esso è nato non è quello di GIUSEPPE CHIOVENDA, ma « in grandissima parte appartiene ad una epoca diversa », che porta un altro nome e un'altra bandiera. E chi si illudesse di poter esporre oggi la nuova legge servendosi di quei concetti sorpassati e di quella antiquata terminologia, apparirebbe un sentimentale che si lascia commuovere dalla « nostalgia » dei vecchi tempi, ma non certo uno scienziato: o tutt'al più, se pur si potesse considerarlo come scienziato, potrebb'essere qualificato un « classico », parola di non facile definizione, che nel linguaggio carneluttiano esprime, se ho ben capito, il deferente disinteresse con cui certi visitatori passano dinanzi alle anticaglie, altrettanto rispettabili quanto innocue, esposte nelle vetrine dei musei.

Nel recensire le *Istituzioni* di FRANCESCO CARNELUTTI, si potrebbe esser tentati di porre il problema negli stessi termini: domandarsi cioè se il disegno sistematico di esse sia il più adatto ad esprimere fedelmente il pensiero del nuovo codice. Anche queste *Istituzioni* carneluttiane, sono, come altre opere sue, precedute da una prefazione, in cui l'autore ci introduce, con franca cordialità, nel suo cantiere: egli non è soltanto un artiere infaticabile, ma ama aver compagnia mentre lavora, sempre disposto a rivelare sinceramente agli amici che lo guardano lavorare, le pene e le gioie della sua fatica. Ora nella prefazione di quest'ultimo libro si dichiara apertamente che l'architettura teorica adottata per esporre il nuovo processo è in sostanza, sia pure con qualche ritocco, quella già da lui disegnata nelle sue opere precedenti, e spe-

cialmente nel *Sistema* e nella *Teoria generale* (la quale ultima è da lui stesso indicata nella prefazione come « la chiave di questo libro »). Dunque si tratta non di un sistema nuovo, fabbricato appositamente sulle misure del codice, ma di un sistema già costruito da tempo, nelle cui caselle bell'e pronte si cerca di adattare, colla speranza che le dimensioni coincidano, la nuova legge: « mettere a posto i nuovi istituti — dichiara la prefazione — entro gli schemi del mio sistema scientifico ».

Dunque, anche per queste *Istituzioni* di CARNELUTTI il problema metodologico potrebbe esser posto, come ho detto, negli stessi termini da lui indicati nel cenno a me dedicato: se cioè questo suo sistema, simile all'abito comprato bell'e fatto e non tagliato su misura, sia il più adatto per rivestire e per far figurare le membra ancora in crescenza del nuovo codice; ossia, per uscir di metafora, se il suo sistema, in cui al posto della funzione giurisdizionale c'è la funzione processuale, e al posto della causa c'è la lite, e in cui l'ordine dell'esposizione è tutto basato sulla distinzione tra statica e dinamica processuale, sia idoneo *a far capire* ai principianti la vera fisionomia del nuovo codice più di quanto non possa esserlo una trattazione che operi coi vecchi concetti di marca chiovendiana; ossia, ancora, se servendosi di questi concetti diciamo così più moderni, si riesca davvero a sodisfar meglio quegli scopi *pratici* di giustizia, per servire ai quali (e non per servire al gusto di noi teorici) il nuovo codice è stato dettato.

Ma questo non è, secondo me, il modo con cui il problema deve esser posto, almeno in questo momento, quando il codice non è ancora entrato in vigore. E in sostanza mi pare che anche il CARNELUTTI (nonostante che il cenno dedicato a me possa per un istante far supporre il contrario) sia d'accordo nel pensare che non si può, per una legislazione nuova che aspetta ancora la prova del fuoco, affrettarsi oggi a queste rivendicazioni e a queste annessioni. Anche qui leggo nella sua prefazione: « ...ciò che per conoscere il processo bisogna vedere, non sono le parole stampate del legislatore ma ciò che di esse diverrà fatto nella vita vissuta; or quando il fatto è di là da venire a vederlo come si fa? »; e ancora: « Non tocca a me stabilire quanta parte dell'altrui e quanta del mio pensiero abbia nutrito l'opera legislativa ». Benissimo. Sarà la pratica che, partendo dall'umile esegesi, metterà in chiaro, con un lavoro anonimo di decennî, quale parte delle contrapposte teorie sia riuscita a trasfondersi, come linfa vitale, nel nuovo codice; e forse col tempo la distanza tra i diversi sistemi apparirà, guardata da lontano, come trascurabile, e le apparenti divergenze si ritroveranno conciliate e fuse storicamente in una sostanziale unità (sintomatica è, a questo proposito, la « rettificazione » introdotta da

queste *Istituzioni* nella teoria della lite: quasi ci si potrebbe scorgere, a guardar con occhi carneluttiani, un ritorno nostalgico verso il passato).

Ma allora, posto che sia inutile e prematuro mettersi a discutere se il pensiero di GIUSEPPE CHIOVENDA sia superato dalla nuova legge processuale (a leggere i lavori preparatorî e la relazione del ministro GRANDI parrebbe di no), può essere invece interessante ed attuale, proprio per cercar di intendere le premesse teoriche da cui partono queste *Istituzioni,* porre un altro problema, che attiene per l'appunto alla originalità del metodo di cui esse sono magistrale espressione: *per quali ragioni* FRANCESCO CARNELUTTI è portato logicamente a considerare come superate le premesse sistematiche poste da GIUSEPPE CHIOVENDA? *Per quali ragioni* egli dal fatto cronologicamente inconfutabile che dopo il sistema di CHIOVENDA altri studiosi sono venuti, e sopra tutto egli stesso FRANCESCO CARNELUTTI, con altre trattazioni sistematiche del processo civile, è tratto coerentemente a ritenere che le idee enunciate in queste opere cronologicamente più recenti siano « vere », e che quelle più antiche siano senz'altro, solo perchè più antiche, da considerarsi sbagliate? Rispondere a questa domanda vuol dire, secondo me, cogliere uno degli aspetti più caratteristici del pensiero, così importante per la scienza giuridica, di FRANCESCO CARNELUTTI; il quale, di fronte alla tendenza, da lui qualificata « anticoncettualismo », di chi, per capire il nuovo processo crede modestamente che la via più semplice sia quella di seguire l'ordine del codice e la sua terminologia, rappresenta in maniera tipica ed estrema una tendenza opposta, che si potrebbe chiamare « antistoricismo », secondo la quale le costruzioni logiche, proposte dai giuristi per interpretare razionalmente ed applicare il diritto vigente, dovrebbero considerarsi altrettanto « reali » quanto le leggi naturali ritrovate e studiate dalle scienze positive: tanto che anche per queste costruzioni mentali escogitate dalla dogmatica giuridica e per i neologismi che le esprimono, si potrebbe legittimamente parlare di vere e proprie « scoperte », che fanno « progredire » la scienza e che, una volta fatte, non possono più esser negate se non dagli ignoranti o dai nostalgici.

Questo atteggiamento del pensiero di FRANCESCO CARNELUTTI, che ha trovato nelle sue opere più recenti affermazioni sempre più vigorose e decise, è ormai troppo noto perchè abbia bisogno di esser illustrato. Egli ha spiegato con non dimenticabile calore di accenti (*Metodologia,* pagg. 96-97) che, quando egli è riuscito a contrapporre, di fronte alla trinità concettuale delle « situazioni giuridiche », la trinità simmetrica degli « atti giuridici secondo lo scopo », ha sentito la gioia di aver trovato in quel momento non già una classificazione provvisoria più o meno utile ai fini pratici del diritto, ma proprio una verità teorica

eterna, appartenente a « quei rapporti tra la verità e la bellezza « e tra la bellezza e la giustizia, che sono sulle vette, avvolte tra le nubi, del nostro pensiero ». E più di recente egli ha ripetuto che certe sue distinzioni, come quella fra le tre fasi del procedimento di cognizione (nella *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, I, pag. 42) o quella tra « misura » e « sanzione » (*ivi*, pag. 78) sono da lui considerate come tanti gradini di una ascensione che gli serve per « sempre meglio contemplare l'armonia dell'universo ». Non per superbia, dunque, ma proprio per coerenza alle premesse da cui parte, egli è portato a considerare la formulazione di ogni sua nuova teoria come un progresso che rivela una verità e cancella un errore; nè in alcun modo lo turba, partendo da queste premesse, l'idea (la esprimo colle parole di uno scrittore che penso sia caro al suo cuore, il Manzoni della *Morale cattolica*) « che le scienze morali non seguono la progressione delle altre, perchè non sono dipendenti dal solo intelletto, nè propongono di quelle verità che riconosciute una volta non sono più contrastate e servono di scala ad altre verità ».

Questi principî dogmatici da cui parte il CARNELUTTI, (che io espongo non per criticarli, ma per intenderli, e per render conto a me stesso delle differenze che passano tra il suo metodo di lavorare ed il mio) spiegano e giustificano certi suoi atteggiamenti polemici che, a non tener conto di tali premesse, potrebbero talvolta parere eccessivi. E' naturale che, partendo da un siffatto credo, tutti i sistemi giuridici che siano nati prima di queste scoperte o che, essendo nati dopo, non ne tengano conto, debbano esser da lui giudicati come superati o come sbagliati; e considerati con quel « rassegnato dissenso » di chi è convinto di aver in pugno la rivelazione e compiange cristianamente chi si ostina a perseverare nell'errore.

In verità io mi rendo ben conto che chi continua anche oggi a ragionare dell'azione come di un diritto potestativo, non può non fargli lo stesso effetto di chi, dopo le scoperte copernicane, continuasse a dissertare della terra immobile al centro dell'universo stellato! Così, se in una nota a sentenza si trova ancora adoprata la distinzione, ormai entrata nella giurisprudenza, tra presupposti processuali e condizioni dell'azione, egli è portato a credere che ciò non possa derivare altro che da una svista dell'annotatore, non informato delle critiche carneluttiane a quei vecchi concetti del tempo di CHIOVENDA; e non gli viene in mente che costui, pur essendo pienamente al corrente di tali critiche, possa continuare a preferir quelle nozioni ormai consolidate, che, in vista degli scopi pratici da raggiungere, gli sembrano uno strumento di classificazione più semplice e più comodo di quelli più « progrediti » (cfr. in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, II, pagg. 130-131). Così, ancora, se alcuno

adopra la parola « giurisdizione » nel senso in cui tutti l'adoprano, giudici e avvocati, nei tribunali, cioè non nel senso rigorosamente etimologico di *iuris dictio* ma nel senso più vasto e comune che comprende cognizione ed esecuzione, egli considera questo come un grosso « errore » (ivi, I, pag. 77), ma scusa il giovine che l'ha commesso col dire che questo errore ha « precedenti celebri », alludendo con ciò, se ho ben inteso, al MORTARA, al CHIOVENDA, al REDENTI... e a quanti continuano ad adoprare la parola « giurisdizione » in questo senso più vasto prevalente nell'uso, e non in quello ristretto, equivalente a « cognizione », in cui solo il CARNELUTTI preferisce adoprarla.

Ma in questo modo, per tornare alle *Istituzioni,* si rischia anche di entrare in polemica col codice: il quale continua a parlare di « causa » e non di « lite », di « giurisdizione volontaria » e non di « processo volontario », di « funzione giurisdizionale » e non di « funzione processuale ». Con che, intendiamoci bene, io non voglio affermare che dal punto di vista della esattezza tecnica, la terminologia del codice sia in teoria preferibile a quella di CARNELUTTI: se io dichiarassi che per rivolgere il discorso a una ragazza non riesco più a servirmi della parola « signorina », da quando ho saputo che, a stare attaccati all'etimologia del vocabolo, esso significherebbe « vecchierella », nessun glottologo potrebbe darmi torto *in teoria.* Ma qui la questione è una altra: qui si tratta di farsi intendere *in pratica;* si tratta di vedere se, dovendo scrivere per i principianti un'opera istituzionale sul nuovo codice, sia più semplice e chiaro adoprare la sua stessa terminologia (che è poi l'aspetto sensibile del suo interno scheletro concettuale) ovvero sia meglio sovrapporgli una terminologia diversa (che poi vuol dire inevitabilmente un diverso sistema), che obbliga i lettori del libro a un continuo lavoro di traduzione da un linguaggio all'altro: come deve per forza avvenire, per dare un solo esempio, quando leggendo a pag. 48 di queste *Istituzioni* che « l'art. 4 considera i limiti della *funzione processuale* con esclusivo riguardo alla *giurisdizione* » (il corsivo è mio), il lettore è costretto a rammentare a sè stesso che, tradotta nel linguaggio del codice, questa frase si deve leggere come se dicesse: « l'articolo 4 considera i limiti della *giurisdizione* con esclusivo riguardo alla *cognizione* ». Il che non mi pare che, didatticamente, costituisca una semplificazione.

Rimarrebbe ora da parlare del contenuto di queste *Istituzioni*: e sarebbe agevole mostrare come esse, pur non essendo l'unico tra i varî modi possibili di ripensare e rappresentare il nuovo codice, siano certamente il modo degno di un grande maestro. Ma si è già avvertito che ufficio di questo *Indice* è, più che quello di informare sul contenuto delle opere recensite, quello di invogliare i lettori a cercarle da

sè e a chiedere ad esse incitamento e nutrimento di pensiero: e qui l'incitamento a pensare, sia pure per discutere e magari per dissentire, esce vigoroso e caldo da ogni pagina di questa opera. Della quale non posso esimermi dall'additare, tra i suoi molti pregi, quello quasi sovrannaturale della rapidità colla quale essa è riuscita a darci, un anno prima dell'entrata in vigore del codice, una esposizione compiuta, meditata ed originalissima di tutto il nuovo processo, compreso il procedimento esecutivo e i procedimenti speciali. Di tutti noi, più giovani e meno giovani, solo il CARNELUTTI, con quella abnegazione al lavoro nella quale nessuno può riuscire a superarlo, è riuscito a compiere questo miracolo: ed è ancora una volta questo instancabile fervore di studio, questa passione attiva per la scienza giuridica, questo esemplare entusiasmo per il lavoro scientifico che più ce lo fa ammirare ed amare in questi tempi in cui le sorti della civiltà sono affidate a chi ha fede nel diritto. In questa fede, qualunque siano i metodi del nostro lavoro, possiamo tutti trovarci d'accordo: anche questo suo dogmatismo quasi domenicano che bruscamente vuol rompere i legami col passato, ha certo, in questo momento, la sua funzione storica; ma dal suo canto, in questa solidarietà che ci stringe, non mi par possibile che egli non senta che assai volte anche nella nostalgia c'è un fermento di avvenire.

II.

I lettori conoscono già (1) non diciamo i dissensi, ma le differenze di metodo che nello studio e nella ricostruzione scientifica del diritto processuale civile passano, cementando la cordialità della loro collaborazione, tra i due direttori di questa rivista: troveranno dunque una nuova riprova dell'amore che essi hanno per la libera discussione posta a servizio della verità, nel fatto che anche questa volta a recensir la terza edizione delle *Istituzioni* carneluttiane sia chiamato, per liberale desiderio dello stesso recensito, chi già ebbe occasione altra volta di esprimer sulla prima edizione, insieme colla sua ammirazione, qualche riserva critica.

Questa terza edizione appare, per chi la raffronti colla prima (la seconda fu una semplice ristampa), un'opera nuova; basta, per persuadersene prima di intraprendere la lettura, la mole quasi raddoppiata: che nella prima edizione, era di pagine XXIV-648 in un solo volume, mentre in questa terza è di complessive pagine XXIV-882, divise in due tomi con numerazione continuativa. Non si tratta infatti soltanto di ritocchi apportati qua e là alla parte già pubblicata per metterla al

(1) [Cfr. in questo volume, pag. 490].

corrente coi nuovi codici ultimamente usciti; ma nelle ultime duecento pagine del secondo tomo si tratta di un lavoro interamente nuovo, che costituisce circa la quarta parte dell'opera intera. Anche sulla copertina questa terza edizione si qualifica « emendata e compiuta »: gli emendamenti hanno portato, nella parte già pubblicata, ad aumentare a 856 il numero dei paragrafi che nella prima edizione erano 763 (il che dimostra che vi è stata anche qui una profonda rielaborazione di molti argomenti); il compimento ha portato ad aggiungere gli ultimi circa cento paragrafi, dall'857 al 951.

Ho voluto dare queste cifre, perchè dimostrano meglio di ogni altro elogio l'importanza di questa rielaborazione compiuta dall'insonne lavoratore: che finalmente, in questa terza edizione delle *Istituzioni,* ci ha dato il disegno compiuto e conchiuso del suo sistema di diritto processuale, al quale egli ha dedicato, « provando e riprovando », la sua fatica quotidiana di un trentennio. Le *Lezioni* litografate non furono che un primo genialissimo abbozzo, che portava ancora evidente la foga della nativa ispirazione; il *Sistema* aveva già le muraglie della architettura definitiva, ma la costruzione rimase incompiuta, perchè i primi tre volumi, i soli pubblicati, trattarono soltanto il processo di cognizione. Un passo avanti verso il compimento dell'edificio fu fatto dalla prima edizione di queste *Istituzioni* che dètte inquadratura sistematica, accanto al processo di cognizione, anche a quello esecutivo; ma rimaneva ancora fuori dalla sistemazione il quarto libro del codice, quello dei procedimenti speciali, la cui collocazione nel sistema carneluttiano è la novità più importante e più interessante di questa terza edizione. Questa è dunque, nella nostra letteratura processuale, la prima opera in cui il nuovo codice si trovi presentato in una visione sistematica compiuta ed integrale.

E' noto che, come avverte la relazione Grandi (n. 19), « la materia raggruppata nel quarto libro, dedicato ai procedimenti speciali, è necessariamente eterogenea »: essa comprende infatti, accanto a procedimenti che secondo la terminologia e le concezioni comuni costituiscono tipi speciali del processo contenzioso (i « procedimenti sommari », ed i processi cosiddetti *inquisitorî*), anche tutti i procedimenti di natura non contenziosa che tradizionalmente si indicano colla denominazione di « giurisdizione volontaria ».

La sistemazione data da questa terza edizione ai procedimenti *sommarî* è, nelle sue grandi linee, aderente al codice (nn. 857-906), sia pure con qualche divergenza di terminologia che non altera la sostanza: notiamo che nel quadro generale dei varî tipi di processo, che si legge ai nn. 30 e segg. del primo tomo, la classificazione del « processo d'ingiunzione » come tipo di processo in posizione intermedia e distinta dal

processo di cognizione e da quello d'esecuzione, sembra riavvicinarsi alla concezione chiovendiana, che tra le azioni dichiarative e quelle esecutive colloca gli accertamenti con prevalente funzione esecutiva, costituenti il gruppo delle « azioni sommarie ».

Assai più divergente dalle concezioni dominanti nella legge e nella dottrina è la sistemazione data dal C. alla giurisdizione volontaria. Nella prefazione a questa terza edizione egli avverte che nel tentare tale sistemazione, si è accorto come la giurisdizione volontaria sia stata finora un « territorio quasi sconosciuto » per la dottrina; e si augura che, come in questi decennî gli studiosi hanno scoperto il processo esecutivo e il processo cautelare, così ora si accingano, dietro a lui pioniere, alla esplorazione di questa regione finora trascurata, per far sì che la sua disciplina passi « dalla fase empirica a quella razionale ». Che lo studio della giurisdizione volontaria offra temi di grande interesse (non solo sotto l'aspetto dogmatico, ma anche sotto l'aspetto storico-politico, specialmente in questo momento in cui vi è perfino chi sostiene che tutto il processo civile debba sfociare e dissolversi nella giurisdizione volontaria), non è dubbio: e già molti giovani tra i più valorosi, come il PAVANINI e il VOCINO, hanno mostrato di accorgersene nei loro più recenti lavori. Ma che fino a questi ultimi anni la nozione di giurisdizione volontaria sia rimasta « alla fase empirica », questo proprio non mi sentirei di ammetterlo: perchè penso non soltanto agli insegnamenti fondamentali che sulla distinzione tra giurisdizione in senso proprio e « giurisdizione volontaria » si trovano nei grandi trattatisti, dal WACH al CHIOVENDA, ma anche alle penetrantissime indagini monografiche di scrittori nostri più recenti, come lo ZANOBINI ed il CRISTOFOLINI, che hanno chiarito con criterî rigorosamente scientifici la posizione di confine, tenuta dalla giurisdizione volontaria tra la funzione giurisdizionale e la funzione amministrativa, per intender la quale si è ritenuto finora che bisognasse partire non soltanto da quella nozione di giurisdizione, contrapposta alla amministrazione, che è accolta dalle nostre leggi, ma altresì da quelle ragioni storiche che hanno portato, per una evoluzione secolare più forte di ogni classificazione dogmatica, ad affidare ad organi soggettivamente giudiziarî mansioni che, in sè considerate, apparterrebbero oggettivamente a quel ramo della funzione amministrativa che è la *amministrazione pubblica del diritto privato.*

E' naturale che il C., sostenitore isolato di una concezione della giurisdizione diversa e più ristretta di quella comune (secondo lui non si ha giuristizione altro che nella fase di cognizione, e chi ricomprende nella giurisdizione anche l'esecuzione forzata commette uno « sbaglio tecnico », anche se chi lo commette è il codice: cfr. tomo I, pag. 29), non trovi più, per segnare i limiti tra la giurisdizione volontaria e la

vera giurisdizione, quegli stessi criterî funzionali che hanno servito e servono alla dottrina e alla pratica per distinguere la giurisdizione dell'amministrazione; e che, partendo non dalla nozione di giurisdizione nel senso comunemente inteso, ma da quella da lui creata di *funzione processuale,* sia portato a ricomprendere in questa anche la giurisdizione volontaria, la quale, se non si tiene conto del diverso contenuto dei provvedimenti, presenta all'apparenza quella coordinazione esterna di atti in serie, indirizzati come a loro meta ad un provvedimento del giudice, che ha la stessa struttura esterna del « processo » in senso tecnico e proprio. Così per il C. la giurisdizione volontaria non è, come per la dottrina dominante, una zona di frontiera tra la funzione giurisdizionale e la funzione amministrativa, nella quale si riscontra questa ibrida figura di un organo soggettivamente giudiziario chiamato a esercitare attribuzioni oggettivamente amministrative, ma è uno dei modi in cui si esplica questa più comprensiva « funzione processuale », nella quale il « processo volontario » si dovrebbe porre accanto, e sullo stesso piano, agli altri tipi di processo: « giurisdizionale » (cognizione), « esecutivo », « ingiuntivo », « cautelare », « penale » (cfr. nn. 77-79). Ma poi la distinzione tradizionale tra i procedimenti di giurisdizione volontaria e i veri processi contenziosi (nei quali soltanto, secondo la terminologia comune, si esplica la giurisdizione) raffiora anche nella classificazione del Carnelutti, perchè anch'egli fa al « processo volontario » una posizione speciale, contrapponendolo a tutti gli altri tipi di processo compresi sotto la denominazione di « processo contenzioso » (n. 18): senonchè, mentre finora anch'egli aveva ritenuto che solo il processo « contenzioso » si potesse denominare processo *in senso proprio,* e aveva considerato i procedimenti di giurisdizione volontaria sotto la nozione di « processo improprio », ora invece si è convinto « che accanto ad esso il processo volontario rappresenta un'altra specie del genere, che se storicamente e praticamente ha minor valore, logicamente gli sta accanto *con perfetta parità* » (pag. 17). Per poter ricollegare sotto il concetto piuttosto vago di « funzione processuale » tanto il processo contenzioso quanto quello volontario, il C. si serve della contrapposizione fra la funzione *repressiva,* che egli assegna al primo, e la funzione *preventiva* che assegna al secondo. « La differenza tra processo contenzioso e processo volontario è fondata sulla distinzione tra conflitto attuale e conflitto potenziale di interessi » (n. 3); mentre oggetto del processo contenzioso è una *lite,* nel risaputo significato carneluttiano (n. 5), oggetto del processo volontario sarebbe, con significato simmetrico, un *affare,* che non vuol dire tanto una lite potenziale quanto quel *quid faciendum* che occorre compiere per tutelare un interesse in conflitto potenziale con un altro (*affare — da fare; negozio — nec*

otium: n. 19). Così dopo aver trovato nell'« affare » la chiave del processo volontario, come già nella « lite » aveva trovato quella del processo contenzioso, il C. procede col suo raffinato concettualismo classificatorio (sempre più appoggiato ad un vero culto per le etimologie, che egli prende sul serio più di quanto non facciano i glottologi) ad analizzare sotto tutti gli aspetti questa nuova nozione (nn. 19-22), che gli serve poi a fissare i caratteri del processo volontario ed a distinguerne i varî tipi (nn. 907 e seguenti). Giova avvertire che, in questa nuova sistematica di cui la *lite* e l'*affare* costituiscono i capisaldi, al processo penale è assegnato « una posizione intermedia tra il processo contenzioso e il processo volontario: la sua materia non è un affare, come accade per quest'ultimo, ma neanche una lite come per il primo, sibbene una pretesa; si direbbe che basta per il processo penale, a differenza del processo contenzioso civile, la metà della lite » (n. 26, pag. 25).

In questa formula assai elastica che vede processo volontario ovunque ci sia da compiere un « affare » per prevenire una lite potenziale, possono rientrare, secondo il C., non soltanto tutti i procedimenti tradizionalmente considerati come appartenenti alla giurisdizione volontaria, ma anche i processi a tipo inquisitorio, che la dottrina comune ha sempre considerato e considera come appartenenti alla giurisdizione contenziosa, cioè alla vera giurisdizione (*processi di stato*, n. 24), nonchè numerosi processi cautelari ed esecutivi, tra i quali il fallimento (n. 23). « Il campo del processo volontario — avverte il C. — è d'una vastità quasi sconfinata, e ancora, almeno per quanto riguarda la sua sistemazione nell'ordine della scienza processuale, quasi del tutto sconosciuta » (pag. 22); della quale vastità il lettore non stenta a rendersi conto: perchè, se riflette a quante sono le contingenze in cui nel traffico giuridico occorre compiere un « affare » per la prevenzione di una lite potenziale (e tanto più frequenti appaiono queste occasioni a chi segua la concezione piuttosto pessimistica del C. per il quale il diritto serve all'unico scopo di dirimere i conflitti di interessi, sicchè in sostanza non v'ha atto giuridico che non sia compiuto in vista di un conflitto di interessi attuale o potenziale), non trova ragione per escludere da questo vastissimo campo del processo volontario tutti quegli interventi con cui la pubblica amministrazione (e non più soltanto gli organi giudiziari) collabora cogli interessati alla creazione di un negozio giuridico destinato a valere tra essi: anche l'iscrizione di una ipoteca presso il conservatore dei registri immobiliari, o la celebrazione del matrimonio dinanzi all'ufficiale dello stato civile, e perfino, che so io, il rilascio di una tessera annonaria al cittadino che per ottenerla deve peregrinare da un ufficio all'altro, costituiscono un « processo vo-

lontario », posto che, per arrivare allo scopo desiderato, gli interessati debbono compiere « un complesso di atti rivolti alla formazione di un comando giuridico », collo specifico carattere di una « collaborazione a tal fine delle persone interessate... con una o più persone disinteressate » (definizione del processo che si legge al n. 1 di queste *Istituzioni*). E si potrebbe arrivare con un po' di buona volontà a far rientrare nel processo volontario anche tutta l'attività negoziale dei privati, i quali sempre, quando contrattano, lo fanno, secondo la teoria carneluttiana, proprio per dirimere o per prevenire un conflitto di interessi...

Mi pare pertanto che questo nuovo modo di concepire la giurisdizione volontaria si basi su criteri di distinzione meno nitidi e meno sicuri di quelli seguiti finora dalla dottrina dominante: la quale in sostanza definisce la giurisdizione volontaria come quella porzione di amministrazione pubblica del diritto privato che per ragioni storiche si trova esercitata, invece che da organi amministrativi, da organi soggettivamente giurisdizionali. Ma sopra tutto mi pare che in questa nuova sistemazione si perda la fisionomia di quel tipo importantissimo di processo contenzioso che è il processo civile inquisitorio, di cui la nuova legislazione in numerose disposizioni ha messo in evidenza la specifica natura (cfr. nn. 12-13 della rel. Grandi al cod. proc. civ.), ricollegandone i caratteri procedurali, che lo distinguono dall'ordinario processo dispositivo, alla *indisponibilità* dei rapporti sostanziali che il giudice è qui chiamato ad accertare. Nella classificazione carneluttiana tali processi inquisitorî annegano nel vasto oceano del processo volontario: anche le cause di stato, anche le cause matrimoniali, perdono il carattere giurisdizionale e diventano « affari ». Nella vasta classificazione dei processi volontari proposta dal C. (nn. 907 e segg.), la quale non comprende soltanto i procedimenti speciali regolati dal quarto libro del cod. proc. civ., ma anche molte altre procedure disciplinate dalle leggi sostanziali, le cause matrimoniali (per dare un solo esempio) si trovano collocate sotto il *genus* « procedimento volontario in materia di stato », insieme coi processi « di stato filiale » ed anche, con ravvicinamento che può parere inusitato, col procedimento in materia di comunione (perchè, secondo il C., anche la comunione è uno *status*: n. 934). E siccome contro questa collocazione delle cause matrimoniali e delle cause « di stato filiale » (cioè proprio di quelle cause in cui la volontà delle parti è tipicamente irrilevante!) urtano in pieno tutte le disposizioni della legge vigente, le quali per queste cause mantengono in vigore, anzi in un certo senso accentuano, tutti quegli istituti che rivelano la natura tipicamente giurisdizionale di questi processi (prove, giudicato, ecc.), il C. afferma che il non aver rilevato il carattere volontario di questi processi deriva da ignoranza del legisla-

tore: dal «difetto di una adeguata osservazione scientifica» che « ha permesso che anche la nuova legislazione si mantenga intorno ad essi a un livello di basso empirismo » (n. 924). Ma poi a questa ignoranza bisogna pure che egli stesso renda omaggio, quando dichiara che « *de lege condita* non resta da aggiungere se non che, in difetto di norme apposite, il processo di nullità del matrimonio si svolge secondo le norme del libro secondo » (n. 928), il che vuol dire, in conclusione, che questa figura del « processo volontario » com'è proposto in queste *Istituzioni,* non è accettabile *de lege condita.*

Anche sulla opportunità di adottarla *in iure condendo* io avrei, modestamente, i miei dubbi: non solo perchè la legislazione è bene che si plasmi secondo le necessità vive e contingenti della storia, e non su schemi dottrinarî *a priori* (gli schemi classificatorî devono venire dopo, e adattarsi essi alle leggi, e non viceversa), ma anche perchè ritengo che in un momento come il presente, in cui esistono nel mondo pericolose correnti che intendono a dissolvere il processo nella giurisdizione volontaria, ossia a sommergere la legalità nell'arbitrio, non debba la dottrina contribuire per suo conto a favorire questo dissolvimento, coll'abbattere le provvide barriere poste dalle leggi tra la vera giurisdizione e la cosiddetta giurisdizione volontaria. Mi rendo conto anch'io che è assai spesso molto difficile tracciare un confine netto tra certi processi inquisitorî e certi procedimenti di giurisdizione volontaria; e sono anch'io pienamente d'accordo col C. nel ritenere che questa regione di confine sia, oggi più che mai, ricchissima di problemi degni di approfondito studio. Ma credo che per chiarire le idee, meglio che la simmetria delle classificazioni generali basate sulla asserta ignoranza del legislatore, giovi l'indagine monografica, aderente al diritto positivo, sui varî istituti collocati in questa zona di confine, per cogliere i caratteri proprî di ciascuno; i quali spesso sono talmente incerti e fluttuanti tra i due territorî limitrofi, che meglio giova, invece di rinchiuderli a forza nell'una o nell'altra casella, riconoscere francamente la loro natura ibrida e singolare. Una indagine di questo tipo mi viene sott'occhio, proprio mentre scrivo queste righe, nel recentissimo libro del Giorgianni su *La dichiarazione di morte presunta* (Milano, 1943); temi altrettanto interessanti su questo stesso terreno di confine, in cui le forme processuali fanno pensare alla giurisdizione, ma la sostanza fa pensare all'amministrazione, si potrebbero trovare in quantità: penso alle « sentenze » di rettificazione degli atti dello stato civile (art. 454 cod. civ.), ai « provvedimenti » in tema di patria potestà (art. 336 cod. civ.); e così via.

Ma qui la recensione, senza accorgersene, è diventata un articolo: merito di queste *Istituzioni,* dalle quali, una volta iniziata la lettura,

il lettore, anche se in vena di discussione polemica, non sa più distaccarsi. E questo è il pregio, inconfondibile ed insuperabile, di tutte le opere di FRANCESCO CARNELUTTI: questa virtù di eccitare a pensare, a rivedere le posizioni raggiunte, a rimettere in discussione le « vecchie » dottrine. Anche chi, alla fine della discussione, conclude col ritenere che le dottrine cosiddette « vecchie » meritino di esser tenute ferme perchè sono in sostanza più attuali di quelle nuove, non può non essere grato a questa dialettica carneluttiana suscitatrice di reazioni, che ci aiuta, nel rimettere in ordine le nozioni scompigliate dal suo passaggio, a intenderne meglio il valore e a riconfermarci sempre più nel nostro pensiero. Certo è che queste *Istituzioni*, oggi compiute, rappresentano per chi accetti le premesse metodologiche da cui il CARNELUTTI parte, un'opera perfetta. I libri, come gli uomini, vanno valutati positivamente per quello che sono, non negativamente per come li vorremmo, se fossero diversi: anche queste *Istituzioni* vanno prese non come una interpretazione esegetica e storicistica del nuovo processo, che nel cercarne l'ordine si attenga fedelmente alla legge, applicando le categorie logiche e la terminologia di cui questa si è servita; ma vanno prese per quello che sono, cioè come una ricostruzione del processo secondo un metodo energicamente (direi prepotentemente) dogmatico, che vuol inquadrare diritto positivo in un sistema concepito all'infuori di esso, mondo da illogismi e da sovrastrutture, preso come un termine di paragone per rimproverare il legislatore di incoerenza ogni volta che le leggi sembrano ripugnare alle simmetrie di quello schema. Di questo metodo dogmatico io non sono fautore; ma riconosco che, chi parta da esso, non potrebbe nell'applicarlo salire più su di quanto il CARNELUTTI è salito in questa terza edizione delle *Istituzioni*.

Anche in pittura, com'è noto, ci sono due sorta di ritrattisti: quelli che credono che il ritratto debba somigliare pedestremente al modello, e quelli che considerano la somiglianza come una qualità di ordine pratico e trascurabile. E forse, sotto l'aspetto artistico, solo questi secondi sono grandi pittori

XXVI

LA CERTEZZA DEL DIRITTO E LE RESPONSABILITA' DELLA DOTTRINA (*)

M'è accaduto qualcosa che non càpita tutti i giorni, — leggere un libro giuridico tutto d'un fiato, con crescente consenso ed anche con crescente gratitudine dalla prima all'ultima pagina: parlo del saggio recentemente pubblicato dal LOPEZ su *La certezza del diritto* (1). Bisogna francamente riconoscere (possiamo dircelo in confidenza, senza che ci ascoltino i profani) che la virtù di incatenare il lettore non è tra quelle per cui più si distinguono i libri dei giuristi: non solo perchè essi, per necessità tecniche, sono quasi sempre scritti in gergo astruso che atterrisce al primo incontro i non iniziati, ma anche perchè assai spesso in quelle vuote architetture logiche, in cui l'aria del mondo par che non circoli, perfino il lettore esperto della terminologia avverte un senso di stagnante tedio che lo spinge ad allontanarsi infastidito, come chi non ha tempo da perdere nelle logomachie degli sfaccendati. Ma chi legge questo libro del LOPEZ, ha fin dalle prime pagine la sensazione di trovarsi di fronte alla discussione di un appassionante problema di vita, che tocca ciascuno di noi da vicino, nella sicurezza dei nostri focolari, nella nostra dignità di uomini, nella nostra libertà individuale. *Haec de te fabula narratur*: e, via via che si inoltra in queste pagine, il lettore si sente sempre più avvinto e confortato nell'accorgersi che la ricerca scientifica, appoggiata su un apparato filosofico-giuridico che più compiuto non si potrebbe desiderare e illuminata da una chiarezza di stile che rende queste pagine accessibili ad ogni persona colta, è qui sorretta dalla coscienza di un uomo vivo, che pur soffrendo la tra-

---

(*) [Pubblicato in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, a. XL, 1942, P. I, pp. 341-357; ristampato in *Studi*, V (Padova, Cedam, 1947), pp. 91-111; tradotto in lingua spagnola da S. SENTÍS MELENDO, in P. CALAMANDREI, *Los estudios de derecho procesal civil en Italia* (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959)]. [*Bibliografia*, n. 272].

(1) FLAVIO LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma (Tipografia Consorzio Nazionale), 1942.

gedia del suo tempo, riesce tuttavia a guardar verso l'avvenire con ragionato e non fatuo ottimismo. E' consolante che questa difesa della legalità sia fatta, con tanto calore di convinzione e con tanta serietà di studio, da un giovane (qual è, per fortuna sua e nostra, l'autore di questo libro) e che proprio da un giovane, che vive dal di dentro la crisi presente e virilmente accetta, senza andare in cerca di rifugi e di evasioni, gli impegni del domani, sia posta come motto per il futuro la famosa frase del SAVIGNY che esalta le leggi « tanto benefiche », e sia additata nella astrattezza di esse la forma pratica in cui anche nell'avvenire potrà meglio esprimersi quella volontà di reciprocità operosa e di solidarietà umana, che è la giustizia.

In verità, come appare dalla robusta sintesi contenuta nei primi due capitoli del libro, uno degli aspetti più paurosi della diffusa « angoscia » che travolge il mondo nei suoi spasimi è dato dalla crisi del diritto: che si potrebbe anche più esattamente denominare *crisi della fiducia nella legge*. Non si tratta della sfiducia in un dato sistema di leggi, che sia insieme, come avveniva alla vigilia della rivoluzione francese, speranza e professione di fede in altre leggi destinate a prendere il posto di quelle invecchiate; si tratta di una sfiducia molto più torbida e distruttiva, che attacca, collo stesso corrosivo scetticismo, indipendentemente dal contenuto delle leggi, il principio stesso della legalità cioè proprio lo strumento logico che la civiltà occidentale ha inventato da millennî per esprimere il diritto in forma generale ed astratta (2).

Hanno cominciato i filosofi a parlare di « irrealità delle leggi » e a dimostrare che la volontà enunciata in forma generale ed ipotetica non è vera volontà. Ma finchè queste loro teorie rimanevano custodite nei secreti laboratorî della speculazione, non facevano male ad alcuno; il guaio è cominciato quando queste teorie, cadute in mano ai politici, son diventate argomenti per tradurre il problema filosofico in un problema pratico, e per sostenere che anche negli ordinamenti positivi il sistema della legalità astratta avrebbe ormai fatto il suo tempo e dovrebbe esser sostituito dal sistema del diritto libero e della giustizia del caso concreto (3). Questo mi pare uno dei più pericolosi equivoci del nostro tempo: il credere che per fondare un diritto più corrispon-

---

(2) Il FISHER, *Storia d'Europa*, I, pag. 56, considera il principio di legalità come uno dei caratteri che distinguono la civiltà occidentale da quella cinese: nella quale manca assolutamente la nozione di diritto (cfr. GRANET, *La civilisation chinoise*, Paris 1931, e le osservazioni di LIÈVRES, in *Nouv. revue française*, XXXIX, pag. 446).

(3) Cfr. lo scritto *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, in *Studi*, V, pag. 75, n. 5 [e in questo volume, pag. 462, n. 5].

dente a quell'ideale di giustizia umana e sociale verso il quale gli uomini corrono anche se esso si ritira dinanzi alla loro corsa come l'arcobaleno, sia necessario infrangere questa forma della legge in cui ogni metallo, nobile o vile, può esser colato, per assumervi ugualmente, appena freddato, la tranquillante impronta della giuridicità (che vuol dire sicurezza della propria libertà anche se entro limiti angusti, e reciproca uguaglianza di tutti gli uomini dinanzi alla stessa legge, anche se cattiva). Questo è, secondo me, il sintomo più significativo della crisi attuale: lo smarrimento della differenza che deve passare, affinchè qualsiasi trasformazione sociale si consolidi in diritto, tra il momento politico e il momento giuridico, e la progressiva sommersione del secondo nel primo, considerata non più come un fenomeno patologico e transitorio, ma come la instaurazione di uno stabile e normale ordine nuovo. In questa dissennata e irrazionale confusione tra il problema politico del contenuto e il problema giuridico della forma, la funzione sociale del diritto, che è prima di tutto parificazione e pacificazione, si oscura: abolita la forma della legalità, che significa rassicurante consapevolezza preventiva dei limiti individuali posti a tutti e a ciascuno, la giustizia del caso singolo si riduce ad essere inquietudine ed incertezza, timore di arbitrio, sete di privilegio, rissa perpetua e perpetua schiavitù. Il sistema del « diritto libero », in realtà, non merita questa sua denominazione se non per ironia; perchè esso è negazione insieme di ogni diritto e di ogni libertà.

Dei molteplici aspetti che ha assunto nell'Europa contemporanea la crisi della legalità, il libro del Lopez dà, in vigorosi e rapidi scorci, accompagnati da accurata documentazione bibliografica disposta in apposite « aggiunte », un quadro che potrebbe parere scoraggiante, se già nel caos presente non si incominciassero a distinguere i primi sintomi di una rinascita della coscienza giuridica e di una comune aspirazione degli uomini doloranti alla legalità come prima condizione di ogni civiltà: e proprio verso questo consolante senso di rinascita conducono i capitoli seguenti del libro, l'ultimo dei quali riassume i risultati di tutta l'indagine in un titolo che non ha bisogno di commenti: *la certezza come specifica eticità del diritto* (4).

*
* *

Ma io non intendo qui scrivere una recensione di questo libro, che merita di esser letto e meditato tutto. Il mio intento è assai più limitato: glossare con qualche considerazione tratta da esperienze per-

---

(4) Cfr. lo scritto cit. alla nota precedente, n. 10.

sonali quelle pagine di esso, che; dopo aver esposto il concetto e il fondamento della certezza del diritto, passano in rassegna le varie forze che nell'epoca contemporanea tendono a distruggerla, e le distinguono, in due capitoli che sono tra i più avvincenti del libro, in minacce *di fatto* e minacce *di teoria*: più temibili queste di quelle, secondo l'autore, perchè mentre le prime « sono meno gravi nei con- « fronti dei valori dello spirito — ed anche la legge è un valore dello « spirito —, in quanto i valori permangono, colpiti ma non negati o « abbattuti, la negazione teorica di essi vale invece a distruggerli nelle « coscienze e quindi assume carattere eccezionalmente micidiale » (pag. 66).

Le minacce *di fatto* contro la certezza del diritto sono quelle che hanno la loro origine nelle stesse leggi, quando queste, per il modo difettoso con cui sono formulate, servono inconsapevolmente, invece che a render certi i diritti, a ingenerare intorno ai medesimi perplessità e confusione: lo stile involuto od eccessivamente tecnico di certe leggi, la loro applicazione, la loro molteplicità, la loro instabilità, sono altrettante cause di incertezza del diritto (5): la pratica dimostra quanto questa affannosa legiferazione a getto continuo, che spesso si risolve in una legiferazione *a vuoto* (per l'impossibilità in cui si trovano gli stessi giudici ed avvocati di apprender bene una legge prima che sia sopraggiunta quella che l'abolisce o la modifica), contribuisca a distruggere nelle coscienze il senso del diritto; quella che fu efficacemente chiamata la *ipertrofia* delle leggi (6), si risolve infatti quasi sempre, se si vuol continuare in questo vocabolario da patologi, in *distrofia* o addirittura in *atrofia* di molte di esse, destinate a restar lettera morta poichè più non arriva a nutrirle non diciamo il consenso, ma neanche

---

(5) Un esempio, degno di essere tramandato alla storia, delle incertezze che possono essere ingenerate nella pratica del diritto dalle imperfezioni tecniche delle leggi, è dato dalla singolare vicenda descritta nella sentenza della Cass. penale, 1ª Sez., 16 febbraio 1940 (in *Giur. ital.*, 1940, II, col. 122 e segg.) della legislazione concernente la difesa del risparmio e del credito. Fu emanato il decreto-legge 12 marzo 1936, n. 375; ma, mentre era in corso dinanzi al Senato la sua conversione in legge, un secondo decreto-legge del 17 luglio 1937, n. 1400, dichiarò abrogato il primo. Ma intanto quel primo (abrogato), fu convertito dalla Camera nella legge 7 marzo 1938, n. 141, e in tal modo rinacque dalle sue ceneri: e allora, poichè bisognava in qualche modo sistemare il secondo, ormai pubblicato, si pensò bene di convertire in legge anch'esso, riproducendovi, tanto per non fare un semplice duplicato, solo alcune disposizioni del primo: e si ebbe così la l. 7 aprile 1938, n. 636. Orientarsi tra questi quattro testi legislativi non è impresa agevole: provare per credere.

(6) Cfr. Pugliatti, *La logica e i concetti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, I, pag. 197, n. 5-6.

la semplice *opinio iuris*. Forse il LOPEZ è troppo ottimista quando ritiene che queste minacce alla certezza del diritto, che egli chiama *di fatto*, siano meno temibili per le coscienze di quelle che derivano dalle correnti teoriche ostili alla legalità; chi vive la pratica quotidiana del diritto sa che anche queste minacce *di fatto* posson servire, non meno delle teorie, ad attaccare lo spirito. Affinchè il diritto eserciti nella società la sua benefica disciplina pacificatrice, occorre che i consociati siano disposti a prenderlo sul serio: che esso sia alimentato dalla fede quasi religiosa di chi deve osservarlo, dalla convinzione che le leggi hanno in sè qualcosa di inviolabile e di sacro, che non si può sfidare senza immediata reazione. Ma come questa religione del diritto potrebbe vivere là dove incominciasse a diffondersi nelle coscienze il desolante sospetto che le leggi siano fatte soltanto per i semplici, e che sia da stolti affrettarsi ad obbedire ad esse, quando, con un pò di pazienza, è certo che altre leggi sopraggiungeranno ad abolire le prime? E come potrebbe imporsi alle coscienze la severità delle sanzioni minacciate, quando si cominciasse a formare una specie di comune omertà nello sfidarle, alla quale partecipassero anche i giudici, che forse, un minuto prima di rivestire la toga per l'udienza, avessero commesso senza scrupolo, come privati cittadini, infrazioni di quello stesso genere che essi sono chiamati a punire?

Anche queste minacce *di fatto* sono dunque deleterie per lo spirito, dove seminano, attraverso l'esempio quotidiano, il discredito del diritto. Ma non v'ha dubbio che l'opera distruttiva della dottrina può essere, a lungo andare, più penetrante, perchè più ragionata e più continuativa: e perchè l'incertezza che può essere ingenerata dalle dispute della dottrina non si limita necessariamente all'esegesi di singole norme, ma può, teorizzando, attaccare addirittura la forma in cui ogni diritto si manifesta, e cancellare così nelle coscienze l'idea stessa del diritto.

*
* *

La dottrina giuridica che sia consapevole della sua funzione e delle sue responsabilità, non può mai dimenticare i fini pratici a cui è necessariamente preordinata l'opera del giurista: non solo dell'avvocato o del giudice, ma anche del giurista scienziato (7). La scienza giuridica deve servire a rendere più agevole e più facile l'applicazione della norma al caso pratico, ad aumentare, colle sue sistemazioni razionali, il grado di certezza del diritto, cioè a rendere sempre più intellegibile la portata delle regole prestabilite dal legislatore all'agire

---

(7) CARNELUTTI, *Discorsi intorno al diritto*, pag. 137-138.

umano ed a mettere il singolo in condizioni di calcolare in anticipo, con previsioni sempre più sicure, le conseguenze giuridiche delle proprie azioni.

L'opera chiarificatrice del giurista è essenzialmente, come bene spiega il Lopez (cap. VIII), lotta contro l'arbitrio. Nei vuoti lasciati dal legislatore il giurista inserisce, quasi tirando altri fili intermedi entro le maglie di una rete ch'egli trova già predisposta, altre previsioni che riducono in limiti sempre più ristretti il campo della imprevedibilità. Come preziosa possa riuscire, anche nella pratica quotidiana del diritto, quest'opera chiarificatrice della dottrina, che all'interno della ipotesi, per sua natura molto comprensiva, della norma giuridica, razionalmente suddistingue e classifica tutta una varietà di ipotesi particolari (quasi repartendo il capace scompartimento della norma in tante ordinate caselle in cui i singoli casi potranno trovare separata collocazione), lo sa, meglio di ogni altro, l'avvocato, che nella sua quotidiana esperienza non muove passo senza ascoltare i fidi consigli dei trattati e dei commentari. Quante volte, nella incertezza della legge, l'avvocato sconsiglia una causa solo perchè essa andrebbe contro i dettami di una giurisprudenza già consolidata, o mette in pratica una cautela solo perchè corrisponde a una teoria professata dalla dottrina! Così dottrina e giurisprudenza servono ad avvicinare agli uomini la certezza del diritto: entro lo schema necessariamente generico di ogni norma formulata nei codici, i teorici mettono in evidenza, quasi rivelando i particolari di un disegno di cui all'inizio apparivano solo gli estremi contorni, una pluralità di regole sempre più ristrette, sempre più aderenti alla configurazione concreta dei casi della vita, sempre meglio idonee a lasciar prevedere gli effetti giuridici che potranno scaturire dal comportamento del singolo.

Questo ragionato ed ordinato lavoro di *moltiplicazione delle previsioni* entro gli schemi fissati dalla legge, serve, via via che si perfeziona, a limitare sempre più il campo dell'imprevisto e dell'arbitrario: anche le classificazioni dei giuristi, che sembrano così aride ed astratte, contribuiscono dunque, quando essi rimangono fedeli alla loro missione, ad accrescere, colla certezza del diritto, il sentimento della libertà.

Ma questo potere dei giuristi, come può potentemente contribuire, se rettamente adoprato, a render più sicura e più calzante ai fatti la efficacia delle leggi, così può diventare a sua volta, se malamente usato, fonte di incertezze e di disorientamenti. La scienza giuridica deve mirare soltanto a « *sapere qual è il diritto* » (8), non a crearlo: sono in

---

(8) Lopez, op. cit., pag. 145.

quanto il giurista abbia la coscienza di questo suo limite e non tenti di sovrapporsi al dato positivo che trova dinanzi a sè, l'opera sua è benefica per il diritto. Io mi immagino il giurista come un osservatore umile ed attentissimo che, attraverso i suoi strumenti di indagine, vede ogni legge in scala enormemente ingrandita: e si accorge, come il biologo che al microscopio riesce a scoprire e a distinguere le cento fibre di cui si compone un fascio muscolare, che ogni norma giuridica, sebbene appaia semplice, è in realtà la somma scomponibile di una moltitudine di regole, ognuna delle quali si adatta a una sua particolare previsione. Ma questo lavoro di scomposizione delle norme giuridiche bisogna necessariamente che abbia come dato di osservazione la legge positiva: altrimenti, se invece di partire dall'osservazione di ciò che è storicamente il diritto, il giurista si fabbrica per conto suo un sistema aprioristico di credute verità eterne e sul modello di esso pretende di riplasmare le leggi come se fossero creta da rimettere in forma, l'opera sua incosciamente contribuisce a annebbiar nelle coscienze il sentimento della legalità e ad aggravare sempre più l'angoscia di questa crisi che ci travaglia.

Occorre quindi nella dottrina un vigile senso di responsabilità: non dimenticare mai, nel formular le teorie, la ripercussione che esse possono avere sulla pratica del diritto; non dimenticar mai, nel costruire sistemi, ch'essi non sono destinati ad appagar l'occhio e il gusto della simmetria, ma solo ad agevolare l'applicazione delle leggi ai casi concreti; e se a questo non devon servire, è meglio non costruirli. I giuristi non possono permettersi il lusso della fantasia: se un biologo o un fisico, formulando una ipotesi ardita che non ha alcuna base sperimentale, tenta di fondar su di essa la spiegazione di un certo ordine di fenomeni naturali, la natura non si commuove per questo, e imperturbabile continua a conformarsi alle sue leggi, che la volontà umana non può nè modificare nè trasgredire. Ma le leggi che studiano i giuristi non sono, come le cosiddette leggi naturali, descrizioni generalizzate di ciò che è, ossia di ciò che per essere non ha bisogno di volontaria obbedienza: sono, al contrario, comandi generalizzati, e come tali in concreto trasgredibili, vòlti a ciò che si vorrebbe che fosse nello avvenire; sicchè quando i giuristi dissertano su queste leggi e sul modo di interpretarle, essi vengono implicitamente a svalutarle o a rafforzarle nelle coscienze di coloro che dovranno all'occorrenza osservarle, e le loro teorie sono sempre, anche se inconsapevolmente, suggerimenti pratici sulla condotta che gli uomini dovranno tenere nell'avvenire di fronte alle leggi. Ogni sillogismo scritto sui libri dei giuristi contiene *in nuce* un incitamento all'azione futura: e per nessuno meglio che per i giuristi è vera l'osservazione, valida in generale per tutte le scienze

morali (9), che assai volte gli errori teorici d'oggi creano la realtà di domani. Se un fisico bizzarro scrivesse dieci ponderosi volumi per dimostrare che non esiste la legge di gravità, non riuscirebbe ad impedire che ciascuno di questi volumi, se gli scivola di mano, confermi cadendo questa legge ch'egli nega; ma se la giurisprudenza comincia ad affermare che una certa norma giuridica significa tutto il contrario di quello che la lettera esprime, gli uomini, a forza di sentirlo ripetere, cominceranno a crederci anche se non è vero, e la pratica darà *a posteriori* ragione alla teoria.

Tutto questo spiega la tradizionale diffidenza di certi legislatori contro i giuristi: i quali, sotto colore di studiare e di sistemare le leggi, possono corroderle dal di dentro come i tarli, e alla fine farle cadere in polvere, ridotte a formule vuote. Un caso di coscienza tra i più angosciosi e patetici, che possano presentarsi nella vita pratica del diritto, è quello del giurista che sia chiamato ad applicare come giudice o come avvocato una legge che moralmente gli ripugna. Egli si sentirà tentato, nell'interpretarla, a farla apparire non come sa che è, ma come vorrebbe che fosse: sarà portato, pur senza potersi apertamente ribellare ad essa, ad attenuarla, ad aggirarla, a introdurvi distinzioni e riserve, volte a farle impaccio e ad impedirle di nuocere. Ma, così facendo, egli cesserà di essere un interprete della legge: egli, così facendo, agirà da politico, non da giurista: anche il « sabotaggio » delle leggi può essere per chi è chiamato ad applicarle uno strumento di azione rivoluzionaria, ma non certo un metodo di ricerca scientifica.

Questa azione sovvertitrice delle leggi, che può avere la sua moralità e la sua funzione storica, non è la moralità del giurista; il quale, anche quando il contenuto della legge gli fa orrore, sa che nel rispettarla e nel farla rispettare quale essa è, anche se iniqua, si riafferma quell'ideale di uguaglianza e di reciprocità umana che vivifica e riscalda l'apparente rigidezza del sistema della legalità. E forse questo culto della legalità a tutti i costi, questo sconsolato ossequio alle leggi solo perchè sono tali ed anche se il cuore le maledice e ne affretta col desiderio l'abolizione, ha una sua grandezza morale che raggiunge spesso, senza slanci apparenti, il freddo e meditato eroismo: quello di Socrate che nel carcere esalta la santità delle leggi da cui gli viene incontro la morte. Anche la legalità ha i suoi drammi, che si agitano nella coscienza del giudice: nella *Storia di Billy Budd* del Melville (10), in cui il candido Billy è condannato dalla corte marziale ad essere impiccato al-

---

(9) Cfr. Orlando, *Diritto pubblico generale*, pag. 202, cit. da Jemolo, *I concetti giuridici* (estr. dagli *Atti della R. Acc. delle scienze di Torino*).

(10) H. Melville, *La storia di Billy Budd*, trad. di E. Montale (Milano, Bompiani, 1942).

l'albero, il centro della tragedia non è nel giustiziato innocente, ma nel capitano Vere, presidente della corte, che collo strazio nel cuore sente che il suo dovere gli detta di applicare spietatamente la cieca disciplina militare, di cui il grado lo fa custode sulla sua nave.

Ma, qualunque di queste due moralità contrapposte si preferisca, quella del politico che si ribella alle leggi o quella del giurista che vuol servirle ad ogni costo, certo è che nel trattare le leggi è indispensabile un impegno morale, una consapevolezza quasi religiosa della serietà sociale ed umana di questo strumento di pace che è il diritto. A chi tratta di cose giuridiche tutto si può perdonare, meno che la leggerezza e la improvvisazione, i giuochi del facile ingegno, il gusto estetico delle costruzioni a vuoto. La dote fondamentale del giurista è l'umiltà: questa volontà di rimanere aderente al diritto così com'è dato dalla storia, e di farlo valere con didattica fedeltà e senza retoriche albagie. Non posso dimenticare il motto scherzoso del vecchio romanista il quale diceva che il nome più adatto che fosse stato trovato per un giureconsulto era quello di Modestino: perchè il maggior pericolo del giurista è proprio quello dell'orgoglio, che lo induce a intorbidare quel bene comune che è la certezza del diritto colle sovrastrutture create dalla sua genialità inventiva. Vi è una tendenza alla quale è difficile che i teorici del diritto riescano a sottrarsi (chi non ha peccato scagli la prima pietra): quella di perder di vista le ragioni sociali ed umane del diritto positivo sotto le architetture simmetriche del loro sistema, che spesso sembrano gareggiare in barocchismo colle classificazioni delle « argutezze » per cui è celebrato il *Cannocchiale aristotelico* del conte Emanuele Tesauro (11). Questo è, secondo me, il più minaccioso pericolo da cui i giuristi devono guardarsi, se vogliono contribuire utilmente a mantenere e ad accrescere la certezza del diritto: questo perder di vista il contenuto umano di esso, per idoleggiare soltanto gli oziosi schemi della loro dogmatica, non più considerati come strumenti al servizio di fini pratici storicamente determinati, ma come verità eterne ed immutabili degne di essere adorate in sè stesse anche se non servono a nulla. Anche nel campo letterario ed artistico rinasce di tempo in tempo, proprio quando più si credeva superata, la polemica tra i « contenutisti » e i fautori dell'« arte pura ». Ma questi spassi che possono prendersi i letterati, gente felice perchè può stare in perpetua

---

(11) *Il cannocchiale aristotelico, o sia Idea dell'arguta et ingeniosa elocutione... esaminata co' principii del divino Aristotele dal conte* D. Emanuele Tesauro (ho sott'occhio l'edizione di Venezia, Baglioni, MDCLXIII): cfr. Croce, *Storia della età barocca*, pag. 188-189, e *Saggi sulla letteratura italiana del Seicento*, 2ª ed., pag. 157 e segg.

vacanza a guardare con distaccata curiosità gli uomini che lavorano, non sono concessi ai giuristi. Si può usar sopportazione verso il « letterato puro », perchè, alla fin dei conti, è un seccatore innocuo; ma il « giurista puro », che vuole disquisir di diritto senza ascoltarne le ragioni pratiche, è un malanno che con queste sue fantasticherie rischia proprio di distruggere quel diritto di cui egli sì bravamente s'impanca a dissertare: e bisogna pur ricordargli che il diritto non può essere materia di svagata dilettazione intellettuale, perchè vi circolano dentro, in ogni giuntura, le lacrime e il sangue degli uomini vivi.

*
* *

Queste considerazioni, suggerite dalla lettura del libro del Lopez, dovrebbero indurre tutti noi che almeno una volta in vita nostra abbiamo costruito una teoria giuridica, ad un esame di coscienza; che porterebbe forse ciascuno di noi ad accorgersi con rammarico di aver almeno una volta contribuito non a rendere più certo il diritto, ma a annebbiare le idee di chi deve osservarlo e farlo osservare. Mi viene in mente, ad esempio, quello che, da quasi un secolo, è il tema prediletto, il « pezzo di bravura » si potrebbe dire, di noi processualisti: la relazione tra diritto sostanziale e diritto processuale, tra il diritto soggettivo e l'azione. Quanta dovizia di studi, quanta copia di sottili indagini e di dotte dissertazioni su questi argomenti! Ma si può ritenere sul serio che questo spreco di costruzioni teoriche abbia contribuito a rafforzare negli uomini il sentimento della santità del diritto?

Quando si considera come un fenomeno recentissimo il *Kampf wider das subiektive Recht* che la dottrina tedesca ha apertamente sferrato in quest'ultimo decennio, non ci si accorge che la preparazione di questa offensiva si è iniziata in Germania, anche nel campo della scienza processuale, da quasi un secolo: da quando cioè ha cominciato ad accreditarsi e a diffondersi quella concezione dell'azione che tra noi va sotto il nome di azione in senso astratto o di diritto astratto d'azione (*abstraktes Klagrecht*). Questo è proprio uno dei fenomeni storici che mi sembrano più misteriosi: che mentre i profani, ignari delle sottili teorie dei giuristi, continuano naturalmente a vedere nell'azione l'unico strumento pratico per la difesa del diritto soggettivo, la sola garanzia concreta che lo Stato offre a chi ha diritto per distinguerlo da chi non l'ha, siano proprio i giuristi che da quasi un secolo si affaticano a dimostrare agli illusi che quest'azione intesa come garanzia concreta del diritto è una favola da bambini, e che l'impegno di far giustizia, che lo Stato ha assunto verso i cittadini, consiste in realtà nel trattare alla pari, senza differenza alcuna, chi ha ragione e chi ha torto.

Non è davvero mia intenzione rimettermi qui a rifare, ancora una volta, la storia e la critica delle teorie sull'azione che, come le notti della leggenda, sono mille e una, e tutte meravigliose (12). Voglio osservare soltanto che nella contrapposizione, che divide la dottrina in due grandi campi, tra teoria dell'azione intesa in senso concreto e quella dell'azione intesa in senso astratto, mi pare che si manifesti in maniera caratteristica il contrasto tra due metodi che dividono la scienza giuridica: quello di chi pensa che le teorie debbano servire a spiegare qual è la funzione utile del diritto nella società, e quello di chi pensa invece che le teorie abbiano un valore in sè, anche se per avventura servono a far perdere di vista i fini pratici per i quali il diritto è stato dettato.

La teoria dell'azione in senso concreto, che concepisce l'azione come un potere posto a garanzia di una certa situazione di diritto sostanziale, di cui il provvedimento del giudice dovrà essere il concreto riconoscimento, è una teoria che corrisponde perfettamente all'idea che può farsene, in una società in cui il diritto privato è ancora riconosciuto, l'uomo della strada, sollecito dei suoi fini pratici individuali e dei beni che gli appartengono.

Quest'uomo della strada, che non si cura delle eleganti teorie dei giuristi ma solo di quel tanto di ordine e di tranquillità che il diritto porta nella sua casa, sa che l'esser proprietario o creditore ha un senso pratico solamente in quanto dietro quel diritto di proprietà o di credito si profili, vigile e fedele come una sentinella, lo Stato che ha garantito colle sue leggi la integrità di quel bene. Quando io dico che questo libro è *mio*, non intendo dire soltanto ch'io potrò leggerlo in pace finchè non trovi un prepotente più forte di me che me lo venga a strappare di mano; ma intendo dire che, se mi toccherà soffrir questo torto, so che c'è un giudice al quale potrò rivolgermi colla sicurezza di aver ragione. Questo era il senso della risposta data dal candido mugnaio di *Sans souci* a Federico il Grande che minacciava di scacciarlo dal suo mulino: « *Il y a des juges à Berlin* »; e se poi accadrà che il giudice, nel mio contrasto con quel prepotente, mi dia ingiustamente torto, io dovrò amaramente concludere che là dove i giudici non sanno dar ragione a chi l'ha, i diritti, scompagnati da questa immanente sicurezza della concreta garanzia giudiziaria, è come se non esistessero.

Ma di fronte a questa, che è in fondo la concezione romana della azione (13), la dottrina tedesca ha messo in circolazione da quasi un

---

(12) Cfr., per ultimo, il mio scritto *La relatività del concetto di azione*, in *Studi*, V, pag. 1 [e in questo volume, pagg. 427 e segg.].

(13) Cfr. il bel libro di G. Pugliese, *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939.

secolo la teoria del diritto astratto d'agire; la quale è oggi, anche in Italia, non diciamo prevalente (per esser tale bisognerebbe che non avesse contro di sè l'autorità del CHIOVENDA), ma certamente molto accreditata non solo tra i maestri di maggiore autorità, ma anche, a quanto pare, tra i più giovani studiosi (14). Questa teorica, com'è ben noto, ha operato con chirurgica spietatezza la resezione anatomica di tutti i tendini che potevano ricollegare al concreto diritto sostanziale l'astratto potere di chieder giustizia; e se ogni tanto, tra gli stessi fautori di questa dottrina, si riaffaccia una certa tendenza a ricucire con mano pietosa qualcuno di questi vincoli recisi, l'insegnamento più coerente mi sembrava ancora quello di chi riconosce nella stessa misura il potere astratto d'azione a tutti i cittadini come tali, senza far differenza nè tra chi ha ragione e chi ha torto, nè tra chi è legittimato e chi non è (15).

Ora, che questo *potere di farsi ascoltare e di ottenere una risposta ufficiale dal giudice* appartenga (nella fase di cognizione) ad ogni cittadino, indipendentemente dalla situazione individuale in cui egli si trovi nel rapporto sostanziale controverso, — nessuno ardirebbe negarlo: o che il diritto soggettivo da me vantato non sussista, o che legittimato a farlo valere non sia io, o che non abbia instaurato il processo secondo le norme rituali, in tutti questi casi il giudice non potrà gettar la mia domanda tra la carta straccia, ma dovrà prenderla in esame e pronunciare un provvedimento per farmi conoscere i motivi per cui non l'accoglie o la dichiara inammissibile. Ma qui la questione è un'altra: anche quando ci saremo messi tutti d'accordo nel riconoscere che questo potere di ottenere dal giudice una risposta in carta bollata sussiste a favore di ogni cittadino, bisognerà vedere se questo potere sia proprio l'*azione*, in quel senso in cui la legge parla di « tutela giurisdizionale dei diritti » (art. 2907 C. civ.), e in cui il titolare di un diritto soggettivo leso o disconosciuto sa di poter contare (lui solo ad esclusione di qualsiasi altro cittadino!) su questa tutela, come unica garanzia del bene che appartiene a lui e non ad altri. E se poi ci vorremo anche noi schierare tra i fautori dell'azione in senso astratto, ci troveremo, in fede mia, un po' imbarazzati, quando dovremo spiegare ai profani che le « azioni a difesa della proprietà » di cui parla il Codice civile, art. 948 e segg., si chiamano così perchè competono anche a chi non è proprietario e non ha alcuna proprietà da difendere...

---

(14) Cfr. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale* (Milano, Giuffrè, 1942), pag. 119 e segg.; FURNO, *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo* (Firenze, 1942), pag. 329 e segg. (Appendice).

(15) Cfr. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 3ª ed. (Roma, 1942), n. 206.

In verità si direbbe che certe volte la dottrina si diverta a mettere in ridicolo le leggi. Mentre lo Stato, col perfezionare gli ordinamenti giudiziari e le procedure, si sforza di diffondere tra i cittadini una fiducia sempre crescente nella giustizia, che vuol dire fiducia nella prontezza e nella esattezza con cui i giudici devono saper distinguere il diritto dal torto, par che i teorici del diritto si siano messi d'impegno a dimostrare che questa sperata salvaguardia della ragione contro la tracotanza, del debole contro il forte, è un'illusione, e che la « tutela giurisdizionale » (la cui sperata prontezza ed infallibilità è l'unico argomento che può assicurare tra gli uomini lo spontaneo rispetto del diritto e dissuaderli dal farsi giustizia da sè), non è in realtà che una specie di beffa legalizzata, in cui il diritto di ottener giustizia si riduce al diritto di sentirsela rifiutare in forma legale. Noi sentiamo che questo non è vero, che questo non deve essere vero; ma anche se, per ipotesi, questa si avvicinasse ad essere la realtà in un periodo di crisi transitoria del diritto, dovremmo essere proprio noi giuristi a teorizzarla come normale, e a contribuire così sempre più, colle nostre teorie, ad aggravar questa crisi?

Ma i fautori dell'azione in senso astratto ci avvertono che questa loro teoria avrebbe il pregio, che le altre non hanno, di darci un concetto « autonomo » del diritto d'azione; solo così, coll'isolare il diritto processuale in un compartimento stagno, si servirebbe quell'ideale scientifico a cui tutti i processualisti avrebbero il dovere di tendere: ed anzi il « progresso » della scienza sarebbe segnato proprio da questa sempre più rigorosa liberazione del diritto processuale da tutte le vecchie ubbie attinenti alla giustizia concreta della sentenza...

Ma questa favoleggiata « autarchia » processuale, per la quale il processo troverebbe nel suo interno tutte le sue materie prime, è una realtà storica o un idolo della fantasia? e quando se ne discute, siamo nel campo della scienza, cioè della conoscenza della realtà, o in quello della teologia? Anche la teoria dell'azione in senso concreto (quella che oggi non senza un certo accento di commiserazione si denomina « classica ») affermava l'autonomia dell'azione; nel senso che l'azione non si identifica col diritto soggettivo sostanziale, perchè l'esistenza di questo può esser soltanto uno dei requisiti costitutivi dell'azione, e perchè in certi casi l'azione può sussistere anche dove sussiste non un diritto soggettivo, ma solo una situazione di diritto oggettivo che la legge considera meritevole di tutela. Ma l'autonomia dell'azione intesa in questo senso (e in questo senso a nessuno verrebbe in mente di ripudiarla, perchè risponde ad una realtà che tutti i giorni si può controllare nella pratica giudiziaria) non ha mai significato divorzio del diritto processuale dal diritto sostanziale, nè disconoscimento del ca-

rattere strumentale di quello nei confronti di questo. L'azione, diritto - mezzo per eccellenza, è stata sempre considerata, da WACH a CHIOVENDA, da HELLWIG a GOLDSCHMIDT, come il funicolo ombelicale attraverso il quale il diritto sostanziale circola nel processo e lo alimenta, salvandolo dal pericolo di ridursi per denutrizione ad una pallida forma senza sangue.

Intransigente ad ogni costo, la teoria « astratta » vuol tagliare anche questa ultima via di comunicazione; vuole il diritto processuale « puro », l'azione « pura ». Ma che se ne fanno gli uomini di questa « purezza », se da essa non viene alcun conforto pratico alla loro inesausta sete di giustizia concreta? Sembra nata, questa teoria, nella atmosfera allucinante del noto romanzo di KAFKA (16), dove la vita del protagonista è ossessionata dall'incubo di una procedura che è in corso contro di lui, e della quale si vivono colla misteriosa angoscia dei sogni tutte le vicende formali, le peregrinazioni nei labirinti dei corridoi alla ricerca di un giudice introvabile, le inutili attese dinanzi a un uscio che non si vuol aprire, l'ansietà di una udienza che all'ultim'ora vien rinviata e di un interrogatorio che rimane sempre a mezzo, senza che mai si riesca a capire il *perchè* di quel processo, il *perchè*, che tutti cercano e che nessuno vuol dire...

*
* *

Io non nego, intendiamoci, che anche per la teoria del diritto astratto d'agire possa giungere il suo momento storico, sicchè essa possa apparire, se giungerà quel momento, come lo schema logico meglio idoneo a cogliere e ad interpretare certi aspetti di quella realtà. In un ordinamento giuridico, immaginabile senza molto sforzo di fantasia, in cui tutti i diritti soggettivi fossero aboliti e in cui a tutti i sudditi fosse senza distinzione riconosciuto soltanto il potere generico di denunziare all'autorità giudiziaria la violazione delle leggi di diritto pubblico, questa legittimazione ad agire nell'interesse pubblico, riconosciuta al singolo *uti civis*, non potrebbe forse esser sistemata altrimenti che nello schema del diritto astratto d'agire. Ma io dico che una cosiffatta teoria non è storicamente adeguata a interpretare il diritto processuale di uno Stato in cui tuttora è riconosciuto e tutelato il diritto soggettivo individuale: dico che non si può da una parte esser fautori del diritto astratto d'agire e dall'altra inorridire dinanzi al *Kampf wider das subiektive Recht.*

Se le teorie dei giuristi hanno un valore solo in quanto posson

---

(16) F. KAFKA, *Il processo*, trad. it. di A. SPAINI (Frassinelli, Torino, 1933).

servire a far *capire* qual è il diritto in un certo momento storico, mi pare che la teoria dell'azione in senso astratto, che dinanzi alla giustizia pone tutti i cittadini sullo stesso livello, senza trarre ragioni di distinzione dalle diverse posizioni individuali fatte ad essi dal diritto sostanziale, sia uno strumento critico troppo grossolano e troppo poco sensibile per poter registrare certi fenomeni che proprio sotto i nostri occhi si svolgono sulle zone di confine.

Guardiamo, tanto per fare un esempio veramente tipico, quello che è avvenuto nell'ordinamento giuridico russo. Il primo codice civile comunista non abolì, come è noto, i diritti soggettivi individuali: anzi li riconobbe in numerose categorie, e lasciò aperto, per farli valere in caso di contestazione, il ricorso ai tribunali. Anche in quell'ordinamento, dunque, si ritrova una « tutela giurisdizionale » dei diritti, nello stesso senso in cui ne parla il nostro codice civile. Ma c'è una differenza: che mentre nel nostro ordinamento il giudice che abbia accertato la sussistenza di un diritto soggettivo individuale, deve senz'altro, concorrendo l'interesse e la legittimazione, prestargli manforte come la legge in astratto promette, secondo il codice russo il giudice deve, caso per caso, verificare se il diritto soggettivo astrattamente riconosciuto dalla legge sia concretamente esercitato in conformità del suo scopo economico-sociale (art. 1), e, qualora si convinca del contrario, deve negargli la richiesta tutela giurisdizionale. Questo significa che, secondo il codice russo, il diritto soggettivo sostanziale non può contare sull'aiuto della giurisdizione come su una immancabile salvaguardia: la tutela giurisdizionale può essere concessa o negata dal giudice, secondo una concreta valutazione di carattere politico, allo stesso modo che il *praetor* romano, anche quando in base all'*ius civile* preesisteva al processo un diritto soggettivo sostanziale, poteva denegare l'azione come contraria alla concreta equità (17).

E' agevole ora intendere come questo singolare fenomeno, della scissione tra il diritto soggettivo riconosciuto *a priori* dalla legge e il diritto alla tutela giurisdizionale rimesso *a posteriori* alla discrezione del giudice, possa essere còlto nella sua esatta struttura solo da chi adotti la nozione dell'azione in senso concreto. Infatti, se, in un siffatto ordinamento, il diritto soggettivo non può ottener la tutela giurisdizionale senza passar questa specie di visita di controllo politico demandato al giudice, ciò non significa che l'esito negativo di tale visita impedisca al richiedente l'adito ai tribunali, o gli tolga il diritto di avere una risposta alla sua domanda; ma significa soltanto che, in tale ipo-

---

(17) Cfr. PUGLIESE, *op. cit.*, pag. 108-109; e il mio scritto sulla *Relatività del concetto di azione*, in *Studi*, V, pag. 1 e segg. [e in questo vol., a pagg. 427 e segg.], n. 10.

tesi, la risposta del giudice sarà contraria al richiedente anzichè favorevole: la differenza attiene dunque al contenuto concreto del provvedimento, non al potere astratto di ottenere dal giudice un provvedimento qualsiasi, che, sia pure per respingerla, decida sulla domanda.

Per chi partisse invece dal concetto di azione in senso astratto, nessuna differenza esisterebbe tra il caso in cui il giudice dà al diritto soggettivo il suo collaudo politico e il caso in cui glielo nega; in ambedue i casi, infatti, il diritto di azione in senso astratto funziona colla stessa formale regolarità, perchè in ambedue i casi il cittadino che ricorre ai tribunali ha la soddisfazione di apprendere dal provvedimento del giudice qual è la sorte riservata al suo diritto. Questa teoria del diritto astratto d'agire si rivela dunque come uno strumento di indagine inefficace ed inetto proprio in quelle contingenze che richiederebbero una raffinata sensibilità di metodi per ricostruire e per interpretare fenomeni processuali difficilmente afferrabili e classificabili, com'è quello che si verifica oggi nell'ordinamento russo. In questo singolare sistema, in cui non si è voluto negare nel campo sostanziale il diritto soggettivo, ma si è voluto appender su di esso, nel campo processuale, la spada di Damocle della *denegatio actionis*, la teoria del diritto astratto d'agire non s'accorge della minaccia, e continua a credere, affascinata da questo mito dell'astrattezza, che le relazioni tra diritto sostanziale e diritto processuale permangano indisturbate come per il passato, e che i diritti soggettivi, la cui sorte è qui lasciata in balìa dell'arbitrio politico, siano tuttora garantiti dall'azione, nello stesso modo in cui ciò può avvenire in un ordinamento fondato sul principio della legalità!

Altri esempi si potrebbero cogliere anche più vicini a noi, di questa insensibilità della ricordata dottrina di fronte ai sintomi più inquietanti di questa crisi del diritto soggettivo che si svolge dinanzi ai nostri occhi. Tutti sappiamo come siano in aumento anche nel nostro ordinamento i casi in cui è riconosciuto alla pubblica amministrazione il potere di disporre dei diritti individuali con provvedimenti sottratti ad ogni reclamo « tanto in sede amministrativa, quanto in sede giurisdizionale » (18): e tutti sappiamo (e più lo sanno coloro dei cui diritti in concreto si tratta) che questa abolizione di ogni garanzia giurisdizionale significa in realtà retrocessione di questi diritti, seppur tuttora riconosciuti come tali dalla legge sostanziale, al grado di interessi semplici, ai quali manca quella sicura prevedibilità della tutela senza la quale praticamente il diritto si riduce a una vuota parola. Ma anche qui, se ci si contenta dell'azione in senso astratto, si deve arrivare lo-

---

(18) Cfr. le mie *Istituzioni*, vol. II, § 86 c.

gicamente a riconoscere che perfino l'abolizione di ogni reclamo in via giurisdizionale non menoma in alcun modo le garanzie del diritto soggettivo. Se l'azione consiste soltanto nel diritto di ricorrere ai giudici per sentirsi dar torto, è evidente che anche nelle materie in cui ogni reclamo giurisdizionale è vietato, nessuno impedisce al cittadino leso nel suo diritto di rivolgersi ai giudici per sentirsi ufficialmente confermare la sussistenza di questo divieto. Ma se questo e non altro è l'azione (diritto al provvedimento e non al contenuto di esso) allora bisognerà dire che anche in questi casi l'azione rimane intatta: e che quindi anche in questi casi il cittadino può aver piena fede nella giustizia perchè la garanzia giurisdizionale, intesa in senso astratto, non gli fa difetto neanche qui... Non si può dire davvero che la teoria della azione in senso astratto contribuisca ad acuire nelle coscienze il senso del diritto, nè delle differenze che passano tra la giustizia e l'arbitrio!

*
* *

Queste considerazioni, nate dalla lettura di un libro di filosofia del diritto, si riannodano naturalmente, senza bisogno di cambiare il tono del discorso, alle osservazioni che mi suggerisce la lettura di un altro libro, il quale per la specialità e la solida praticità dell'argomento trattato, sembrerebbe il più lontano dalle aeree regioni della filosofia: parlo del volume che AURELIO CANDIAN ha pubblicato nello scorso luglio sulla nullità delle deliberazioni di assemblea delle società per azioni (19). Questo libro, sotto la apparente aridità dell'indagine tecnica, lascia in più punti trasparire vasti scorci di orizzonti teorici; ci si sente scorrere dentro (forse perchè è un libro scritto da un babbo, mentre pensava al suo figliuolo gravemente ferito in guerra) l'inquietudine di questo nostro tempo tormentato, in cui basta toccare il punto dolente di un ristretto problema esegetico per destare risentimenti in tutta la compagine febbricitante dell'ordinamento giuridico.

L'idea centrale, e, a quant'io mi sappia, nuova, del libro del CANDIAN è questa: che per classificare i vizi da cui possono essere inquinate, secondo il nuovo Codice civile, le deliberazioni delle assemblee sociali e per cogliere esattamente la natura dell'impugnazione che i soci possono proporre contro di esse (art. 2377 C. c.), sia *cum grano salis* utilizzabile la tripartizione adottata dai pubblicisti per i vizi degli atti amministrativi (incompetenza, eccesso di potere, violazione di legge) e

---

(19) A. CANDIAN, *Nullità e annullabilità di delibere di assemblea delle società per azioni* (Milano, Giuffrè, 1942).

la distinzione tra diritti soggettivi e interessi, su cui è basato il sistema della giustizia amministrativa. Alla luce di questi criteri, la posizione del socio che impugna una deliberazione illegale appare diversa, secondo che la norma giuridica violata sia posta per tutelare un interesse della società ovvero un interesse individuale del socio. « Alla « base dell'azione è sempre... la violazione di una norma. Ma quando lo « scopo della norma è quello di tutelare un interesse della società, ivi « il socio non può far valere che un *interesse* alla sanzione della tra- « sgressione. Quando invece lo scopo della norma è la tutela di un « interesse del socio, ivi il socio fa valere un vero e proprio *diritto sog-* « *gettivo* a quella sanzione ».

L'idea, dal punto di vista esegetico, mi sembra fruttuosa e degna di meditazione. Ma non è il problema esegetico che qui mi attrae di più; ciò che più mi interessa, ora, di questo libro, e che mi permette di ricollegarlo al discorso che precede, è il metodo secondo il quale questa indagine è condotta: che, pur rimanendo fedele e aderente al testo delle leggi, cerca di illuminarle non con sovrastrutture classificatorie inventate di sana pianta, ma con cauti ravvicinamenti a esperienze già acquisite e studiate da altre discipline giuridiche, attraverso i quali il giurista è tratto ad accorgersi che in certi momenti storici nei più lontani territori dell'ordinamento giuridico affiorano gli stessi fenomeni, e che per individuarli e registrarli appaiono idonei gli stessi schemi dogmatici. I concetti di cui si serve la scienza giuridica non possono essere arbitrari; sono anch'essi, se il giurista ha il senso della propria responsabilità, strumenti per interpretare una data realtà storica. Ora, questo libro del CANDIAN serve a confermare che in ogni zona dell'ordinamento giuridico, anche in quelle che nelle repartizioni scolastiche parevano le più lontane dal diritto pubblico, può accadere che l'azione del singolo, da garanzia del diritto soggettivo individuale si trasformi in strumento di un interesse appartenente a una cerchia più o meno generale, all'appagamento del quale serve per così dire da veicolo un interesse individuale occasionalmente protetto (20). Al chiarimento di quest'ordine di fenomeni, complicati e spesso ribelli ad ogni classificazione simmetrica, io penso che debba di preferenza dedicarsi in questo momento storico la dottrina del diritto d'azione, senza arrestarsi ai soliti luoghi comuni dell'azione concepita in senso astratto.

In queste figure di confine si coglie il passaggio dalla giurisdizione di diritto soggettivo a quella di diritto oggettivo; dalla giurisdizione

---

(20) Cfr., su quest'ordine di fenomeni, ANDRIOLI, *Il principio del « ne bis in idem » e la dottrina del processo* (estr. dagli *Annali triestini di dir.*, ecc., 1941), pag. 15 e segg. dell'estratto.

su diritti a quella su interessi. A quale di queste due forme è riservato l'avvenire? Il corso di questi ultimi decennî parrebbe preannunciare una progressione accelerata della seconda (21). Ma l'aruspicina non è materia del giurista, che serve la certezza e non la speranza; e che nello studiare le leggi deve cercare di intenderle e di metterle in chiaro così come sono, con tutte le loro contingenti crudezze ed anche con quelle contraddizioni e con quegli illogismi, che assai spesso sono il segno lasciato su di esse dall'urgenza degli eventi che le hanno plasmate.

L'ufficio del giurista consiste non nel tirar fuori le leggi dall'ambiente storico in cui sono nate, per rilustrarle e collocarle in bella mostra, come campioni imbalsamati nelle loro scatoline ovattate, in un sistema armonico che dia agli occhi la illusione tranquillante della loro perfetta simmetria e addormenti le coscienze col far credere che il diritto viva per conto suo inattaccabile in un empireo teorico in cui le contingenze umane non possono giungere a turbarlo; ma nel dare agli uomini la tormentosa ma stimolante consapevolezza che *il diritto è perpetuamente in pericolo,* e che solo dalla loro volontà di prenderlo sul serio e di difenderlo a tutti i costi dipende la loro sorte terrena, ed anche la sorte della civiltà.

---

(21) Cfr. Bracci, *Le questioni e i conflitti di giurisdizione,* in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, I, pag. 174-175.

XXVII

GLI STUDI DI DIRITTO PROCESSUALE IN ITALIA NELL'ULTIMO TRENTENNIO (*)

1. — Il cammino percorso dalla scienza processuale italiana in questo ultimo ventennio è racchiuso tra due date che ne costituiscono il punto di partenza e il punto d'arrivo: il progetto di riforma del procedimento civile elaborato dalla Commissione per il dopo guerra, che è del 1919, e la pubblicazione del nuovo Codice di procedura civile, che è del 28 ottobre 1940. In questo periodo le idee fondamentali affermate in quel progetto da GIUSEPPE CHIOVENDA, che ne fu l'autore, hanno avuto il più alto riconoscimento al quale le teorie enunciate da un giurista possano aspirare: quello di servir di base alle leggi dello Stato.

L'alta figura di GIUSEPPE CHIOVENDA domina, dai primi anni di questo secolo, sul campo degli studi processuali: dalle sue prime prolusioni universitarie che risalgono al 1901 fino agli ultimi scritti pubblicati alla vigilia della morte che immaturamente lo colse nel 1937, egli ha intrapreso e continuato, senza soste e senza deviazioni, la sua opera scientifica, fervida e pura come un apostolato religioso, volta a dare consapevolezza storica e autonomia sistematica allo studio del diritto processuale e a preparare all'Italia la riforma del processo civile, ispirata insieme alle grandi tradizioni del nostro passato ed alle nuove esigenze dell'avvenire. Come avvocato, come trattatista, come docente (egli dalla cattedra di Parma rapidamente salì, dopo un breve passaggio per Bologna e Napoli, all'Università di Roma), GIUSEPPE CHIOVENDA non venne mai meno un istante al suo programma scientifico, al compimento del quale lavorò per tutta la vita con esemplare coerenza e probità: se la scienza processuale italiana, che fino agli ultimi

---

(*) [Pubblicato in *Il pensiero giuridico italiano* I: Bibliografia (Roma, I.R.C.E., 1ª ed. 1941, 2ª ed. 1943); ristampato in *Studi*, V (Padova, Cedam, 1947), pp. 113-128; tradotto in lingua spagnola da S. SENTÍS MELENDO, in P. CALAMANDREI, *Los estudios de derecho procesal civil en Italia* (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959)]. [*Bibliografia*, n. 275].

anni del secolo scorso era tributaria della dottrina straniera, è riuscita in questi ultimi decennî a passare all'avanguardia del pensiero europeo, il merito dev'esserne dato principalmente a GIUSEPPE CHIOVENDA che, creando per questi studî un nuovo metodo, suscitò intorno ad essi un fervore che tuttora trae stimolo dal suo insegnamento animatore.

Prima di lui, fino agli ultimi anni del secolo scorso, lo studio del processo civile era stato condotto in Italia con metodo prevalentemente esegetico, sulla traccia dei commentatori francesi.

Il passaggio dal metodo esegetico al metodo storico-dogmatico fu segnato dal *Commentario* di LUDOVICO MORTARA (1), nel quale, specialmente nel primo volume, già si trova nettamente affermato il principio della unità della giurisdizione e della natura pubblica del processo; già un saggio della luce che può venire alla interpretazione degli istituti processuali vigenti dalla indagine storica era stato dato da CARLO LESSONA, col suo *Trattato delle prove civili* (I ediz. 1894, 3ª ediz. 1914); e la ormai raggiunta preparazione della scienza italiana a intraprendere la rielaborazione sistematica del diritto processuale sull'esempio della dottrina tedesca affiorava già negli scritti di studiosi che immediatamente precedettero il CHIOVENDA, come ANTONIO CASTELLARI (2), o che furono all'incirca suoi coetanei, come FEDERICO CAMMEO, autore del *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa* (1911) e ALFREDO ROCCO, autore di una fondamentale monografia sulla *Sentenza civile* (1906).

Ma solo nell'opera di GIUSEPPE CHIOVENDA, riassunta nei *Principii* (1ª ediz. 1906, 4ª ediz. 1928) e più tardi nelle *Istituzioni* (1ª ediz., 1933-34, 2ª ediz., 1935-36), sorge da queste isolate premesse il sistema compiuto, nel quale la rivendicazione del diritto processuale al diritto pubblico poggia, come un arco su due pilastri, da una parte sulla nozione della azione intesa in senso concreto quale diritto potestativo tendente alla attuazione della legge (3), e dall'altra sul concetto di rapporto processuale, che, riportando in primo piano la figura del giudice, riafferma la preminenza, anche nel processo civile, dell'interesse pubblico e della autorità dello Stato (4). A questa ricostruzione sistematica del processo civile, GIUSEPPE CHIOVENDA si accinse dopo aver sottoposto ad una

---

(1) Sull'opera del MORTARA, cfr. *Studi*, vol. IV, pag. 211.

(2) Su ANTONIO CASTELLARI, cfr. CHIOVENDA, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, I, 376.

(3) La celebre prolusione su *L'azione nel sistema dei diritti* (ora riprodotto nel vol. I dei *Saggi*, pag. 3 e segg.) è del 1903.

(4) Cfr., dello stesso CHIOVENDA, *Del sistema negli studi del processo civile*, (1907), in *Saggi*, I, pag. 227 e segg.

metodica revisione la scienza processuale tedesca, e dopo aver ripreso contatto, nel diritto romano e nel diritto comune, col filone più genuino della nostra tradizione nazionale: così la rielaborazione delle teorie, già formulate dai processualisti tedeschi nella seconda metà del secolo scorso, significò nell'opera sua superarle e affrancare da esse il pensiero italiano. Sensibilissimo nell'avvertir le infiltrazioni straniere penetrate per il varco francese nella nostra legislazione processuale, egli fu da altro lato sagace rivendicatore degli istituti di creazione romana e italiana, modernamente sfruttati dalle legislazioni straniere come originali novità; e di questo orientamento di tutta l'opera sua è fin dall'inizio chiara testimonianza la celebre prolusione del 1901 sul *Romanesimo e Germanesimo nel processo civile* (5), che il prof. MILLAR ha tradotto e inserito, come insuperabile sintesi della storia del processo, nella sua *History of continental civil procedure* (Boston, 1927).

Di tutte le qualità di studioso che hanno cooperato a rendere la opera del CHIOVENDA armonica ed unitaria, quella che più si impone è l'altissimo senso storico; non solo per questo continuo risalire del suo pensiero ai modelli della tradizione patria, ma anche per questa apertura del suo spirito alla realtà contemporanea ed alle correnti preannunciatrici dell'avvenire. Partendo da una legislazione nella quale il processo civile era basato, quasi come un'appendice del diritto privato, su premesse individualistiche, GIUSEPPE CHIOVENDA seppe costruire su di esso un sistema nettamente orientato verso quella concezione pubblicistica della giustizia che oggi, a distanza di un quarantennio, è sembrata la sola conciliabile colla rafforzata autorità dello Stato: nel suo concetto di azione intesa come diritto potestativo, è già affermato quel principio di equilibrio e di collaborazione, e in un certo senso di identificazione, tra l'interesse pubblico e l'interesse privato, che secondo alcuni starebbe a base dell'ordinamento corporativo; sicchè il guardasigilli GRANDI nella sua relazione sul nuovo Codice di procedura civile ha potuto esattamente notare che questo già trova nell'opera precorritrice di GIUSEPPE CHIOVENDA « il suo anticipato commento » (6).

2. — Intorno a GIUSEPPE CHIOVENDA si è formata ed affermata una

---

(5) Ora in *Saggi*, I vol., 181 e segg. Fino agli ultimi anni della sua vita il CHIOVENDA dette opera a mettere in evidenza l'elemento romano tuttora vivo nei processi moderni: cfr. *L'idea romana nel processo civile moderno* (in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, 317); *Sulla influenza delle idee romane nella formazione dei proc. civili moderni* (in *Atti del congr. int. di dir. romano*, vol. II, Pavia, 1935).

(6) Sull'opera del CHIOVENDA in generale, cfr. CALAMANDREI, *In memoria di Giuseppe Chiovenda*, (Padova, 1938; riprodotto in *Studi*, vol. IV, pag. 217) con una nota bibliografica di ANDRIOLI; e CAPOGRASSI, *Intorno al processo*, 1938.

nuova scuola che, in contrapposto a quella esegetica, culminata e implicitamente superata nel *Commentario* del MORTARA, è stata denominata *sistematica*, o anche *storico-dogmatica* (7), per indicare che nell'indirizzo partito dal maestro la dogmatica non è mai fine a sè stessa, ma è sempre considerata come un mezzo per interpretare la realtà storica del proprio tempo.

L'influsso di questa scuola, alla quale, direttamente o indirettamente, si sono formati per più generazioni i processualisti che oggi occupano le cattedre italiane, non è rimasto confinato nell'angusto spazio degli studî teorici; fedele al principio che « il puro teorico nella procedura è un non senso, ma il puro pratico è un guaio » (8), la scuola chiovendiana ha sempre considerato la esperienza come fondamento indispensabile di ogni costruzione teorica, e le teorie come uno strumento per migliorare la pratica. Tale orientamento si è manifestato non soltanto nella preparazione, perseguita per decennî fino al compimento, della riforma del Codice (cfr. oltre, n. 6); ma altresì nella costante infiltrazione degli insegnamenti chiovendiani nel terreno della giurisprudenza giudiziaria, nella quale si può seguire in questi ultimi decennî il progressivo affermarsi di un nuovo pensiero su quello, un tempo prevalente, di LODOVICO MORTARA (basti ricordare un solo esempio: quello dell'azione di mero accertamento, che è entrata nella pratica comune per sola autorità della dottrina e senza bisogno di alcuna innovazione legislativa) (9).

Il momento in cui l'influsso innovatore di GIUSEPPE CHIOVENDA ha cominciato a dare i suoi frutti tra gli studiosi, in modo da potersi considerare come sorta in virtù del suo insegnamento una vera e propria scuola, si può far risalire all'incirca alla fine del primo decennio del secolo: da allora fino ad oggi il movimento scientifico originato da lui non ha cessato di svilupparsi ed accrescersi, tanto che ormai le ramificazioni germogliate da questo tronco comune sono così numerose e così vive che si riesce a distinguere tra esse la varietà delle tendenze e dei metodi.

Non è possibile tracciare con esattezza cronologica le varie fasi attraverso le quali si è svolta questa fervida attività trentennale, che ha messo capo nel 1940 alla pubblicazione del nuovo Codice; si può dire con qualche approssimazione che in un primo momento l'interesse degli studiosi, che avevano trovato una nuova via nelle premesse

---

(7) Cfr. CRISTOFOLINI, voce « *Diritto processuale* », in « Enc. italiana », vol. XII, pag. 996.

(8) CHIOVENDA, *Saggi*, I, pag. 228.

(9) Cfr. CALAMANDREI, *La cassazione e i giuristi*, in *Studi*, III, pag. 267.

sistematiche poste dal CHIOVENDA, fu rivolto, più che alla critica delle idee generali, alla ricostruzione storico-dogmatica, ed alla collocazione nel sistema chiovendiano dei singoli istituti del diritto processuale positivo: si ebbe così tutta una fioritura di lavori monografici, in cui lo studio dogmatico era preceduto, sull'esempio dato dallo stesso CHIOVENDA nella sua monografia sulle *Spese giudiziali* (1ª ediz. 1900, 2ª ediz. 1935), da approfondite ricerche storiche di prima mano, specialmente condotte sul diritto statutario e sul diritto comune. Successivamente lo studio si allargò alla critica delle teorie ed alla revisione del sistema: il che fu singolarmente favorito dalla fondazione, avvenuta nel 1924, della *Rivista di diritto processuale civile* (diretta da GIUSEPPE CHIOVENDA e da FRANCESCO CARNELUTTI, e poi dal 1938, dopo la morte del CHIOVENDA, da FRANCESCO CARNELUTTI e da PIERO CALAMANDREI, che ne fu fino da principio il redattore capo) (10), la quale pur essendo sorta come organo della scuola sistematica, fu ed è centro di raccolta e di incontro di tutti i processualisti italiani delle più svariate tendenze. Non tardarono così a sorgere, da questo lavoro di revisione critica, nuove esposizioni generali del processo civile, condotte su architetture sistematiche più o meno divergenti dal modello seguito dal CHIOVENDA. La prima occasione a queste rielaborazioni sistematiche del diritto processuale fu quasi sempre offerta dalle esigenze didattiche dell'insegnamento universitario: sicchè molte di esse videro la luce soltanto nella forma provvisoria e non impegnativa delle « dispense » litografiche. Ma talvolta, dalle dispense destinate a rimaner nell'ambito della scuola, nacquero i trattati destinati al pubblico.

3. — Fra questi più recenti trattatisti meritano speciale menzione due eminenti studiosi che possono considerarsi oggi, negli studî del diritto processuale, rappresentanti tipici di due contrapposti metodi scientifici: FRANCESCO CARNELUTTI ed ENRICO REDENTI.

FRANCESCO CARNELUTTI, professore all'Università di Milano, autore delle *Lezioni di diritto processuale civile* (in sette volumi, di cui i primi quattro litografati, pubblicati dal 1920 al 1931), rifuse poi nel *Sistema* (in tre volumi, pubblicati dal 1936 al 1939, ancora incompleto), si dedicò prevalentemente al diritto processuale colla monografia su *La prova civile,* che è del 1915; ma prima di allora aveva spaziato, ed anche dopo ha continuato a spaziare, in tutti i campi della scienza giuridica, in ciascuno dei quali ha lasciato orme profonde: dal diritto civile alla infortunistica, dal diritto commerciale al corporativo, dalla teoria della

(10) Edita dalla CEDAM di Padova.

circolazione alla teoria del reato. Così, quando si è accinto a edificare a guisa di una monumentale piramide (adoperiamo espressioni architettoniche che gli sono care) quella grande sintesi del diritto processuale che costituisce il centro dell'opera sua, egli ha potuto sfruttare come base della sua costruzione un campo molto più vasto di quello del puro processo civile, e pervenire, nell'innalzare i piani dell'edificio, a scoperte di panorami sempre più vasti: dalla teoria del processo civile, comprendente anche l'esecuzione forzata (alla quale sono dedicati gli ultimi tre volumi delle *Lezioni*) alla teoria generale del processo, che abbraccia anche il processo penale, per culminare poi nella *Teoria generale del diritto* (1940) che costituisce il vertice della piramide (11).

L'indirizzo scientifico perseguito dal CARNELUTTI attraverso un'opera trentennale che instancabilmente tende ad accrescersi e a perfezionarsi, è stato denominato *realistico* o *naturalistico*, in quanto vorrebbe dare importanza prevalente allo scopo pratico degli istituti (12) e mettere in evidenza accanto alla « struttura » statica del diritto, la sua « funzione » dinamica, che vive nella quotidiana esperienza; e tuttavia, nonostante queste intenzioni, il sistema può dare l'impressione di una costruzione severamente dogmatica, in cui, più che desumere i concetti dalla pratica, l'autore vede la pratica come plasmata sui concetti fissati nel suo programma.

Così il CARNELUTTI, al quale la vastità della visione rende agevole ravvicinare in categorie inusitate fenomeni desunti dai campi del diritto empiricamente più disparati, ha costruito, come una cattedrale a guglie, una maestosa architettura di classificazioni non comuni, condotte secondo certi principî di simmetria concettuale che (com'egli ha spiegato nella sua *Metodologia*, 1939) il giurista sarebbe chiamato a « scoprire », al pari dello scienziato che scopre le leggi naturali. Ma in tal modo la denominazione di « naturalistico » data a questo indirizzo viene ad avere in ultima analisi un significato assolutamente opposto a quello che alla prima si crederebbe: non significa antidogmatismo, ma significa anzi elevazione della dogmatica a realtà naturale che si può studiare in sè stessa, contrapposta ed avulsa dalla storia. Certo è, che, qualunque cosa si possa pensare di questo indirizzo dal punto di vista filosofico, il contributo portato dall'opera del CARNELUTTI alla scienza processuale è stato, sotto l'aspetto pratico, ingente: a lui

---

(11) Sullo svolgimento del pensiero scientifico del CARNELUTTI, cfr. il suo scritto *Metodi e risultati degli studi sul processo in Italia*, in *Foro it.*, 1939, IV, col. 73; e le sue prefazioni al *Sistema* e alle *Istituzioni*.

(12) CRISTOFOLINI, scritto cit.

principalmente si deve se in questi ultimi anni l'interesse degli studiosi si è spostato dal processo di cognizione a quello di esecuzione, lasciato prima in secondo piano: a lui risale quell'approfondimento delle differenze e dei limiti tra diritto processuale e diritto sostanziale, al quale la dottrina si è dedicata in questi ultimi anni, compiendo il periplo di tutto il territorio giuridico per scoprirvi isole inesplorate di diritto processuale. E anche questi ravvicinamenti tra gli istituti più eterogenei, che possono in un primo momento lasciare disorientati, hanno servito, presentati dalla eloquenza imperiosa di uno stile suggestivo, ricco di neologismi e di immagini « drastiche », ad agitare le idee, a suscitare problemi, a rivelare insospettati varchi tra i varî compartimenti del diritto: e a dimostrare in vasta sintesi la fondamentale unità della scienza giuridica.

4. — Nettamente e consapevolmente antidogmatico è l'indirizzo di ENRICO REDENTI, professore all'Università di Bologna, autore di monografie sul *Giudizio civile con pluralità di parti* (1911) e sulla *Prova della data* (1915), e più recentemente di quei *Profili pratici del diritto processuale civile* (1ª ediz. 1937, 2ª ediz. 1939), nei quali egli ha rifuso le lezioni universitarie da molti anni pubblicate in litografia ed ha messo a profitto la sua lunga esperienza forense. Anche il REDENTI non è un puro processualista: il suo volume *Dei contratti nella pratica commerciale* (1933) dimostra una conoscenza approfondita, e non soltanto teorica, del diritto sostanziale, e della vita economica su cui esso si plasma. Ma, a differenza del CARNELUTTI, il REDENTI vuol essere essenzialmente un empirico: egli si propone di esporre il diritto processuale « in modo praticamente utile » a chi deve servirsene per il disbrigo degli affari proprî o degli altrui, come litigante, come avvocato o come giudice: e si augura che « da queste posizioni pratiche traggano più remoto « profitto anche gli studi cosidetti scientifici. Bisognerà pure che una « volta o l'altra anche la scienza ridiscenda, in ispirito di umiltà, a rin- « frescare i suoi dati e i suoi problemi nella vita di ogni giorno, anzi- « chè esaurirsi nella sublimazione solitaria di qualche concetto » (13).

In coerenza con questo indirizzo, l'esposizione del processo fatta dal REDENTI si svolge, prima che con classificazioni rigidamente simmetriche, con fedeli descrizioni degli istituti funzionanti nel diritto positivo, quali appaiono, con tutte le loro varietà e le loro incongruenze, all'occhio ingenuo dell'osservatore pratico: e alle classificazioni arriva induttivamente, solo in quanto possano giovare a rendere più intelli-

---

(13) *Profili*, cit., n. 1.

gibili quegli istituti e a farli meglio corrispondere ai fini concreti della giustizia in un dato momento storico. Questa profonda diversità di metodi è sentita dallo stesso CARNELUTTI il quale, parlando del metodo del REDENTI, osserva che esso « si risolve in una formazione di con- « cetti a contorni meno taglienti e in un ordinamento di essi su linee « meno simmetriche; oserei dire ha creduto opportuno di sottoporre i « fenomeni a una semilavorazione invece che a una lavorazione » (14). Ma quest'ultima frase non sarebbe esatta, se con essa si volesse imputare al REDENTI di accontentarsi di indagini approssimative e superficiali, e di risultati meno raffinati e perfetti di quelli ai quali giunge la dogmatica carneluttiana.

Non è sul piano della maggiore o minor raffinatezza che si può cogliere la divergenza dei due metodi, come se quello del REDENTI consistesse nel fermarsi a mezza strada sul cammino della verità, o addirittura nel tornare alla più gretta esegesi ripudiando tutte le acquisizioni della scuola sistematica: si tratta piuttosto di vedere se la realtà degli istituti giudiziarî si colga meglio inquadrandola entro le simmetrie aprioristiche dei concetti « a contorni taglienti », o se viceversa, essendo essa variabile in sè ed asimmetrica, non la rappresenti più fedelmente chi si astiene dal calcare i contorni per lasciare alla immagine quel certo che di sfumato e di provvisorio che è proprio della vita.

In questo senso si può dire che nelle opere del REDENTI la dogmatica non è bandita, ma è ravvivata dalla storia: quando egli costruisce *a posteriori* le conclusioni teoriche sui dati empiricamente osservati, giunge a resultati singolarmente penetranti e felici, com'è avvenuto ad esempio per la nozione, da lui proposta, della giurisdizione come applicazione di sanzioni, che ha ormai largo seguito nella dottrina contemporanea.

La impalcatura dogmatica, anzichè spinta in primo piano, rimane qui invisibile ma non inutile, come sulla tela il primo disegno che poi rimane coperto dalla pittura. Da questo atteggiamento di amabile e un po' scettica discrezione scientifica, vien fuori uno stile di impronta inconfondibile, pieno di sottintesi e di allusioni, che sembra un discorso familiare pronunciato sottovoce coll'intento di vincere nei profani le diffidenze contro le temute astruserie dei giuristi; ma il lettore accorto sente che dietro a questa semplicità e a questa signorile misura si nasconde una fresca sensibilità umana, un perfetto orientamento sui problemi filosofici attinenti alla natura del diritto e una continua cura

---

(14) *Metodi e risultati degli studi sul processo in Italia*, cit., col. 80.

di non oscurare con divagazioni di pseudofilosofia i fini pratici della tecnica giuridica.

5. — Nonostante che nel CARNELUTTI e nel REDENTI si incarnino in maniera tipica due diversi metodi (nella cui antitesi si vede qui, applicata al diritto processuale, la polemica sempre rinascente tra chi concepisce la giurisprudenza come una vera scienza e chi la considera come una mera tecnica), non si può dire che si sia creata intorno ad essi, nell'interno della grande scuola chiovendiana, una netta suddistinzione di scuole minori: nella schiera numerosa e valorosa dei processualisti contemporanei, pur essendo riconoscibile in tutti l'orientamento sistematico che risale al CHIOVENDA, le tendenze si intrecciano e si contemperano in un felice eclettismo.

Nella generazione di universitarî saliti alle cattedre nello stesso periodo in cui vi salirono il REDENTI e il CARNELUTTI (cioè, approssimativamente, negli anni immediatamente precedenti alla grande guerra o nell'immediato dopoguerra) si possono ricordare, per ordine alfabetico: PIERO CALAMANDREI, professore a Firenze, autore di numerosi lavori monografici, tra i quali hanno speciale importanza la grande ricostruzione storico-dogmatica sulla *Cassazione Civile* (due volumi, 1920) e la *Introduzione sistematica allo studio dei provvedimenti cautelari* (1936), nonchè di altri saggi in cui è specialmente trattato l'aspetto sociale e morale di certi problemi giudiziari e forensi, come quello della crisi dell'avvocatura (*Troppi avvocati* - 1921) e quello delle relazioni tra magistrati e avvocati (*Elogio dei giudici scritto da un avvocato,* 1ª ediz. 1935, 2ª ediz. 1938; e i dialoghi *Delle buone relazioni tra i giudici e gli avvocati nel nuovo processo civile,* del 1941); SALVATORE GALGANO, oggi successore di GIUSEPPE CHIOVENDA sulla cattedra dell'Università di Roma, che dopo aver pubblicato vari lavori monografici di diritto civile e processuale (*Contributo alla teoria dell'arbitrato,* 1911; *Sulla dottrina della sostituzione processuale,* 1911), ha poi dedicato la sua attività all'Istituto di studi legislativi da lui ideato e fondato; MARIO RICCA BARBERIS, professore a Torino, civilista e processualista (*La chiamata in causa durante l'evizione,* 1924; *L'evizione nella vendita giudiziale,* 1938); UGO ROCCO, professore a Napoli, autore di un volume sull'*Autorità della cosa giudicata* (1917); ANTONIO SEGNI, professore a Sassari, autore di un fondamentale volume sull'*Intervento adesivo* (1919) e di cospicui contributi di vario argomento processuale e fallimentare, pubblicati specialmente sulla rivista *Studi sassaresi,* di cui è direttore; MARCO TULLIO ZANZUCCHI, professore all'Università cattolica di Milano, autore di varie monografie (*L'azione in opposizione del terzo nel processo esecutivo,* 1910; *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello,* 1916) e di pregevoli corsi di lezioni, che documentano il

fervore non mai affievolito col quale egli si è dedicato all'insegnamento. Anche EMILIO BETTI, romanista, è autore di saggi di dogmatica processuale e di un corso di lezioni (*Diritto processuale civile italiano*, 2ª ediz., Roma, 1936). Una menzione a parte merita FRANCESCO MENESTRINA trentino, che negli stessi anni in cui in Italia saliva alla cattedra il CHIOVENDA, teneva deste in Austria le tradizioni del pensiero giuridico italiano (*La pregiudiziale*, 1904).

Numerosa e promettente la schiera degli universitarî delle generazioni successive: tra i quali ci limitiamo a ricordare COSTA a Sassari, CONIGLIO a Catania, JAEGER a Pavia, LIPARI a Palermo, RASELLI a Siena, ROSSI a Perugia, SATTA a Genova; e ancora, tra i giovanissimi, ALLORIO a Macerata, ANDRIOLI a Trieste, CARNACINI a Modena; e GIOVANNI CRISTOFOLINI, allievo prediletto del CARNELUTTI, scomparso prematuramente prima di aver dato tutto quello che i suoi primi saggi lasciavano sicuramente sperare (15).

Il carattere sintetico di questo scritto non ci permette di soffermarci sui caratteri individuali degli studiosi ricordati. Dobbiamo limitarci ad osservare in generale che la produzione di trattati e di volumi monografici è accompagnata da una fioritura di articoli pubblicati su riviste, spesso originati, in forma di note a sentenza, da casi della pratica giudiziaria. L'importanza di tali brevi saggi è così grande, che molti autori, sull'esempio del CHIOVENDA, li hanno raccolti in volumi (CARNELUTTI, in 4 volumi pubblicati dal 1925 al 1939; CALAMANDREI, in 4 volumi, dal 1930 al 1939; SATTA, 1940). Importanti trattazioni di diritto processuale sono incluse nel *Nuovo Digesto italiano* (voci: *Cassazione civile* del CALAMANDREI; *Arbitri* del CARNACINI; *Compromesso* del REDENTI; *Sentenza civile* del LANCELLOTTI; *Procedimento* del SEGNI, ecc.). Alla pubblicazione di lavori di giovani è specialmente destinata la collezione diretta dal CALAMANDREI, dal titolo *Studi di diritto processuale* (uscita la prima serie di 12 volumi dal 1932 al 1938; in corso la seconda serie); e per invogliare i giovani allo studio scientifico del diritto processuale è stato fondato nel 1937, auspice la *Rivista del diritto processuale civile*, un premio biennale intitolato a GIUSEPPE CHIOVENDA.

Non v'è ormai campo del diritto processuale che non sia stato scavato in profondità: indagini particolarmente penetranti sono state dedicate in questi ultimi anni alla natura e ai limiti della cosa giudicata (ALLORIO, BETTI, ENRIQUES, HEINITZ, INVREA, LIEBMAN), ai mezzi di impugnativa (CARNACINI, PAVANINI), alle prove (ALLORIO, FURNO, MICHELI), ai soggetti e agli atti del procedimento esecutivo (ANDRIOLI, CARNACINI,

---

(15) Cfr., su di lui, CARNELUTTI, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, I, 93.

GARBAGNATI, PUGLIATTI, SATTA); e, ultimamente, al processo cautelare (CALAMANDREI, CONIGLIO, LANCELLOTTI, SCAGLIONI).

I frutti di questa rielaborazione sistematica non sono rimasti contenuti nei limiti del processo civile, e ad essa si sono largamente ispirati gli studiosi di altre discipline giuridiche per mettere in evidenza gli aspetti processuali di istituti finora considerati prevalentemente sotto l'aspetto sostanziale; così è avvenuto nel campo del diritto fallimentare (specialmente ad opera del CANDIAN); del diritto tributario (16); e del diritto internazionale (a un internazionalista GAETANO MORELLI, per il suo trattato di *Diritto processuale civile internazionale*, 1938, è stato assegnato per la prima volta il premio Chiovenda). Anche gli studi di storia del processo sono oggi illuminati da una più profonda conoscenza della sistematica moderna; ne danno cospicuo esempio il volume del PUGLIESE *Actio e diritto subiettivo*, e gli *Studi sul processo attico* dell'insigne grecista UGO ENRICO PAOLI.

Dalla teoria generale del processo è partita la dottrina per dare la prima inquadratura sistematica al processo del lavoro (CARNELUTTI, JAEGER, PERGOLESI, RASELLI); e per affrontare i problemi relativi alle relazioni tra la giurisdizione civile e la giurisdizione ecclesiastica, suscitati dal Concordato (CALAMARI, POGGI, ecc.).

In questi ultimi anni che hanno immediatamente preceduto la riforma, l'interesse della più recente dottrina è stato particolarmente attirato anche nel campo processuale da problemi di ordine non più strettamente giuridico, ma filosofico e politico; con riguardo anche alle ripercussioni che sugli istituti processuali hanno avuto all'estero i nuovi orientamenti della teoria dello Stato (17).

Un notevole libro di GUIDO CALOGERO, professore di filosofia a Pisa, su la *Logica del giudice* ha dato occasione a interessanti raffronti fra l'attività giurisdizionale e l'attività storiografica (18). Recenti riesami

---

(16) Cfr. CARNELUTTI, *Introduzione allo studio del dir. processuale tributario*, in *Studi*, IV, 269; ANDRIOLI, *Intorno ai principi generali della prova nel processo tributario*, in *Riv. it. dir. fin.*, 1939, I, 281; MICHELI, *Aspetti e problemi della prova e della decisione nel pr. tributario* (1940). Problemi di diritto processuale tributario si trovano trattati anche, in vari articoli, dal CARNACINI e dal GARBAGNATI. (Mentre si correggono queste note si pubblica il *Diritto processuale tributario* dell'ALLORIO, ispirato alla sistematica carneluttiana). La dottrina ha preso anche in esame i rapporti tra il processo e la finanza: cfr. CALAMANDREI, *Il processo sotto l'incubo fiscale* (in *Studi*, vol. II [e in questo vol., a pag. 243]). CARNELUTTI, *Finanza e processo*, 1937.

(17) Cfr. le rassegne di CALAMANDREI, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938-1940 (e in *Studi*, vol. V, pag. 285 e segg.); e del SEGNI, in *Riv. dir. comm.*, 1941.

(18) Cfr. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Studi*, V, pag. 27 [in questo vol., a pag. 393].

delle teorie dell'azione hanno riproposto il problema dei rapporti che passano tra la dogmatica e la storia, tra il diritto e la politica (19): e nelle polemiche svoltesi ultimamente intorno all'indirizzo « pubblicistico » o « privatistico » del processo civile, si è dibattuto in realtà un aspetto del problema più generale delle relazioni tra individuo e Stato, tra autorità e libertà (20).

6. — Il ventennio di intenso lavoro scientifico è felicemente sfociato nel nuovo Codice di procedura civile, pubblicato il 28 ottobre del 1940. Autore della riforma è stato il Guardasigilli DINO GRANDI: il quale ha ripetutamente dichiarato, nei discorsi parlamentari e nella relazione al re, che uno degli elementi che hanno contribuito alla formazione del nuovo Codice è stato, accanto al fattore sociale e al fattore politico, il fattore scientifico: se infatti, come è stato detto (21), il momento politico ha funzionato come il « catalizzatore » che ha condotto alla combinazione delle varie correnti dottrinarie, la stessa relazione GRANDI ha riconosciuto che « nella preparazione del nuovo pro-« cesso civile sono state chiamate a collaborare tutte le forze vive « della dottrina italiana ».

Questa collaborazione si è protratta attraverso un ventennio di studi: il nuovo Codice di procedura civile costituisce infatti la riuscita conclusione di una serie di tentativi, ai quali sono legati i più bei nomi della scienza processuale: e di tutti questi precedenti si ritrovano nella nuova legge le tracce ormai fuse in omogenea armonia. Apre la serie il progetto di riforma del procedimento di cognizione redatto da GIUSEPPE CHIOVENDA (1919) che è il più audace e radicale, quello che ha dato alla dottrina la parola d'ordine della oralità e della restaurazione dell'autorità del giudice nel processo (22); segue, nel 1923, il progetto MORTARA (23), che si limitava a proporre una serie di miglioramenti parziali da inserirsi nel sistema del vecchio Codice; una profonda rie-

---

(19) PEKELIS, voce « *Azione* » in « Nuovo Digesto italiano »; CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Studi*, V, (in questo vol., pag. 427).

(20) Cfr. SATTA, *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, 32, (e ora nel volume *Teoria e pratica del processo*, 1940, pag. 147); e la successiva polemica tra lui e CRISTOFOLINI continuata sulla stessa *Rivista* e sul *Foro italiano* del 1937; ALLORIO, *Giustizia e processo nel momento presente*, 1939; TOZZI, *La concezione pubblicistica del processo civile*, 1940.

(21) Cfr. REDENTI, *L'umanità nel nuovo processo civile*, 1941.

(22) *La riforma del procedimento civile proposta dalla Commissione per il dopo guerra* (Napoli, 1920); si trova anche in *Saggi*, vol. I.

(23) *Per il nuovo Codice di procedura civile. Riflessioni e proposte* (Torino, 1923).

laborazione di tutto il processo, compresa anche l'esecuzione forzata, si trova invece tracciata dal progetto CARNELUTTI (1926) (24), fortemente improntato al sistema scientifico del suo autore, che diventò con pochi ritocchi il progetto presentato dalla Commissione reale per la riforma dei Codici al Guardasigilli ALFREDO ROCCO; poi, nel 1934, essendo Guardasigilli PIETRO DE FRANCISCI, ENRICO REDENTI redasse per suo incarico uno schema di riforma del processo di cognizione notevole per il suo senso pratico e per la chiara compiutezza delle sue norme (25). Seguirono, tra il 1937 e il 1939, i due progetti (preliminare, e definitivo) del Guardasigilli ARRIGO SOLMI (26) ai quali la dottrina, pur non partecipando direttamente alla redazione del testo, collaborò coi pareri dati sul progetto preliminare (27), contribuendo a far attenuare nel progetto definitivo certi estremismi. E finalmente l'opera del ministro GRANDI fu coadiuvata da un ristretto comitato composto dallo avvocato generale di Cassazione LEOPOLDO CONFORTI e dai professori REDENTI, CARNELUTTI e CALAMANDREI.

Così, in questo ventennio la dottrina processuale ha dimostrato coi fatti di saper discendere dall'empireo delle costruzioni dogmatiche per collaborare praticamente alla preparazione di leggi migliori; con che ancora una volta si è riaffermata questa precipua virtù della scienza giuridica italiana, che è il felice equilibrio tra la teoria e la pratica, tra il rigore costruttivo e la consapevolezza dei fini umani ai quali il diritto deve servire: equilibrio mantenuto e favorito dal costume tipicamente italiano, per il quale i giuristi che insegnano dalle cattedre universitarie sono anche, quasi senza eccezione, avvocati attivamente esercenti.

La pubblicazione del nuovo Codice di procedura civile chiude un ciclo della scienza processuale italiana: e insieme ne inaugura un altro, offrendo agli studiosi un vasto terreno per rimettersi al lavoro con rinnovata lena. Si tratta oggi di far vivere nella realtà il nuovo Codice: e a quest'opera di vivificazione della nuova legge è chiamata in prima linea la dottrina, la quale dovrà indubbiamente, come sempre accade nel periodo di applicazione di una legge nuova, rimettere in onore

---

(24) *Progetto del Codice di procedura civile. Parte I^a^ Del processo di cognizione. Parte II^a^ Del processo di esecuzione,* (Padova, 1926).

(25) *Lavori preparatorî per la riforma del C. p. c., Schema di progetto del Libro I* (Roma, 1936).

(26) Cfr. dello stesso il volume *La riforma del Codice di procedura civile,* (Roma, 1937).

(27) Si trovano raccolti nei tre volumi pubblicati dal Min. della Giustizia, *Lavori preparatorî per la riforma del C. p. c. Osservazioni e proposte sul progetto,* ecc. (Roma, 1938).

per qualche anno l'attenta e fedele esegesi (28). Ma si tratterà di una esegesi non mortificata da gretterie formalistiche: perchè la illuminerà dal passato un trentennio di feconda preparazione sistematica, e insieme la guiderà verso l'avvenire la rinnovata coscienza della cooperazione pratica che la scienza giuridica è chiamata a dare alla amministrazione della giustizia. Che questo sia l'orientamento della dottrina si può rilevare dalla prima letteratura illustrativa che già comincia ad apparire sul nuovo Codice (29): il quale, coll'originalità delle sue linee e la semplicità della sua tecnica, contribuirà sempre meglio a diffondere nel mondo la reputazione della scuola processuale italiana (30).

---

(28) CALAMANDREI, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica* cit.

(29) Mentre più vaste opere di commentari e di trattati si annunciano, si possono intanto citare, tra i libri finora apparsi (ottobre 1941) la *Guida pratica* del SATTA, il *Diritto processuale* dello ZANZUCCHI, le *Istituzioni* del CARNELUTTI, le *Istituzioni* del CALAMANDREI e il I° volume del *Commento* dell'ANDRIOLI, che si pubblica durante la correzione in bozze di queste note.

(30) La dottrina processuale ha potentemente contribuito in questi ultimi decennî a diffondere il pensiero italiano nel mondo. Mentre fino alla fine del secolo scorso la scienza tedesca era alla testa degli studi giuridici sul processo per l'autorità degli studiosi e la ricchezza e diffusione dei trattati e delle riviste, oggi gli stessi giuristi tedeschi riconoscono che la preminenza in questo campo degli studi è passata all'Italia (cfr. CARNELUTTI, *Istituzioni*, pag. XVII) e la *Rivista di dir. processuale civile* rimane, in quest'ora di crisi, come l'organo scientifico più autorevole della scienza processuale in Europa. La fama di GIUSEPPE CHIOVENDA varcò rapidamente i confini d'Italia, le sue opere sono apprezzate non tanto in Francia, dove gli studi sul processo sono rimasti alla fase dei commentarî, quanto in Spagna e nell'America latina, dove la traduzione di esse in lingua spagnuola le ha fatte diventare opere di quotidiana consultazione. Anche la battaglia per l'oralità, condotta dal CHIOVENDA in Italia, ha avuto nelle legislazioni dell'America latina un'eco profonda: il *Còdigo de processo civil*, pubblicato il 18 settembre 1939 al Brasile, è di inspirazione apertamente chiovendiana, come è dichiarato dalla relazione (*Exposicâo de motivos*, pag. 8 dell'ed. ufficiale); e anche nel campo scientifico il pensiero italiano è al primo posto (cfr. COUTURE, *Trayectoria y destino del derecho procesal civil Hispano-americano*, Cordoba 1940). Anche molte opere di altri processualisti italiani sono tradotte in lingue straniere: in spagnolo il *Sistema* del CARNELUTTI, i *Troppi avvocati!* e l'*Elogio dei giudici* del CALAMANDREI; quest'ultimo volume è stato tradotto anche in francese, inglese, olandese, portoghese, croato.

XXVIII

IL PROCESSO COME GIUOCO (*)

SOMMARIO. — 1. Aspetto psicologico del processo. — 2. Carattere agonistico del processo: il principio di dialetticità. — 3. Il dovere di lealtà nel processo: malafede processuale, uso indiretto e abuso del processo. — 4. Mezzi di coazione psicologica prima dell'inizio del processo. — 5. Espedienti per ritardare il corso del processo. — 6. Espedienti per accelerare il corso del processo. — 7. Il congegno psicologico delle misure cautelari. — 8. La fase istruttoria. — 9. Meccanismo psicologico dell'onere. — 10. La valutazione soggettiva del contegno delle parti. — 11. I sottintesi del giuramento decisorio. — 12. Conclusione.

1. — La ragione per la quale non basta uscire dall'Università con una laurea in procedura civile conseguita con centodieci e lode, per essere senz'altro accorti avvocati d'udienza, è molto simile, psicologicamente, a quella ragione di comune esperienza per la quale non si diventa abili giuocatori di scacchi soltanto coll'imparare a mente da un manuale le regole della scacchiera. E' vero che senza conoscerle non si può giuocare: come senza conoscere alla perfezione le norme del codice di procedura non si può fare un processo (a meno che non si segua il metodo di certi avvocati di mia conoscenza, che continuano a pigliarsela col vituperato Codice di procedura civile in vigore, perchè si ostinano a volersene servire senza averlo mai letto); ma, quando si conoscono le regole in teoria, quel che in più conta per imparare il giuoco è di vederle funzionare in pratica, è di esperimentare come sono intese e come sono rispettate dagli uomini che devono osservarle, contro quali resistenze rischiano di scontrarsi, con quali reazioni o con quali tentativi di elusione devono fare i conti.

Il legislatore fa le leggi per il suo tempo: deve conoscer bene il

---

(*) [Pubblicato in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. II (Padova, Cedam, 1950), pp. 485-511, e in *Rivista di diritto processuale*, a. V, 1950, P. I, pp. 23-51; ristampato in *Studi*, VI (Padova, Cedam, 1957), pp. 43-71; tradotto in lingua spagnola da S. SENTÍS MELENDO, in P. CALAMANDREI, *Derecho procesal civil*, vol. III (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962)]. [*Bibliografia*, n. 525].

livello morale e sociale del popolo per il quale queste leggi son fatte, e calcolare in anticipo in qual modo di fronte a queste leggi si comporterà, e se sarà disposto a prenderle sul serio, un cittadino di tipo « normale », che per moralità e intelligenza corrisponda al costume medio della società alla quale appartiene. Il buon legislatore deve essere dotato di una certa immaginazione, ma temperata dal senso storico, per riuscire a prevedere con sufficiente approssimazione come saranno accolte da coloro che dovranno osservarle le leggi che egli si appresta a mettere in vigore: e in questi suoi calcoli preventivi deve guardarsi dal pessimismo, che lo porterebbe a considerar la media dei cittadini come disonesti e ribelli, sprovvisti d'ogni senso di reverenza alle leggi, e soltanto studiosi di raggirarle; ma deve guardarsi altresì dall'eccessivo ottimismo, che lo indurrebbe a immaginarsi il consorzio per il quale legifera come composto unicamente di persone perbene, gareggianti nel prestare zelante ossequio alla legalità (forse proprio questo è stato il più grave errore del vigente Codice di procedura civile: aver immaginato i giudici e gli avvocati migliori di quello che sono).

Soltanto il giurista « puro » può prendersi il lusso di trattar le leggi come congegni di precisione, che, al contatto cogli uomini, considerati in serie tutti eguali ed equivalenti, siano capaci di reagire sempre nello stesso modo, come a premer sul tasto scatta sempre nello stesso modo la macchina inanimata. Ma il legislatore deve conoscere, prima che la tecnica giuridica, la psicologia e l'economia del suo popolo: e soprattutto non può limitarsi ad essere un giurista puro l'avvocato, il quale deve ad ogni istante ricordarsi che ogni uomo è una persona, cioè un mondo morale unico ed originale, che dinanzi alle leggi si comporta secondo i suoi gusti e i suoi interessi, in maniera imprevedibile e spesso sorprendente. Questa necessità di non dimenticare mai che le leggi sono fatte per gli uomini vivi, dei quali, prima di studiare il diritto, bisogna conoscere la psicologia, vale soprattutto per le leggi processuali: perchè esse, più di ogni altra categoria di norme, sono destinate, più che a garantire un effetto giuridico costante e astrattamente prevedibile, a registrare *a posteriori* il resultato concreto di quella specie di partita legale, fatta di volontà gareggianti, di mosse sottilmente studiate e di accorgimenti tecnici, che è il processo.

Il diritto processuale rientra per la più gran parte in quella categoria di disposizioni che furono chiamate « regole finali »: che non impongono obblighi, ma, a chi si proponga un certo scopo (ottener giustizia), offrono il metodo, o si potrebbe dire il ricettario, per conseguirlo.

Ma questo metodo non garantisce *a priori* tale conseguimento: per ottener giustizia non basta aver ragione. Anche l'antico proverbio veneto, tra gli ingredienti che occorrono per vincer le liti, mette sì al primo posto l'« *aver ragion* », ma subito dopo aggiunge che occorre altresì « *saverla espor* », « *trovar chi la intenda* », e « *che la vogia dar* », e alla fine « *debitor che possa pagar* ».

Nel processo civile l'attore si fa avanti per domandare una sentenza che riconosca il suo diritto; ma ottener ciò non dipende soltanto dalla sua domanda: il giudice non è, come argutamente avvertiva GNAEUS FLAVIUS, una di quelle macchinette automatiche in cui basta introdurre da una parte una moneta perchè dall'altra esca il pacchetto bell'e confezionato. Affinchè la domanda proposta dall'attore possa esser accolta, occorre che sia filtrata attraverso la mente del giudice, e che riesca a farsi intendere da lui ed a persuaderlo: l'esito finale dipende dunque dall'incontro di queste due psicologie individuali e dalla forza di convinzione con cui le ragioni fatte valere dal richiedente riusciranno a suscitare risonanze e simpatie nella coscienza del giudicante.

Ma con ciò non si è ancora detto quello che per il processo civile è l'essenziale. Non solo infatti si deve aggiungere che, essendo il processo civile un processo *di parti* basato sul principio del contraddittorio (art. 101 Cod. proc. civ.), le forze psicologiche che tendono a persuadere il giudice sono sempre due, in contrasto tra loro, sicchè la decisione del giudice implica sempre una scelta; ma soprattutto si deve rilevare che nella scelta tra queste due volontà contrastanti, il giudice, il cui *visus* è limitato istituzionalmente nella cornice degli *alligata et probata*, non è libero di dar ragione a chi vuole; ma è tenuto a dar ragione a quella parte che meglio è riuscita, coi mezzi tecnici a ciò appropriati, a dimostrare di averla.

La sentenza non è dunque il prodotto automatico dell'applicazione delle leggi ai fatti, ma è la resultante psicologica di tre forze in giuoco, due delle quali, studiandosi ciascuna di tirar nella propria direzione la terza, svolgono tra loro una gara serrata che non è soltanto di buone ragioni, ma altresì di abilità tecnica nel farle valere. Fortunata coincidenza è quella che si verifica quando tra i due litiganti il più giusto è anche il più abile: ma quando in certi casi (e vogliamo credere in rari casi) questa coincidenza non c'è, può accadere che il processo, da strumento di giustizia fatto per dar ragione al più giusto, diventi uno strumento di abilità tecnica, fatto per dar la vittoria al più accorto.

E' vero che le leggi processuali sono dettate nell'interesse pubblico della giustizia: lo scopo supremo che lo Stato idealmente pone come meta ad ogni litigante, e in generale a tutte le persone che in una veste

o in un'altra partecipano al processo o vi collaborano, è l'osservanza del diritto, il trionfo della verità, la vittoria della ragione. Ma in concreto, se si può sperare che nella massima parte dei casi questo scopo sia effettivamente raggiunto, ciò avviene non perchè tutti i personaggi che prendono parte al processo lo vogliano raggiungere nello stesso modo: in realtà, se si esclude il giudice, nel quale dovrebbe concretamente personificarsi questo superiore interesse della giustizia che è proprio dello Stato, tutti gli altri soggetti perseguono nel processo scopi più limitati e più grettamente egoistici, talvolta in contrasto (se pur non confessato) con quello scopo superiore. Dipende dalla somma algebrica di questi sforzi contrastanti (delle azioni e delle omissioni, delle astuzie o delle sviste, delle mosse indovinate e di quelle sbagliate) se alla fine il processo, come sintesi, riesce a raggiungere un resultato che veramente corrisponda alla giustizia; ma per le due parti in contrasto (tesi e antitesi) spesso accade che quel che conta non è tanto la giustizia quanto la vittoria: sicchè, per esse, il processo diventa nient'altro che un *giuoco per vincere*.

2. — In tutte le istituzioni processuali è riconoscibile, per chiara derivazione storica, un significato figuratamente agonistico. Il dibattimento giudiziario è una specie di rappresentazione allusiva e simbolica di un *certamen* primitivo, in cui il giudice altro non era che un arbitro di campo: l'alternato susseguirsi degli atti processuali dei litiganti è la trasformazione mimica di quello che era alle origini uno scontro d'armi; perfino la terminologia del processo è ancora mutuata, come tutti sanno, da quella della scherma o della palestra. Questa allusione alla gara è viva nel processo ancor oggi, nonostante che oggi sia comunemente riconosciuta la natura pubblicistica delle istituzioni giudiziarie: fino a che nel processo civile è mantenuto in vigore il principio dispositivo, la gara tra i contrapposti interessi di parte è considerata e sfruttata dallo Stato come lo strumento più idoneo a soddisfare alla fine l'interesse pubblico della giustizia. Allo urto delle spade si è sostituita, colla civiltà, la polemica degli argomenti; ma vi è ancora, in questo contrasto, l'accanimento di una partita. Ragione si darà a chi saprà meglio ragionare: se alla fine il giudice darà la palma a chi meglio saprà persuaderlo col suo argomentare, si può dire che il processo è diventato, da brutale scontro di impeti guerrieri, giuoco sottile di ingegnosi ragionamenti.

Questo carattere di giuoco ragionato si manifesta specialmente in quel principio fondamentale del processo che si potrebbe chiamare il principio di *dialetticità*.

Il processo è non soltanto una serie di atti che devono susseguirsi

in un certo ordine stabilito dalla legge (*ordo procedendi*), ma è anche, nel compimento di questi atti, un ordinato alternarsi di più persone (*actus trium personarum*), ciascuna delle quali in questa serie di atti deve agire e parlare al momento giusto, non prima e non dopo, allo stesso modo che nel recitare un dramma ogni attore deve saper « *entrare* » a tempo per la sua battuta, o in una partita a scacchi debbono i giuocatori regolarmente alternarsi nel muovere i pezzi. Ma la dialetticità del processo non è soltanto questo: non è soltanto l'alternarsi, in un ordine cronologico prestabilito, di atti compiuti da diversi soggetti, ma è la concatenazione logica che ricollega ciascuno di questi atti a quello che lo precede ed a quello che lo segue, il nesso psicologico per il quale ogni atto che una parte compie al momento giusto costituisce una premessa e uno stimolo per l'atto che la controparte potrà compiere subito dopo. Il processo è una serie di atti che si incrociano e si corrispondono come le mosse di un giuoco: di domande e risposte, di repliche e controrepliche, di azioni che danno luogo a reazioni, suscitatrici a loro volta di controreazioni.

In questo consiste soprattutto la dialetticità del processo: che ogni mossa fatta da una parte apre alla parte avversaria la possibilità di compiere un'altra mossa volta a controbattere gli effetti di quella che la precede e che, si può dire, la contiene in potenza. Non sarebbe esatto definire questa relazione come un nesso di causalità: in realtà, ogni mossa fatta da una parte del processo non è causa necessaria e sufficiente dell'atto successivo della controparte, ma è soltanto una *occasione* che vien data a questa di compiere a sua volta una tra varie mosse, tutte giuridicamente possibili, tra le quali sta al suo senso di opportunità scegliere quella più adatta a neutralizzare la mossa avversaria. Quando nel processo il mio avversario compie un qualsiasi atto (solleva una eccezione di incompetenza, chiede un rinvio, propone una prova), io vengo a trovarmi, per effetto del suo atto, in una situazione giuridica diversa da quella in cui mi trovavo prima di esso: non posso ignorarlo, perchè, se non reagisco in qualche modo, la mia inerzia mi potrà nuocere; ma se voglio reagire posso farlo in più maniere, perchè ho la scelta tra varie possibilità che quell'atto mi apre. Se mi è stato deferito il giuramento decisorio, posso prestarlo, o riferirlo, o rifiutarmi di prestarlo. Ogni mossa di una parte crea per l'avversario una serie di possibilità, dalle quali può darsi che riesca, abilmente destreggiandosi, a trarre profitto contrariamente a quello che il suo antagonista supponeva. In questo consiste la tattica processuale, affidata alla sagacia e al senso di responsabilità di ciascun litigante; qui è l'abilità del giuoco. Ciascun competitore, prima di fare un passo, deve cercar di prevedere, con un attento studio non solo della situa-

zione giuridica ma altresì della psicologia dell'avversario e del giudice, con quali reazioni l'antagonista risponderà alla sua mossa. Così, pur non perdendo di vista il fine ultimo del processo che è la vittoria, i competitori continuano a studiarsi per tutto il corso del processo come due schermidori sulla pedana: e la partita viene a spezzettarsi in una serie di episodi, in ognuno dei quali i loro sforzi sono immediatamente indirizzati a conseguire un vantaggio parziale, un « punto », che rimanga acquisito a suo favore e possa concorrere ad assicurargli, quando si dovranno tirare le somme, la vittoria finale.

Di questa dinamicità dialettica del processo civile a tipo dispositivo è stata data una indimenticabile dimostrazione sistematica nella opera fondamentale di JAMES GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage* (1): nella quale il processo è configurato non come un rapporto giuridico unitario, fonte di diritti e di obblighi (*Prozessrechtsverhältnis*), ma come una situazione giuridica fluida e mutevole, fonte di aspettative, possibilità ed oneri (*Aussichten, Möglichkeiten, Lasten*), destinata a plasmarsi secondo il vario susseguirsi degli atti processuali, ciascuno dei quali dà al corso del procedimento nuovi indirizzi ed apre alle parti nuove prospettive. Il processo è costituito così da un serrato susseguirsi di *chances*, alternativamente offerte all'una o alla altra parte: chi non sa prevedere la *chance* favorevole che una sua mossa imprudente può dare all'avversario, chi non sa servirsi al momento buono della *chance* che l'avversario gli offre, rischia di perder la causa. Ogni parte è così arbitra e responsabile della propria sorte: *faber est suae quisque fortunae.* E' una concezione eminentemente individualistica del processo, che lo stesso GOLDSCHMIDT ha paragonato, nella prefazione del suo libro, alla concezione liberale della lotta politica.

Per questo, nonostante i formulari fissi della procedura, non vi è un processo che sia uguale all'altro, come non vi è sulla scacchiera una partita che sia uguale all'altra. Il processo nasce e si crea volta per volta, mossa per mossa, così come lo modellano in maniera imprevista e imprevedibile le combinazioni spesso bizzarre delle forze contrapposte che vi si scontrano. Chi volesse paragonare il corso di un dibattimento giudiziario al dialogo di una commedia, sbaglierebbe il paragone, perchè le battute di una commedia sono tutte scritte in anticipo sul copione; mentre nel dialogo giudiziario bisogna che i personaggi sappiano improvvisare; e come questo dramma andrà a finire, nessuno lo sa, fuor che Dio, che solo conosce in anticipo il corso delle stelle.

---

(1) Berlin, 1925.

Tutto ciò non distrugge, intendiamoci bene, la esattezza della teoria del rapporto processuale, per quanto attiene al nucleo centrale di essa che è il dovere del giudice di provvedere, e il corrispondente diritto delle parti di ottenere che egli provveda; ma è certo che il contenuto concreto di quest'obbligo del giudice si plasma dialetticamente in corrispondenza colle situazioni giuridiche create dalla concorrente attività delle parti: secondo il variabile punteggio, si potrebbe dire, del loro giuoco.

3. — Non sembri irriverente questa insistenza nel paragonare il processo a un giuoco. Anche senza invocare l'autorità di quello storico geniale che ha creduto di ravvisare nell'istinto del giuoco la prima radice di alcune tra le più alte manifestazioni della civiltà umana, è certo che, mettendo in evidenza questi elementi di gara che si riscontrano in ogni dibattimento giudiziario, non si diminuisce la serietà e la santità di quel sistema di regole processuali che lo Stato detta per l'amministrazione della giustizia; ma si vuol dire che per apprezzarle nel loro valore non basta adorarle come dogmi immobili, ma bisogna vederle vivere, e conoscerne la fisiologia e la patologia, e rendersi conto delle elusioni e delle frodi che le minacciano, e dei tranelli che, al riparo delle loro formule innocenti, possono essere architettati dalla fantasia inventiva dei litiganti.

Per questo l'avvocatura è un'arte, nella quale la conoscenza scolastica delle leggi serve a ben poco, se non è accompagnata dall'intuito psicologico che serve a conoscere gli uomini, e i molteplici espedienti e manovre coi quali essi cercano di piegare le leggi ai loro scopi pratici. Invano si spera che i codici di procedura, anche i meglio studiati in teoria, servano davvero alla giustizia se non sono sostenuti nella loro applicazione pratica da quella lealtà e correttezza del giuoco, da quel *fair play*, le cui regole non scritte sono affidate soprattutto alla coscienza e alla sensibilità degli ordini forensi.

Risulta invero da quanto finora si è detto che le attività che sono svolte nel processo dai vari soggetti che vi partecipano non sono tutte quante rigidamente prestabilite e vincolate dal diritto processuale, di guisa che, per esser giuridicamente valide, non possano esser compiute altro che in un modo. In realtà le norme del diritto processuale segnano soltanto certe direttive assai elastiche, che lasciano ampio margine, come si è visto, alla iniziativa e alla scelta individuale. Le regole propriamente giuridiche costituiscono nel processo una specie di cornice, entro la quale può spaziare il potere dispositivo delle parti: solo nell'osservanza di queste regole marginali l'attività delle

parti è giuridicamente vincolata; ma nello spazio bianco è attività essenzialmente libera.

E' appunto in vista di questa attività libera (nella quale, secondo le classificazioni del CARNELUTTI, si dovrebbero far rientrare non soltanto gli atti giuridici *facoltativi*, ma anche gli atti puramente leciti, cioè giuridicamente *neutri* (2)) che l'art. 88 Cod. proc. civ. impone alle parti e ai loro difensori « il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità ». Questo dovere, così vago e indeterminato, non avrebbe alcun senso in un processo in cui l'attività delle parti e dei loro difensori fosse per legge rigidamente vincolata in ogni sua manifestazione; acquista invece un significato molto importante in un processo, com'è quello a tipo dispositivo, in cui, entro i confini stabiliti dal diritto processuale, alle parti è lasciato un largo campo discrezionale, entro il quale ciascuna di esse è libera di scegliere le mosse che le sembrano più adatte a superar l'avversario. La lealtà prescritta dall'art. 88 è la lealtà *nel giuoco*: il giuoco, cioè la gara di abilità, è lecito, ma non è permesso barare. Il processo non è soltanto scienza del diritto processuale, non è soltanto tecnica della sua applicazione pratica, ma è anche leale osservanza delle regole del giuoco, cioè fedeltà a quei canoni non scritti di correttezza professionale, che segnano il confine tra la elegante e pregevole maestria dello schermitore accorto e i goffi tranelli del truffatore. Di questi canoni di lealtà e probità, che rimangono soli a regolare la condotta dei competitori entro quel campo discrezionale ove le leggi non penetrano, è custode il giudice: il quale, anche quando la trasgressione di questi canoni non è di tal rilevanza da ripercuotersi sul merito della lite (come avviene, per es., nel caso di revocazione per dolo, art. 395, n. 1), sorveglia continuamente, dal balcone dell'art. 116 Cod. proc. civ., il contegno delle parti nel dibattito, e contro quella che sia venuta meno alla lealtà del contraddittorio può prendere provvedimenti sanzionatorî (art. 92 e 96; cfr. anche art. 88 secondo comma), paragonabili alle misure di rigore che l'arbitro infligge ai giuocatori in fallo.

Ma in questo delicatissimo congegno che è il principio dispositivo, nel quale ciascuna parte deve attendere la vittoria soltanto dalle proprie forze e può astenersi dal portare elementi che possano contribuire alla vittoria avversaria (*nemo tenetur edere contra se*), è assai difficile stabilire fin dove arrivino i diritti di una accorta difesa e dove cominci il riprovevole inganno. Proprio per questa difficoltà, che scomparirebbe in un processo a tipo rigidamente inquisitorio, il compito

---

(2) *Sistema del diritto proc. civ.*, II (1938), nn. 408 e 419.

della dottrina diventa così arduo quando si tratta di trasferire nel campo del processo le nozioni concernenti gli effetti e le figure della malafede, che nel campo del diritto sostanziale sono ormai pacifiche; e, sempre a causa di questa difficoltà, la dottrina non è ancora riuscita a isolare nel processo certe situazioni che forse non hanno molto a che vedere colla malafede processuale e che meglio dovrebbero essere avvicinate a quelle figure che, nel campo del diritto sostanziale, fa rientrare sotto la nozione del *negozio indiretto* o *di comodo* (3).

In tutte le svariate ipotesi di malafede processuale (menzogna, falsità, dolo unilaterale o bilaterale, frode, simulazione) si può cogliere un carattere comune: che una parte, o tutt'e due, mirano mediante inganno a conseguire nel processo (o in una fase di esso, o nella decisione finale) un certo effetto giuridico, senza che esistano i presupposti (di fatto o di diritto) ai quali la legge lo riconnette. La malafede processuale, nelle sue svariate configurazioni, è sempre indirizzata a conseguire nel processo un effetto giuridico che senza l'inganno non potrebbe esser conseguito. Ma di fronte a questi casi, che tutti quanti si possono far rientrare sotto la nozione della malafede processuale, si presentano nella dialettica processuale svariatissime situazioni in cui una parte, pur trovandosi nelle condizioni di compiere validamente un certo atto processuale e di produrre legittimamente gli effetti giuridici che da esso derivano, si serve di esso non tanto per conseguire gli effetti giuridici che gli son propri, ma per conseguire *ulteriori effetti psicologici* (sull'avversario o sul giudice), dai quali essa parte spera di trarre vantaggio nella tattica del suo giuoco.

E' noto che nel campo del diritto sostanziale si parla di negozio indiretto tutte le volte in cui le parti, pur volendo realmente costituire un certo negozio che ha una sua causa tipica, si propongono di sodisfare, attraverso l'effetto giuridico proprio di questo negozio, un ulteriore scopo economico, diverso da quello al cui sodisfacimento il negozio è tipicamente preordinato; i contraenti hanno dunque *realmente* voluto concludere (e per questo fuori dal campo della simulazione) il negozio apparente, ed hanno *realmente* voluto conseguire gli effetti giuridici che gli son propri; ma il conseguimento di questi effetti è stato da loro considerato come una tappa, come un mezzo per arrivare al conseguimento di uno scopo ulteriore, in sè non illecito. Non si può dire dunque che vi sia divergenza tra lo scopo tipico del negozio apparente e lo scopo effettivamente voluto dalle parti; lo scopo tipico è stato voluto, ma come mezzo per sodisfare indirettamente, passando

---

(3) Un accenno alla possibilità di estendere al processo la nozione di negozio giuridico indiretto in CARNELUTTI, *Sistema* cit., II, n. 520.

per la via più lunga, uno scopo ulteriore, al cui diretto sodisfacimento conduce normalmente un altro tipo di negozio.

Qualcosa di simile può accadere nel processo: l'atto processuale è in sè lecito ed effettivamente voluto; ma nei calcoli del litigante conta non tanto per gli effetti processuali che esso produce per legge, quanto per le prevedibili reazioni che esso provocherà nell'atteggiamento degli altri soggetti del processo. Questo uso indiretto degli atti processuali non si può dire che sia sempre e senz'altro illecito: esso rientra molte volte nella onesta abilità del patrocinio; tal'altra sconfina, prima di arrivare alle figure estreme del dolo e della frode, in una zona intermedia che, per qualche somiglianza colla figura dell'*abuso del diritto,* si potrebbe denominare l'*abuso del processo.*

E' qui che sopra tutto ha valore l'intuito e la misura del difensore, il quale deve sapere che nel corso del processo gli stessi atti possono provocare reazioni di diversa natura, secondo la diversa psicologia della parte avversaria e del giudice; e deve d'altra parte sapere interpretar la mossa dell'avversario non per il suo effetto giuridico immediato, ma altresì per i remoti svolgimenti tattici che lascia supporre. Su questo terreno gli articoli dei codici sono necessariamente muti: il legislatore innocente non ha calcolato a quali sottili virtuosismi possa prestarsi caso per caso nella tattica dei litiganti l'impiego indiretto di certi istituti, e non ha neanche sospettato che essi possano essere adoperati come mezzi di stimolo o di ricatto, indirizzati a scopi che vanno molto al di là di quelli voluti e previsti dalla legge.

4. — Questa schermaglia tattica, nella quale gli articoli del Codice di procedura civile possono essere adoprati dai contendenti come pedine di una scacchiera, può cominciare anche prima che cominci il processo: già la minaccia di ricorrere, come dicono i causidici, « alle vie di legge », può essere un argomento bastante per indurre l'avversario, che sa di aver torto, a capitolare prima di essere attaccato. Anche nel campo giudiziario, prima che l'araldo notifichi al convenuto quella specie di cartello di sfida che è l'atto di citazione, può esservi un periodo più o meno lungo di negoziati, di recriminazioni, di intimidazioni; prima di arrivare in tribunale, può esservi, anche nel processo, la guerra « fredda »: la guerra dei nervi prima di quella delle carte bollate.

Questa è la fase nella quale entrano in ballo quegli stregoni delle magie di corridoio, i quali sussurrano di posseder la ricetta infallibile per scegliere in anticipo la sezione e il relatore, per predisporre la composizione del collegio e per conoscere le segrete vie di accesso al cuore di ciascun componente: sarebbero, in termini sportivi, coloro

che si sono specializzati nella preparazione del campo di giuoco, e che si impegnano in anticipo a far sì che la squadra da essi servita non debba combattere su terreno sdrucciolevole o col sole in faccia.

Ma soprattutto questa è la fase nella quale può avere i suoi trionfi quell'arte di suggestione che in certi giuochi si chiama *bluff*: e che consiste, come tutti sanno, nel far credere all'avversario di avere in mano molte più carte di quelle che si hanno in realtà. Ho conosciuto nella mia vita professionale avvocati che si erano creati una fama soltanto per il loro cipiglio e coll'accento oracolare dei loro responsi. Ricordo sempre l'avventura capitata a un giovine alle prime armi, il quale, invitato a trattare una transazione nello studio di un collega autorevole, famoso per il « metodo duro » col quale riusciva a intontire l'interlocutore, si permise di citare come argomento favorevole alla propria tesi un certo articolo del Codice di commercio; ma quello energumeno lo interruppe con faccia feroce: « Chi le ha messo in testa che il Codice dica di queste scempiaggini? ». Il suo tono era così perentorio, che il novellino non osò replicare: e accettò la transazione convinto di avere detto uno sproposito (ma appena tornato al suo studio, volle riguardare il Codice e trovò che quell'articolo onestamente appreso all'Università era sempre al suo posto...). In questa fase anche la sfacciataggine può essere un'arma, e la discrezione una debolezza. Fate l'ipotesi che un povero diavolo, che non si intende di diritto e che in vita sua non ha mai avuto una lite, si veda un giorno arrivare una lettera colla etichetta di un avvocato principe, il quale lo avverte che sta per iniziare una grossa causa contro di lui e alla fine lo ammonisce così: « La mia esperienza mi consiglia di farle notare che, se Ella affronterà questa causa, andrà certamente incontro a una sconfitta ». Se costui è un uomo timido e alieno da litigi, come farà a non arrendersi subito di fronte alla solennità di quest'oracolo?

Tutti sanno che molte cause civili si iniziano non coll'intenzione di portarle in fondo, ma colla onesta speranza che il convenuto, appena ricevuta la citazione, si convinca del suo torto, e senz'altro adempia il suo debito: e questo talvolta succede, perchè sembra che per le persone semplici le ragioni assumano una forza irresistibile quando sono scritte in carta bollata. Questo vale sopra tutto per la gente umile, che spesso non sa distinguere tra giustizia civile e giustizia penale, e che al vedersi notificare un atto di citazione rimane turbata come se si trattasse di un mandato di cattura: tutti gli avvocati conoscono casi di persone che hanno un sacro terrore dei tribunali, e che pur di non varcar quella soglia compromettente (« ... in famiglia mia, non si è mai avuto a che fare coi tribunali... ») sono disposte a lasciarsi spogliare della camicia.

E non parliamo delle cause « scandalistiche », quelle con cui si minaccia di mettere in pubblico una delicata situazione intima, un segreto di famiglia, per difendere il quale è prevedibile che l'intimato consentirà a lasciarsi derubare del portafoglio... Questo impiego preventivo della coazione psicologica comprende, nella tattica processuale, tutta una gamma di sfumature: comincia da quel doveroso e discreto annuncio che ogni avvocato, prima di spiccare una citazione, indirizza alla parte avversaria nella speranza di evitare una causa, e può arrivare, attraverso un crescendo di indiscrezioni e di sfacciataggini, a quelle forme di scorrettezza e di illecito che scivolano fino al ricatto e all'estorsione.

E non bisogna dimenticare una figura tipica, nella quale mi è accaduto di imbattermi più di una volta: l'impiego del processo come strumento di concorrenza sleale. Per rovinare un concorrente, si inscena contro di lui una causa clamorosa, attribuendogli qualche azione scorretta o fraudolenta che valga a metterlo in cattiva luce presso la sua clientela: alla fine la causa si perderà, ma intanto ne avranno parlato i giornali, e la pubblicità avrà raggiunto quella sospettosa categoria di consumatori ai quali era destinata: e così... *quelque chose y restera.*

5. — Una volta iniziato il processo, l'abuso classico o tradizionale che una parte o l'altra tenterà (e magari tutt'e due d'accordo) sarà quello di mandarlo in lungo. *Dum pendet rendet,* è vecchio rimprovero mosso agli avvocati; il rinvio è, nella opinione comune, l'arma prediletta del litigio; e il vocabolario giudiziario si è riempito, fino dall'antico, di parole che colgono tutte le sfumature di questa malattia endemica dei giudizi: *tergiversare, stancheggiare, vessare, defatigare, ritardare, rimandare, rinviare, differire...* Ci sarebbe da fare un interessante studio linguistico su questa mèsse di sinonimi, cresciuti sul fertile terreno della litigiosità.

In ogni processo accade quasi sempre che, di fronte alla parte che ha fretta, ci sia quella che vuole andare adagio: di solito chi ha fretta è l'attore, e chi non l'ha è il convenuto, interessato ad allontanar più che può la resa dei conti. Ma può anche darsi che lo spirito ritardatario sia dalla parte dell'attore, quando, conoscendo di aver torto, cerca di tenere in piedi la causa più a lungo che può, per stancare l'avversario timido sotto quella spada di Damocle, affinchè si induca ad accettare una transazione (o anche per aspettare che quel tal giudice sia promosso, o che entri in vigore quella attesa riforma della procedura).

In ambedue i casi c'è una parte che ha interesse a servirsi di tutte le possibili deviazioni e complicazioni del procedimento, non per con-

seguire gli effetti fisiologici ai quali la legge preordina quella possibilità, ma per conseguire l'effetto indiretto di rallentare il ritmo del giudizio e di procrastinarne la soluzione. In un sistema processuale a tipo dispositivo com'è il nostro, è normale, poichè le leve di velocità sono lasciate all'iniziativa delle parti, che il ritmo del processo sia dominato da esse: e quindi è naturale che entro certi limiti (cioè entro la elastica disciplina dei termini processuali, il sistema dei quali, alcuni con funzione ritardatrice ed altri con funzione acceleratrice, mira a mantenere tra i vari atti del processo un giusto distacco) ciascuna parte si valga del proprio potere di impulso per accelerare o ritardare il compimento di certe attività che dipendon da lei. Ma l'abuso comincia quando una parte, avendo ormai esaurito quel margine di lecito rallentamento che le era concesso dall'elasticità dei termini, cerca di mandare in lungo il processo con istanze che sa infondate, e che sono proposte non per vederle accolte, ma unicamente per guadagnare quel tempo che l'avversario dovrà spendere nel contrastarle e il giudice nel respingerle: il che accade specialmente per certe richieste di mezzi di prova su fatti che la parte richiedente ben sa non veri, ma che tuttavia raggiungono lo scopo di imporre al giudice, per poterli dichiarare non veri, lo spreco di una lunga attività istruttoria.

Questo abuso a scopo dilatorio dei mezzi processuali è così comune e tradizionale, che si è arrivati a farne oggetto di studio, considerandolo non come una degenerazione patologica, ma come un raffinato virtuosismo di buona pratica forense: basti ricordare i numerosi trattati sulle *cautelae* volte *ad protrahendum causas ad longum*, tra i quali fu celeberrimo quello di Bartolomeo Cepolla (4).

Di siffatte « *cautelae* » si fa largo impiego, se pur non si scrivono più trattati sull'argomento, anche nel processo dei nostri tempi: la maggiore o minore frequenza colla quale si ricorre nella pratica giudiziaria a certe eccezioni, la fortuna, altrimenti incomprensibile, di certi procedimenti che a prima vista sembrerebbero meno comodi e meno maneggevoli di altri più semplici e più rapidi, che invece vengon lasciati in disparte, si spiega quando si considerano i fini indiretti ai quali queste eccezioni e questi procedimenti sono impiegati nella tecnica manovrata del cavillo.

Se qualche causidico sfrontato volesse oggi scrivere una specie di prontuario pratico delle cavillazioni ad uso dei principianti, il primo capitolo dovrebbe esser dedicato a classificare gli espedienti che i patrocinatori adoprano per ottenere i rinvii. Sotto il Codice di procedura

---

(4) Cfr. V. Manzini, *Le cautelae nella storia del diritto italiano* (Atti del Reale Istituto Veneto di Scienze lettere ed arti), Venezia, 1927.

civile oggi vigente, il quale in teoria si ispira a un certo rigorismo contro il lamentato abuso dei rinvii, avvocati e giudici si son trovati subito d'accordo (anche ai giudici, specialmente in tempi di maggior lavoro giudiziario, certi rinvii non son discari) nell'adibire a questo servizio meramente dilatorio disposizioni che il legislatore aveva dettato con tutt'altro fine: quante comparizioni personali delle parti, quanti tentativi di conciliazione, quanti scambi di memorie illustrative sono richiesti dai difensori, e ordinati dal giudice istruttore, unicamente come espedienti per rimandare l'istruttoria di un mese o due, eppur colla certezza che il tentativo di conciliazione non riuscirà o che nelle memorie gli avvocati non avranno niente di nuovo da aggiungere a quello che hanno già detto!

Allo stesso scopo meramente dilatorio sono sempre servite, nei processi di tutti i tempi, le eccezioni *litis ingressum impedientes* e in ispecie quelle di incompetenza: questa è forse la ragione per la quale due procedimenti che il vigente Codice di procedura civile ha introdotti per liberare fin da principio il processo dell'ingombro ritardatore di certe questioni preliminari (alludo al regolamento di competenza ed al regolamento di giurisdizione) hanno incontrato l'insperato favore di molti causidici, i quali hanno imparato che, anche se la eccezione di incompetenza è sfacciatamente infondata, basta tuttavia sollevarla per guadagnare così, colla necessaria sospensione del processo di merito, quei tre o quattro mesi che dovranno passare prima che quella sfacciata infondatezza sia stata dichiarata dalla Cassazione. Così il regolamento di competenza è diventato oggi un ripiego *di comodo,* per prolungare di qualche mese la durata del processo; come sotto il Codice di procedura civile del 1865, la pronuncia di un lodo interlocutorio era diventata nel giudizio arbitrale un espediente abituale per prolungare il termine (art. 34, comma penultimo) (5).

Qualcosa di simile avveniva un tempo quando mancava alle Sezioni semplici della Cassazione la competenza sulla propria competenza, e bastava affacciare in udienza il sospetto che il ricorso rientrasse nella competenza delle Sezioni unite per ottenere senz'altro il rinvio ad esse. Non ho mai potuto dimenticare una lezione che fu data a me novellino da un collega anziano ed espertissimo, al quale io, ardente di giovanile zelo professionale, avevo negato in Cassazione un rinvio ch'egli mi sollecitava; egli difendeva una blasonata truffatrice che aveva acquistato senza pagarla una lussuosa pelliccia, e che per molti anni era riuscita, a forza di trovate processuali, a prendere

---

(5) MORTARA, *Comm.*, vol. III, n. 117.

a gabbo quel disgraziato pellicciaio, mio cliente. Finalmente condannata a pagare, la signora aveva ricorso in cassazione: fissata l'udienza, il suo avvocato all'ultimo momento mi chiese un rinvio, al quale io, supponendo che fosse un pretesto, mi opposi. Si va in udienza: e allora, appena chiamato il ricorso, il mio avversario si alza e chiede con voce melliflua il rinvio alle Sezioni unite per ragioni di competenza. Io protesto indignato: — Si tratta del pagamento di una pelliccia: che ci entrano le Sezioni unite? — E lui: — Il mio valoroso contraddittore ignora dunque che anche in materia di pellicce solo le Sezioni unite possono sapere se son competenti? — Rivedo ancora il bonario sorrisetto con cui mi guardò il presidente della sezione (era il Venzi, lo ricordo ancora), quando disse: — Rinviato per competenza alle Sezioni unite! —

Così, se si potessero sempre conoscere i vari moventi psicologici di certi comportamenti processuali apparentemente illogici, essi apparirebbero anche agli occhi del profano meno irragionevoli di quello che talvolta appaiono: si capirebbe perchè molte volte l'avvocato aspetti fino all'ultimo giorno del termine a proporre un mezzo di impugnazione contro una sentenza che ha dato torto al suo cliente, non per dimenticanza o per negligenza, ma perchè fino a quel giorno ha sperato di poter arrivare, sotto la minaccia dell'appello o del ricorso in cassazione, ad un accettabile componimento; si capirebbe perchè è buona regola impugnare sempre, anche senza speranza, una sentenza sfavorevole, perchè la pendenza del giudizio di impugnazione può sempre essere una carta nelle trattative di transazione. Si capirebbe anche perchè per certe cause sembra che tutt'e due i litiganti siano d'accordo nel non voler che arrivino a una definizione: nel lasciarle vivere in letargo. Quando entrò in vigore nel 1942 l'attuale Codice di procedura civile, uno dei più gravi errori che commise il legislatore del tempo fu quello di imporre la riassunzione col nuovo rito di tutte le cause che sotto il vecchio Codice vivevano in istato letargico, in attesa della onorata perenzione: vecchie cause pacifiche, che stavano in disparte senza dar noia a nessuno, e che, riportate d'autorità sul ruolo dei giudici istruttori, hanno riacquistato virulenza e pretese di gioventù, ed hanno così potentemente contribuito ad aggravare il ristagno di cui soffre oggi la giustizia civile.

Talvolta, leggendo sui repertorî di giurisprudenza certe decisioni, si stenta a comprendere come certe questioni abbiano potuto esser sollevate. Ma tutto si spiega quando si pensi che anche la tesi più sballata può servire, per un causidico senza scrupoli, a guadagnar tempo. Ho visto io stesso un di questi causidici giocolieri proporre alla ultima ora contro il degnissimo consigliere relatore una istanza di ri-

cusazione accompagnata da una calunniosa denuncia; e andare incontro così, con disperata cecità, alle conseguenze civili e disciplinari e fors'anche penali, di questo ignobile gesto, pur di potersi vantare di fronte al cliente d'esser riuscito ancora una volta a rimandare, con quella brillante trovata, il giorno della sconfitta.

6. — Ma non mancano, nei ricettarî dei legulei, gli specifici per accelerare il ritmo del processo e per cogliere l'avversario all'improvviso, speculando sul disorientamento psicologico prodotto dalla sorpresa. Di solito i litiganti (o i loro patrocinatori) non si trovano mai d'accordo nel prendere le scorciatoie, se per prenderle occorre essere in due: se il processo ammette che le parti in certi casi possano d'accordo fare a meno di certe formalità processuali, o abbreviare un termine o saltare un grado, accade immancabilmente che una di esse si rifiuti di prestarsi a quella semplificazione. Per il solo fatto che una di esse vi sarebbe disposta, l'altra vi si oppone; che anche tra avversari possa esservi nel processo un interesse comune di far presto e di risparmiar tempo e spese, una certa *solidarietà processuale* per il buon andamento della procedura, è un'idea che non va a genio ai litiganti: l'avvocato che sia disposto a aderire a qualche richiesta avversaria, solo perchè ritiene che accoglierla potrebbe semplificare le forme, senza pregiudicare il merito, si guadagna subito nella stima del proprio cliente (specialmente del cliente povero, che è sempre il più sospettoso) la taccia di debole e di inetto (« ... peccato! sarebbe bravo ma gli manca lo spirito combattivo... »), se non addirittura di venduto. Questo spiega la sfortuna, o addirittura l'oblio, in cui sono cadute alcune innovazioni introdotte dal Codice di procedura civile vigente, che avrebbero dovuto servire, purchè tutt'e due le parti fossero state di accordo nel servirsene, a rendere più spediti certi processi: quale il potere dato al giudice di decidere la causa secondo equità quando le parti « gliene fanno concorde richiesta » (art. 114), o il ricorso in cassazione proponibile *per saltum* contro la sentenza appellabile del tribunale « se le parti sono d'accordo per omettere l'appello » (art. 360, penultimo comma). In proposito non esistono dati statistici; ma ho il sospetto che mai, dal 1942 ad oggi, sia accaduto che due avvocati in contraddittorio si siano trovati d'accordo nel servirsi dell'una o della altra disposizione.

Viceversa gli espedienti per accelerare, o addirittura strozzare, il processo sono largamente usati, e spesso al di là dei fini previsti dalla legge, quando per servirsene non c'è bisogno della concorde richiesta delle parti, ma uno dei litiganti può sperare di potere in questo modo cogliere l'avversario alla sprovvista, e di impedirgli così di difendersi

a suo agio. Anche qui la lentezza o la celerità del giuoco non è apprezzata in sè stessa, ma unicamente in funzione strumentale, in quanto serva, collo stancare e col sorprendere l'avversario, a dare un vantaggio nella partita.

Di solito le manovre volte a menomare il diritto di difesa della controparte e coglierla di sorpresa (come si usava colle famigerate « note dopo l'udienza » del vecchio Codice, insidiosa freccia del Parto, alla quale l'avversario non poteva più replicare) sono considerate dalla legge come contrarie alla lealtà processuale (art. 88). Ma in certi casi è la stessa legge processuale che predispone i mezzi per coglier l'avversario alla sprovvista e per impedirgli, in un primo tempo, di difendersi.

Le deroghe al principio del contraddittorio iniziale (art. 101), che si verificano quando il provvedimento è dato dal giudice *inaudita altera parte* e l'iniziativa del contraddittorio è invertita o posticipata, non hanno sempre lo stesso intento: talvolta, collo spostare l'iniziativa del contraddittorio dall'attore all'opponente (es. art. 645), la legge mira, cullandosi in una previsione alquanto ottimistica, a far sì che la difesa in contraddittorio si sviluppi soltanto a iniziativa dell'opponente, perchè egli solo è in grado di conoscere se dispone di qualche buona ragione da contrapporre alla domanda; ma, altre volte, la posticipazione del contraddittorio mira proprio a far sì che il provvedimento del giudice arrivi imprevisto al segno che deve colpire, prima che la parte contro la quale è diretto si premunisca per renderlo inefficace. Questo avviene più di frequente, com'è noto, nei procedimenti cautelari: tipico il sequestro conservativo (art. 672), che, per raggiungere il suo scopo di impedire l'alienazione o la dispersione delle cose costituenti la garanzia del creditore, bisogna necessariamente che arrivi quando il debitore non se l'aspetta, e prima che esso abbia avuto tempo di predisporre le sue difese e di sottrarre il suo patrimonio alla persecuzione giudiziaria.

7. — Tuttavia nella pratica giudiziaria questa maggiore facilità e celerità, colla quale, in vista dell'urgenza, è dato ottenere dal giudice, in base a un'informazione superficiale e sommaria, un provvedimento cautelare contro l'avversario indifeso, è spesso sfruttata per scopi che vanno molto al di là delle previsioni della legge. Il provvedimento cautelare che nell'intenzione della legge dovrebbe avere scopi meramente conservativi della situazione di fatto (*nihil lite pendente innovetur*) senza alcun pregiudizio della decisione di merito, diventa in realtà, in mano a un litigante accorto, un'arma talvolta irresistibile per costringere l'avversario alla resa e così per ottenere nel merito una

vittoria che, se l'avversario avesse potuto difendersi, era follia sperare. Delle pericolose speculazioni alle quali si prestano nella pratica giudiziaria i sequestri (quello conservativo, ma forse ancor più quello giudiziario) colorite descrizioni sono già state date da maestri espertissimi di strategia forense (6) e nulla c'è da aggiungere a quei quadri. Il sequestro, da mezzo cautelare, diventa spesso un mezzo di coazione psicologica, un mezzo sbrigativo, si direbbe, per prendere l'avversario alla gola; non serve (come ipocritamente si dice) a mantenere durante il corso della lite l'uguaglianza delle parti e la stabilità della loro situazione patrimoniale, ma serve viceversa a mettere una delle parti in condizioni di tale inferiorità, da costringerla, prima che la lite sia decisa, a chieder mercè per asfissia. Tutti gli avvocati sanno che riuscire ad ottenere un sequestro significa, assai spesso, aver vinto la causa; questo vale specialmente per il sequestro giudiziario. In una causa di rivendicazione o di divisione, in cui oggetto del dibattito sia la proprietà di una azienda o di una tenuta agraria, la parte che è al possesso si trova sempre in una condizione di vantaggio, perchè, finchè la lite dura, gode i frutti del bene conteso e trova in esso i mezzi per far fronte alle spese del processo. Anche nelle cause, come nella guerra e purtroppo in ogni evenienza della vita, la parte ricca si trova sempre in vantaggio sulla parte povera: tra il rivendicante che ha ragione ma non ha il possesso, e il detentore che ha torto ma intanto sfrutta le rendite della tenuta, *melior est conditio possidentis*: sicchè assai spesso chi si batte per ottenere il sequestro giudiziario del bene conteso mira prima di tutto a togliere alla controparte le fonti da cui questa ha finora attinto i mezzi per alimentare la lite. Ma talvolta gli argomenti di coazione psicologica coi quali il sequestrante persuade il sequestrato ad arrendersi sono ancor più irresistibili: c'è, quando il bene conteso è una tenuta agraria, il timore di vedere l'amministrazione dei fondi affidata ad un estraneo costoso quale può essere il sequestratario, che vi si insedia da padrone e mette in pratica a proprio vantaggio la tattica del terzo tra due litiganti: c'è, quando il bene conteso è uno stabilimento industriale o un'azienda commerciale, il sospetto che il sequestratario metta l'occhio su segreti di fabbrica, e soprattutto il terrore del ricatto fiscale... Per questo accade molte volte che il sequestrato, pur di non dover soffrire nella sua fattoria o nel suo stabilimento la pericolosa e dispendiosa tortura del custode estraneo, si induca immediatamente a venire a patti: tanto più che se volesse aspettare di ottenerne la revoca in via giudiziaria, si accorgerebbe a proprie

---

(6) CANDIAN, *Incubi sul processo civile*, in *Temi*, 1947, pag. 60; BIANCO, *Foro it.*, 1949, I, 490.

spese che il sequestro somiglia a certe malattie, che per prenderle basta un attimo, ma per guarirne possono non bastare molti anni...

Per questo, specialmente nei periodi di ristagno giudiziario com'è quello che oggi attraversiamo, durante i quali le vie ordinarie della giustizia sono più lente e più dispendiose, la folgorante strategia dei sequestri, che sarebbero un po' il *Blitz-krieg* della procedura, ha acquistato un'importanza che va molto al di là degli scopi fisiologici assegnati dal legislatore agli istituti cautelari.

Tutte quelle regole di discrezione e di buon costume professionale, che consigliano all'avvocato corretto di non andare a parlare col magistrato senza la presenza della controparte e che impongono al magistrato di non tener conto delle ragioni sussurrategli a quattr'occhi fuor del controllo purificatore del contraddittorio, par che vengano meno in tema di misure cautelari, per le quali, se è la stessa legge che permette in certi casi di concederle *inaudita altera parte* e in base ad informazioni sommarie, sembra lecito e naturale che l'avvocato che richiede un sequestro vada prima a conferire riservatamente col presidente, e, con tutta la buona intenzione di informarlo secondo verità, metta soprattutto in evidenza (com'è funzione dell'avvocato) quella parte della verità che serve ad appoggiare la sua richiesta.

La concessione dei sequestri è, anche per la suggestione personale che l'avvocato può far giuocare senza scrupolo in questa materia, una delle mansioni giudiziarie più delicate; una di quelle in cui meglio si misura il tatto e la saggezza del magistrato, che deve essere, prima che giurista, psicologo.

— Sii cauto nel concedere misure cautelari —, questa dovrebbe essere una delle prime massime del buon giudice. E' noto del resto che la stessa legge, prevedendo gli abusi ai quali può dar luogo la troppo facile concessione dei sequestri, predispone, a correttivo delle cautele, certe controcautele, che, adoprate al momento opportuno, possono moderare la coazione psicologica esercitata da una misura cautelare troppo violenta, con una controspinta psicologica che serve a ristabilire l'equilibrio tra le parti. Tipica è a questo scopo la funzione della « cauzione », che per l'art. 674 il giudice può imporre al sequestrante come condizione della concessione del sequestro: se mai accada (e talvolta può accadere) che il magistrato tratto in inganno dalle informazioni esagerate del richiedente abbia concesso affrettatamente un sequestro, che a ragion veduta riconosca eccessivo, la possibilità di imporre al sequestrante una cauzione può servirgli come rimedio per rendere meno dannosa la sua precipitazione iniziale. Conosco il caso di un presidente di tribunale, il quale dopo aver concesso precipitosamente il sequestro giudiziario di una importante azienda, si ac-

corse subito dopo, ma ormai troppo tardi per revocarlo, di aver corso troppo: e allora, prima che il sequestro fosse eseguito, impose al sequestrante il deposito di una cauzione di ammontare superiore al valore dell'azienda, creando così, per rimediare alla coazione psicologica costituita a carico del sequestrato dal sequestro eccessivo, una controspinta psicologica ancor più eccessiva a suo favore, che tolse al sequestrante ogni velleità di eseguirlo.

Tutto questo dimostra come, per intendere in qual modo giuochino nel processo i delicati meccanismi del sistema cautelare, non basta leggere quello che è scritto negli articoli del Codice, ma bisogna conoscere tutti gli stratagemmi psicologici con cui la pratica si serve di queste formule, per raggiungere manovrando scopi molto diversi da quelli segnati nelle costruzioni dogmatiche dei trattatisti.

8. — Ma ancor più questo giuoco di sottintesi psicologici che si svolge tra i soggetti del processo dietro lo schermo degli articoli e che fa del processo una vicenda molto più sottile e proteiforme di quei rigidi schemi che si rappresentano nei manuali scolastici, si fa serrato nella fase istruttoria, dove i mezzi di prova, dei quali il giudice si serve per arrivare a conoscere la verità dei fatti controversi, sono adoperati quasi sempre in maniera meno semplice e meno diretta di quanto corrisponderebbe alla loro destinazione apparente.

E' esatto che, nella destinazione voluta dalle leggi, i mezzi di prova sono strumenti per arrivare alla scoperta della verità; ed è anche esatto che il giudice può paragonarsi, come imparziale ricercatore della verità, allo storico (7). Ma in realtà la storia che scrive il giudice non è semplicemente la storia della verità, ma è piuttosto la storia (la « cronaca sportiva » si potrebbe dire) del giuoco attraverso il quale una delle parti è riuscita a far trionfare nel processo, *secundum alligata et probata,* la sua verità.

Si pensi per esempio a quello che, tra persone perbene e di buona fede, sembrerebbe dover essere il procedimento probatorio più sbrigativo e più naturale: cioè l'interrogatorio rivolto alla parte avversaria colla speranza che questa lealmente risponda secondo la verità. In realtà la parte avversaria non ha il dovere giuridico di dire la verità (che nel processo non potrebbe essere affermato senza distruggere il diritto di difesa), e forse, in un processo a tipo dispositivo fondato sulla ripartizione dell'onere della prova, si può perfino dubitare se ne abbia il dovere morale. In ogni modo è certo che in pratica chi deferisce un

---

(7) Cfr. *Il giudice e lo storico,* in *Studi,* V, pag. 27 e segg. [e in questo vol., pag. 393 e segg.].

interrogatorio alla controparte assai raramente è spinto a ciò dalla speranza che questa risponda secondo verità con una *contra se declaratio*: talchè, se si dovesse stare alle definizioni date dai manuali, che vedono nell'interrogatorio formale il procedimento per provocare dallo avversario una confessione giudiziale, bisognerebbe concludere che l'interrogatorio è un procedimento quasi inutile, perchè si sa fin da principio che a tale scopo non serve quasi mai. E tuttavia non c'è, si può dire, processo in cui non si veda proposto da una parte o dall'altra l'interrogatorio dell'avversario: ciò accade perchè anche per l'uso dell'interrogatorio si segue il metodo dell'impiego indiretto (quella tecnica del *contraccolpo*, che sembra tradurre nel campo psicologico la tecnica del giuoco della carambola) che mira a trarre da questo procedimento non quel risultato probatorio immediato e pieno (confessione), al quale la legge lo preordina, ma solo qualche vantaggio tattico laterale, che si spera possa costituire il pretesto per preparare l'ammissione di altri mezzi probatorî più decisivi e diretti. Una vecchia opinione (ora generalmente abbandonata) riteneva che nelle parziali ammissioni contenute nel verbale di interrogatorio, si potesse ravvisare quel « principio di prova per iscritto » che secondo l'art. 1347 Cod. civ. del 1865 (art. 2724, n. 1 Cod. civ. vigente) rendeva ammissibile la prova per testimoni anche nei casi in cui essa ordinariamente non poteva essere ammessa (8): ora, per chi seguiva questa opinione, poteva darsi che l'interrogatorio alla controparte fosse deferito non allo scopo, che ben si sapeva irraggiungibile, di ottenere una immediata confessione, ma allo scopo indiretto di trovare nelle risposte negative dell'interrogatorio questo « principio di prova », come appiglio per ottenere l'ammissione di una prova testimoniale altrimenti inammissibile. Anche più in generale si può dire che l'interrogatorio spesse volte è deferito proprio allo scopo di ottener con esso il contrario della verità: se l'avversario per difendersi nega in pieno la verità, e c'è poi il modo di fare intendere al giudice, attraverso altre prove anche meramente indiziarie, che le sue risposte sono menzogne, anche questo è un sistema per arrivare in maniera indiretta allo stesso scopo al quale avrebbe potuto portare direttamente una immediata confessione veritiera. Anche le bugie possono spesso aiutare, specialmente quando sono troppo visibili, a scoprir la verità: così, quando l'interrogatorio è proposto a questo scopo d' indurre l' avversario ad essere apertamente bugiardo per poi sbugiardarlo in presenza del giudice,

---

(8) Mortara, *Comm.*, III, pag. 560, nota 1.

quanto più grosse saranno le bugie che dice tanto meglio si vedrà che anche nel processo le bugie hanno le gambe corte.

9. — E qui non si può non ricordare la grande ingegnosità psicologica colla quale funziona, in tutta la dinamica del processo, ma specialmente in quella probatoria, quel meccanismo tipico del liberalismo processuale che è l'*onere*: per mezzo del quale la parte è sola responsabile della sua sorte processuale, ed è lasciata libera di modificare colla propria attività o di lasciare invariata colla propria inerzia la propria situazione giuridica nel processo. La parte non ha il dovere giuridico di dire in giudizio la verità a proprio danno; non ha l'obbligo giuridico di confessare (*a fortiori* questo principio vale nel processo penale a difesa dell'imputato: il principio contrario, affermato dai regimi autoritari, porta direttamente alla legittimazione della tortura); e non ha neanche l'obbligo giuridico di rispondere, o di tenere dinanzi al giudice un contegno che appaia ispirato a collaborazione e a remissività. Ma tuttavia, anche se non confessa, il modo con cui evita di confessare può avere la sua importanza probatoria: l'assenza, il silenzio, il comportamento perplesso o negativo della parte può in certi casi essere considerato dal giudice (custode, come si è detto, delle regole del giuoco) come un argomento di prova contro di lei, con valore sostanzialmente simile a quello di una confessione. La *ficta confessio* dell'art. 232 Cod. proc. civ., il potere che il giudice ha di trarre conseguenze probatorie dal rifiuto della parte a consentire la ispezione (art. 118 penultimo comma), o dalle risposte che le parti abbiano dato nell'interrogatorio non formale (art. 117), e più in generale il principio secondo il quale il giudice può « desumere argomenti di prova... dal contegno delle parti stesse nel processo » (art. 116), sono tutte disposizioni le quali, pur lasciando libera la parte di comportarsi come meglio crede, ricollegano tuttavia a certi suoi comportamenti una certa conseguenza: in modo che la parte sa che, comportandosi in un certo modo, va incontro a un certo rischio, ed è quindi indotta a considerare, prima di stabilir la sua linea di condotta, se giovi al suo interesse sfidarlo. In questo modo la legge non crea a carico della parte doveri giuridici, che le possano essere imposti contro sua volontà, ma pone di fronte alla sua volontà, nel momento in cui essa sta per determinarsi, una serie di moniti e di stimoli psicologici, in forza dei quali può darsi che la parte si convinca che è nel suo interesse rispondere secondo verità all'interrogatorio, prestarsi volonterosamente alle ispezioni ordinate dal giudice e più in generale tenere nel processo un comportamento remissivo e leale: si convinca cioè che, a lungo andare, anche nel processo l'onestà finisce coll'essere un buon affare.

Non c'è bisogno d'insistere per dimostrare di quali sottigliezze, di quali sfumature, di quali avvedutezze è fatto questo meccanismo. Si tratta in sostanza di persuadere il giudice, non tanto della verità dei fatti affermati dalla parte quanto della onestà e credibilità della parte che li afferma: quando l'art. 116 dice che il giudice può trarre dal contegno della parte argomenti di prova (si intende non solo contro di lei, ma anche a suo favore), viene in sostanza a dire che l'indagine del giudice si sposta dalla valutazione oggettiva e storica dei fatti a quella soggettiva e morale della persona. Se il giudice si fa una cattiva opinione di un litigante, se comincia a figurarselo un disonesto o un mentitore o un cavillatore, la sua causa è perduta anche se in realtà le sue ragioni sono fondate; e viceversa può bastare che il giudice arrivi a convincersi della correttezza e serietà di una parte, per darle senza altro causa vinta anche se gli argomenti che porta sono in sè inconcludenti.

10. — Tutto questo può essere sommamente pericoloso: perchè questa valutazione soggettiva del contegno della parte, alla quale lo art. 116 apre il varco, si presta inconsapevolmente agli influssi del sentimento, ai suggerimenti della simpatia, alle deviazioni della politica, agli imperativi della religione. E' possibile, attraverso la porta dell'articolo 116, che un giudice, nel contrasto tra un ricco e un povero o tra un ateo e un credente, dia ragione senza accorgersene all'uno o all'altro non per ragioni oggettive della causa, ma per la propensione morale che egli prova verso la categoria sociale a cui l'uno o l'altro appartiene.

Si capisce così come possa accadere che in certe contingenze i litiganti o gli imputati preferiscano, al difensore serio ed esperto, l'avvocato alla moda, che in virtù del partito in cui milita o della setta a cui appartiene, si ritenga più adatto ad esercitare per simpatia una certa « influenza » sui giudici: e sarebbe da ciechi negare la importanza che in tutte le cause può esercitare la simpatia che le parti, o anche i loro difensori, possono suscitare intorno a sè.

Sono perciò cattivi psicologi (e quindi cattivi giuocatori della partita giudiziaria) quegli avvocati i quali, non sapendo rinunciare al gusto di mettere in opera i loro esasperanti virtuosismi defensionali o di ostentare in udienza la loro superiorità professorale, non si accorgono che in questo modo rendono un cattivo servizio al loro cliente, perchè indispongono il giudice, e lo portano, senza che egli se ne avveda, a considerare sotto cattiva luce tutte le ragioni, anche se serie e fondate, che vengono da quella parte. (Per questo i clienti quando si scelgono un difensore, farebbero bene a guardarsi non solo da quelli troppo furbi, ma anche da quelli troppo bravi!).

D'altro lato sembra che il sistema probatorio si sia dato cura di mettere in pace la coscienza del giudice, inventando svariati espedienti per fare apparire come fondata su prove oggettive la sentenza che in realtà sia basata soltanto su una valutazione comparativa delle figure morali dei due competitori. E' noto che la motivazione della sentenza, la quale logicamente dovrebbe nascere come premessa del dispositivo, molte volte è costruita dopo, come giustificazione *a posteriori* di una volontà già fissata in precedenza per motivi morali o sentimentali. Anche delle prove si può dire qualcosa di simile: molte volte servono al giudice non per persuaderlo, ma per rivestire di ragioni appariscenti una persuasione già formata per altre vie. Nessuna disposizione autorizza il giudice a dar ragione a una parte soltanto in considerazione della maggior fiducia morale che essa ha saputo ispirargli; ma il giuramento suppletorio (art. 2736, n. 2) col quale il giudice sceglie la parte che giurando vincerà la causa, è un modo indiretto che la legge gli offre per dar ragione alla parte che gli sembra moralmente preferibile, anche se a suo favore non c'è una prova del tutto convincente. Così il giudice, anche se in questa sua preferenza morale ha errato, può rimanere tranquillo in coscienza; perchè alla fine, se la sentenza è ingiusta, egli potrà pensare che in fin dei conti la responsabilità non grava su di lui che ha invitato la parte a giurare, ma sulla parte che ha giurato il falso (in realtà la parte invitata dal giudice a giurare, giura sempre; e così nel caso, psicologicamente analogo, della *taxatio* nel giuramento d'estimazione: art. 241).

11. — Complicati retroscena psicologici si annidano anche dietro il giuramento decisorio: il quale non a torto è stato paragonato alla tortura, perchè la parte invitata a prestarlo si trova attanagliata, come in una morsa, dalla scelta che le viene proposta tra la soccombenza e lo spergiuro. Ma anche colui che deferisce il giuramento si trova a dover risolvere problemi psicologici e morali spesso assai ardui, non solo perchè nel deferire il giuramento deve prevedere la possibilità che questo gli venga riferito, e in questo modo valutare in anticipo il rischio a cui si espone di diventar lui stesso, da torturatore, torturato; ma anche perchè, prima di deferirlo, deve rendersi conto del carattere dell'avversario, se è veritiero o mendace, se è timido o sfrontato, se è religioso o miscredente, se è colto o illetterato, e in base a questi suoi calcoli cercar di prevedere quali potranno essere le sue reazioni di fronte all'invito a giurare. Molte volte, come tutti sanno, tra i vari elementi di cui le parti devon tener conto nel deferire o nel prestare il giuramento, vi è la esistenza, nota a tutt'e due le parti, di un documento che per ragioni fiscali non si può apertamente produrre

nel giudizio, ma che, se il giurante giurerà il falso, potrà essere domani, nel giudizio penale, la prova del giuramento falso. Così colui che è invitato a giurare, anche se è un cinico miscredente che non teme i fulmini con cui Giove colpisce lo spergiuro, rimane perplesso all'idea di quel documento non registrato che sta in attesa, come una pistola carica, nella cassaforte dell'avversario: ed è costretto, per motivi terrestri assai diversi da quelli che comunemente si ricollegano alla solennità e alla santità del giuramento, a prender sul serio questo mezzo probatorio, del quale altrimenti, se ci fossero soltanto i fulmini del cielo, sarebbe disposto a farsi beffe. Ma qui si entrerebbe in un campo troppo vasto e accidentato per esplorarlo: quello delle deformazioni e perversioni processuali che crescono nell'ombra di quell' « incubo fiscale », del quale ho già avuto occasione di celebrare le benemerenze (9).

Sul terreno dominato da questo incubo, l'abuso del processo cresce e si ramifica, come certe erbe maligne nei terreni paludosi; ed è proprio su questo terreno sdrucciolevole che si vedono i litiganti aggirarsi talvolta in interminabili evoluzioni che li portano a deviare da quello che sarebbe l'itinerario più agevole e più breve del processo normale. Così il timore del fisco spinge certi litiganti a seguir la tattica dei contrabbandieri sui passi di confine; i quali si avventurano faticosamente per sentieri impervi di montagna, invece di seguir la strada maestra, che sarebbe più piana e più breve, ma che ha il difetto di passare sotto gli occhi dei doganieri.

12. — Credo che gli esempi dati finora siano più che sufficienti a giustificare l'accostamento, che è l'idea centrale di questo saggio, tra il processo ed il giuoco. Max Ascoli (10) vide una volta nel processo penale una specie di sacra rappresentazione in cui, con procedimenti teatrali, il delitto è ricostruito e punito in effige; e questa è una delle ragioni per le quali il popolo si appassiona con tanta partecipazione sentimentale, che non è soltanto morbosa curiosità ma spesso quasi religiosa angoscia, allo svolgimento di certi processi penali, nei quali quasi si intuisce il simbolo oscuro della sorte umana, di questo misterioso processo kafkiano che termina inesorabilmente colla condanna a morte.

Ma il sentimento che muove il processo civile ha meno *pathos*. L'accanimento che spinge i litiganti l'uno contro l'altro nel processo civile è più spesso giuoco che dramma; chi ha pratica di giudizi civili,

---

(9) Cfr. il mio scritto: *Il processo civile sotto l'incubo fiscale,* in *Studi,* III, pagg. 75 e segg. [e in questo vol., pagg. 243 e segg.].

(10) *La interpretazione delle leggi,* Roma, 1928.

si accorge che molte volte la causa per la quale i litiganti continuano a battersi non è più tanto il bene economico oggetto della contesa (« signor avvocato, non mi importa di spendere: purchè il mio avversario non vinca, son disposto a perdere tutto il mio patrimonio »), quanto il punto d'onore, l'amor proprio, lo spirito agonistico, l'impegno di vincere, e forse la gelosia e forse l'invidia: tutti gli stimoli, dai più bassi ai più nobili, che entrano in azione nella competizione sportiva.

La litigiosità, questa febbre capace di divorare i patrimoni e di mandare in rovina le famiglie, ha psicologicamente molti punti di contatto colla follia del giuocatore d'azzardo. L'originalità più ammirevole dei *Plaideurs* di Racine è proprio qui: nell'aver saputo esprimere questa mania quasi sportiva del litigare a vuoto (una specie di « tifo » giudiziario) in figure indimenticabili, come quella del vecchio presidente Dandin, che dopo la sua giubilazione non può fare a meno di giudicare, e si raccomanda dalla finestra ai passanti perchè, per carità, gli diano qualche questione da giudicare; e alla fine si contenta di presiedere solennemente il processo contro il cane di casa colpevole di avere azzannato un cappone; o come quella, ancor più viva, della Contessa, che dopo aver passato tutta la vita a litigare, si trova, all'età di sessant'anni (« *le bel âge pour plaider* ») colpita dall'enorme ingiustizia di una sentenza che le inibisce di continuare a far cause: e sotto quel duro colpo si accorge che la vita le è diventata insopportabile:

« *Mais vivre sans plaider, est-il contentement?* »

Processo e giuoco, carte bollate e carte da giuoco... Bisogna, avvocati e giudici, far di tutto perchè questo non sia: e perchè veramente il processo serva alla giustizia. Ma non bisogna ignorare che ben altra è la realtà psicologica, così mesta anche quando par sorridente, che riempie di mutevole e torbida inquietudine umana le quadrate caselle del diritto processuale: lo studio del quale è sterile astrazione, se non è anche studio dell'uomo vivo.

XXIX

PROCESSO E GIUSTIZIA (*)

Nel dare il benvenuto della Facoltà giuridica fiorentina ai colleghi processualisti convenuti qui da ogni parte del mondo, non posso non rilevare, oltre il significato scientifico, quello spirituale, e vorrei dire sentimentale e patetico, di questo Congresso; nel quale ci ritroviamo e ci contiamo come superstiti di un immenso naufragio, e ci sentiamo affratellati assai più di prima, anche se partiti da diverse patrie territoriali, in una sola patria dello spirito, fatta di comuni dolori trascorsi e di comuni propositi per l'avvenire.

Dal tempo in cui si tenevano congressi, come questo d'oggi che riprende l'antico costume, di liberi studiosi volontariamente operanti al servizio della verità e non di poveri funzionari in divisa, irreggimentati a servizio di una tirannide (ricordo ancora l'ultimo di questi liberi congressi, quello di Vienna del 1928; e qui ho la gioia di rivedere oggi alcuni degli amici conosciuti in quell'occasione), è passato sul mondo un periodo tenebroso del quale vorremmo non ricordare più gli eventi: come in quelle plaghe inesplorate, piene di misteriosi terrori, sulle quali gli antichi geografi scrivevano « *hic sunt leones* », noi vorremmo limitarci a scrivere su questi venti anni della storia del mondo che stanno dietro alle nostre spalle, un sol motto: « *hic sunt ruinae* »: e ripigliare il cammino, senza voltarci indietro.

Anche noi giuristi ci siamo rimessi al lavoro, cercando di non voltarci indietro. Per gli abitanti di certe plaghe sismiche non vale la

---

(*) Discorso inaugurale del Congresso internazionale di diritto processuale civile, tenuto a Firenze il 30 settembre 1950. [Pubblicato in *Atti del Congresso internazionale di diritto processuale civile tenuto a Firenze* 30 *sett.*-3 *ott.* 1950 (Padova, Cedam, 1953), pp. 9-23 e in *Rivista di diritto processuale*, a. V, 1950, P. I, pp. 273-290; ristampato in *Studi*, VI (Padova, Cedam, 1957), pp. 3-20; tradotto in lingua spagnola da S. Sentís Melendo, in *Revista de derecho procesal* (Argentina), 1952, P. I, pp. 13-28 e in P. Calamandrei, *Derecho procesal civil* Vol. III (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962)]. [*Bibliografia*, n. 673].

prova delle periodiche devastazioni ad allentare il loro attaccamento a quella patria malferma, e dopo ogni cataclisma ricominciano ostinatamente a ricostruire su quella stessa terra vacillante: così noi giuristi siamo di nuovo intenti a dissotterrare dalle macerie le travature dei nostri edifici logici, e a restaurare le nostre cattedrali di concetti: azione, diritto astratto, diritto concreto; rapporto processuale; giurisdizione... Ripigliamo il discorso come se l'avessimo lasciato ieri; ricominciamo. *Heri dicebamus.*

*
* *

« *Heri dicebamus* »? Ma possiamo noi veramente ripigliare così come se nulla fosse accaduto? Questi vent'anni di dolore, queste esperienze, questa ingiustizia ufficialmente praticata dai supremi organi che si dicevano dispensieri di giustizia, non ha insegnato nulla a noi, che ci affermiamo servitori della verità, senza la quale non può esservi giustizia: nulla di più vero, di più profondo?

Singolare sorte è, tra gli studiosi del diritto, quella di noi processualisti: coltiviamo una disciplina che, secondo l'animo con cui si considera, può essere la più gretta e la più sorda, oppure la più vicina allo spirito. Non mi accuserete certo di cadere in quel peccato di indiscrezione e di superbia con cui talvolta noi processualisti, per troppo amore, ci lasciamo andare a vantare la preminenza della nostra scienza su tutte le altre scienze giuridiche, se vi dirò ora che la procedura, e specialmente la procedura civile, ha certamente una supremazia che nessuno può contenderle: quella di essere la più noiosa. Per chi la guardi dal di fuori, essa è soltanto una pratica, meticolosa ed esasperante, da cancellieri e da commessi di studio: un formulario, anzi un ricettario, che serve, nella migliore ipotesi, a rallentare il corso della giustizia, quando addirittura, messa in mano di causidici poco scrupolosi, non diventi un'arte poco pulita per intrappolare il prossimo. Voi sapete che nella pratica l'epiteto di « procedurista », a sentirselo sbattere in faccia durante una discussione, non suona come complimento (questa forse è la ragione per la quale, per sfuggire al suono ingrato di questa parola, noi preferiamo chiamarci, più nobilmente, « processualisti »).

E, viceversa, lo studio del diritto processuale è quello che più da vicino ci permette di avvicinarci a cogliere, e quasi direi di ascoltare, come fa il medico quando appoggia l'orecchio al petto del malato, il palpito della giustizia: di questa aspirazione, di questa voce misteriosa e divina che corre, più viva del sangue nelle vene, nello spirito dell'uomo. Sotto gli archi del processo, già lo scrisse con pa-

role indimenticabili GIUSEPPE CHIOVENDA ricordando il monologo di Amleto, scorre la fiumana inesausta della sorte umana: nessuno più del processualista affacciato a quelle spallette può cogliere, se ha orecchio per sentire, le voci che salgono dai gorghi di questa corrente, questo ansito universale di giustizia, e il dolore dell'innocenza ingiustamente colpita e la consolazione di chi si accorge (perchè anche questo può accadere talvolta) che alla fine la forza cieca debba arrendersi alla ragione disarmata. Di queste vittorie e di queste sconfitte della giustizia, nessuno come noi, che studiamo il processo, può sentir la consolazione o la vergogna. Sotto le ricette cancelliersche del processo, una parola misteriosa ogni tanto si affaccia, quasi a ricordarci il nostro impegno: c'è, tra i congegni costituzionali dello Stato, un Ministero che si intitola *alla giustizia;* tutto quell'intreccio di formalismi burocratici che si assiepa intorno alle aule giudiziarie, si chiama amministrazione *della giustizia.* Nessuno meglio di noi è in grado di accorgersi della distanza che può esservi tra la realtà di questi soffocanti formalismi, e la esigenza scritta in questa alata e vivificante parola; nessuno meglio di noi, che siamo i meccanici di questi congegni istituiti per tradurre la giustizia in quotidiana realtà, è in grado di comprendere che quando questi congegni si inceppano, anche la giustizia diventa, per chi soffre ed attende, una sinistra beffa ed un tradimento.

*
* *

Alla fine delle grandi crisi storiche gli uomini si senton portati agli esami di coscienza: anche noi, in questo congresso (quasi per illuderci che la crisi in cui il mondo si consuma stia per volgere alla fine) dobbiamo fare il bilancio dei nostri studi, che può voler dire anche l'esame di coscienza, e forse l'atto di contrizione, dei nostri peccati.

Sul terzo tema che sarà trattato in questo Congresso, cioè su: « *gli studi del diritto processuale in Italia* », voi udrete, o colleghi, una relazione di tono piuttosto euforico ed ottimista; è bene che sia così, perchè è la relazione di un giovane. Ma in realtà, anche tra coloro a cui più risale in Italia il merito di aver inalzato colla loro opera lo studio del processo civile a tanta perfezione di virtuosismo sistematico, si sono manifestate in questi ultimi anni perplessità e scoramenti, che a me sembrano più significativi e più fecondi (purchè se ne sappia cogliere il monito per l'avvenire) dei facili ottimismi in cui altri si compiace. A produrre questo senso angoscioso di smarrimento, ha concorso uno dei fatti più tipici e più conturbanti per noi giuristi, di questa crisi di civiltà: il fatto che il generale ritorno alla bestialità collettiva non sia

avvenuto in forma di aperta rottura della legalità, come furia di istinti belluini scatenati senza legge all'assassinio e al saccheggio, ma si sia travestito da esercizio di autorità, accompagnato dalle forme tradizionali del processo, da quelle forme che tutti eravamo abituati a considerare come garanzie di pacifica giustizia. Nelle aule ove eravamo abituati a venerare magistrati sereni ed imparziali, assassini e depredatori mascherati da giudici si sono assisi su quei seggi, ed hanno dato ai loro misfatti nome e suggello di sentenze; tribunali speciali, tribunali di guerra, tribunali di partito, nei quali sotto la toga usurpata era visibile la nera divisa del sicario che non giudica ma pugnala; e poi le leggi persecutorie destinate all'esterminio di tutto un popolo, e le sentenze fatte docile strumento di queste leggi sterminatrici; e poi, quando è sembrato che fosse suonata l'ora della giustizia, un nuovo inevitabile scatenamento di rappresaglie e di vendette. E anche qui, in quest'ultima fase, forme giudiziarie, tribunali del popolo, tribunali rivoluzionari: per sfogare finalmente lo sdegno e l'odio covato sotto tanto dolore, la passione politica, che sempre si era insegnato dovesse rimaner fuori delle aule della giustizia, si è servita per i suoi fini degli schemi e degli schermi del giudizio e della sentenza: e par che li abbia deformati e corrotti per sempre.

Proprio qui, di fronte al problema della giustizia politica, che non è, come potrebbe parere, limitato al processo penale, ma che tocca più o meno direttamente tutti i processi, fino a colpire l'idea stessa del processo, gli studiosi si son trovati perplessi: se in questi anni, migliaia e migliaia di volte la sentenza ha servito in tutto il mondo a dar forma ufficiale di legalità all'assassinio e al latrocinio, se queste forme che parevano garanzia di giustizia si son prestate così docilmente a fare apparir rispettabili i più abominevoli estermini e gli sfoghi dei più bestiali istinti criminali, come possiamo sul serio continuare ad aver fede nella scienza che ha elaborato questi meccanismi, disposti a servire ogni padrone? In Francia questo problema della giustizia politica è stato affrontato dagli uomini di pensiero con senso si può dir religioso di responsabilità, con pacata e non disperata comprensione: rimarrà per questo memorabile il numero della rivista *Esprit* dell'agosto 1947, dedicato ad una inchiesta sulla giustizia politica (« *y a-t-il une justice politique?* »), nel quale quella grande anima che fu Emanuele Mounier scrisse su questo problema angoscioso altissime pagine, dalle quali dovrà necessariamente muovere chi vorrà d'ora in avanti approfondirlo. Ma anche in Italia il problema è stato inteso in tutta la sua gravità dai nostri studiosi più sensibili: rare volte, nella apparente aridità dei nostri studi, ho sentito scorrere un sì profondo

pathos umano come quello che ha dettato a SALVATORE SATTA le sue commosse pagine sul « mistero del processo » (1).

Ci siamo affaticati, egli dice, a studiare che cos'è il processo, qual è lo scopo del processo, ma il processo, ohimè, è veramente un atto senza scopo: serve soltanto a dare parvenza di legalità agli assassinî che gli uomini commettono, e così ad assopire con questa finzione i rimorsi della loro coscienza. Talchè, egli commenta, quasi siamo portati a « concludere la nostra vita di studiosi con l'amara impressione « di aver perduto il nostro tempo intorno ad un vano fantasma, a una « ombra che abbiamo trattato come una cosa salda ».

Lo stesso senso di delusione è stato espresso da FRANCESCO CARNELUTTI in quel suo discorso intitolato *Torniamo al giudizio* (2) (è inutile che egli tenti di farci credere che sia stato la sua ultima lezione; in realtà è la prolusione di un insegnamento che ricomincia), nel quale umilmente egli confessa di aver veduto nell'ultima lezione « tutti i « *suoi* stessi concetti, lavorati con tanta fatica, staccarsi come foglie « secche dall'albero: azione, giurisdizione, cosa giudicata, negozio, « provvedimento, nullità, impugnazione, tutto ciò in quel momento « solenne *gli* ha rivelato alfine la sua miseria... ».

Nessuna confessione sull'insufficienza del concettualismo potremmo trovar più significativa e più eloquente di questa, pronunciata da colui che è stato, nel campo della dogmatica processuale, il più geniale costruttore di architetture concettuali: una confessione che ricorda il celebre lamento di CINO DA PISTOIA, in quel sonetto in cui chiede mercè a Dio:

« ... chè miei giorni ho male spesi
« In trattar leggi, tutte ingiuste e vane
« Senza la tua che scritta in cor si porta ».

Vi è dunque, in queste voci accorate che salgono da studiosi così autorevoli, la dichiarazione di fallimento della nostra scienza? Anche la sensibilità di un filosofo dell'altezza del CAPOGRASSI, lo ha avvertito: « Forse, che la scienza moderna del diritto processuale sia arrivata a « questi supremi problemi, che CARNELUTTI e SATTA hanno intuito, sia « arrivata cioè proprio alla radice segreta della sua indagine, è il segno « che è venuta l'ora della sera. La speculazione, cioè l'uccello di Mi- « nerva, esce la sera... » (3).

---

(1) *Il mistero del processo*, nella *Riv. dir. proc.*, 1949, I, pag. 273.
(2) *Torniamo al giudizio*, nella *Riv. dir. proc.*, 1949, I, pag. 165.
(3) *Giustizia processo scienza verità*, nella *Riv. dir. proc.*, 1950, I, pag. 1.

*
* *

Guardiamo di renderci conto delle cause profonde di questo senso di delusione che si rivela a noi dal didentro, proprio nel momento in cui dal difuori la scienza processuale sembrava giunta al suo massimo fiore.

Io credo che il punto dolente di questo nostro disagio di studiosi (che non è, come potrebbe parere, segno di esaurimento e di abbandono, ma richiamo di quella profonda coscienza morale che deve vivificare dal didentro anche la scienza) sia stato toccato dal SATTA, quando ha detto, in un momento di scoraggiamento, che è inutile perder tempo nello studiare lo scopo del processo, perchè il processo non ha scopo. Credo che proprio questo sia il centro del problema: *lo scopo del processo*; non quello individuale che nel giudizio è perseguito da ciascun soggetto che vi partecipa, ma quello istituzionale, lo scopo si direbbe sociale e collettivo, in vista del quale non sembra concepibile civiltà senza garanzia giudiziaria.

Il peccato più grave della scienza processuale di quest'ultimo cinquantennio è stato secondo me proprio questo: di aver separato il processo dal suo scopo sociale; di aver studiato il processo come un territorio chiuso, come un mondo a sè, di aver creduto di poter creare intorno ad esso una specie di superbo isolamento staccandolo sempre più profondamente da tutti i legami col diritto sostanziale, da tutti i contatti coi problemi di sostanza; dalla giustizia insomma.

I grandi maestri ci avevano insegnato che il processo non può essere fine a se stesso. « L'azione è un diritto-mezzo », ci aveva ricordato CHIOVENDA; lo stesso CARNELUTTI, che pure è stato il più strenuo campione delle rivendicazioni territoriali della procedura sul diritto sostanziale, aveva però messo in evidenza, con chiarezza insuperabile, il carattere « strumentale » del diritto processuale. Erano insegnamenti saggi, che avrebbero dovuto suggerir modestia e discrezione: metterci in guardia contro il pericolo di insuperbirci della perfezione formale delle nostre geometrie.

E invece proprio qui siamo caduti: nell'astrattismo, nel dogmatismo, nel panlogismo.

Può parere strano (ma non è, poichè nello spirito dell'uomo, e così nella società umana, non esistono compartimenti stagni) che in certi periodi storici le stesse deviazioni, le stesse perversioni si verifichino, sia pur con diverso nome, nei campi che sembrerebbero più lontani e disparati del pensiero umano. A nessuno verrebbe in mente di pensare che tra il diritto processuale e la poesia, o tra il diritto processuale e la pittura, vi siano molti punti di contatto e influssi inconsapevoli di tendenze spirituali comuni. Eppure anche i nostri studi si

direbbe che abbiano sentito in quest'ultimo cinquantennio la stessa crisi che ha turbato l'arte: l'astrattismo. La poesia « pura » degli ermetici, la pittura « pura » degli astrattisti; la poesia ridotta a una successione ritmata di parole di senso segreto, o, direbbe chi non se ne intende, di parole prive di senso; la pittura ridotta a arabeschi senza espressione, a intrecci di linee distaccati da ogni significato umano. La stessa infezione è penetrata nel campo dei nostri studi: la procedura « pura », il processualista « puro », l'azione « in senso astratto ». Forse, non diciamo la decadenza, ma il turbamento dei nostri studi, derivante da questo innaturale distacco tra il processo e la giustizia a cui esso deve servire, è cominciato il giorno in cui è stata affacciata la teoria del diritto astratto d'agire: da quando si è incominciato a insegnare, e a costruirvi sopra bellissime teorie, che l'azione non serve per dar ragione a chi l'ha, che l'azione non è il diritto, spettante a chi ha ragione, di ottenere giustizia, ma è semplicemente il diritto a ottenere una sentenza purchessia, un diritto a vuoto, che è egualmente soddisfatto anche se il giudice dà torto a chi ha ragione e ragione a chi ha torto. Quest'idea dell'azione come « diritto di aver torto », sulla quale noi teorici discutiamo sul serio da quasi un secolo, è una di quelle idee che, a dirle ai pratici, che ignorano le teorie ma hanno la sana saggezza derivante dall'esperienza, li fanno ridere alle nostre spalle: proprio qui, in queste astrattezze avulse dalla realtà, « sta forse la più profonda ragione — anche queste sono parole del Carnelutti — della disistima nella quale dai pratici siamo tenuti ».

E qui è anche il problema: non soltanto in questo divorzio tra la scienza del processo e gli scopi pratici della giustizia, ma anche in questa specie di albagia scientifica la quale ci porta a credere che le nostre costruzioni logiche, i nostri « sistemi », siano più veri, più reali si potrebbe dire, di quella realtà pratica che vive nelle aule giudiziarie: quasichè i nostri sistemi teorici siano il *prius*, una specie di canoni incorruttibili tenuti in serbo *sub specie aeternitatis* nell'empireo della teoria, ai quali dovrebbero conformarsi le leggi, senza di che, se non vi si conformano, noi « processualisti puri » saremmo autorizzati a proclamare che le leggi sono sbagliate.

Ora è proprio qui che si riaffaccia, alla radice del discorso, il problema della scienza processuale, e più in generale il problema della scienza giuridica e del suo metodo: scienza o tecnica? scienza o arte? scienza o storia? In tutti i casi, anche se scienza, la scienza del processo bisogna che sia (per adoprar la frase memorabile di Vittorio Scialoja) essenzialmente una scienza *utile*: il che importa continuo riferimento ai fini pratici a cui il processo deve servire. Fu già detto che talvolta basta una legge nuova a mandare al macero intere biblioteche giuri-

diche: e con esse tutte le architetture sistematiche che noi giuristi avevamo edificato, illudendoci che potessero essere eterne, su quei mutevoli fondamenti.

Questo dovrebbe darci, a noi giuristi, coscienza dei limiti della nostra scienza: ma anche delle responsabilità di essa, in un certo senso più profonde e più impegnative di quelle dello scienziato della natura, che ricerca la verità nè buona nè cattiva, e gli basta di scoprire il vero così com'è senza curarsi di altra utilità. Noi scienziati del diritto, invece, non abbiamo nulla di peregrino da scoprire (i codici son lì, alla portata di tutti) ma abbiamo il dovere di adoprarci a far sì che in concreto *sia* ciò che, secondo le leggi, *deve essere*. Se a questo non servisse la scienza giuridica, cioè a suggerire i metodi per far sì che il diritto da astratto si trasformi in realtà concreta, e a spezzare per dir così il pane della giustizia tra gli uomini, la scienza giuridica non servirebbe a nulla; il che non significa, intendiamoci, repudio della dogmatica, condanna della logica giuridica, rinuncia al sistema, che è ricerca d'ordine, di armonia e di unità tra le varie fonti del diritto positivo spesso disorganiche e frammentarie; ma significa che la legge è il *prius* e la dogmatica è il *posterius*: e che la dogmatica, se non vuol diventare vuota astrattezza, deve essere non solo ricerca del sistema che potenzialmente sta racchiuso in quella legge, ma anche metodo perchè quella legge sia tradotta fedelmente in concreta giustizia. Questo vale soprattutto per il diritto processuale, per il quale altra interpretazione io non so concepire che non sia quella finalistica: il processo deve servire a far sì che la sentenza sia giusta, o almeno a far sì che la sentenza ingiusta sia sempre più rara. Questo è lo scopo sul quale devono essere orientati i nostri studi: e non è detto che a questo scopo servano sempre i virtuosismi concettuali.

***

Una riprova pratica di quel che dico è data dalla sorte che è toccata in Italia, in questi primi anni da che è in vigore, al nuovo Codice di procedura civile, che gli studiosi di tutto il mondo, giudicandolo a distanza, hanno considerato nel momento attuale (e noi italiani dobbiamo esser grati di questo riconoscimento) come quello che meglio rispecchia in sè i progressi della più moderna dottrina processuale. E infatti questo è un codice nato dalla scienza: perchè esso ebbe la singolare fortuna di veder confluire e di poter riassumere in sè le tre più autorevoli correnti scientifiche che hanno dominato in quest'ultimo trentennio il campo degli studi processuali in Italia, cioè le tre scuole di Chiovenda, di Redenti e di Carnelutti; ciascuno dei quali già s'era cimentato a tradurre le sue concezioni scientifiche nella

articolata redazione di un suo progetto di riforma del processo civile. Sicchè il nuovo codice che alla fine, nel 1940, venne fuori dall'incontro di questi tre progetti, potè vantarsi, come in gran parte fu (con qualche infiltrazione contaminatrice di carattere politico), la quintessenza del più autorevole pensiero scientifico italiano. Voi credereste per questo (rivolgo questa domanda soprattutto ai colleghi stranieri) che da quando in Italia è entrato in vigore il nuovo Codice, la giustizia civile funzioni meglio di prima?

Domandatelo agli avvocati, quando si dedicano a uno dei loro passatempi favoriti, che è quello di dir male dei professori. A sentir loro la giustizia civile funziona oggi in Italia probabilmente peggio di quel che funzionasse cinquant'anni fa: va più a rilento, e, secondo loro, anche a guardare il contenuto delle sentenze, non si può dire che vi sia oggi maggiore giustizia di allora. La colpa, si capisce, non è del Codice (quantunque i pratici proprio contro il Codice si accaniscano, e guardino male i poveri scienziati che hanno collaborato a prepararlo). La colpa non è del Codice, e non è della scienza: la colpa è della catastrofe generale in cui anche il nostro paese è stato trascinato, e delle macerie che la guerra ha seminato, materialmente e spiritualmente, anche nell'amministrazione della giustizia: la colpa non è dei piccoli uomini, che si affannano come possono a ricostruire le aule crollate e a rimettere in pari il lavoro arretrato, la colpa è degli eventi più grandi di loro. Ma tuttavia l'esempio può essere istruttivo per dimostrare che una nuova legge processuale, anche se rappresenta il *non plus ultra* della perfezione scientifica, non ha come necessaria conseguenza il miglioramento della giustizia, se non fa i conti colle possibilità pratiche della società nella quale deve operare.

Per questo, quando io sento dire che in certi paesi, come sarebbe la Francia o ancor meglio l'Inghilterra, gli studi processuali non hanno raggiunto l'« alto livello » (come si suol dire) che hanno raggiunto da noi, e questo viene rilevato per compiacerci della nostra superiorità e per riconoscere discretamente una inferiorità altrui, io mi sento alquanto perplesso; perchè, se si potesse dimostrare che, per esempio, in Inghilterra (faccio una ipotesi a caso) la giustizia civile e penale funzioni praticamente meglio che da noi, mi domanderei allora a che cosa serve la nostra vantata superiorità scientifica nelle dottrine del processo: e penserei che gli Inglesi non sarebbero disposti davvero a cederci, in cambio della nostra maggiore scienza, la loro migliore giustizia!

*
* *

Tutto questo discorso non deve andare a finire in una conclusione scettica o negativa. Gli atti di contrizione sono fecondi solo se aiutano

a ritrovar la fiducia nelle proprie forze e a dar chiarezza di propositi per l'avvenire. La scienza processuale, arrivata indubbiamente nello ultimo cinquantennio ad un apice, non può sostare per compiacersi dei risultati raggiunti: solo dalla coscienza di nuovi compiti, e forse più profondi, potremo trarre le forze per non vederla declinare.

Auguro che in questo Congresso si possa non dico esaurire, ma almeno aprir la discussione su questi nuovi compiti: e cominciare a segnare il programma di lavoro per il prossimo cinquantennio, breve periodo per la scienza, le cui giornate si misurano a secoli.

Mi pare che il caposaldo di questo programma debba esser questo: « *tornare allo scopo* ». No, caro SATTA, non è vero che il processo non abbia scopo: se non l'avesse, bisognerebbe inventarlo per poter continuare a studiare questa nostra scienza senza scoramento. Ma in realtà lo scopo l'ha: ed è altissimo, il più alto che possa esservi nella vita: e si chiama giustizia.

Noi processualisti non possiamo rassegnarci ad essere soltanto pazienti e precisi costruttori di orologi di precisione, il cui lavoro si esaurisca nel mettere a punto le rotelline, senza domandarci se il congegno che uscirà dalle nostre mani servirà a segnare l'ora della felicità o l'ora della morte. Ci rifiutiamo di essere equiparati a bravissimi meccanici fabbricanti di sedie elettriche: vogliamo sapere dove porta, a quali fini umani deve servire il nostro lavoro.

D'altra parte è evidente che la stessa struttura del processo, la stessa meccanica di esso, varia necessariamente in funzione dello scopo che gli si assegna: se il processo deve servire soltanto a garantire la pace sociale, troncando a tutti i costi il litigio con una soluzione di forza, qualunque sbrigativo procedimento, purchè abbia una certa solennità formale che porti l'impronta dell'autorità, può servire a questo scopo; anche il giudizio di Dio, o il metodo seguito dal giudice di Rabelais che solennemente pesava sulla bilancia i fascicoli dei due litiganti e si regolava dando sempre ragione a quello che pesava di più. Ma se a scopo del processo si pone, non qualsiasi risoluzione autoritaria del litigio, ma la decisione di esso secondo verità e secondo giustizia, allora anche i congegni processuali devono adeguarsi a queste indagini assai più delicate e profonde, e l'interesse del processo si concentra nei metodi di queste ricerche, e si addentra, senza più contentarsi delle forme esterne, nei sottili meandri logici e psicologici della mente a cui queste ricerche sono affidate.

Proprio in questa direzione, s'io non mi inganno, la nostra scienza dovrà nell'avvenire concentrare i suoi sforzi. Quando recentemente il CAPOGRASSI ammoniva che la crisi del processo è in sostanza la crisi della verità, e che per ritrovare lo scopo del processo bisogna tornare

a credere alla verità, riabituarsi, si potrebbe dire, a prender sul serio l'idea della verità, diceva una cosa non solo saggia, ma santa. Questa crisi che ha devastato il campo filosofico, è penetrata anche, per sottili e forse inconsapevoli infiltrazioni, nel campo del diritto processuale; tutte le teoriche che in tanti capitoli della nostra scienza, hanno mirato a far prevalere la volontà sulla intelligenza, l'autorità sulla ragione, o a porre sullo stesso piano sistematico il processo di cognizione e quello di esecuzione forzata, sono rivelatrici (l'ha notato lo stesso CAPOGRASSI) di questa crisi dell'idea di verità; ed è sintomatico che a lanciare il grido d'allarme, denunciatore di questa crisi, « *torniamo al giudizio* », sia stato proprio FRANCESCO CARNELUTTI, cioè colui che meglio d'ogni altro ha contribuito ad attirare l'attenzione degli studiosi sul processo esecutivo e a dare ad esso una importanza sistematica non diciamo prevalente, ma certo pari a quella del processo di cognizione.

Ora, se noi vogliamo tornare a considerare il processo come strumento di ragione e non come sterile ed arido giuoco di forza e di destrezza, bisogna esser convinti che il processo è prima di tutto un metodo di *cognizione*, cioè di conoscenza della verità, e che i mezzi probatorî che noi studiamo sono veramente indirizzati e possono veramente servire a raggiungere e a fissare la verità: non le verità ultime e supreme che sfuggono ai piccoli uomini, ma la verità umile e giornaliera, quella di cui si discute nei dibattiti giudiziari, quella che gli uomini normali ed onesti, secondo la comune saggezza e secondo la buona fede, chiamano e hanno sempre chiamato la verità. E guai se nella mente del giudice entrasse (e speriamo che non vi sia mai entrata) la distinzione, che sembra entrata nei metodi della lotta politica, tra verità che si può dire e verità che è meglio tacere, tra verità utile e verità dannosa, tra verità che giova al proprio partito e verità che giova al partito avversario.

*
* *

Ma lo scopo del processo non è soltanto la ricerca della verità. Lo scopo del processo è qualcosa di più: è la giustizia, di cui l'accertamento della verità è soltanto una premessa; e proprio qui mi pare che d'ora in avanti debba essere, per gli studiosi del processo, il maggiore impegno scientifico. Per noi processualisti, giustizia ha voluto dire finora legalità: applicazione ai fatti accertati secondo verità della legge vigente, buona o cattiva che sia. La giustizia intrinseca della legge, la sua rispondenza sociale, la sua moralità non tocca noi processualisti (almeno così si è sempre insegnato): noi studiamo i metodi

secondo i quali il giudice traduce in volontà concreta, come si suol dire, la volontà astratta della legge; ma sul valore sociale ed umano di questa volontà astratta il giudice non può pronunciarsi: perchè questa, si dice, è indagine che sta fuori del nostro campo visuale.

Anche se così fosse, anche se lo scopo del processo fosse soltanto quello di tradurre le leggi astratte in legalità concreta, è certo che questo scopo non potrebbe non proiettarsi su tutti i nostri studi. Tutti i problemi più delicati e più vivi relativi alla formazione culturale dei magistrati e alle garanzie della loro indipendenza, ed anche quelli concernenti l'incontro tra la iniziativa delle parti nella ricerca del fatto e i poteri del giudice nella conoscenza del diritto (*iura novit curia*), si riconducono a questa funzione di *viva vox legis* che ha il giudice nello Stato moderno: e non può quindi essere estranea allo studio del processo la approfondita indagine delle relazioni che passano tra il giudice e il legislatore, tra la sentenza come *lex specialis* e la legge come sentenza ipotetica. Il sistema giuridico degli Stati moderni, in cui il diritto nasce in due momenti nettamente separati, prima in astratto come legge, e poi in concreto come sentenza applicatrice di essa, sembra fatto per garantire in maniera insuperabile non solo la certezza, ma insieme la imparzialità del diritto. Garanzia di *certezza*, perchè dalla legge astratta, che è un annuncio preventivo e generico di quello che attraverso il giudice diventerà il diritto concreto del caso singolo, il cittadino può in ogni momento farsi in anticipo un'idea abbastanza precisa dei suoi doveri e dei suoi diritti; ma inoltre questa netta separazione tra il momento legislativo e quello giurisdizionale si presenta come garanzia di *imparzialità*, perchè il legislatore, quando forma la legge, obbedisce a criterî politici d'ordine generale senza poter prevedere quali saranno in concreto le persone colpite o danneggiate dalla applicazione di questa legge, e il giudice, che solo sarebbe in condizione, in un momento successivo, di vedere in faccia queste persone, non può far altro ormai che applicar ad esse la legge così come è, senza poterla modificare per considerazioni personali di simpatia e di ostilità.

*
* *

Questa cecità della giustizia, che in certe raffigurazioni simboliche è rappresentata colla benda sugli occhi perchè non possa vedere in faccia i giudicabili, appare come garanzia suprema di imparzialità; e di essa è espressione quella esigenza, tante volte ripetuta nello Stato di diritto, della netta separazione tra la politica e la giustizia.

Tuttavia questa esigenza della imparzialità politica del giudice è un punto sul quale, in periodi di acuta crisi della legalità qual è

quello dal quale siamo appena usciti, raffiorano i dubbi e le domande angosciose. Il giudice, si dice, deve, nel contrasto tra le parti, essere e sentirsi imparziale, cioè *terzo*: ma è umanamente possibile che il giudice, il quale è anche lui un uomo, si senta terzo in un dibattito in cui s'incontrano, sia pure occasionalmente incarnati in una singola lite o ridotti a scala individuale, quegli stessi interessi collettivi che si cozzano nella vita politica della società, della quale lo stesso giudice fa parte? E come può il giudice che, come cittadino, necessariamente partecipa, in un senso o in un altro, ai conflitti politici della sua società, sentirsi imparziale ed estraneo, quando una proiezione di questi stessi conflitti gli si presenta *in vitro* nel caso individuale che egli è chiamato a giudicare? Questa forse inevitabile parzialità subcosciente del giudice, che senza accorgersene porta nel giudicare del caso singolo la passione di una più vasta polemica sociale, nella quale egli è impegnato come cittadino, appare scoperta e addirittura ostentata nel processo rivoluzionario (quello su cui principalmente si è fermato a pensare il Satta) nel quale dichiaratamente si applicano non più le leggi preesistenti, ma il sentimento e il risentimento politico allo stato nascente, come una fiammata appena sprizza dal vulcano in eruzione. Ma la differenza è d'intensità, non di natura: anche nel processo ordinario, ed anche in tempi di pacata legalità, questa auspicata imparzialità politica del giudice, che dovrebbe fare di lui un terzo al disopra della mischia, è, a ben guardare, più apparente che reale: anche nel processo ordinario — osserva il Capograssi — chi può sentirsi terzo, « chi è terzo in qualunque questione in cui sono impegnati ordine, « proprietà, vita, pensiero degli uomini? ». Anche nel sistema della legalità, se non è politicamente parziale il giudice, parziale, in senso politico, è certamente la legge: la quale, anche nei regimi parlamentari (e non parliamo di quelli totalitari) è sempre la conclusione di una lotta politica che si è provvisoriamente conclusa col trionfo di un interesse della parte prevalente: sicchè anche nel sistema della legalità la imparzialità del giudice può apparire, a ben guardare, nient'altro che uno strumento inesorabile della parzialità della legge. Tutto questo sembra portarci assai lontano dal diritto processuale: ma tuttavia può servire a farci intendere come avvenga che anche nel nostro campo, sotto la idea della giustizia giuridica della quale soltanto amano occuparsi i giuristi, si riaffacci talvolta (e con più insistenza nei periodi di crisi) quell'aspirazione alla giustizia sociale che si vorrebbe fosse materia riservata ai soli politici: come avvenga cioè che, sotto la critica alla sentenza ingiusta, si nasconda in realtà la insofferenza della ingiustizia della legge.

Quando nei dibattiti parlamentari sentiamo da certi partiti lamentare la cosiddetta « insensibilità sociale » dei giudici giuristi e l'accusa mossa ad essi di essere, come si suol dire, giudici « di classe »; e quando d'altro lato, nella recente allocuzione del Pontefice ai giuristi cattolici, sentiamo riproporre non più in termini di politica, ma in termini di morale cristiana, il problema della legge moralmente ingiusta e del dovere del giudice di rifiutarne l'applicazione, allora ci accorgiamo che nel discutere dei poteri del giudice e della funzione del processo, in realtà tutto il sistema della legalità è rimesso in discussione: è il problema delle relazioni tra la legge positiva e il diritto naturale, tra Stato e Società, che si ripropone; è l'aspirazione mai spenta alla equità sociale che si riaffaccia. Ma con questo, voi lo intendete, si torna a rimettere in giuoco il dilemma tra la certezza del diritto e il diritto libero: e la libertà individuale è ancora la posta di questo giuoco. L'eterno concitato dialogo tra autorità e libertà parla anche attraverso le umili formule della procedura: il mistero dello scopo del processo si allarga in più vasti orizzonti. Così, invece di sconfortarci del fallimento dei nostri studi, ci vien fatto di accorgerci con rinnovato fervore che nessun tema come quello del processo merita oggi l'attenzione e l'impegno degli studiosi, perchè in nessun campo come in quello del processo è possibile incontrare e scandagliare, raccolti nella loro angosciosa attualità, tutti gli aspetti, giuridici politici e morali, del problema centrale della società umana, che è *il problema della conciliazione della libertà colla giustizia.*

*
* *

Scusatemi cari colleghi, se vi ho intrattenuto più dell'onesto; ma ho creduto mio dovere farlo, perchè vorrei che questo nostro Congresso si aprisse con una fervida affermazione di fiducia nell'avvenire della nostra scienza. Anche noi dobbiamo contribuire, sia pure nel limitato campo ch'è affidato al nostro lavoro, a superare questa cortina di scetticismo e quasi direi questa voluttà di annientamento che grava sul mondo.

In conclusione, s'io dovessi riassumere in una sola frase il programma per continuare con rinnovata fiducia il nostro lavoro, direi soltanto questo: ricordarsi che anche il processo è essenzialmente studio *dell'uomo*: non dimenticarsi mai che tutte le nostre simmetrie sistematiche, tutte le nostre *elegantiae iuris,* diventano schemi illusorî, se non ci avvediamo che al disotto di essi di vero e di vivo non ci sono che uomini, colle loro luci e le loro ombre, colle loro virtù e colle loro aberrazioni: non la testimonianza in astratto, ma quel testimone ve-

ritiero o mendace; non il giuramento, ma lo scrupolo religioso di quel credente o l'indifferenza scettica di quel miscredente che giura; non la sentenza, ma quel giudice colla sua scienza e colla sua coscienza, colle sue attenzioni e colle sue distrazioni: creature vive, cioè impastate non di pura logica, ma anche di sentimento e di passione, e di misteriosi istinti (4). Oggi si parla molto nel campo del diritto penale della necessità di rendere umane le pene e questa esigenza si esprime con una parola non elegante, oggi di moda tra i penalisti: « umanizzazione ». Io preferirei chiamarla « rispetto dell'uomo », « rispetto della persona »: e vorrei che questo « personalismo » (adopro questa espressione nel senso oggi corrente tra i filosofi) entrasse d'ora innanzi a correggere gli eccessi dell'astrattismo e del dogmatismo, anche nello studio del processo.

Questa è la strada attraverso la quale potranno essere messi in evidenza, come già ha cominciato a fare, in un suo saggio magistrale (5), il caro amico uruguaiano EDUARDO COUTURE (che tanto mi duole non veder presente tra noi), gli stretti nessi che uniscono il diritto processuale al diritto costituzionale: in quella parte proemiale che in tutte le costituzioni degli Stati liberi è dedicata a garantire il rispetto della persona umana e la libertà dei cittadini, il processo ha una importanza preminente. Tutte le libertà son vane, se non possono essere rivendicate e difese in giudizio: se i giudici non sono liberi, colti ed umani, e se l'ordinamento del giudizio non è fondato, esso stesso, sul rispetto della persona umana, il quale in ogni uomo riconosce una coscienza libera, sola responsabile di sè, e per questo inviolabile.

Questo vale prima di tutto per il processo penale: dove l'imputato dev'essere sacro non soltanto per il suo diritto di esser difeso nel dibattimento, ma soprattutto per il suo diritto di non essere sottoposto in istruttoria a coartazioni volte a strappargli a tutti i costi la confessione, e a ridurlo, con operazioni pseudoscientifiche che tengono della magia nera, docile strumento dei carnefici. Di fronte al terribile dogma posto a base dei sistemi inquisitorî che fa della confessione un dovere giuridico, e che, per dar modo all'inquisitore di infrangere il chiuso recinto di una coscienza, porta, oggi di nuovo, come nei secoli andati, a legittimare sulla persona dell'inquisito l'impiego della tortura (nient'altro che una forma di tortura ammodernata è il cosiddetto « terzo grado » di certe polizie, e il cosiddetto « siero della ve-

---

(4) Cfr. il saggio *Il processo come giuoco*, in *Studi*, VI, pagg. 43 e segg. [in questo vol., pagg. 537 e segg.].

(5) *Las garantías constitucionales del proceso civil*, Buenos Aires, 1946.

rità »), noi dobbiamo oggi rivendicare alla confessione il carattere di un atto di consapevole e libera autoresponsabilità, e riaffermare, tra i più essenziali diritti di libertà, il diritto dell'imputato al segreto e al silenzio, complemento inseparabile del diritto di difesa.

Ma queste considerazioni potranno, sotto certi aspetti, valere anche per il processo civile: anche in esso tutto il funzionamento della dialettica processuale, ma specialmente il funzionamento di quei delicatissimi congegni psicologici che sono le prove, non può essere inteso se non al lume di quel principio di libertà e di responsabilità della persona, che è la forza motrice del processo civile moderno e che non potrebbe essere mai violato, neanche se il processo civile dovesse evolversi verso una maggiore accentuazione della iniziativa di ufficio. E nel dir questo io sento qui presente tra noi, non per rimproverare ai responsabili il dolore ingiusto che lo uccise in esilio, ma per riaffermare la sua fede nella libertà che sopravvive invincibile ad ogni sofferenza, un grande maestro tedesco, che di questo liberalismo processuale, animatore della nostra scienza, è stato l'assertore più insigne: James Goldschmidt.

Questo, o colleghi, è il conforto di questa ripresa di comunanza scientifica: da tutte le parti, studiosi di diversa lingua si ritrovano, vivi nella persona o almeno vivi nelle opere, per riaffermare, anche nel campo dei nostri studi, la loro fede nell'uomo, nella libertà e nella responsabilità dell'uomo. Un grande apostolo di umanità, il quale due secoli fa, con un suo smilzo libretto riuscì in pochi decennî a far crollare in tutta Europa i patiboli, il nostro Cesare Beccaria, ha scritto in quel suo miracoloso opuscolo una frase che potrebbe essere presa per motto anche da noi processualisti: « Non vi è libertà ogni qualvolta le leggi permettono che, in alcuni eventi, l'uomo cessi di esser persona e diventi cosa ».

In questa frase suscitatrice di fiducia e di impegno per l'avvenire mi sembra, s'io non mi inganno, che sia segnato lo scopo del processo, e insieme lo scopo della nostra scienza: « persona, non cosa ».

XXX

LA CRISI DELLA GIUSTIZIA (*)

In questo ciclo di conferenze che l'Università di Padova ha dedicato alla « crisi del diritto », e al quale ringrazio affettuosamente i colleghi, a cominciare dal vecchio amico CHECCHINI, di avermi invitato a partecipare, è riservato a me trattare della « crisi della giustizia »: non in un senso filosofico (in questo senso « crisi della giustizia » e « crisi del diritto » potrebbero voler dire la stessa cosa), ma in un senso più specifico e più tecnico, cioè in un senso concretamente giudiziario e processuale. Si tratta di vedere come la generale crisi di civiltà, che travaglia oggi la società e gli Stati, si ripercuota e si manifesti nel momento della applicazione pratica del diritto, demandata ai giudici. E', dunque, un problema tradotto dal campo filosofico e politico in termini di giornaliera amministrazione, entro ristretti limiti, quali possono apparire, nella pratica forense, ai giudici e agli avvocati. Non attendetevi perciò sintesi di largo respiro; saranno soltanto osservazioni molto modeste di un pratico che vede il perturbamento universale riflesso, come in un piccolo specchio, in problemi di procedura e di ordinamento giudiziario, e che necessariamente dovrà alludere, pur con tutto lo sforzo di serenità di cui egli è capace, a concrete vicende di cronaca giudiziaria, talvolta incresciose, alle quali abbiamo assistito negli ultimi anni in questa nostra Italia, nella cui sorte inevitabilmente si proietta e si ripercuote il vasto travaglio del mondo.

*
* *

Ho avuto qualche tempo fa la fortuna di assistere a Londra a qualche udienza giudiziaria di Corti civili e penali: e ne ho riportato

---

(*) Conferenza tenuta all'Università di Padova il 20 aprile 1951, e inclusa nel volume *La crisi del diritto* (Padova, Cedam, 1953). [Ristampato in *Studi*, VI (Padova, Cedam, 1957), pp. 21-42; tradotto in lingua spagnola da M. CHERET e S. SENTÍS MELENDO, nel vol. *La crisis del derecho* (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961), pp. 301-335]. [*Bibliografia*, n. 676].

una profonda impressione. Immaginatevi aule assai più piccole e più raccolte delle nostre, alle quali l'architettura gotica, gli ornamenti in legno delle pareti e la silenziosa attenzione del pubblico dànno una cert'aria di cappelle, accresciuta dal fatto che il magistrato, con tanto di parrucca, siede in alto su una specie di pulpito; e sotto il pulpito tre o quattro avvocati, anch'essi in parrucca, sembrano sacerdoti officianti. La prima impressione è di grande solennità: di un severo formalismo rituale. Ma poi, assistendo all'udienza, ci si accorge che sotto questa apparente austerità c'è una grande semplicità e una grande confidenza tra quel giudice e quegli avvocati. Il giudice ascolta attentamente; quando gli avvocati parlano, il giudice li sta a sentire con deferenza: per un avvocato italiano, questa è una bella sorpresa! Ma ogni tanto il giudice, con cortese naturalezza, li interrompe e rivolge loro qualche domanda: e tra questa parrucca che sta sul pulpito e quelle parrucche che stanno lì sotto, si svolge un dialogo amichevole, a bassa voce, senza oratoria, come in una conversazione di famiglia: fino a che a un certo punto il magistrato dice: « Non mi pare che il precedente giudiziario da Lei invocato faccia al caso: ce ne dev'essere un altro più appropriato. Mandiamolo a prendere »; l'usciere torna poco dopo con un grosso libro rilegato in pergamena: il giudice, sul suo pulpito, lo sfoglia: gli avvocati ritti dinanzi a lui lo aiutano nella ricerca: « Ecco, questo è proprio in termini, e dimostra che la sua tesi è infondata ». L'avvocato fa qualche rispettosa obiezione. Ma il giudice dice: « Ho già capito tutto: mi basta per poter decidere »: e senz'altro pronuncia oralmente, dettandone i motivi alla stenografa, la sua sentenza. Tutto questo può avvenire in mezz'ora: e si passa alla causa seguente.

Questo stesso senso di semplicità e di fiducia dell'uomo nell'uomo, l'ho provato assistendo a una seduta della Camera dei Comuni. Anche lì, un'aula di carattere più ecclesiastico che parlamentare: una sala rettangolare, il cui ripiano è occupato da una grande tavola, a contatto della quale, su scalinate parallele ai due lati più lunghi di essa, seggono di qua e di là i deputati. In fondo alla sala, sul lato più stretto, troneggia il seggio dello *speaker*, il quale domina di lassù il partito del governo, che occupa le gradinate alla sua destra, e quello della opposizione, alla sinistra: e sul gradino più basso, di qua e di là, seggono faccia a faccia, coi gomiti appoggiati ai due lati opposti della stessa tavola, i ministri componenti del governo e i capi dell'opposizione: sicchè le loro discussioni prendono il tono di colloqui scambiati da vicino tra gente seduta allo stesso tavolino, allo stesso livello.

Tutte queste impressioni della vita giudiziaria e parlamentare inglese si riassumono in questo rispetto reciproco e in questo senso di

fiducia nella lealtà dell'interlocutore che fa singolare contrasto, se non m'inganno, con quel senso, si potrebbe dire, di « cordiale sfiducia » al quale si ispirano in Italia tutte le relazioni della vita pubblica. Esistono anche da noi, nei tribunali e nel Parlamento, certe regole di lealtà e di rispetto, le « regole del giuoco » per così dire: ma ciascuno di noi sarebbe considerato un inetto se non ispirasse ogni suo atto alla sottintesa premessa che il suo interlocutore, anche quando fa mostra di voler osservare le regole del giuoco, in realtà astutamente si prepara a violarle. Una delle ragioni del disagio della vita parlamentare in Italia è proprio questa: la impossibilità di un dialogo disteso e confidenziale tra deputati di partiti avversari; e questa prevenzione reciproca per la quale, quando si alza a parlare un deputato dell'opposizione, quelli della maggioranza hanno il dovere di non starlo a sentire, perchè, anche se sostiene una tesi accettabile e saggia, bisogna respingerla perchè viene da quella parte. Anche l'ordinamento tributario italiano è stato finora fondato sulla sfiducia del fisco nel contribuente, sinceramente ricambiata dalla sfiducia del contribuente nel fisco: e speriamo che riesca al ministro Vanoni, con la sua riforma, cominciare a introdurre nei rapporti tributari un costume di lealtà e di fiducia nella lealtà altrui. E così il cittadino non si fida dell'amministrazione, la quale diffida del cittadino: e tutto l'ordinamento burocratico appesantito da cento controlli è basato sulla sfiducia del superiore verso l'inferiore, a cui corrisponde lo sforzo dell'inferiore di trarre in inganno il superiore.

Il discorso con cui il nuovo presidente del Consiglio di Stato, Leonardo Severi, si è insediato nell'alto ufficio (8 febbraio 1951), contiene una acuta diagnosi di questa « crisi di sfiducia » che è la chiave non solo del problema della burocrazia, ma forse di quello, più vasto, di tutta la vita pubblica italiana: « ...Mentre la pratica procede stentatamente da un tavolo all'altro, da un ufficio ad altro ufficio, da un Ministero ad altro Ministero, accade che spesso i fatti la superino e si sia lavorato per nulla e si debba tornare da capo.

« Tutto ciò è dovuto a una diffusa e cieca diffidenza che investe così l'atto del ministro come quello del più umile ufficiale pagatore. E' la diffidenza che ha imposto la più minuziosa e formale documentazione d'ogni atto; è la diffidenza che fa sì che uffici superiori ripetano passo passo l'operato degli uffici inferiori; è la diffidenza che ha moltiplicato i controlli creando accanto a quelli diretti i controlli trasversali od obliqui; è la diffidenza che soffoca l'amministrazione e umilia ed esaspera la stessa burocrazia, la quale talora nella selva delle disposizioni perde pur essa l'orientamento e non sa più quale via debba tenere. Maggiore, naturalmente, è il disorientamento e l'esa-

sperazione dei cittadini. E come per ottenere giustizia dai tribunali occorrono necessariamente i patroni, così per ottenere da un ufficio della pubblica amministrazione l'accoglimento d'un'ancorchè modesta istanza occorre bene spesso l'aiuto di esperte guide, alle quali non sono ignote le vie per affrettare l'esito d'un'istanza ».

In Italia, nell'inveterato costume della classe dirigente, la malafede è sempre presunta: e nell'interlocutore si ha il dovere di presumere il potenziale imbroglione.

E' un vecchio e non lieto discorso, questo: che in Italia la virtù più apprezzata è la furberia. Ma è anche vero (e pare un controsenso) che in nessun luogo più che in Italia è facile acquistarsi fama di furberia: basta che uno dica la verità o confessi la propria incompetenza su qualche argomento, perchè subito l'ascoltatore consideri vero il contrario di quel che ha sentito dire, o supponga in quella confessione un'abile reticenza. Anche della vita pubblica italiana, si potrebbe ripetere la storiella dei due polacchi diffidenti: — Dove vai? — Vado a Varsavia! — E l'altro tra sè: — Ma che imbroglione! Mi dice che va a Varsavia perchè io creda che va a Leopoli, e invece va a Varsavia davvero! —

Anche il processo civile è basato da noi su questa diffidenza. Oggi, dopo dieci anni da quando è entrato in vigore il nuovo Codice di procedura civile che ha introdotto nella fase istruttoria il sistema della oralità già reclamato dagli avvocati, ci si trova davanti al curioso fenomeno della ostilità di gran parte degli avvocati proprio a questo principio dell'oralità e specialmente a quell'istituto del giudice istruttore, il cui ufficio dovrebb'esser quello di invitare gli avvocati a sedersi dinanzi al suo stesso tavolino per discorrere confidenzialmente, alla buona, sulle varie questioni della causa, e riuscire così, senza enfasi oratoria, a semplificare il dibattito riducendolo al punto essenziale.

Ma la vera ragione di questa ostilità degli avvocati al sistema del giudice istruttore, è, più che di ordine tecnico, di ordine psicologico e morale. Anche qui giuoca, tra avvocati e giudici, la diffidenza; questo desiderio di non scoprirsi, questa tattica dilatoria che prima di rispondere vuol ripensarci due volte, perchè a rispondere subito ha paura di cadere in un tranello e di compromettersi. L'oralità davanti al giudice istruttore vuole semplicità e sincerità: il giudice istruttore pone le questioni, i difensori dovrebbero subito esporre le loro ragioni; il giudice istruttore dovrebbe richiamarli sui punti essenziali, e i difensori rispondere a tono, senza divagazioni e senza tentativi di eluder la domanda. Ma questo sistema del colloquio immediato par che metta in orgasmo gli avvocati: essi preferiscono preparare le loro risposte dopo aver lungamente sfogliato i libri del loro studio, e magari scriverle,

pesando ogni parola; e allo stesso giudice istruttore (questo è ancor più singolare) non dispiace liberarsi dall'impegno del dialogo diretto, e preferisce anche lui, in cuor suo, fare a meno dell'oralità, e leggere a comodo (se pur le leggerà) le argomentazioni defensionali redatte in iscritto, ricercando attentamente se tra riga e riga non si annidi qualche trappola tesa da quei furfanti di avvocati alla sua buona fede. Quando io vedevo quel giudice inglese con la parrucca che parlava con tanta semplicità e confidenza con gli avvocati, mi domandavo perchè lo stesso non possa avvenire anche tra noi. Forse questo avviene perchè in Inghilterra non si insegna la procedura civile? FRANCESCO CARNELUTTI si compiace spesso dell'alto livello raggiunto in Italia dalla scienza del processo; e giustamente se ne compiace, perchè egli è uno degli artefici più insigni del primato dell'Italia in questo ramo degli studi giuridici. Ma quando, in una mia recente visita all'Università di Cambridge, ho appreso che non esistono in Inghilterra cattedre di diritto processuale, e che il buon andamento del processo è là affidato, più che alle belle costruzioni sistematiche, al costume giudiziario, alla lealtà del contraddittorio ed alla cordialità di relazioni tra giudici e avvocati, mi son domandato se queste nostre così elaborate costruzioni teoriche siano proprio un vanto, e mi son persuaso sempre più che gli avvocati e i giudici inglesi non sarebbero disposti a cambiare, in materia di giustizia, la nostra scienza con il loro empirismo.

Questo clima di pubblica sfiducia, che per fatalità storica ha sempre gravato sul popolo italiano, abituato, attraverso secolari dominazioni straniere, a considerar lo Stato come un nemico e l'autorità come una persecutrice, si è fatto più pesante nel malaugurato ventennio, durante il quale la diffidenza e l'insofferenza del popolo contro la dittatura si esasperò fino a sboccare, colla Resistenza, nell'aperta guerra civile.

A questa crisi di sfiducia, che in Italia affonda le sue radici nella nostra storia nazionale antica e recente, si aggiunge oggi, comune a tutto il mondo, una crisi di trasformazione economica e sociale, di cui uno degli aspetti è, non soltanto in Italia, la crisi della legalità: la crisi del giurista « puro » e della pura logica giuridica. In tempi di prolungata pace sociale, i giuristi potevano riposarsi all'ombra delle loro architetture concettuali, fatte di regole generali e astratte che si immaginava contenessero in sè virtualmente la soluzione di tutti i casi che potessero presentarsi nella vita sociale: e che bastassero al giurista, per trovare bell'e fatta la soluzione di ogni caso, gli strumenti della sua logica. Separazione assoluta del diritto dalla morale, dalla religione, dalla politica, da tutti i momenti pregiuridici o metagiuridici:

il giurista era uno scienziato, un ricercatore impassibile di una verità storica, raggiungibile con un sillogismo. Si parlava della « indifferenza » del giurista, per contrapporla alla parzialità, o anzi alla faziosità, del politico. Per il giurista, non ci sono che le leggi, le leggi son queste e altro non c'è: *dura lex, sed lex.*

Ora il problema dinanzi al quale si trova chi indaga sulla crisi della giustizia e da questa risale alla crisi della legalità, è questo: è proprio vero che il giurista è dotato di questa « indifferenza »? è proprio vero che il giurista è un puro logico? è proprio vero che i sillogismi del giurista e del giudice sono del tutto depurati da tutti quei moventi economici e sentimentali che agiscono, anche se inconsapevolmente, su tutti gli atti degli uomini?

Ho il sospetto che questa pretesa indifferenza del giurista sia una illusione: e vorrei suggerire a qualche giovane cultore del diritto processuale di studiare se sia vero che la sentenza si esaurisca in pura logica, nel cosiddetto « sillogismo giudiziale », o se invece l'elemento determinante, per quanto invisibile, non sia assai spesso il sentimento. « Sentenza e sentimento »: tema di studio di grande attualità.

Lasciamo da parte le deviazioni dolose e delittuose; lasciamo da parte l'ipotesi del giudice corrotto, o del giudice che nel decidere si lascia consapevolmente guidare dall'amicizia o dal livore. Ma è certo che, all'infuori di questi casi patologici, agisce sempre, anche sul giudice che crede di far giustizia o sul giurista che dà un parere ispirato solo alla verità, l'influsso di ragioni non confessate neanche a sè stesso, di simpatia o di repugnanza inconsapevole, che lo guidano in anticipo, quasi per intuizione, a scegliere, tra più soluzioni giuridiche che il caso comporta, quella che corrisponde a questo suo occulto sentimento. Nella pratica dei giudizi, come tutti sanno, è raro che la motivazione preceda storicamente il dispositivo, e che questo sia la ingenua scoperta derivata alla fine dalle premesse fissate nella motivazione: questa è invece assai spesso una giustificazione logica adattata *a posteriori* a una decisione già presa, a una scelta già fatta in anticipo, per motivi sentimentali prima che logici. L'esperienza forense, quanto più l'avvocato invecchia nella professione, gli dimostra che l'esito dei processi è sempre imprevedibile: « *habent sua sidera lites* ». Quando scrissi, una ventina di anni fa, il mio *Elogio dei giudici,* espressi nella prima pagina la mia ribellione contro questo tradizionale aforisma, che mi pareva scoraggiante e vile, e ammonii i giovani avvocati che chi ha fede nella giustizia della sua causa riesce in ogni caso, anche a dispetto degli astrologi, a far cambiare il corso delle stelle; e anche ora continuo a volermi illudere in questa fiducia, senza la quale l'esercizio dell'avvocatura perderebbe il più efficace dei suoi stimoli. Debbo confessarvi

però che l'esperienza sempre più lunga mi dimostra che ci vuole una buona dose di ostinato ottimismo a continuare in questa fede. Accade frequentemente a tutti gli avvocati, quasi si direbbe con ricorrenza periodica, di ingannarsi doppiamente nella previsione dell'esito di due cause discusse lo stesso giorno: dopo la discussione, si era convinti che la prima si doveva perdere, e che ugualmente di sicuro l'altra si doveva vincere. Ma invece, quando, dopo qualche settimana, le decisioni son pubblicate, l'esito appar capovolto: dove si era sicuri di aver ragione il giudice vi ha dato torto, e viceversa.

In quel film « *Giustizia è fatta* », che ha dato luogo anche in Italia a tante discussioni, non c'è, come qualcuno ha creduto di trovarvi, soltanto una critica all'istituto della giuria popolare: c'è più in generale la dimostrazione, fatta in forma forse troppo forzata e didascalica, dell'intervento in ogni giudizio, sia di giudici popolari che di magistrati togati, di quegli elementi imponderabili di carattere individuale che immancabilmente si introducono come granellini di sabbia negli ingranaggi del sillogismo giudizale e ne alterano i movimenti. Il giudice, scegliendo tra due soluzioni, crede di scegliere quella dettata dalla ferrea logica del ragionamento; e invece sceglie senza accorgersene quella che più appaga il suo sentimento. Ricordo un curioso caso tipico che mi capitò qualche anno fa davanti alla Corte di Cassazione, nella discussione di un'azione redibitoria proposta dal compratore di un cavallo da corsa, che affermava di aver riscontrato in esso il vizio di esser mordace. Io sostenevo le ragioni del venditore; ed ero convinto che tutti gli argomenti giuridici stessero a favore del mio cliente. Questa fu infatti, alla fine, l'opinione della Corte, che rigettò il ricorso; ma questa non era stata in udienza l'opinione del Procuratore Generale, il quale, nella sua requisitoria orale, aveva sostenuto con grande irruenza l'esistenza del vizio redibitorio: e ciò non per argomenti giuridici, ma per questa testuale considerazione: « Io so per « esperienza quanto siano pericolosi i cavalli mordaci: molti anni fa, « mentre salivo con un mio bambino su una vettura di piazza, il cavallo « lo addentò in un braccio, lasciandolo mezzo tramortito per il dolore « e la paura. La legge deve essere rigorosissima contro i cavalli « mordaci! ».

Tutto questo è sempre accaduto in tutti i tempi; giudicare è stato sempre l'ufficio più arduo a cui gli uomini possano esser chiamati, forse un ufficio troppo pesante per la fralezza umana. Ma oggi a questa inevitabile intromissione in ogni giudizio di inconsci elementi sentimentali di ordine individuale, si aggiungono (e in questo soprattutto consiste la crisi odierna) fattori sentimentali di ispirazione collettiva

e sociale, che cercano di conciliare le leggi della logica colle esigenze irrazionali della politica. Il giudice, come uomo ch'egli è, si trova inevitabilmente coinvolto in certi movimenti di carattere morale o religioso, in aspirazioni collettive verso certe riforme politiche: e neppure il giudice può sottrarsi a quella che i marxisti chiamerebbero la sua « coscienza di classe », che gli deriva dal sentirsi partecipe di una certa categoria sociale, di un certo ceto economico. Il giudice non è soltanto giudice; è un cittadino, cioè un uomo associato, che ha certe opinioni e certi interessi comuni con altri uomini. Non è solo, è legato da inconsapevoli solidarietà e connivenze: è inquilino o padrone di casa; è ammogliato o scapolo; è figlio di commercianti o di agricoltori; appartiene a una chiesa e forse, anche se non lo dice, a un partito. E' possibile che tutte queste condizioni personali non si ripercuotano in qualche modo sulla sua giustizia? E' possibile che nel suo ragionamento giustizia e politica non vengano mai a contatto? Quando predichiamo (ed è una santa aspirazione) che la giustizia deve essere indipendente dalla politica, diciamo qualche cosa che sia praticamente attuabile, o cerchiamo semplicemente di illuderci per non perder la fede nella legalità?

Questa netta separazione della giustizia dalla politica è possibile nei periodi statici della vita sociale, in quei periodi di lento ritmo, di apparente immobilità delle istituzioni e delle leggi che le regolano, a cui corrisponde una più solida e più stabile legalità. Voi sapete che le leggi sono, come fu detto, la cristallizzazione e il precipitato chimico delle forze politiche; quello che si deposita in fondo all'alambicco in cui ribollono e si urtano le correnti politiche. Ora, quando le leggi in vigore sono il prodotto di una politica accettata dalla gran maggioranza, esse sono rispettate dalla coscienza sociale come espressione di giustizia: questi sono i periodi d'oro della pacifica legalità, durante i quali par che sia raggiunto l'ideale della giustizia separata dalla politica. In questi periodi lo scarto tra l'« *ius conditum* » e l'« *ius condendum* », tra la realtà e l'ideale del diritto, sembra minimo; e il giudice può essere con una certa approssimazione un puro logico, che può astenersi senza troppa fatica dal fare pericolosi raffronti tra quello che vige come diritto e quello che si augurerebbe fosse il diritto. Ma vi sono certi altri periodi in cui questo scarto si allarga fino a diventare frattura: la divergenza tra le leggi quali sono e le leggi quali si vorrebbe che fossero si accresce. Le vecchie leggi restano in piedi, ma le correnti politiche da cui queste leggi scaturirono sono ormai superate; e nuove esigenze sociali incalzano, da cui non sono ancora riuscite a svilupparsi le leggi future, che queste nuove forze politiche preannunciano ed elaborano. Questi sono i periodi di crisi della legalità:

quando il giudice è costretto ad applicare leggi che non corrispondono più alla coscienza sociale. Allora il giudice è portato a diventare, da servitore della legge, critico della legge; è portato a fare il paragone tra questi due termini diventati così distanti tra loro, e a porsi il problema della legge giusta, esitando tra il rimaner fedele alla sopravvivenza formale delle vecchie leggi e il lasciarsi attirare dalle seduzioni della nuova giustizia che spunta: questi sono i periodi di trapasso in cui la legalità è in pericolo.

Ora questo è appunto avvenuto in Italia in quest'ultimo decennio, come sta tuttora avvenendo in gran parte del mondo.

In Italia c'è stato il crollo di un regime, una guerra perduta, la instaurazione di una repubblica. Ma tra il vecchio e il nuovo sono rimaste sfilaccicature ed incastri, come avviene per i frammenti d'osso in quelle fratture che i chirurghi chiamano comminute. Non c'è stato un taglio netto, ma solo un irregolare spezzettamento. E' caduto il regime totalitario, ed è sorta la democrazia; è caduta la monarchia e si è fatta la repubblica; ma le leggi sono rimaste in gran parte le stesse. E sono rimasti in gran parte gli stessi, nella magistratura e nell'amministrazione, gli uomini che devono applicarle ed eseguirle. Ora, in seguito a questo capovolgimento di regime, una delicata situazione di disagio personale è venuta a crearsi in molti di questi funzionari e di questi magistrati rimasti al loro posto: i quali, dopo aver fatto onestamente la loro carriera per vent'anni sotto il fascismo e dopo aver per vent'anni considerato il fascismo come l'ordine e gli antifascisti come sovvertitori dell'ordine, hanno dovuto improvvisamente, alle soglie della vecchiaia, rovesciare il loro conformismo e accorgersi che gli antifascisti erano diventati la legalità e il fascismo era diventato l'illegalismo. Alludo a eventi tragici, nei quali ciascuno di noi ha pagato il suo tributo di dolore e ha lasciato lacrime e sangue; ma cerco di parlarne, in questa sala universitaria, di fronte a questo uditorio di studiosi, colla serenità e il distacco con cui si esaminano i fenomeni già appartenenti alla storia.

Pensate allo stato d'animo del magistrato legalitario, abituato a considerare le leggi che ha applicato per venti anni come espressione di una legalità che non si discute: è stato per lui un difficile trapasso, il giorno in cui ha dovuto accorgersi che la legalità non era più da quella parte e che il diritto si era capovolto. Non bisogna quindi meravigliarsi se molti di loro, in questo capovolgimento, non sono riusciti ad orientarsi; se molti di loro, specialmente i più vecchi già arrivati alle supreme magistrature, hanno continuato a ragionare con la vecchia logica, con i vecchi cervelli. Queste che ho chiamate « sfilacci-

cature » costituzionali, questa specie di intarsio tra il passato e l'avvenire « che non è nero ancora e il bianco muore », hanno creato spesso situazioni incresciose ed assurde, tipiche di questa crisi in cui ancora viviamo. Sono rimaste in vigore una quantità di leggi del tempo fascista, non solo nel campo del diritto privato e processuale, ma anche nel campo del diritto pubblico, che è quello in cui questa sopravvivenza è più ingombrante e pericolosa. Queste vecchie leggi sono formalmente ancora in vigore, ma l'« *humus* » politico dal quale spuntarono e trassero alimento, si è inaridito; sono rimaste come arboscelli sradicati, nei quali non corre più la linfa; eppure il giudice deve ancora applicarle come se fossero vive. E' naturale che gli venga fatto di ripensare forse con nostalgia al giardinetto che egli ha coltivato per venti anni, dove ognuna di quelle pianticelle fioriva nella sua aiuola!

Oppure può accadere l'inverso: sono entrate in vigore nuove leggi corrispondenti al nuovo « *humus* », ma il magistrato è rimasto fedele, in cuor suo, senza accorgersene, ai principî rispettati per vent'anni, e quindi guarda alle nuove leggi con incomprensione e sospetto: non sa neanche lui se esse siano la legalità o se ne siano la negazione. Ma c'è un fenomeno anche più singolare: certe leggi del vecchio regime (penso per esempio alla legge di Pubblica Sicurezza) sono rimaste in vigore per forza di inerzia, in attesa di essere soppresse; nel frattempo, però, poichè di nuovo una minacciosa ombra di guerra si riaffaccia sul mondo, e rinasce per questo, anche nelle democrazie, quella tendenza all'autoritarismo che preannuncia le grandi guerre, accade che i governi quasi si compiacciano di avere ancora a disposizione queste comode leggi autoritarie che per buona sorte non sono state soppresse, come si sarebbe dovuto fare secondo la nuova Costituzione: sicchè queste vecchie leggi fasciste, che parevano superate, si trovano riabilitate e tornano di attualità.

Ad aggravare il disorientamento dei giudici contribuisce anche il mancato compimento della Costituzione, che altra volta io ho chiamato, con reminiscenza schubertiana, l' « Incompiuta »: essa rimane in attesa, come un edificio lasciato a mezzo, a cui manca non soltanto il lucernario, che sarebbe la Corte costituzionale, ma anche certe pareti interne, che sarebbe l'ordinamento regionale, e tant'altre rifiniture legislative che sono state promesse e la cui mancanza crea nella pratica del diritto un senso di penosa incertezza.

Ma c'è qualcosa di più: ed è su questo aspetto che io vorrei richiamare la vostra attenzione, perchè mi pare uno dei caratteri più importanti della nostra Costituzione, e quello a cui più strettamente si riconnette la crisi attuale della legalità.

Si suole dire che le Costituzioni sono una polemica legislativa

contro il passato: le « dichiarazioni dei diritti », segnando la fine dei privilegi e degli abusi del vecchio regime, rispecchiano in formule giuridiche la esecrazione contro un passato ormai travolto. Ma nella nostra Costituzione vi è una polemica di carattere sociale *non contro il passato, ma contro il presente.* In certi articoli di essa, specialmente in quella parte che regola i rapporti economici, non c'è soltanto l'auspicio e la promessa di una società più giusta, che la Repubblica si propone di tradurre in realtà (il diritto al lavoro, il diritto a un'esistenza libera e dignitosa garantita ad ogni lavoratore), ma c'è anche la polemica contro le ingiustizie della società in cui noi viviamo, in cui questo diritto al lavoro non è garantito, in cui a tanti cittadini è negata di fatto quella esistenza libera e dignitosa, che la Costituzione vorrebbe di diritto assicurata a tutti. Così, proprio da queste fredde formule legislative, muove un attacco di contenuto rivoluzionario contro questa società in cui noi continuiamo a vivere: in questi articoli è posta in primo piano la questione sociale, in termini tali che significano trasformazione della società presente e aspirazione verso un ordine nuovo.

Voi intendete allora com'è difficile la situazione del giudice e del giurista di fronte a questo squillo di guerra che parte dalla stessa Costituzione contro l'ordinamento giuridico tuttora in vigore: essi devono applicare leggi screditate dalla Costituzione; essi devono industriarsi colla loro logica a mantenere in piedi un ordinamento di cui la Costituzione promette la distruzione. Il significato di certi articoli della Costituzione non è dubbio: essi vogliono dire che, se la rivoluzione sociale non è stata compiuta tutta d'un colpo, è stato creato nella democrazia il meccanismo politico per compierla gradualmente; ma intanto, nell'attesa di questa trasformazione graduale, il giudice e il giurista devono continuare a servire le leggi di una società che la Costituzione ha già condannato.

Si vede così com'è grande lo *hyatus* tra il diritto qual è consacrato nelle leggi vigenti e questo ideale del diritto qual è già preannunciato e descritto nella Costituzione; il che dimostra in quale grande pericolo si trovi oggi la legalità, se per legalità si intende il cieco ossequio alle leggi scritte. In tale situazione è facile intendere come sia oggi difficile per il giudice applicare le leggi senza essere tratto inconsapevolmente a un raffronto tra l'*ius conditum* e l'*ius condendum* preannunciato dalla Costituzione. Il problema si può porre in termini più generali: può esservi una interpretazione di legge che non sia insieme un atto di fede politica? Pura logica? pura scienza? Ma se il giurista va in cerca della *ratio legis,* questo vuol dire risalire alle correnti politiche da cui la legge è stata generata: e si tratta quindi di una indagine di natura

politica, sia pure retrospettiva, che lo porta necessariamente a domandarsi se quelle correnti politiche siano sempre attuali, o se viceversa la legge non sia ormai superata dalle nuove tendenze che preparano il diritto di domani.

Son periodi di crisi della legalità quelli in cui più ci si accorge che i giuristi, anche senza volere, si servono della loro ermeneutica logica per far della politica: e che anche le loro tesi giuridiche (nonostante che essi si illudano di rimanere puri giuristi) sono tesi politiche. Conosco e stimo i giuristi « puri », i quali inorridiscono alla sola idea di venire a contatto colla politica. Quando si trattò di interpretare i resultati del referendum istituzionale sorsero tra costituzionalisti dissensi intorno al modo di computare i voti: parevano questioni meramente giuridiche, ma in realtà erano discussioni alimentate da opposte tendenze politiche. I giuristi sceglievano gli argomenti logici che meglio servivano alle loro preferenze politiche. I giuristi repubblicani (tra i quali ero io) erano naturalmente portati a mettere la loro logica giuridica al servizio della repubblica; gli altri, quelli che arrivavano a conclusioni opposte, si dichiaravano giuristi « puri », refrattarî alla politica; ma in realtà obbedivano anch'essi a moventi politici opposti: non erano giuristi puri, erano semplicemente giuristi monarchici! Così, senza accorgersene, andavano in cerca della soluzione giuridica che meglio corrispondeva alla loro fede politica, confessata o segreta.

Di questa crisi della legalità, che introduce inevitabilmente nella funzione del giudicare perturbamenti e contaminazioni politiche, si possono cogliere nella prassi giudiziaria una serie di manifestazioni tipiche. Da diversi anni io vado raccogliendo il materiale per pubblicare, se mai vi riuscirò, una specie di « antologia giudiziaria » di quest'ultimo decennio, cioè una scelta di sentenze tipiche, civili e penali, per documentare con quali aspetti gli eventi storici, passati sul nostro Paese, si sono rispecchiati nelle decisioni dei giudici. Il crollo di un regime documentato attraverso la giurisprudenza; e insieme anche una documentazione autentica sull'atteggiamento tenuto dai giudici nel giudicare quel crollo.

Tra i casi che figureranno in questa antologia, per dimostrare quanto sia stato difficile per i giudici in questo periodo separare la giustizia dalla politica, vi saranno in prima linea le famose sentenze sull'applicazione dell'amnistia in tema di sevizie ai partigiani. Ricordate: i giudici erano chiamati a valutare la gravità di queste sevizie: potevano applicare l'amnistia quando non si trattasse di sevizie « particolarmente efferate ». Ora si sono trovati certi giudici, altissimi giudici, i quali hanno considerato « non efferate » le torture più spaven-

tevoli: e hanno concesso l'amnistia agli autori di esse. Non voglio qui far della casistica: voglio solo ricordare per la storia il fenomeno che tra cinquant'anni parrà inesplicabile. Come si potrebbe spiegare questa insensibilità di certi magistrati di fronte alle più crudeli efferatezze, se non si ritiene che in quella loro indulgenza sia entrata, sia pure inconsapevolmente, una valutazione politica, che portava quei magistrati a vedere nei partigiani, vittime di quelle torture, i sovvertitori dell'ordine a cui essi erano stati fedeli?

Qualcosa di simile è avvenuto in tema di epurazione: è straordinariamente istruttivo seguire nella giurisprudenza, dal 1945 al 1950, la evoluzione della magistratura nell'applicare le leggi sull'epurazione. C'è stato in quel periodo, nella stessa legislazione, una graduale attenuazione nelle sanzioni, un progressivo declinare della severità; ma anche dove le sanzioni sono rimaste immutate nelle leggi, esse si sono venute attenuando sempre più nella giurisprudenza, in modo che in essa è facile cogliere l'evolversi di questo processo interpretativo che dalla severità del 1945 contro gli epurati, arriva nel 1950 prima alla loro riabilitazione e infine al loro ritorno trionfale. C'è stata certo nella legislazione sull'epurazione una curva discendente dal rigore verso la indulgenza; ma la discesa di questa curva è diventata nella giurisprudenza un precipitoso slittamento. Come potrebbe spiegarsi questa precipitazione, evidente anche quando le leggi sono rimaste immutate, se non come il prodotto di valutazioni politiche?

Qualcosa di simile è avvenuto là dove i giudici sono stati chiamati a decidere su controversie che avessero, direttamente o indirettamente, una rilevanza ecclesiastica: cause matrimoniali, processi penali per offese al Pontefice. Se si segue con attenzione l'evoluzione della giurisprudenza chiamata a interpretare le leggi rimaste in questa materia immutate, ci accorgiamo che le stesse leggi sono state adattate a poco a poco, dai giudici che dovevano applicarle, alle mutate circostanze politiche. Lo storico che tra un secolo volesse ricostruire qual è stato in quest'ultimo decennio lo svolgimento della giurisprudenza in materia matrimoniale, si accorgerebbe con sorpresa che su certe questioni, a una certa data, senza che le leggi fossero apparentemente mutate, l'opinione dei giudici si è all'improvviso, quasi a comando, capovolta; per aver la chiave di siffatti capovolgimenti altrimenti inesplicabili, lo storico dovrà avere l'accortezza di tener d'occhio il succedersi delle vicende elettorali e parlamentari nello stesso periodo. Solo attraverso questa cronologia parallela si accorgerà che in certi casi è bastata una vittoria elettorale a far cambiare la giurisprudenza.

E' diventato celebre il caso deciso dal Tribunale di Ferrara, il quale, in una causa di separazione personale tra coniugi, aveva ritenuto che,

per affidare il figlio alla madre invece che al padre, bastasse considerare che la madre era cattolica praticante ed il padre ateo. La sentenza è stata poi riformata dalla Corte di Bologna; ma intanto si era svolta sulle riviste giuridiche, come tutti ricordate, una nutritissima polemica nella quale hanno interloquito i più autorevoli giuristi italiani, alcuni per censurare quella sentenza, altri per difenderla. Niente di male nel fatto che quella polemica sia sorta, e sia stata proseguita, di qua e di là, con tanto fervore: solo attraverso la discussione si arriva alla verità. Ma ciò che in questa polemica è sembrato allarmante e deprecabile (come poi ho spiegato nella prefazione dettata per il vivacissimo libretto del collega Bigiavi, nato da quella polemica) è stato il vero e proprio « schieramento » con cui, in difesa della sentenza di Ferrara, sono scesi in campo tutti i « giuristi cattolici ». Il fatto stesso (lo notavo in quella prefazione) che abbiano sentito la necessità di riunirsi in una associazione tutti i « giuristi cattolici », ai quali, quando si tratta di prendere posizione su questioni giuridiche che possono avere ripercussione nel campo politico o religioso, non basta più ragionare secondo la dialettica dei semplici « giuristi » senz'altra qualificazione, ma sembra necessario attingere argomenti dalla loro fede di credenti, è una conferma della crisi che travaglia anche la scienza giuridica: la quale, poichè la logica non le basta più, rischia di sfociare anch'essa nella lotta politica o nella guerra di religione. Di fronte ai « giuristi cattolici » sentono il bisogno di associarsi i « giuristi democratici »: il « giurista puro », senz'altro attributo, è un animale sempre più raro sulla faccia della terra. Lo stesso rischia di avvenire per i magistrati: che non ci siano più magistrati semplici interpreti delle leggi; e ci siano solo « magistrati cattolici » o magistrati d'altra confessione. La stessa legge è soggetta ad esser diversamente interpretata, secondo il diverso suggerimento che all'interprete viene dalle sue convinzioni politiche o religiose. Si rischia così di tornare, dal sistema della legalità, a quello della giustizia del caso per caso.

Ricordate l'allocuzione del Pontefice ai giuristi e ai magistrati cattolici? Certo l'appello rivolto da quell'allocuzione ai giudici, affinchè, nell'applicare le leggi, non dimentichino mai di mettere in relazione la loro formula scritta con quella esigenza di giustizia che dev'essere la loro sostanza, è un generoso appello al quale nessuno di noi può sentirsi sordo. Tuttavia il giurista, di fronte a questa distinzione tra le leggi *giuste* e quelle *ingiuste*, tra quelle che il giudice deve applicare perchè le trova corrispondenti al suo senso morale e religioso di giustizia e quelle a cui deve ribellarsi perchè le giudica ingiuste, rimane titubante. Anche in Russia, subito dopo la rivoluzione del 1917 che aveva abolito tutte le leggi e tutti i tribunali del regime czarista, i

giudici popolari dovevano giudicare secondo quella che veniva chiamata la « coscienza proletaria »; ed anche in Germania, sotto il regime nazista, i giudici penali potevano punire come reati non soltanto i fatti previsti come tali dalla legge penale, ma anche i fatti che l'arbitrio politico del giudice ritenesse volta per volta di poter considerare come contrari alla coscienza del popolo tedesco. Anche là la legalità era abolita, ed era sostituita ad essa la giustizia politica del caso per caso. Quando si dà al giudice, sul punto di applicare la legge, la facoltà di farne prima la valutazione politica o morale o religiosa, la legalità è finita. La certezza del diritto, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, che si ritenevano finora preziose conquiste garantite dal sistema della legalità, sono sempre più in pericolo. I « giuristi cattolici » sono dunque giunti a rinunciare alla legalità, e ad auspicare che, attraverso la discriminazione giudiziaria delle leggi giuste da quelle ingiuste, si torni alla giustizia del caso per caso?

Oggi, qui in Italia, avviene di frequente che i giudici siano posti dinanzi a un bivio: o rispettare la Costituzione o applicare la legge contrastante con essa. Anche se si lasciano da parte le norme puramente « programmatiche » della Costituzione, di cui poco fa vi ho parlato, vi sono in essa molte norme precettive che impongono l'emanazione immediata di leggi ordinarie, destinate a sostituire le vecchie leggi e a tradurre subito in pratica certi principi costituzionali.

Ma queste leggi non sono state emanate: e allora rinasce ad ogni passo dinanzi ai tribunali la polemica per stabilire se certi articoli della Costituzione si debbano considerare come entrati in vigore immediatamente, ovvero se per entrare in vigore occorre che siano trasfusi in leggi ordinarie che prendano il posto di quelle contrarie alla Costituzione, rimaste formalmente in vigore. Ecco uno dei casi in cui il giudice è arbitro della scelta tra la legalità e la politica: se vuol essere un puro logico deve applicare la legge così com'è, anche se contraria alla Costituzione; ma se preferisce ispirarsi alla realtà storica, deve attenersi ai principî della Costituzione, rifiutandosi di applicare la legge in contrasto con essa.

Mai come in questo periodo si sono avuti, non solo tra le diverse Corti di merito, ma anche (il che è più grave) tra le Sezioni della Cassazione, cioè dell'organo istituito per mantenere l'uniformità della giurisprudenza, disformità e contrasti di interpretazione: è accaduto che nella stessa giornata due sezioni della Corte di Cassazione, in due aule vicine, abbiano deciso la stessa questione in due sensi assolutamente antitetici. Non è questo il luogo per addentrarsi in esempi: in tema di locazioni, di validità di clausole valutarie, di svalutazione monetaria, di invalidità dei contratti immobiliari non registrati, i casi

di disformità di interpretazione giurisprudenziale si contano a diecine. La stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione è stata oscillante; a più riprese, dopo aver cambiato una volta, è tornata di nuovo alla opinione antica; e ognuno di questi pentimenti della Corte Suprema ha ingenerato nella prassi dei giudici inferiori scie di incertezze e occasioni per mandare in lungo i litigi. Tutto questo non deriva, come a prima vista si potrebbe pensare, da decadenza intellettuale dei magistrati: deriva da questo dissidio tra legalità ed equità che penetra in tutta la vita giuridica, da questo distacco sempre più profondo, al quale i giudici non possono rimanere insensibili, tra la legge scritta che è stata superata dalla politica e la coscienza sociale che non è riuscita ancora ad affermarsi in nuove leggi coerenti con essa.

Tale è la profondità di questa crisi della legalità, che talvolta si è tratti perfino (duole dirlo) a dubitare della stessa lealtà del magistrato.

Il contrasto tra la coscienza del magistrato e la legge arriva talvolta a tale esasperazione, da produrre anche nei giudizi, sotto svariate forme, un fenomeno simile a quello che si verifica in Parlamento, quando la polemica politica arriva al punto di far dimenticare le regole della correttezza parlamentare. Anche nel processo si assiste talvolta a casi in cui par che il giudice, per sottrarsi alle conseguenze a cui logicamente lo dovrebbe portare l'applicazione fedele della legge, sia disposto a passar sopra alle regole elementari della correttezza processuale: a quel « dovere di lealtà », che l'art. 88 del C. p. c. ricorda alle parti e ai difensori, ma non ai giudici, perchè si è sempre ritenuto che ai giudici non ci fosse bisogno di ricordarlo. E invece purtroppo in questi ultimi anni si sono visti vari casi di sentenze attraverso la cui motivazione si può arrivare a scoprire per trasparenza che il giudice non ha avuto ritegno a seguire, nell'esercizio della sua funzione, tortuose vie per eludere la legge. Questo è un argomento che richiederebbe un lungo discorso, e io debbo limitarmi a dare qui soltanto qualche cenno di questo fenomeno che potrebbe chiamarsi la « crisi della motivazione ».

Pensate alle cosiddette sentenze « suicide », nelle quali la motivazione, invece di servire per dimostrare la coerenza e la giustizia della decisione, ha il preciso scopo di screditarla e di suggerire al giudice superiore, nell'indicargli i punti deboli del ragionamento, gli argomenti per annullarla; o al caso, di cui recentemente si è avuto un esempio clamoroso in un processo penale, di premeditata disformità tra dispositivo e motivazione, predisposta per impedire all'interessato di impugnare nel termine il dispositivo apparentemente favorevole, mentre il vero significato di quel dispositivo, contenente in realtà una infamante condanna politica, era chiarito ad arte solo nella

motivazione, pubblicata dopo la scadenza del termine di impugnazione.

E si son visti, in questi ultimi anni, giudici che nelle loro sentenze si son lasciati trascinare dalla passione politica fuor del terreno della controversia concreta, per introdurre nella motivazione delle sentenze apprezzamenti di ordine generale su personaggi politici o su eventi storici che non rientravano nell'ambito del loro giudizio, trasformando così il banco della giustizia in tribuna da comizio. E si è assistito a quella specie di duello tra le Corti di assise che condannavano gli imputati di collaborazionismo e la Corte di cassazione penale che si ostinava ad annullare le loro condanne, per due, tre, quattro volte, di rinvio in rinvio, finchè non arrivasse a farli rimettere a tutti i costi in libertà.

Questa deviazione politica della Corte di cassazione dalla sua funzione istituzionale, che le vieterebbe di rientrare nella valutazione dei fatti, è stata veramente uno dei fenomeni più impressionanti della crisi giudiziaria di questo decennio. Ma forse il peggio della crisi è passato: essa è stata uno degli aspetti del disorientamento, generale ma transitorio, prodotto da questo torbido ed agitato dopoguerra. Ormai si va verso l'equilibrio; meglio che recriminare sul passato è opportuno volgersi ai problemi dell'avvenire: stabilire quali possano essere, nella Costituzione democratica che si va assestando, i sistemi per mettere al sicuro i giudici dalle inframmettenze politiche che posson venire dal di fuori, e per garantire ad essi l'indipendenza necessaria perchè possano riacquistare nel loro intimo la serenità di coscienza.

Tra il Governo e la Magistratura la polemica è ancora aperta; ma non è possibile, alla fine di un discorso che ha già superato i limiti della discrezione, mettersi a riassumere i termini di questa polemica, che meriterebbe essa sola una lunga trattazione. Basti qui ricordare che la Costituzione si è proposta di assicurare la indipendenza della Magistratura attraverso il sistema dell'autogoverno, rappresentato dal nuovo Consiglio Superiore della Magistratura, al quale dovranno essere demandati, da quando sarà istituito, tutti i provvedimenti attinenti alla carriera e alla disciplina dei magistrati, con assoluta esclusione di ogni ingerenza governativa.

Il sistema voluto dalla Costituzione non è stato ancora attuato: è una di quelle lacune dell'ordinamento costituzionale che attendono ancora di essere colmate dall'opera del legislatore ordinario. Ma non si può negare che se ancora il nuovo Consiglio Superiore della Magistratura non è stato istituito ed ancora è allo studio la legge che dovrebbe attuarlo, ciò è dipeso in parte dalla naturale tendenza di ogni governo a rimandare all'avvenire una riforma che dovrebbe servire a

limitare i suoi poteri, ma in parte è anche dipeso dalla grande difficoltà tecnica di conciliare la assoluta indipendenza del Consiglio Superiore della Magistratura, che dovrà essere presieduto dal Capo dello Stato, col principio costituzionale della irresponsabilità di questo ed altresì col sistema del governo parlamentare, per il quale il Ministro della Giustizia, come ogni altro ministro, risponde dinanzi al Parlamento del buon andamento della sua amministrazione: il che sembra che non potrebbe esigersi, se il Ministro della Giustizia dovesse perdere sulla amministrazione della giustizia ogni potere di sorveglianza e di controllo.

Vi chiedo indulgenza se, per trattare questo problema così delicato della crisi della giustizia, son stato tratto ad alludere anche a singolari episodi desunti dalle cronache giudiziarie di questi ultimi anni; ma forse proprio questi bisogna tener d'occhio, se si vuol capire, anche attraverso il funzionamento della giustizia, quello che sta accadendo nella nostra società. Anche questi turbamenti della coscienza dei giudici sono uno dei sintomi di una trasformazione sociale che è in corso.

Una nuova società faticosamente si crea; noi, uomini di una generazione condannata a vivere soltanto di angoscia, non la vedremo; ma i giovani che qui ascoltano la vedranno. Il periodo che noi viviamo di travaglio, di amarezza, di delusioni e anche di disgusti, è un periodo transitorio; esso ha un significato, una tendenza verso una meta. Di questo i giovani devono avere fede; si abituino a criticare anche severamente la società in cui vivono, ma non coll'animo scoraggiato e corrucciato di chi guarda soltanto al passato per rimpiangerlo. Il passato non torna: la vita non torna mai indietro. Da questa crisi della legalità nascerà una legalità nuova, fondata su un nuovo assetto sociale, più vasto e più umano.

Io mi spiego, ma non posso condividerlo, l'atteggiamento sdegnoso di certi giuristi imbronciati, che credono di potersi rinchiudere nella torre d'avorio dei loro sillogismi, guardando con disprezzo chi ha sentito il dovere di partecipare in questo angustiato decennio alla lotta politica: e considerano chi si occupa di politica come un uomo perduto per la scienza. Leggevo qualche giorno fa su una rivista le parole amare dell'amico Andrioli, il quale a proposito di quella non felice riforma del Codice di procedura civile che è entrata in vigore da pochi mesi, ha scritto che non rimane più che « intonare il de profundis all'amministrazione della giustizia civile ». Mi pare che egli vada troppo in là colla sua amarezza: e troppo in là è andato certamente un altro grande giurista, il vecchio e caro amico Scialoja, il quale ha tratto occasione da quella piccola riforma per scrivere queste gravi parole: « Noi professori, estranei così alla gazzarra parlamen-

tare come alla mischia professionale, noi che fummo e siamo contrari alla malnata e peggio cresciuta Costituzione potremmo ora metterci a ridere, ma carità di patria ce lo vieta; non scherno compiaciuto, ma accorato rammarico: povera Italia! ».

Vorrei domandare all'amico SCIALOJA: voi che foste e siete contrari alla Costituzione, a chi ed a che cosa siete favorevoli? Si vedono ancora (anche qui a Padova) le rovine irrimediabili dei nostri tesori artistici che nessun restauro varrà a restituirci: e si vedono anche nel campo spirituale, anche nel campo giuridico e morale, da ogni parte macerie e crolli. E' assai facile mettersi a imprecare su queste catastrofi. Ma bisogna avere il coraggio di risalire al perchè di queste distruzioni: di domandarsi qual è stata l'origine di questi lutti. Io vorrei che qui, sulle rovine degli Eremitani, come sulle cento e cento rovine rimaste in tutta Italia, si murasse per ricordo una piccola epigrafe marmorea che ricordasse, quasi come firma dell'artefice, il nome di chi volle questa guerra, di chi cercò queste catastrofi: « *ipse fecit* ».

Ho sentito dire che in questo ciclo di conferenze, al quale mi avete fatto l'onore di chiamarmi a partecipare, un insigne maestro, che deve ancora parlare, darà alla sua conferenza questo titolo: « La morte del diritto ». Non so se questo titolo voglia veramente esprimere, come a bella prima parrebbe, sconforto e disperazione. Se così fosse, mi permetterei, o giovani, di mettervi in guardia contro tale pessimismo. No, il diritto non muore: muoiono gli uomini, muoiono i giuristi, muoiono anche i magistrati (quantunque in America si usi dire che i magistrati della Corte Suprema non si dimettono mai, e muoiono assai di rado...), ma il diritto, questa forza in continua ricerca di perfezione, non muore.

Ai giovani che ci ascoltano, noi vecchi additiamo l'avvenire pieno di gravi impegni, ma anche di consolanti speranze: solo così si può dare ai giovani la spiegazione di tutto il dolore che abbiamo sofferto, e aiutarli a convincersi che questo non è stato invano. Non parliamo di « morte del diritto »: a intendere il significato di questa angosciosa crisi della legalità che siamo stati condannati a vivere, serve assai meglio un altro titolo: « *la nascita del diritto* ».

XXXI

LA FUNZIONE DELLA GIURISPRUDENZA NEL TEMPO PRESENTE (*)

Più che in ogni tempo, oggi coltivare gli studi giuridici vuol dire servire il proprio popolo, per aiutarlo a tradurre e a comporre in termini di ragione questa istintiva e spesso indisciplinata aspettazione di giustizia che lo muove verso l'avvenire: la abusata caricatura dell'avvocato, e più in generale del giurista, raffigurato come lo scaltro dialettico del privilegio, sempre pronto a prestare i suoi sillogismi all'usurpatore per aiutarlo a conservare il suo predominio, forse non fu mai vera; ma certo è oggi sorpassata dai tempi. Gli avvocati vivono sempre più a contatto col popolo, e ne intendono le miserie, e ne raccolgono le voci di dolore e di protesta: e, traducendo queste voci in termini giuridici, sono anch'essi, i tanto bestemmiati avvocati, artefici di pacificazione e di progresso sociale.

Basta guardarci d'intorno, per accorgerci che noi traversiamo in questi decennî un periodo di accelerata trasformazione sociale, che rimette in discussione molti dei tradizionali concetti giuridici, un tempo considerati incrollabili, e che ce li fa apparire oggi, seppur ancor venerandi, tuttavia non più adeguati a esprimere una realtà sociale che va rapidamente in cerca di nuove vie. Ma, pur di fronte a questo precipitare di idoli concettuali dai loro piedistalli, non vorrei sentir parlare, con frasi di desolato rimpianto in cui echeggia il pessimismo

---

(*) Conferenza tenuta a Bari, il 20 marzo 1955, per la solenne inaugurazione del Circolo giuridico, alla presenza delle autorità civiche e giudiziarie, tra le quali il primo presidente della Corte di cassazione, il presidente del Consiglio di Stato, il presidente della Corte dei conti. Sono state omesse, all'inizio e alla fine, le frasi di circostanza. [Pubblicato in *Per l'inaugurazione del Circolo giuridico di Bari* (Bari, Laterza, 1955), pp. 25-54, e in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, a. IX, 1955, pp. 252-272; ristampato in *Studi*, VI (Padova, Cedam, 1957), pp. 89-110; tradotto in lingua spagnola da S. Sentís Melendo, in P. Calamandrei, *Derecho procesal civil*, vol. III (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962). [*Bibliografia*, n. 769].

del noto libro del RIPERT su *Le declin du droit*, di tramonto o addirittura di agonia e morte del diritto: come se il diritto non fosse uno degli aspetti necessari e perenni della società, quasi si direbbe la sua ombra razionale, uno dei modi di essere di essa, che si trasforma e si rinnova con essa.

Il diritto non declina: il diritto si adegua. Nella storia della civiltà umana si avvicendano periodi di lenta evoluzione, che possono sembrare di stasi, a periodi di precipitose trasformazioni sociali; e solo nei primi può sembrare che imperi il diritto, perchè in quel ristagno sociale le concezioni giuridiche sono limpide e taglienti: mentre nei periodi di rapido trapasso la certezza del diritto si appanna e i dogmi tradizionali appaiono come sfocati da una vibrazione che ne annebbia i contorni. Ma questa incertezza può essere preludio di rinascita: e cercare, come io oggi mi propongo dinanzi a voi, alcune cause di questa incertezza in un determinato momento storico, può esser già un contributo a trovare i mezzi per superarla e a creare una nuova certezza per il domani. Il giurista non è infatti un conservatore di vecchie formule fuori d'uso, quasi come chi dicesse il conservatore di un museo di anticaglie: è un vivo e vigile interprete dei tempi, che tanto meglio sa adempiere alla sua funzione quanto meglio riesce a sentire le esigenze umane della storia e a tradurle in formule appropriate di ordinata convivenza.

La incertezza giuridica in cui noi oggi ci accorgiamo di vivere è prima di tutto una incertezza indiretta, fatta di presentimenti, di speranze e di timori, che si riflette nel nostro ordinamento giuridico dal di fuori, da quel più vasto contrasto di concezioni politiche che divide il mondo in due emisferi avversi e sospettosi l'uno dell'altro. Ogni Stato, secondo le dottrine tradizionali, dovrebb'essere un chiuso microcosmo giuridico, entro il quale tutto il diritto avesse la sua unica fonte nella sovranità contenuta in quell'involucro; ma in realtà non c'è ordinamento giuridico che non abbia le sue finestre aperte sul mondo: e, anche se si cerca di chiuderle, qualche corrente, fredda o calda, entra lo stesso dagli spiragli.

Ma la incertezza giuridica che si avverte oggi in Italia, indipendentemente dalle correnti che vengono dal di fuori, ha una più diretta e immediata ragione interna, qui in casa nostra, nella nostra stessa Costituzione. In verità noi viviamo qui in Italia in una situazione costituzionale che, più che una stranezza, rappresenta un inverosimile paradosso.

Noi abbiamo, come sapete, una Costituzione scritta, entrata in vigore da sette anni, che ha dato all'Italia un nuovo ordinamento, diverso

dal precedente non solo nella forma politica e nelle rigorose garanzie dei diritti di libertà e di uguaglianza democratica, ma anche nel previsto rinnovamento delle strutture sociali. Ma in realtà questa Costituzione scritta sulla carta non è stata ancora tradotta altro che in minima parte in realtà pratica. Noi dobbiamo come giuristi limitarci a prendere atto di questo singolare fenomeno, di una Costituzione che in gran parte è formata soltanto da promesse per ora non mantenute, il mantenimento delle quali era stato fiduciariamente demandato dall'Assemblea costituente alla lealtà costituzionale del legislatore ordinario, cioè del parlamento e del governo. Perchè il legislatore ordinario non abbia potuto (o voluto) finora fare onore a queste promesse trasmessegli in eredità dalla costituente, è questione che qui non ci interessa: qui vogliamo soltanto rilevare l'angoscia giuridica di questo travagliatissimo parto costituzionale, le cui doglie si trascinano da quasi dieci anni, a causa dei dispareri degli ostetrici che non riescono a trarre alla luce questa Costituzione solo in parte uscita dall'involucro, e non ancora neppure interamente neonata.

La realtà giuridica nella quale oggi viviamo (quella che i costituzionalisti chiamano la costituzione *materiale,* cioè quella politicamente efficiente, in contrapposto alla costituzione *formale,* cioè quella scritta sulla carta) non corrisponde alla Costituzione apparentemente in vigore dal 1° gennaio 1948. Solo una parte delle sue disposizioni, forse meno della metà, sono state attuate: al posto di tutte le altre, poichè il diritto, come la natura, ha orrore del vuoto, sono state lasciate in vigore le vecchie leggi; sicchè è difficile orientarsi in questo panorama accidentato, dove venerande rovine archeologiche stanno accanto a cantieri di nuove costruzioni ancora ingombri di impalcature, e dove convivono in una sconcertante promiscuità fonti giuridiche eterogenee corrispondenti a tre diversi periodi storici, cioè alcune norme di una costituzione di ispirazione democratica con tendenze socializzanti; alcune leggi prefasciste di tendenza liberale; e molte leggi fasciste di marca energicamente autoritaria. Il giurista che si aggira in cerca della strada in questo paesaggio devastato da un cataclisma ancora recente, e che non chiede altro, com'è sua funzione, che di essere fedele ed ossequiente alle leggi del suo paese, si trova smarrito e dubbioso: sente alcune leggi che gli parlano di libertà, altre che gli parlano di autorità; da una parte incontra disposizioni che sembrano esaltare la libera iniziativa privata, dall'altra disposizioni che mettono l'accento sulla solidarietà sociale; si imbatte di qua nelle esigenze dell'autonomia regionale e dell'amministrazione decentrata, e di là nella riaffermazione, attraverso i vecchi organi rimasti in vigore, di un sistema tradizionalmente accentratore; da un lato legge l'annuncio di una costituzione

rigida ove i diritti individuali sono messi al sicuro sotto la corazza del principio di legalità, dall'altro incontra in pieno vigore la preminenza di quei poteri discrezionali ai quali è dato trasformare i diritti di libertà in diritti affievoliti, ossia in sostanza ridurli a desideri privi di ogni garanzia legale.

Come fa il giurista a regolarsi in tanta disparità di voci, in tanta incertezza di concezioni contrastanti? E quale può essere, in questo cozzo tra il vecchio e il nuovo, la funzione della giurisprudenza?

E' facile prendersela con la Magistratura: e mettere sul conto della giurisprudenza la responsabilità di questa incertezza. Certo, se noi ci mettiamo a considerare con animo di storici la giurisprudenza giudiziaria di questo decennio, civile, penale e amministrativa, e cerchiamo di individuare in essa, guardandola nel suo insieme, le correnti di pensiero giuridico che affiorano su questo ininterroto fluire di sentenze, ci accorgiamo che non è sempre facile rintracciarvi una sicura unità e continuità di indirizzi: e che ogni tanto, per restare nell'immagine fluviale, par di scorgervi, per chi guardi affacciato dalle spallette, strani ristagni e rigurgiti che turbano il filo della fiumana. Ma il credere che responsabili di questo contrastar di correnti siano i giudici è, più che ingiustizia, ingenuità. Le sentenze dei giudici rispecchiano, in ogni periodo storico, la realtà delle forze sociali in contrasto: prendersela colla giurisprudenza rivelatrice di questi contrasti sarebbe come prendersela con lo specchio perchè rivela le rughe di un volto invecchiato.

In realtà sta proprio a noi avvocati, che siamo per dovere del nostro ministero i naturali critici delle sentenze, ma siamo anche, per la quotidiana comunanza di lavoro, i più attendibili testimoni della difficoltà della fatica dei giudici, far capire al pubblico quanto sia stata ardua in questo decennio l'opera della Magistratura; e cercare per quanto sta in noi di collaborare con essa nell'opera di ricostruzione giuridica, che da essa, più che da ogni altro organo dello Stato, il popolo attende.

Intanto, per renderci conto di certe perplessità e disorientamenti che ci è sembrato di scorgere nella giurisprudenza di questo decennio, non bisogna dimenticare che in un ordinamento giudiziario come il nostro, in cui i giudici non sono eletti temporaneamente in base a mutevoli criteri politici, ma sono nominati stabilmente come tecnici professionali della legge, destinata a fare da schermo tra essi e la politica, certi improvvisi cambiamenti di regime, che avvengono, come è accaduto da noi dieci anni fa, senza interrompere la continuità dello Stato e senza far cadere in blocco la vecchia legislazione, non possono essere

avvertiti dalla Magistratura, con quella prontezza e quella immediatezza, con cui sono registrati dagli attivisti della politica. La sensibilità politica dei giudici, nel sistema della legalità, trova un ostacolo ritardatore nella legge: quando la legge rimane formalmente immutata, deve passare molto tempo prima che i giudici, ormai assuefatti da decennî a interpretarla secondo una certa *ratio* e portati istituzionalmente a restarle fedeli, possano accorgersi che sotto la lettera immutata circola uno spirito nuovo.

Ma, a parte questa osservazione di carattere contingente, la quale ormai, a distanza di dieci anni dal cambiamento di regime, può valere soltanto come annotazione storica di un inconveniente ormai in gran parte superato e scontato, io credo che l'esperienza di questo decennio, più che a considerazioni su quella che si potrebbe chiamare la *staticità politica* dei giudici, derivante necessariamente dal loro tecnicismo professionale, si presti a qualche considerazione interessante sugli inconvenienti che derivano dal metodo proprio della nostra prassi giudiziaria, la quale fa sì che la nostra giurisprudenza, messa a confronto con quella di altri popoli meno carichi di tradizioni giuridiche (penso specialmente alla giustizia angloamericana), faccia la figura di essere molto più ricca di virtuosismi dialettici, ma in compenso molto meno sensibile e meno aperta alle esigenze umane del caso individuale. A tutti noi avvocati capita di frequente, e in quest'ultimo decennio è capitato forse più spesso di prima, di dover ammirare certe sentenze che sono monumenti di dottrina giuridica, senza tuttavia poter soffocare in noi alla fine della lettura un senso di scontentezza e di disagio, dal quale esce una domanda secreta che non trova risposta in quello sfoggio di erudita dialettica. Ma ancor più sintomatico è questo: che talvolta gli stessi magistrati giudicanti, uscendo dalla camera di consiglio dopo aver deciso, provano questo stesso senso di inquietudine e di scontentezza. Me lo confessava una volta un giudice mio amico: « decidemmo all'unanimità perchè la logica giuridica voleva così; ma quando ci lasciammo, eravamo tutti pieni di tristezza ».

La « logica giuridica », ecco la preziosa ausiliaria della giustizia, finchè rimane uno strumento per servirla; ma anche la sua più pericolosa nemica, quando pretende di diventarne la dominatrice.

Ora io ho il sospetto che nei metodi di lavoro di noi giuristi pratici, giudici e avvocati, la logica formale abbia preso il sopravvento: questa è forse una eredità secolare che ci deriva dalla tradizione scolastica, non mai spenta nei metodi del nostro insegnamento universitario, nella quale la giurisprudenza non era che un capitolo della logica, intesa come arte del linguaggio. Certo è che ancor oggi, a distanza di tanti secoli, il modo con cui il giudice italiano si pone

dinanzi a un caso da risolvere è essenzialmente diverso, quasi si direbbe capovolto, da quello che seguono i giudici inglesi o americani. Per essi ciò che conta è il fatto, la « fattispecie », come diremmo noi: la giustizia è tale soprattutto in quanto appare adeguata al caso singolo; la soluzione di ogni caso è cercata, più che in criteri generali, nella equità che meglio si attaglia alle circostanze concrete: più che nella logica astratta, in quelle valutazioni sociologiche di moralità e di convenienza economica, che scaturiscono dal costume di una certa società, e che in ogni vicenda umana scoprono un caso imprevedibile e irriproducibile, un *unicum* vivente, per il quale occorre una *lex specialis*, fatta su misura e non creata in anticipo. E' vero che anche negli ordinamenti angloamericani si estende sempre più l'autorità delle leggi scritte e che il giudicante è vincolato all'osservanza non solo di esse, ma anche dei precedenti giudiziari su casi simili; ma è altresì vero che alla fine, anche di fronte alla legge e ai precedenti, il giudice angloamericano conserva larghissimi poteri equitativi, tali da permettergli sempre, ove sorga conflitto tra la legge e la coscienza, di sacrificare la prima per mettere in pace la seconda.

Nella nostra giurisprudenza, invece, salvo in quei pochissimi casi in cui la stessa legge rimanda espressamente all'equità del caso singolo, pare che tutto sia questione di astratta logica. La legge stabilisce in anticipo, in maniera generale ed ipotetica, come devono essere decisi tutti gli svariatissimi casi che potranno sorgere in avvenire. Nella legge c'è tutto: tutto è previsto in anticipo. L'ordinamento giuridico (si dice) non ha lacune. Il sistema giuridico è come un immenso casellario, in cui ogni casella contiene la previsione di un certo tipo di fattispecie: il lavoro del giudice consiste soprattutto nella qualificazione dei fatti accertati, cioè nel ricercare quale sia tra le migliaia di fattispecie previste dalla legge quella a cui corrisponde la fattispecie accertata. Una volta trovata questa coincidenza, il giudice non deve fare altro che aprire la cassettina individuata nel casellario (cioè lo articolo del codice che fa al caso), e ci trova lì dentro, come una ricetta, la soluzione bell'e pronta. Questo è il famoso meccanismo logico per il quale ogni sentenza si può schematizzare in un sillogismo: la premessa maggiore è la legge, la premessa minore è il fatto: basta che il fatto coincida con la previsione della legge, perchè la conclusione venga fuori da sè.

E' vero che non sempre, nonostante la infinita ricchezza del casellario, si riesce a trovare, poichè la realtà è sempre più ricca di ogni previsione, la casella che esattamente corrisponda al caso da decidere: e che in tale ipotesi è affidato alla giurisprudenza di aggiungere al sistema una nuova casella supplementare. Ma è anche vero che questo

lavoro di supplemento giurisprudenziale è considerato da noi tradizionalmente non come opera di creazione, ma come opera di interpretazione: cioè come ricerca, nella legge generale ed astratta, di qualche cosa che c'è già per volontà del legislatore, e che si tratta non di creare *ex novo,* ma di scoprire e riconoscere. La nostra giurisprudenza è essenzialmente concettuale: la applicazione della legge al caso pratico è prima di tutto interpretazione della legge, ossia scoperta dentro la norma giuridica, che ha per definizione forma e valore di massima (cioè di proposizione generale ed astratta), di altre norme più sottili e circostanziate, ma anch'esse formulate a somiglianza della norma da cui derivano, come massime generali ed astratte. Quand'io cerco di tradurre in immagini visive questo metodo tradizionale della giurisprudenza concettuale, penso al lavoro di chi da una cordicella cercasse di districare a poco a poco pazientemente i fili rattorti di cui essa si compone: la cordicella sarebbe la legge, e i fili sempre più sottili, che piano piano gli interpreti riescono a isolare scomponendola, sarebbero le massime giurisprudenziali. Ma insomma, cordicella e fili sono logicamente della stessa fibra: il giudice nel districare quei fili, non ci porta niente di suo, fuor che la sua pazienza e la sua precisione di ricercatore. La giurisprudenza nei nostri repertorî è pregiata non come dispensatrice di giustizia adeguata alle esigenze del caso individuale, ma come rivelatrice di massime buone per l'avvenire, sulle quali poi altri avvocati ed altri giudici si adageranno per trovare in esse le caselle da collocarvi i loro problemi. Pensate, o colleghi, al modo con cui si svolge il nostro lavoro di avvocati quando prepariamo una difesa: la nostra fatica consiste non soltanto nel rintracciare nel caos legislativo l'articolo che meglio serve alla nostra tesi, ma nell'andare in cerca col lumicino, nella selva giurisprudenziale che è cresciuta su ciascun articolo, della massima giurisprudenziale che più si accomoda al nostro caso. Le massime di giurisprudenza, via via che per forza di inerzia sono confermate da altri giudicati conformi, acquistano di fatto autorità simile a quella delle leggi: diventano, come si suol dire, massime *consolidate;* nessuno, nè avvocati nè giudici, osa più discostarsene. Le maglie di questa immensa ragnatela di fili logici che la giurisprudenza intesse per colmare gli interstizi lasciati dalle leggi, diventano sempre più ristrette: tanto strette che talvolta si ha la sensazione soffocante che l'aria non vi circoli più.

Vi confesso che quanto più passano gli anni e più si allunga la mia esperienza forense che ha già superato il quarantennio, tanto più si accresce la mia diffidenza, che certe volte si avvicina al terrore, per la logica giuridica. Si, lo so, essa (si dice) è lo strumento indispensa-

bile per garantire la certezza del diritto: la controversia tra i fautori della giurisprudenza concettuale e i fautori della giurisprudenza creativa è antica: è la polemica tra i due valori fondamentali dell'esperienza giuridica, la certezza e l'equità, tra il sistema della legalità, che può sodisfare le esigenze della certezza, e il sistema della giustizia del caso singolo, che può sodisfare le esigenze dell'equità, ma distrugge la certezza del diritto e mette in pericolo, attraverso l'arbitrio del giudice, il bene supremo della libertà.

Non sarò certo io a sottovalutare l'esigenza della certezza del diritto (anche se vi è stato recentemente qualcuno che l'ha definita come un mito) e ad augurarmi che si rinunzi alle gloriose tradizioni del *mos italicus iura docendi*, fondato soprattutto sulla logica, cioè sulla ragione. Ma non riesco a dimenticare che in quella enigmatica opera uscita dalla scuola dei glossatori civilisti che si intitola *Quaestiones de iuris subtilitatibus* e che qualcuno ha attribuito ad IRNERIO, la giustizia appare seduta come in una corte celeste sul suo trono circondato dalle sue figlie, che sono la *religio*, la *pietas*, la *gratia*, la *vindicatio*, l'*observantia*, la *veritas*. Queste stanno ai suoi piedi; al di sopra di lei sta, come una madre, la ragione (e questa è tradizione millenaria della nostra giurisprudenza che a nessun costo si vorrebbe rinnegare); ma in grembo, come figlia prediletta, le siede l'equità.

Ora io penso che anche nel nostro metodo giurisprudenziale, senza incorrere nei pericoli della giustizia del caso per caso, che in momenti di trapassi politici può voler dire giustizia di fazione (e quindi alla fine negazione della giustizia), le esigenze tradizionali della ragione, madre della giustizia, si possano sodisfare senza sacrificare l'affetto per la figlia prediletta che è l'equità: e che quel grado di certezza, cioè di prevedibilità del diritto e quindi di ordine di convivenza spontaneamente osservato dai cittadini, che il sistema della legalità garantisce, possa sussistere senza chiudere al giudice, nei casi eccezionali in cui l'ordine è turbato, le vie della sensibilità umana e sociale. Io ho il sospetto che in generale noi giuristi, e quindi anche i giudici che sono prima di tutto esperti di tecnica giuridica, abusiamo della logica: anche nel campo della giustizia noi abbiamo ereditato, forse dalla scolastica medievale più che dall'*aequitas* romana, la tendenza alle architetture sistematiche: fabbrichiamo castelli di concetti per darvi decoroso alloggio alla giustizia, e non ci accorgiamo che a poco a poco si trasformano in prigioni sbarrate da cui essa non riesce più a liberarsi.

Soffermiamoci un momento ad osservare come nascono nella nostra pratica le massime giurisprudenziali. All'origine di esse vi è sempre un procedimento induttivo: un risalire da un caso singolo a un giudizio che si pretende di carattere generale. Le leggi, per quanto si

dica che l'ordinamento giuridico non ha lacune, non possono prevedere puntualmente tutti i casi che la realtà, molto più ricca di ogni più fervida fantasia, suscita dinanzi al giudice: sicchè, anche nel sistema della legalità, ogni legge lascia al giudice un certo margine di discrezionalità, entro il quale egli, attraverso l'interpretazione e l'applicazione, diventa, anche senza accorgersene, purchè rimanga entro quei margini, creatore di diritto. Quando si dice che nel sistema della legalità il giudice non è che un interprete della legge, non si deve credere che egli sia nient'altro che il portavoce inanimato e meccanico della legge, la « *bouche de la loi* » come voleva il MONTESQUIEU: al contrario, la legge, anche la più precisa e la più minuziosa, lascia al giudice, non solo nella ricostruzione del fatto ma anche nella ricerca della relazione che passa tra il fatto e il precetto giuridico, un certo àmbito di movimento e di scelta, entro il quale il giudice non solo può, ma deve cercar la risposta, più che nella legge, nella sua coscienza. La sentenza non vien fuori direttamente dalla legge: vien fuori dalla coscienza del giudice, stimolata da molteplici motivi psicologici, tra i quali la legge costituisce il motivo più importante, ma non l'unico; un motivo che per trasformarsi in sentenza deve incontrarsi e fondersi, come in un crogiuolo, cogli altri motivi di ordine morale, al contatto dei quali si trasforma, da astratta proposizione logica, in concreta volontà individuale. La contrapposizione tra la legalità e il diritto libero, come se fossero due sistemi tra loro opposti e inconciliabili, è nella pratica giurisprudenziale molto meno assoluta e rigorosa di quanto si legge nei libri. Infatti nel sistema del diritto libero, di cui si potrebbe esser tentati di vedere un esempio nell'ordinamento angloamericano, si dice, sì, che il giudice crea la legge (*judge made law*), ma ciò non toglie che il giudice sia vincolato dalle leggi, che esistono, se pure in minor numero che da noi, anche in quel sistema, e soprattutto dai precedenti giudiziari; e, reciprocamente, nel sistema della legalità, quale abbiamo noi, le leggi lasciano al giudice, non solo con specifici espressi richiami all'equità, ma proprio attraverso il normale potere di interpretazione, molta più libertà di quanto non si insegni. Non c'è norma, si può dire, che non consenta al giudice un certo respiro di libertà creativa: il sistema della legalità è non l'abolizione del diritto libero, ma la riduzione e, si potrebbe dire, il *razionamento* di esso entro le caselle delle leggi.

Se questo è esatto, a me sembra che la giurisprudenza non si serva abbastanza di questa libertà, sia pur razionata, che il sistema della legalità lascia al giudice: che non se ne serva con abbastanza risolutezza e con abbastanza coraggio. Quando il giudice si trova a decidere per la prima volta un caso che espressamente le leggi non contem-

plano, uno di quei cosiddetti « casi nuovi » che nella nostra rapidissima evoluzione sociale affiorano così frequenti nella pratica giudiziaria, è naturalmente portato a fare quello che si dice facesse BARTOLO quando doveva decidere una causa: prima di guardare le leggi, ne cercava la soluzione nell'istintivo senso di giustizia che « detta dentro » nella coscienza, e solo in un momento successivo andava a consultare le leggi per trovare *a posteriori* la giustificazione logica della soluzione suggerita dal sentimento. Non per nulla anche oggi i giudici, al pari di BARTOLO, prima trovano il dispositivo e poi, magari a distanza di qualche settimana, ne redigono la motivazione.

Senonchè il nostro giudice (ecco il punto a cui volevo arrivare), pur avendo questa possibilità, lasciatagli dagli interstizi di libertà che ogni legge gli consente, di decidere secondo la sua coscienza, sembra quasi che abbia ritegno a dichiarare apertamente che, entro i limiti lasciatigli dalla legge, egli decide in base a considerazioni di specie, cioè per ragioni di moralità e di convenienza appropriate a quel caso e non estensibili ad altri casi; e sente il bisogno, anche quando giudica in realtà per ragioni di specie, di trarre da quel caso un principio di ordine generale, una massima che in qualche modo si presenti come idonea ad essere applicata in avvenire a casi simili. Il giudice insomma non osa confessare neanche a se stesso che le ragioni per le quali ha giudicato, lecitamente spaziando entro l'àmbito che la legge gli lascia, sono ragioni di specie proprie di quel caso, che, come tutti i casi della vita umana, è un *unicum*. La sua coscienza non è in pace se egli quel caso unico non lo traduce in termini tipici di logica giuridica, in modo da poter estrarre da quel caso un principio generale di cui la sua decisione possa apparire come una applicazione. Così nasce quella che si chiama la massima: la decisione in realtà è nata dalla coscienza sulla misura di quel caso singolo, è stata una scoperta individuale fatta dal sentimento; ma questo non si può confessare, e bisogna allora a tutti i costi, attraverso ingegnosi sforzi induttivi, tradurre questa scoperta in termini generali ed astratti. Niente di male se la massima rimanesse lì: ma il male è che la massima comincia a vivere per conto suo, si diffonde nei repertorî, si consolida: e allora accade che viene il momento in cui essa si impone, per tirannica forza d'inerzia, ad altri giudici, che trovandola formulata in termini generali vi restano imprigionati come in un ingranaggio e si sentono portati ad applicarla anche a casi che, pur rientrando formalmente nello stesso schema tipico, non si fondano però su quelle ragioni di equità individuale, da cui la prima volta quella massima è stata suggerita. E avviene allora che a causa di questa che si potrebbe chiamare « logicizzazione dell'equità », una massima, che è nata per giustificare le ragioni di equità appropriate a

un certo caso, si trova ad essere applicata nell'avvenire, per ossequio alla coerenza formale, a un caso in cui l'equità meglio appropriata ad esso suggerirebbe una soluzione diversa e magari diametralmente opposta.

Questo mio ragionamento può esservi illustrato con un esempio tratto dalla giurisprudenza di quest'ultimo decennio, in una materia della quale tutti coloro che mi ascoltano hanno avuto certamente, come giudici o come avvocati, diretta esperienza: parlo della materia tormentatissima, così piena di violenti contrasti tra legalità ed equità, della svalutazione monetaria, che ha costituito in questi ultimi quindici anni il quotidiano travaglio delle nostre aule giudiziarie.

Come sapete, in questo campo (anche in questo campo) il legislatore del dopoguerra è rimasto inerte: non ha creduto di poter risolvere il problema in via legislativa: ha mantenuto in piedi, come se niente fosse accaduto, il principio nominalistico, lasciando che i giudici, messi a tu per tu con le insopportabili iniquità alle quali avrebbe dato luogo un'applicazione rigorosa di questo principio, si traessero d'impaccio per conto loro. Messi a faccia a faccia coi casi più impressionanti di questa iniquità, i giudici hanno trovato nella loro coscienza l'imperativo morale che condannava l'assurda crudeltà di quel principio: ma non hanno osato, per ribellarsi ad esso, francamente invocare caso per caso le ragioni dell'equità, e hanno preferito, per trovare a questa ribellione una giustificazione logica di ordine generale, adottare come valevole per ogni caso quella distinzione tra debiti di valuta e debiti di valore, che la legge non conosceva e che era stata cautamente presentata dalla dottrina, già da molti anni, come una discutibile ipotesi da mantenersi in limiti molto ristretti. Così di questa distinzione la giurisprudenza si è servita all'inizio per sottrarre ai rigori del principio nominalistico i debiti cosiddetti di valore; ma quando questa distinzione è diventata una massima consolidata, salita nell'empireo della logica giuridica e svincolata dalle ragioni dell'equità che dapprima l'avevano suggerita, allora essa si è imposta per ragioni di coerenza anche nei casi in cui le ragioni dell'equità avrebbero portato a respingerla: e tutti noi conosciamo purtroppo nella nostra pratica forense casi in cui è bastato al giudice riscontrare nel caso i caratteri tipici del debito di valuta, per respingere senz'altra motivazione, sotto questa formula inesorabile, le più elementari e manifeste ragioni della equità.

Tra i casi più penosi della mia professione ne ricordo uno, deciso qualche anno fa dalla Corte suprema, che mi sembra tipico per dimostrare come può essere pericoloso per la giustizia l'abuso della logica giuridica, che si verifica quando il sillogismo, da strumento contin-

gente atto a razionalizzare l'equità del caso singolo, pretende di diventare esso stesso una verità finale di carattere universale.

Si trattava di due figli naturali non riconosciuti, nati da un ricchissimo padre e da lui abbandonati in miseria, i quali, quando questi morì verso il 1940 lasciando tutta la sua cospicua sostanza immobiliare ai figli legittimi, dovettero iniziare contro di essi una causa per farsi liquidare quell'« assegno vitalizio » che l'art. 580 del codice civile attribuisce ai figli naturali « in proporzione delle sostanze ereditarie e del numero e della qualità degli eredi ». La causa fu promossa nel 1941 quando lo scivolamento verso l'abisso della svalutazione era appena agli inizi; e durò dieci anni, nel corso dei quali la moneta si ridusse a un cinquantesimo del suo valore. Alla fine del processo la Corte d'appello, ritenendo che ai prezzi d'oggi il patrimonio ereditario lasciato ai figli legittimi valesse qualcosa come mezzo miliardo, determinò l'assegno, in proporzione con questo valore d'oggi, in circa un milione all'anno per ciascuno dei due figli naturali: un assegno più che modesto, com'è facile intendere, di fronte al reddito odierno di un patrimonio così cospicuo. Ma gli eredi legittimi non si acquetarono: ricorsero in cassazione, sostenendo che il credito dei figli naturali era un credito di valuta, non di valore, perchè, quantunque liquidato solo nel 1951, era in realtà sorto come debito di danaro fino dal 1940, cioè fino dal momento dell'apertura della successione; e che, di conseguenza, a rigor di logica, doveva essere determinato in base ai prezzi di allora, non in base a quelli d'oggi. In quella udienza il p. m., un valoroso magistrato oggi presidente di una delle nostre Corti d'appello, concluse per il rigetto del ricorso (cioè a favore dei figli naturali), con queste parole: « Qui la logica giuridica porterebbe a conseguenze assurde, alle quali la mia coscienza si ribella ». Ma la Corte di cassazione, la quale per la sua stessa struttura non può tener conto delle ragioni dell'equità ed è portata necessariamente a vedere in ogni caso una massima, scelse la via della logica: e riconobbe, partendo da premesse ormai consolidate, che il credito doveva ritenersi di valuta e non di valore, e che di conseguenza la liquidazione dell'assegno ai figli naturali doveva esser fatta secondo i valori monetari correnti *in die mortis*: con la conseguenza che a questi due sciagurati figli l'assegno vitalizio, su un patrimonio che oggi vale mezzo miliardo, fu ridotto a qualcosa come ventimila lire all'anno per ciascuno. Una beffa. Errore della Cassazione? No: vittoria della logica giuridica; ma, forse, sconfitta della giustizia.

Ricordo come uno dei momenti più tristi della mia vita professionale quello in cui dovetti dare l'annuncio della sconfitta a quei due poveretti, persone umili, ignare di siffatte esigenze disumane del sillo-

gizzare giuridico. Non riuscivano a capacitarsi di questa apparente mostruosità: uno di essi, al momento di ripartire per il suo paese, mi domandò con le lacrime agli occhi: « Ma che male vi abbiamo fatto, per meritare da voi tanto male? ». Diceva « voi », alludendo ai giudici e agli avvocati, a questi uomini senza cuore, che egli, nella sua umiltà, immaginava capaci di stritolare la giustizia e il buon senso negli ingranaggi dentati della loro logica inesorabile. Ed io, avvocato, che avevo la gola stretta dall'angoscia, non sapevo che cosa rispondergli.

Di fronte a casi come questo, che cosa possiamo suggerire? Forse che il giudice si sottragga alla legge? No certo: diciamo soltanto che pur senza uscire dai limiti della legge, casi come questi non dovrebbero verificarsi, se il giudice non fosse tratto talvolta, per eccessivo ossequio alle massime, a dare parvenza di legge alle costruzioni logiche inventate dai suoi predecessori; le quali, create una prima volta per servir l'equità, possono diventare, quando sono riportate sui massimari separate dai fatti su cui si fondarono, idoli spietati di cui l'equità diventa la vittima. Non vorremmo insomma che il giudice si creasse, attraverso le massime, vincoli più stretti e più rigorosi di quelli che la legge gli pone. La logica giuridica, quando sia adoprata con discrezione, è uno strumento prezioso per vedere gli aspetti giuridici della realtà sociale; somiglia a quello strumento (il « reticolo » inventato da Leon Battista Alberti per studiar la prospettiva) con cui gli antichi ritrattisti, a quei tempi in cui si credeva che uno dei pregi dei ritratti fosse la somiglianza, si aiutavano per essere più fedeli al modello: una intelaiatura di legno, sulla quale era fissata una rete di fili di seta incrociati ad angolo retto; sicchè, traguardando il volto da ritrarre attraverso questa quadrettatura, era più facile riportare sulla tela le proporzioni della fisionomia. A questo serve il sillogizzare dei giuristi: ma guai se si aumentano oltre misura i fili della rete, restringendo sempre più le dimensioni delle aperture attraverso le quali si dovrebbe vedere la giustizia! A un certo momento, quando la rete è diventata troppo fitta, la giustizia, sotto l'intrico della giurisprudenza, non si riesce a vederla più.

Eppure, anche nel sistema della legalità, la stessa legge offre al giudice i mezzi per non perderla mai di vista, per mantenersi sempre in contatto con essa, anche quando i tempi cambiano più velocemente delle leggi: l'interpretazione evolutiva, l'analogia, i principî generali, finestre aperte sul mondo, dalle quali, se il giudice sa affacciarsi a tempo, può entrare l'aria ossigenata della società che si rinnova.

Vi sono tempi di stasi sociale in cui il giudice può limitarsi ad essere il fedele secondo del legislatore, il seguace che l'accompagna pas-

so per passo; ma vi sono tempi di rapida trasformazione in cui il giudice deve avere il coraggio di esserne il precursore, l'antesignano, l'incitatore.

Noi ci siamo trovati tante volte, in questi dieci anni, di fronte alla inerzia del legislatore: e nella vana attesa di nuove leggi inutilmente sollecitate, ci siamo rivolti fiduciosi alla giurisprudenza, nella speranza che essa, nella carenza del legislatore, avvertisse direttamente le esigenze dei tempi nuovi e coraggiosamente le accogliesse nelle sue decisioni, quasi per indicar la via al Parlamento. Ma quasi sempre ci siamo trovati di fronte ad altrettanta inerzia: in certi casi, chi aveva contemporanea esperienza, com'è accaduto a me, dei procedimenti legislativi e di quelli giudiziari, ha potuto credere che tra potere legislativo e potere giudiziario si fosse aperta una gara di attesa, una specie di connivenza di immobilità: a chi in Parlamento proponeva certe riforme che sembravano urgentissime, magari anche certi piccoli ritocchi della legislazione che avrebbero potuto essere compiuti col cambiare un articolo, il ministro competente rispondeva che per raddrizzar quell'articolo il meglio era rimettersi all'interpretazione evolutiva dei giudici; ma quando andavamo a battere alla porta dei giudici, ci sentivamo rispondere che le leggi erano quelle scritte, e che il giudice non poteva far altro che attendere che il legislatore si decidesse a mutarle. Di questa reciproca tendenza a scaricarsi di responsabilità, si potrebbero citare numerosi esempi nella prassi di quest'ultimo decennio: ma io mi limito a ricordare ai colleghi civilisti quella penosa situazione, alimentatrice della malafede contrattuale, che fu creata nell'immediato dopoguerra da quel famoso decreto del 27 settembre 1941, che aveva stabilito la nullità assoluta dei trasferimenti immobiliari non registrati. Se c'era un caso in cui, prima che il tardigrado legislatore intervenisse, la giurisprudenza avrebbe potuto prender coraggiosa posizione in difesa del principio sacrosanto *pacta sunt servanda,* pareva che fosse proprio questo: e nei primi tempi parve infatti che la Corte suprema fosse disposta a difendere il principio della buona fede e della santità dei contratti, considerando validi, sotto il profilo della *soluti retentio,* i trasferimenti anche se non registrati in cui la consegna del fondo fosse già avvenuta, o almeno decidendo che, se il fondo doveva essere retrocesso, il prezzo dovesse esser restituito dal venditore in moneta rivalutata. Ma poi, dopo queste prime coraggiose pronunce, parve quasi che la giurisprudenza avesse paura di aver troppo osato: e piano piano, con una serie di pentimenti che si possono oggi seguire sui massimari come stratificazioni geologiche, la giurisprudenza tornò alla stretta ortodossia letterale, in attesa che le conseguenze del malaugurato decreto del 1941 fossero rimediate dal legislatore: il quale, com'è noto, intervenne quando non c'era più niente da rimediare, con quella sua

legge del 6 gennaio 1952, la quale chiuse la stalla quando ormai i buoi erano già tutti tranquillamente scappati alla pastura.

Ora io penso che questa specie di ostentata immobilità dei giudici di fronte alle carenze del legislatore, la quale quasi si compiace di mettere in evidenza, coll'applicarle alla lettera, la decrepitezza delle vecchie leggi non più corrispondenti alle mutate esigenze della società, non corrisponda più allo spirito di fattiva e fiduciosa cooperazione tra poteri che vi dev'essere in un regime democratico.

Capisco che in un regime autoritario com'era il fascismo, i giudici, soverchiati dalla schiacciante onnipotenza del legislatore unico, si limitassero ad applicare le leggi così come egli le dettava, senza nulla aggiungere e senza nulla togliere, per lasciarne a lui solo tutta la responsabilità, specialmente quando si trattava di leggi infami, come quelle di persecuzione razziale. Ma in un regime di libertà, nell'interno di una Costituzione in cui il potere giudiziario è un potere autonomo posto sullo stesso piano del legislativo, questo atteggiamento agnostico della giurisprudenza, questa specie di ironico gusto, che si intravede tra le righe di certe sentenze, di mettere in evidenza la manchevolezza delle leggi e di far ricadere tutte le colpe sull'inerzia del legislatore che non provvede, non corrisponde più ai doveri costituzionali dello ordine giudiziario, il quale, per accorgersi della Costituzione e delle mete che essa segna, non ha più bisogno di passare attraverso il tramite del legislatore.

Voglio farvi, prima di finire, un altro esempio. Si presentano tutti i giorni nella pratica casi in cui, per la molteplicità e la eterogeneità delle leggi che specialmente nel campo del diritto pubblico costituiscono una inestricabile selva, le pubbliche amministrazioni non sanno quale sia la via legale da seguire per sodisfare certe urgenti esigenze di pubblica utilità. Pensate, per esempio, a quello che può avvenire in materia di concessioni di pubblici esercizi: l'acqua, la luce elettrica, il gas, servizi di prima necessità che non possono essere interrotti neanche per un giorno, senza che i cittadini ne soffrano. In questa materia delle concessioni la nostra giurisprudenza si è acquistata, venti o trent'anni fa, benemerenze indimenticabili: della precisa elaborazione di certe nozioni, come quella di revoca d'autorità, siamo debitori ad essa. Anche Ernesto Eula ha lasciato in questo lavoro la sua traccia indelebile. Ma più di recente è sorto un altro problema: nel potere di revoca entra, come il meno nel più, il potere di sospensione temporanea? E' accaduto assai spesso in questi ultimi anni che in qualche grande città l'esercizio di qualcuno di questi servizi pubblici di prima necessità sia stato bruscamente interrotto, non tanto per inadempienza del concessionario, quanto per ragioni di forza maggiore: come potrebbe

essere uno sciopero del personale addetto al servizio, a causa di una vertenza sindacale coll'imprenditore. La vertenza può trascinarsi per alcune settimane: lo sciopero è un sacrosanto diritto dei lavoratori. Ma intanto i cittadini restano senza acqua e senza gas. Che può fare nel frattempo la amministrazione concedente? Essa non può starsene con le mani in mano: qualcosa bisogna che faccia, perchè il suo primo dovere istituzionale è quello di garantire la continuità del servizio pubblico. E infatti, tutte le volte che un caso siffatto si è presentato, la pubblica amministrazione interessata ha sempre fatto qualcosa; ma regolarmente, in tutti i casi che conosco io, i giudici, ordinari o speciali, dinanzi ai quali la controversia è poi andata a sfociare, hanno sempre finito col dire che la pubblica amministrazione aveva agito male: l'azione di risoluzione contrattuale della concessione è stata respinta, perchè, trattandosi di forza maggiore, il concessionario non poteva considerarsi inadempiente; la revoca d'autorità per motivi d'ordine pubblico è stata annullata per eccesso di potere, perchè una interruzione temporanea del servizio non poteva considerarsi ragione sufficiente per revocare una concessione che doveva durare ancora qualche decennio. Un comune ha requisito l'azienda, ma i giudici hanno accertato che nessuna legge dà in questi casi il potere di requisire. Un altro comune ha creduto di poter sospendere temporaneamente la concessione e di immettersi, finchè durava lo sciopero, a gestire direttamente il servizio interrotto; ma anche questo provvedimento è stato ritenuto illegale. E' stato proprio in quest'ultimo caso che mi sono trovato, qualche tempo fa, dinanzi alle Sezioni unite a sostenere le ragioni di un grande comune dell'Italia settentrionale che, per cercar di rimediare all'interruzione del servizio della distribuzione del gas, prodotta dallo sciopero del personale, aveva assunto temporaneamente la gestione del servizio per conto della società concessionaria. Terminato lo sciopero, la società, invece di ringraziare, ha fatto causa di risarcimento al comune: e le Sezioni unite, dinanzi alle quali la causa è terminata, hanno dato ragione alla società. Mi inchino a questa decisione; ma ne parlo soltanto per fare un altro rilievo. Nella difesa di quella causa il difensore del comune aveva detto: « In casi come questo le pubbliche amministrazioni non sanno quale via seguire: le leggi in proposito non dispongono chiaramente: e qualunque strada si scelga, i giudici ci dicono che la strada è sbagliata. Allora noi chiediamo ai giudici, anche se ci danno torto in questa causa, di dirci quale è la via da seguire per poterci regolare in avvenire, in difesa del pubblico interesse ». Ma le Sezioni unite, a questa invocazione dettata dalla nostra fiducia nel supremo organo giudiziario, la cui funzione, come si dice nel linguag-

gio forense, è non solo quella di giudicare, ma anche quella di « insegnare », risposero testualmente così:

« Non basta tale richiamo al pubblico interesse nemmeno quando, come nel presente caso, l'istanza relativa viene prospettata in forma che si direbbe drammatica, attesa la gravità degli inconvenienti che deriverebbero dalla mancanza di funzionamento di un pubblico servizio, così essenziale come quello del gas. Non basta quel richiamo, perchè non mancano nel nostro ordinamento rimedi per ovviare alle situazioni considerate, rimedi che debbono essere esercitati nell'orbita delle leggi dalle autorità competenti... ».

A questo punto ci si aspettava che il supremo organo giurisdizionale ci insegnasse quali sono questi rimedi: affinchè le pubbliche amministrazioni, ammaestrate da sì alta cattedra, potessero regolarsi in avvenire. E invece no: la motivazione continua così:

« Nè spetta a queste Sezioni unite additarli: la funzione giurisdizionale si svolge in relazione al caso discusso e non può essere diretta all'esame di questioni giuridiche non ancora proposte, il quale esame non può ora compiersi senza invadere la sfera riservata ai giudici che eventualmente ne potranno essere investiti... ».

Questo mi sembra un caso tipico di quell'agnosticismo giurisprudenziale, che lascia deluso e insodisfatto chi cerca nelle risposte dei giudici la face che lo guidi nel labirinto delle leggi. Sotto l'aspetto della pura logica formale, questa decisione, redatta da uno dei magistrati più insigni del Collegio supremo, è ineccepibile; ma lascia un senso di scontentezza e di vuoto. Quasi dà l'impressione che per scrupolo di discrezione riduca la funzione della giurisprudenza in limiti non corrispondenti a quelli, molto più ampi, che la Costituzione traccia al potere giudiziario, quando lo chiama, attraverso le norme programmatiche, a suo diretto interprete.

Questo è un punto su cui io vorrei, terminando questo discorso troppo lungo, richiamare l'attenzione di chi benevolmente mi ascolta. Vi sono (come vi ho detto) nella legislazione attuale non soltanto norme isolate, ma interi corpi formati da centinaia di articoli, che continuano a sopravvivere nel clima di libertà come strani ruderi di un regime autoritario per sempre caduto, come desolati relitti di naufragio, ai quali si addice l'immagine carducciana:

« *sperso nel mezzodì notturno augello* ».

Pensate al testo unico di P. S. che è del 1931; pensate al Codice penale che è anch'esso del 1931. Queste leggi sono espressione fedele di un regime totalitario, in cui il potere esecutivo era preminente, in cui i diritti individuali erano tutti quanti affievoliti dal potere di-

screzionale della polizia, in cui non vi era che un'opinione ed un partito, e le opinioni diverse erano altrettanti delitti. Come possono queste leggi sopravvivere immutate in un ordinamento democratico, in cui i diritti individuali sono proclamati come inviolabili non solo dal potere esecutivo ma perfino dal legislatore, e in cui la pluralità e la uguaglianza dei partiti è uno dei pilastri del sistema parlamentare?

Io mi permetto di richiamare l'attenzione dei colleghi penalisti su un solo punto, che è uno dei paradossi più grotteschi della nostra situazione attuale. Il Codice penale tuttora vigente è, specialmente nel titolo « dei delitti contro la personalità dello Stato » (artt. 241-313), un codice *di partito* (di un partito, si noti, oggi disciolto e vietato), le cui disposizioni, fondate su una concezione totalitaria dello Stato che escludeva la pluralità dei partiti e considerava delittuosa l'eterodossia, degnamente fiancheggiano le disposizioni della legge di P. S. entrate in vigore nello stesso anno: in modo che la nostra Magistratura si trova quotidianamente ad applicare articoli che le possono permettere di considerare delittuose, secondo la concezione dello Stato fascista, opinioni che sono libere e lecite nello Stato democratico; cioè articoli che sotto il fascismo punivano come oltraggio o vilipendio delle autorità, quelle espressioni di pensiero che in regime democratico dovrebbero essere libere manifestazioni di utile opposizione e di feconda critica politica. Col Codice penale oggi in vigore, che mantiene immutate ed elastiche le infauste formule della dittatura, sarebbe possibile domani dichiarare delittuose, sotto il profilo dell'« odio di classe » o della « propaganda antinazionale » le ideologie di partiti oggi operanti nella vita politica, il cui credo esplicito è stata sempre la lotta di classe e l'internazionalismo. C'è da pensare che a un certo momento, perfino gli aderenti al Movimento federalista europeo, alla testa dei quali furono e sono uomini come Alcide De Gasperi o Luigi Einaudi, che hanno come caposaldo della loro propaganda la polemica contro il dogma della sovranità dello Stato nazionale, possano essere incriminati in base all'art. 271 del Codice penale vigente, che punisce con la reclusione fino a due anni chi svolge un'attività diretta « a deprimere il sentimento nazionale »!

Ora, finchè queste leggi restano in piedi, la democrazia italiana non può trovare la sua salvezza altro che nella Magistratura: in quella che io chiamerei la *sensibilità costituzionale* della magistratura. Voi sapete che la difesa della nostra Costituzione dovrebbe essere affidata, secondo l'idea dell'Assemblea costituente, alla Corte costituzionale; e che questa Corte costituzionale, a distanza di otto anni, non è ancora (non importa cercare per colpa di chi) entrata in funzione. Ma anche in mancanza della Corte costituzionale, c'è la Magistratura, c'è al suo

vertice la Corte di cassazione: questa è l'organo vicario al quale, finchè la Corte costituzionale rimane soltanto una speranza, può essere degnamente affidata la salvezza della Costituzione.

La quale, con le sue disposizioni programmatiche, non si rivolge soltanto al legislatore perchè a lunga scadenza trasformi in leggi ordinarie quel programma, ma si rivolge anche *direttamente* ai giudici perchè, attraverso le aperture dei principi generali e dell'interpretazione evolutiva, facciano entrare immediatamente nelle loro sentenze, *senza aspettare l'opera del legislatore,* il rispetto delle nuove esigenze sociali che la Costituzione rivela e consacra. La distinzione tanto discussa tra norme precettive e norme programmatiche, che purtroppo ha servito e serve a bloccare nelle sue disposizioni essenziali l'attuazione legislativa della Costituzione, non deve essere considerata dai giudici come un ostacolo che impedisca loro di tener conto nella loro giurisprudenza di quelle norme tendenziali, che, se pur non siano ancora tradotte in leggi, possono già servire da principî orientativi della prassi giudiziaria.

Io dico, concludendo, che anche se il legislatore rimane inerte, i giudici possono far sì che lo spirito della Costituzione viva nelle loro sentenze: mettersi in diretto colloquio con essa, ascoltarla nei suggerimenti; tradurla, giorno per giorno, nella realtà dei rapporti umani. Questo non vuol dire venir meno al principio di legalità: ispirarsi alla Costituzione per rifiutarsi di applicare le vecchie leggi di un'altra età o per introdurre nelle vecchie formule uno spirito nuovo, questo è per l'appunto il vero legalitarismo democratico a cui deve esser vanto della Magistratura, diventata autonoma e libera di sè, coraggiosamente ispirarsi. La Costituzione nordamericana, composta in origine di pochissimi articoli scritti, è stata rafforzata, sviluppata, perfezionata giorno per giorno dall'opera fervida e coraggiosa della giurisprudenza della Corte suprema: tanto che si può dire che in America la Costituzione è diventata, attraverso un lavoro di quasi due secoli, un monumento creato dai giudici.

Anche dalla Magistratura italiana è lecito attendersi lo stesso impegno, lo stesso spirito di progresso costituzionale. Nel coraggio con cui in questi ultimi anni la Corte suprema ha rivendicato a se stessa il còmpito di esercitare il sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi, vi è, se io non mi inganno, l'annuncio di questa volontà della magistratura di assumere *direttamente,* poichè il legislativo e l'esecutivo non provvedono, non solo la difesa, ma lo sviluppo della Costituzione verso le sue mete. Voi non potete aver dimenticato la conferenza che un anno fa Ernesto Eula tenne nella vicina Lecce, su « La vita giuridica della Costituzione »: quella conferenza è garanzia che

la Magistratura suprema, in questo momento così delicato della nostra crescenza costituzionale, conosce da sè il suo dovere.

Talvolta, quand'io osservo, nella quotidiana pratica professionale, il modo con cui istituzionalmente funziona la Corte di cassazione, con questa sua tradizionale separazione tra la questione di diritto e quella di fatto, che sembra fatta apposta per portare all'esasperazione il culto della massima e per vietare al giudice di lasciarsi commuovere dalle esigenze equitative del caso concreto, mi domando se questo delicatissimo congegno, capolavoro del razionalismo illuministico, sia ancora adatto a funzionare utilmente in tempi di rinnovamento sociale come sono i nostri, nei quali il diritto in formazione è ancora tutto pieno di sorprese e tutto commisto e amalgamato nei fatti, come il metallo nel minerale appena scavato. E mi vien fatto altresì di domandarmi, senza che mi faccia velo quell'antico amore di studioso che quasi quaranta anni fa mi spinse a ripercorrere la storia gloriosa di questo istituto, se la prima responsabile di questa riduzione della giustizia a un giuoco di logica formale non sia proprio la Corte di cassazione, che, quasi sdegnando l'impuro contatto dei casi controversi, ha inaridito e disumanizzato il diritto, riducendolo, per eccessivo amor di purezza logica, a una fabbricazione in serie di astratte premesse maggiori, che forzano i giudici di rinvio a concludere il sillogismo in contrasto con le esigenze della realtà e spesso con la loro coscienza.

Eppure io non so rassegnarmi a pensare che il sistema della Cassazione abbia esaurito il suo ciclo storico; e sono convinto che l'adeguare il funzionamento della Cassazione alle nuove esigenze dei tempi che viviamo, i quali non consentono più alla giurisprudenza di isolarsi nell'empireo della logica pura, dipende non tanto dai congegni processuali quanto dagli uomini che li amministrano. E poichè in questi uomini ho fiducia, confido che anche la Corte di cassazione riuscirà ad essere nell'avvenire sempre più vicina e sensibile alle esigenze della giustizia sostanziale.

XXXII

PROCESSO E DEMOCRAZIA (*)

Prefazione

Pubblico qui raccolto il cursillo *di sei conferenze, da me tenute nel febbraio del* 1952 *a Città di Messico, ove la* Facultad de derecho *della* Universidad Nacional Autonoma (1) *mi fece l'onore di invitarmi come conferenziere straniero nei* cursos de invierno *di quell'anno* (2). *Sono conferenze destinate a un pubblico vario, non lezioni rigidamente scolastiche: molti dei temi qui appena sfiorati richiederebbero, se dovessero essere oggetto di esauriente trattazione scientifica, ben altro approfondimento e ben altro corredo di riferimenti di dottrina; ma ho preferito lasciare immutato, anche in qualche frase di carattere occasionale, il testo originario, perchè esso, col suo stile non pedantesco e discorsivo, fa rivivere dinanzi a me nel ricordo quell'uditorio affollato*

(*) [Le sei conferenze, con le quali si conclude questa prima sezione delle *Opere giuridiche* di P. CALAMANDREI, sono state tenute alla Facoltà di diritto dell'Università nazionale del Messico nei giorni 14, 19, 21, 26, 27 e 28 febbraio 1952; esse sono state raccolte in volume, con prefazione dell'Autore, sotto il titolo *Processo e democrazia* (Padova, Cedam, 1954). Il volume è stato tradotto in lingua inglese, con il titolo *Procedure and Democracy*, da Helen e John CLARKE ADAMS, con una presentazione di Edmond CAHN (New York, New York University Press, 1956), e in lingua spagnola da H. FIX ZAMUDIO con il titolo *Proceso y Democracia*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960]. [*Bibliografia*, n. 721].

(1) L'Università Nazionale del Messico, fondata nel 1553 per ordine di Carlo V con tutte le prerogative e privilegi dell'Università di Salamanca, si contende con quella peruviana di Lima il vanto di essere la più antica Università americana. Il IV Centenario dalla fondazione è stato celebrato con grande solennità dalla Facoltà di diritto il 5 giugno 1953 (cfr. *IV Centenario de la Facultad de derecho, 1553-1953, Actos Commemorativos*, O.N.A.M.).

(2) Questi *cursos de invierno*, che, a partire dal 1939, sono organizzati ogni anno nei mesi invernali, nell'intervallo tra i due semestri di insegnamento ordinario, mirano al perfezionamento scientifico, e sono per questo destinati non soltanto agli studenti ma anche ai professionisti: vi insegnano, con brevi corsi di conferenze su temi speciali scelti anno per anno, professori messicani o stranieri, invitati per la loro speciale competenza sull'argomento (programma dei corsi del 1952, nell'opuscolo: UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO, FACULTAD DE DERECHO: *Cursos de invierno de 1952*, México, Imprenta Universitaria, 1952).

ed attentissimo, che fin dal primo giorno seguì queste conferenze con segni di amichevole comprensione e di consenso.

Ero arrivato al Messico col timore che, parlando in italiano, non sarei stato inteso dagli ascoltatori: e, per prevenire questo pericolo, il professore Niceto Alcalá Zamora y Castillo, titolare della cattedra di diritto processuale civile nella Facoltà messicana (insigne e caro amico, che nel mio soggiorno al Messico è stato, più che il mio presentatore, il mio angelo custode!) aveva suggerito di premettere ad ogni mia conferenza un breve sommario dell'argomento, che egli stesso traduceva in spagnolo a guisa di introduzione. Ma poi, fin dalla prima conferenza, ci accorgemmo che la precauzione era superflua: perchè l'uditorio, di cui assiduamente fecero parte con paziente benevolenza i più eminenti magistrati, professori ed avvocati della Città, mostrò subito non solo di intendere perfettamente, in ogni allusione ed in ogni sfumatura, il mio italiano, ma anche di possedere, di tutta la letteratura giuridica europea, e specialmente di quella italiana anche recentissima, una tal padronanza, da suscitare in me meraviglia e commozione.

Una gentile usanza messicana (e, credo, anche spagnola) vuole che quando l'ospite straniero entra in una casa, il padrone lo riceva sulla soglia con queste parole: « Esta es su casa »: *ora, appena giunto al Messico, io ebbi subito l'impressione di trovarmi a casa mia, non soltanto per le premurose attenzioni personali dalle quali mia moglie ed io ci trovammo circondati fin dall'arrivo, ma anche per la perfetta consonanza della cultura, tale da dare un senso quasi di parentela e di domestichezza intellettuale, come può esservi soltanto, anche se la lingua è diversa, tra studiosi che abbiano comuni tradizioni spirituali e comuni ideali di civiltà.*

Bastò la prima conferenza, e le amichevoli conversazioni che ad essa seguirono fino dal primo giorno, per farmi comprendere che attraverso la quotidiana consultazione delle opere dei giuristi italiani, il pensiero giuridico messicano è in continuo contatto colla nostra dottrina. I trattati dei nostri maggiori maestri degli ultimi sessanta o settant'anni (civilisti, commercialisti, penalisti, processualisti) sono tradotti in spagnolo e citati in scuola e nel foro come testi classici; ma anche le opere monografiche dei giuristi contemporanei, e anche dei più giovani e dei giovanissimi, sono non solo conosciute, ma studiate nel testo originale, e valutate come meritano. Nel conversare non soltanto coi colleghi della Facoltà messicana, ma anche con magistrati e con avvocati non cattedratici, mi sentii chiedere spesso notizie di giuristi italiani viventi, come se i miei interlocutori li conoscessero di persona (« perchè il tal civilista da tanti anni non scrive più? »; oppure: « quando il talaltro processualista si deciderà a pubblicare il secondo volume di quell'opera rimasta interrotta? »; e così via).

Ho trovato nelle biblioteche americane, non soltanto in quelle pubbliche, ma soprattutto in quelle amorosamente messe insieme da privati bibliofili, la sezione italiana tenuta al corrente come raramente si trova negli studi dei nostri avvocati: c'è a Città di Messico, fra i tanti, un giurista di grande valore, l'avvocato Alberto Vásquez del Mercado, il quale, della nostra letteratura giuridica conosce e raccoglie tutto: « *tutto* », *dico, fino ai corsi litografati delle nostre dispense universitarie; e per riuscire a procurarsene una copia, è disposto ad ogni sacrificio. Egli è stato il rivelatore al Messico di molte opere giuridiche italiane più recenti: e tutti i giuristi italiani dovrebbero essere riconoscenti a questo lontano amico, che a loro insaputa serve da tramite al loro pensiero di là dall'Oceano, e ringraziar lui, ed altri come lui, che suppliscono colla loro passione di studiosi alla mancanza di una libreria italiana a Città di Messico; mancanza deplorevole ed inutilmente deplorata, rivelatrice dello spirito delle autorità italiane che avrebbero l'ufficio di curare la diffusione della nostra cultura all'estero!* (3).

Molti nostri giovani studiosi ancora alle prime armi, se sapessero come sono già apprezzati i loro volumi dai lettori dell'America latina, se ne insuperbirebbero: e però non faccio nomi, per evitare che si guastino colla superbia... Ma forse, più che inorgoglirsi, comprenderebbero quale peso di responsabilità porta con sè essere eredi di una tradizione di studi giuridici gloriosa come quella italiana.

Solamente al Messico ho potuto misurare quale sia fuori d'Italia, e specialmente nell'America latina, il prestigio di questa tradizione: la quale, se ha la sua più remota sorgente nella gloria del diritto romano, si ravviva e si arricchisce nella dottrina del diritto comune, alla quale le legislazioni iberoamericane risalgono ancor oggi come a fonte rimasta viva ed attuale di sapienza giuridica (4). *Solo risalendo al merito di questa tradizione ho potuto intendere il giusto significato degli onori, altrimenti troppo sproporzionati al merito dell'uomo, che mi sono stati fatti nelle tre settimane di permanenza al Messico: i quali sono stati resi non all'uomo in sè, ma ad un rappresentante di questa vocazione giuridica che, irradiandosi dall'Italia, è stata una delle forze*

---

(3) Non mancai, appena tornato dal Messico, di far presenti alle nostre Autorità ministeriali (ebbi un colloquio coll'on. Taviani, allora sottosegretario agli Esteri) e a diversi editori italiani questa vergogna: mentre a Città del Messico esistono fiorentissime librerie francesi ed inglesi, i libri italiani, se qualcuno li cerca, devono esser fatti venire dall'Italia, con complicatissime e stolte formalità doganali. Una signorina della colonia italiana mi disse che per avere una copia dei *Promessi Sposi* l'aveva dovuta ordinare in Italia, e l'aspettava da sei mesi! (Non mi resulta che dal marzo 1952 a oggi questa vergogna sia cessata).

(4) Cfr. E. T. Liebman, *Istituti del dir. comune nel processo civile brasiliano* (in « Studî in onore di Redenti », vol. I), pag. 581 e segg.

creatrici della civiltà mondiale. Questo sentimento di discendenza dall'unico ceppo dottrinario del diritto comune, è vivissimo tra i giuristi messicani: quand'essi vengono in Italia, mi hanno detto che non mancano mai di fermarsi a Bologna, per visitare, come si va in pellegrinaggio a un santuario, le arche dei Glossatori.

* * *

Del mio soggiorno al Messico devo esser grato prima di tutto al rettore della Universidad, *che era in quel tempo il professore di diritto penale dott. Luis Garrido, al preside della* Facultad de derecho, *professore Mario della Cueva, eminente studioso di diritto del lavoro, ai professori Virgilio Domínguez e Oscar Morineau, che fecero a gara per rendere sempre più incantevole la mia permanenza tra loro. Ma l'interesse dei giuristi messicani per la scienza giuridica italiana non si manifestò soltanto coll'assistere benevolmente alle conferenze da me tenute all'Università; ma altresì con una serie di inviti e di ricevimenti promossi da Istituti culturali, da Accademie e da pubbliche Autorità. Fui invitato dall'*Escuela libre *di giurisprudenza a parlare della nuova Costituzione italiana; e dall'*Ateneo Español *e dalla* Union de Profesores Universitarios Españoles en el Estranjero, *a riferire su un tema, che per i professori spagnoli in esilio è ancora di dolorosa attualità*: « *Esperienze sull'avvento e sulla caduta del fascismo in Italia* ».

Nella sede della sezione messicana della Società Dante Alighieri, tre Accademie giuridiche si unirono per dare un ricevimento solenne in onore della scienza giuridica italiana: *la* Academia Mexicana de Legislación y Jurisprudencia, *presieduta dal prof. Antonio Pérez Verdía, la* Academia Mexicana de Derecho Procesal, *presieduta dal magistrato prof. Gabriel García Rojas, presidente della Sezione civile della Suprema Corte, la* Academia Italo-Mexicana de Estudios Jurídicos, *presieduta dal prof. Luis Chávez Hayhoe: fu presa occasione dalla mia presenza per conferire diplomi d'onore non solo a me, ma anche ai professori italiani Redenti, Carnelutti e Liebman; e nei saluti che il prof. Alcalá Zamora e il presidente García Rojas rivolsero all'ospite, il nome che più spesso fu pronunciato, come riconoscimento del contributo che la scienza italiana ha portato allo studio del diritto processuale, fu quello di Giuseppe Chiovenda.*

Altrettante dimostrazioni di cordialità mi vennero dalla Magistratura: il Governatore e i magistrati di Toluca, capitale dello Stato di Messico, mi invitarono con grande solennità a parlare nella loro Città sulle relazioni tra i giudici e gli avvocati. E a Città di Messico il massimo onore mi fu fatto dalla Suprema Corte de la Nación, *che è il più alto consesso della giustizia federale, dalla quale fui invitato ad assistere*

ufficialmente, seduto accanto al presidente della Sezione García Rojas, a una udienza civile, ove potei con grande interesse seguire lo svolgimento di quella deliberazione pubblica della sentenza, che è una delle istituzioni più singolari della procedura messicana. Alla fine della solenne udienza, alla quale erano convenuti anche i presidenti delle altre Sezioni, il presidente della Sezione penale, prof. Teófilo Olea y Leyva, mi rivolse altissime parole di saluto, ricordando che uno degli elementi di cui si compone l'essenza del genio messicano è l'amore per la « nuestra genealogía latina que se engarza a maravilla en nuestra hispanidad »; *e alla fine il presidente García Rojas ricordò, dall'alto del suo seggio, che, come un tempo le opinioni dei grandi dottori del diritto comune, così oggi per la giurisprudenza delle Corti messicane hanno importanza talvolta decisiva le opinioni della dottrina giuridica italiana contemporanea: e citò un caso giudiziario recente, deciso dalla sua Sezione, nel quale la soluzione di una difficile controversia in tema di cosa giudicata, fu tratta dalla nozione di* « *giudicato ipotetico* », *attinta dalle* Istituzioni *di Giuseppe Chiovenda.*

* * *

Dopo tre settimane di soggiorno ho lasciato il Messico con profondo rimpianto: e il sentimento di affetto e di ammirazione per questo Paese unico, nel quale la coscienza di un grande passato serve di incitamento per affrettar le civili conquiste dell'avvenire, non si è attenuato, e si è arricchito di una vena di nostalgia. Per questo, pubblicando oggi queste conferenze, ho voluto lasciarle immutate come furono dette: specialmente ho voluto lasciare nella conferenza di chiusura anche il saluto finale di congedo, quale mi uscì dal cuore quando da un gruppo di colleghi mi vidi offerto come testimonianza di tradizionali relazioni italo-messicane, quel prezioso cimelio bibliografico che è la prima edizione italiana della Storia Antica del Messico *del gesuita messicano Francesco Saverio Clavigero, che, esiliato dal Messico, la scrisse a Bologna tra il* 1770 *e il* 1779, *e cominciò a pubblicarla, per i tipi di Gregorio Biasini editore in Cesena, nel* 1780 (5).

Da questo viaggio al Messico sono tornato colla coscienza che i giuristi iberoamericani ed i giuristi italiani hanno un grande lavoro comune da compiere insieme nel campo degli studi giuridici: e, se tempo mi

---

(5) I sette colleghi messicani che mi donarono questa rara edizione, me la dedicarono con queste parole: « *Questo libro scritto da un messicano in Italia fu* « *pensato nel Messico; l'autore visse come esiliato gli ultimi anni della sua vita a* « *Bologna. Accettate questo presente come viva testimonianza della nostra amici-* « *zia* ». Dalla prima edizione italiana fu fatta la traduzione spagnola, le cui edizioni

resterà, mi son proposto di dare a quest'idea, presso l'Università di Firenze, un principio di attuazione.

Alla base della Costituzione messicana, dalla quale, dopo un periodo di sussulti rivoluzionarî, va gradualmente sviluppandosi, ad opera dei giuristi, una sempre più perfetta e pacifica legalità democratica, stanno le stesse premesse di libertà e di giustizia sociale, che dovrebbero essere le forze animatrici anche della Costituzione italiana. Molti dei problemi politici e sociali che la democrazia italiana è in via di risolvere, trovano precedenti degni di studio e di confronto nella storia messicana di questo ultimo quarantennio e nella legislazione scaturita dalla rivoluzione: nel campo del diritto del lavoro, del diritto agrario, del diritto minerario il Messico è alla testa delle legislazioni moderne; il suo diritto matrimoniale, le sue leggi sui rapporti tra Chiesa e Stato meritano attenta considerazione.

Anche nel campo del diritto processuale, che è quello di cui mi occupai più da vicino durante il mio viaggio, esistono al Messico istituti originali che forse possono insegnar qualcosa alle legislazioni processuali europee: come la deliberazione pubblica della sentenza, che sotto certi aspetti è preferibile al nostro sistema della camera di consiglio segreta, o come quell'originalissimo ricorso alla Suprema Corte federale, denominato amparo, *di cui i magistrati messicani giustamente si gloriano, e che riunisce in sè, a garanzia della libertà dei cittadini, le funzioni che nel nostro ordinamento sono affidate a tre diversi istituti: al ricorso in Cassazione, al ricorso al Consiglio di Stato, e al ricorso alla Corte costituzionale per violazione della Costituzione.*

Nel pubblicare queste conferenze, che, insieme con questa edizione italiana, usciranno al Messico in edizione spagnola curata dal prof. Alcalà Zamora, mi auguro che tra i processualisti italiani e quelli ispanoamericani, non dico si creino legami che esistono già, ma si rafforzino e diventino sempre più operosi quelli già esistenti.

Quel fervore di ricerche, per cui gli studi sul processo civile fiorirono in Germania nella seconda metà del secolo XIX e che poi, soprattutto per merito di Giuseppe Chiovenda, si trasferì nel primo trentennio di questo secolo in Italia, oggi è passato ad animare i processualisti dell'America latina: anche per merito degli studiosi in esilio che, cacciati dalle loro patrie europee nel trentennio del terrore fascista, hanno tro-

---

continuarono fino alla settima, pubblicata al Messico nel 1917. Soltanto in questi ultimi anni è stato scoperto l'originale manoscritto in lingua castigliana, pubblicato nel 1945 nella bellissima *Colección de escritores mexicanos* della Casa editrice Porrua (collezione di oltre 60 volumi, che durante il mio soggiorno al Messico mi fu offerta in dono dal prof. Pablo Macedo).

vato rifugio e libertà di studio nell'America latina (tra essi il nostro Liebman), gli studi di diritto processuale sono oggi in grande onore tra i giuristi ibero-americani. Numerosi sono i focolari di questa rinascita: dal Brasile, ov'è in vigore dal 1939 *un Codice di procedura civile che si ispira direttamente alla dottrina di Giuseppe Chiovenda* (6), *all'Argentina, dove il professore Hugo Alsina, rinnovatore degli studi processuali del suo Paese, ha creato colla* Revista de derecho procesal *da lui fondata, uno strumento scientifico che sta alla pari colle più reputate riviste scientifiche europee (e non si può non ricordare con lui il dott. Santiago Sentis Melendo, segretario di redazione, infaticabile divulgatore, colle sue bellissime traduzioni spagnole, di opere giuridiche italiane nell'America latina)* (7); *dall'Uruguay, dove il sovrano intelletto di Eduardo Couture ha aperto allo studio del diritto processuale nuovi orizzonti, al Messico, dove io stesso, coll'esperienza di cui queste pagine sono testimonianza, ho visto con quale passione siano coltivati gli studi del diritto processuale, per l'incremento dei quali si è sentito il bisogno di creare anche una speciale Accademia.*

Di tutti questi paesi quello più vicino all'Italia, per affinità di problemi, è forse il Messico, dove il fervore per gli studi processuali è stato ravvivato ancor più, in questi ultimi decenni, dal contributo scientifico dei professori esuli dalla Spagna, il fior fiore delle Università spagnole, che l'Università messicana ha accolto con fraterna generosità, e tra i quali eccelle, nel campo del diritto processuale, quel grande maestro di scienza e di coerenza morale che è Niceto Alcalà Zamora y Castillo.

Il Messico è ancora un paese dove è in onore la libertà, dove il popolo è in cammino, attraverso la democrazia, verso la sua redenzione sociale: per questo al Messico i giuristi possono credere ancora nel diritto. Quel certo scetticismo che talvolta si avverte in Europa sulla utilità sociale dei giuristi, non è concepibile nella Repubblica federale messicana, dove, in quella spinta di rinnovamento giuridico che deriva dalla coscienza di una rivoluzione sociale recentemente compiuta, non si avverte (se le mie impressioni non mi hanno ingannato) quella scissione tra legalità e giustizia che talora rende sterile e fiacca in Europa l'opera del giurista; il quale è ancora considerato al Messico (ed anche a questa ragione attribuisco il calore delle accoglienze che mi furono

---

(6) Cfr. A. Levi, *Il nuovo Codice brasiliano di procedura civile*, in *Riv. di dir. proc. civ.*, 1941, I, pag. 353; O. da Cunha, Comunicazione al Congresso int. di dir. proc. civ. tenuto a Firenze nel 1950 (in « Atti » dello stesso Congresso, Padova, 1953), pag. 194.

(7) Cfr. la comunicazione di Niceto Alcalá Zamora, *Aportación hispánica a la difusión de la ciencia procesal italiana*, in « Atti del congr. internaz. di dir. proc. civile » (Padova, 1953), pagg. 173 e segg.

fatte) come l'apostolo della giustizia sociale e della redenzione umana (8).

Ho ancora nel cuore le parole con cui il presidente Teofilo Olea y Leyva, nell'aula della Suprema Corte, chiuse il suo discorso di saluto all'ospite italiano, esprimendo la speranza che al Messico si fosse trovato come in casa propria: « ...creemos que se ha encontrado cómoda-« mente en México, ya que, come en su propria casa de Roma, se re-« spira y alienta el mismo ambiente que en esta patria, endonde esta-« mos luchando constantemente por lograr un régimen que sea, dentro « de nuestras humanas imperfecciones, cada vez de mayor libertad y de « mejor justicia ».

Questo infatti, o amici messicani, è, anche nel campo del processo, l'ideale per cui lavorano i giuristi italiani: « *miglior giustizia attraverso maggior libertà* ».

Firenze, Università, novembre 1953.

I. — Diritto processuale e costume giudiziario.

Sommario — 1. Fondamento razionale delle norme di diritto processuale. — 2. Necessità che il processo porti in ogni caso a una decisione, anche quando la logica comune non basterebbe. — 3. La « razionalizzazione del potere » nel processo. — 4. Importanza del costume nella vita costituzionale. — 5. Importanza del costume nella pratica giudiziaria. — 6. Nozione generale di « procedimento ». — 7. Processo e giustizia.

1. — Mi accadde una volta, conversando a lezione coi miei studenti, di osservare che in sostanza il diritto processuale, civile o penale, non è che un *metodo* (e la scienza processuale una *metodologia*) imposto d'autorità, per arrivare alla giustizia: un metodo di ragionamento, prefisso e ordinato dalla legge, che le parti e i giudici devono seguire tappa per tappa, secondo una certa prescritta successione e coordinazione dialettica, per ottenere alla fine una sentenza giusta; e il processo non è che una « operazione », condotta secondo questo metodo.

Le regole del diritto processuale, a guardarle contro luce, non sono nella loro essenza altro che massime di logica e di buon senso, e accorgimenti tecnici tradotti in regole obbligatorie: in fondo (dicevo

(8) Nel discorso commemorativo del IV Centenario della Facoltà di diritto, il preside prof. Mario de la Cueva ha ammonito che « *el jurista del futuro debe « ser eternamente joven y enamorado de su ideal que es un mundo y un dere-« cho mejores* ».

scherzosamente ai miei scolari) non c'è molta differenza, sotto il profilo logico, tra il codice di procedura civile o penale che insegna come si deve « procedere » per ottenere giustizia, e certi manuali di tecnica elementare che insegnano « il procedimento » (anche la parola è la stessa) di qualche arte o di qualche mestiere: e che si intitolano, per esempio, « come si coltivano le rose », o « come si diventa fotografo », o « come si diventa pescatore subacqueo ».

Allora uno studente mi rivolse una domanda, che poteva parere ingenua, ma che era in realtà opportuna e assennatissima: — Perchè, se tutto il diritto processuale si riduce in sostanza a massime di logica e di buon senso, c'è bisogno di affaticarsi tanto a studiarlo e a tradurre in leggi rigorose e in complicate teorie quei principi di ragione, di cui tutti gli uomini sono dotati dalla natura? —

A tutte le ore della giornata gli uomini si trovano di fronte a questioni pratiche che non possono esser decise se non a forza di ragionamento: ad ogni passo della vita sorge un dubbio e con esso un invito a ragionare. Perchè in tutti questi casi gli uomini rimangono liberi di ragionare come meglio sanno, e lo Stato non si cura di regolare il loro ragionamento con precetti d'autorità?

Accertare il vero autore di una pittura antica, della quale è discussa l'autenticità; fare la diagnosi di una malattia mortale; fondare una grande impresa industriale; tradurre in macchine una grande scoperta scientifica, — queste sono, nella vita degli uomini, altrettante occasioni di problemi e di dubbi, che possono esser risolti soltanto a forza di indagini e di ragionamento. In tutti questi casi gli uomini si assidono intorno a un tavolino per indagare e per ragionare, mettendo insieme i loro sforzi verso la verità; nel contraddittorio si scontrano le opposte ragioni, le ipotesi si urtano contro le confutazioni; ma alla fine, attraverso la libera discussione, la verità vien fuori da quest'urto e il dubbio è superato e il problema è risolto. Perchè qui lo Stato non sente il bisogno di intervenire per fissare l'itinerario della discussione e per garantire l'ordine del contraddittorio? Eppure, anche in questi casi, si discute di argomenti importanti: come può essere la vita di un uomo o addirittura la sorte politica di un popolo.

2. — Si tratta di trovar la risposta a questa domanda.

E' vero che il diritto processuale è in sostanza una tecnica del ben ragionare in giudizio; ma se qui la tecnica è vigilata dallo Stato e imposta d'autorità (e per questo le regole tecniche si trasformano in norme giuridiche), ciò accade perchè la meta finale di questo procedimento tecnico è l'adempimento dell'ufficio più solenne e più alto dello Stato, di quell'ufficio con cui lo Stato assicura la vita pacifica della società: la giustizia, che è *fundamentum reipublicae.*

Anche la sentenza è opera del ragionamento umano, e la logica giudiziaria non è diversa da quella di cui gli uomini si servono per risolvere secondo ragione le questioni pratiche di fronte alle quali la vita li pone. Ma della decisione giudiziaria, quantunque anch'essa uscita dal ragionamento degli uomini, lo Stato assume il monopolio e la responsabilità: anche la giustizia è un prodotto della ragione; ma di una ragione ufficiale, garantita dallo Stato.

Per questo lo Stato ha sentito la necessità di fissare con un sistema di regole obbligatorie (il *corpus* delle quali è appunto il diritto processuale) le fasi e gli accorgimenti della tecnica giudiziaria. Non ha potuto permettere che i modi per far giustizia, che impegnano l'autorità dello Stato, fossero rilasciati alla improvvisazione e alla multiforme fantasia individuale, e ha voluto assicurare con questa traduzione del regolamento in uniformi norme legali che il metodo attraverso il quale si compie la più augusta tra le missioni dello Stato, che è quella della giustizia, corrisponda in ogni caso alla ragione: una ragione di Stato, ridotta in operazioni obbligatorie ed uguali per tutti.

Se uguale per tutti deve essere il diritto sostanziale, nel senso che la legge generale ed astratta deve essere ugualmente applicata in concreto a tutti i casi uguali, non è concepibile che il procedimento tecnico che serve ad applicare la legge ai concreti casi controversi si plasmi in maniera diversa secondo i diversi accorgimenti delle parti in contesa e che l'equilibrio del contraddittorio sia turbato, secondo i casi, dalla prepotenza del più forte o dalla abilità del più scaltro. Il diritto processuale ha avuto origine dalla necessità che lo Stato ha sentito di intervenire a garantire come terzo imparziale la lealtà del combattimento, e poi, quando lo scontro delle armi si è trasformato in contrasto di argomentazioni, la lealtà del contraddittorio.

Ma c'è da considerare, inoltre, che nel ragionamento giudiziario, a differenza di quello che accade in qualsiasi altra materia di discussione, la decisione è *necessaria*: non è vietato ai medici, dopo avere a lungo discusso intorno al letto di un malato, di chiudere il consulto coll'onesto riconoscimento che una diagnosi sicura non è possibile; ma il giudice non può terminare il processo con un *non liquet*. Là dove i metodi della logica comune non riescono a risolvere il problema e sono costretti ad arrestarsi dinanzi all'ostacolo insuperabile del dubbio più forte di ogni ragionamento, il metodo giudiziario dà la ricetta per arrivare a qualunque costo alla decisione. Per raggiungere la certezza dei rapporti giuridici, condizione essenziale di pace sociale, lo Stato si serve normalmente delle regole della logica naturale, codificate nel diritto processuale; ma lo scopo da raggiungere è così importante che, se la logica naturale non basta, lo Stato pur

di arrivare a una decisione è disposto anche a farne a meno: e proprio per questi casi che la ragione comune chiamerebbe insolubili, crea, a forza di ingegnosi meccanismi processuali, una specie di logica « artificiale » o « ufficiale », che serve a risolvere tutte le questioni nel giudicato.

3. — Questa concezione del diritto processuale, considerato quasi come una « logica codificata », ci fa venire in mente per analogia di posizioni un fenomeno che attirò l'attenzione dei costituzionalisti nei primi anni dopo la prima guerra mondiale, e che il Mirkine-Guetzévitch, al quale risale il merito di avere colto il significato di questa tendenza, indicò colla espressione, poi diventata celebre tra gli studiosi, di « *tendance à la rationalisation du pouvoir* » (9). Si vide infatti, studiando le nuove costituzioni a tipo parlamentare nate dalla prima guerra mondiale negli Stati dell'Europa continentale, che in tutte quante era visibile questa tendenza a trasformare in norme scritte codificate nella carta costituzionale quei principî non scritti di tecnica e di correttezza governativa, che nel regime parlamentare inglese, preso a modello da quelle costituzioni, sono affidati soltanto alla prassi consuetudinaria e al senso di correttezza e di educazione politica dei governanti.

Ora, questa tendenza alla « *rationalisation du pouvoir* » che i costituzionalisti hanno studiato come un fenomeno recente nel campo del potere legislativo e del potere governativo, è un fenomeno antico nel campo del potere giurisdizionale. Da molti secoli, forse da millenni, la trasformazione della tecnica consuetudinaria in diritto codificato è in continuo progresso nel campo delle istituzioni giudiziarie: e il mirabile fiorire degli studi processuali in quest'ultimo secolo è la miglior testimonianza di questa graduale ascesa dalla « procedura », intesa come tecnica di pratici, alla « sistematica » del processo, intesa come scienza di principî razionali.

Tutta la storia del processo, dalle *formulae* del diritto romano alle *positiones* del diritto comune, dagli statuti italiani alle *coutumes* francesi, è in sostanza, fino a giungere alle codificazioni, la storia della trasformazione della pratica giudiziaria in diritto processuale: dalla *practica fori*, dallo *stylus Curiae*, è venuto fuori a poco a poco un sistema architettonico di regole formali che, anche se hanno perduto ogni apparente connessione coi motivi di convenienza tecnica che le hanno originate, non cessano per questo di essere la traduzione in formule giu-

---

(9) Cfr. di questo autore *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, 2ª ed., Paris, 1936, chap. I; Id., *Les constitutions européennes*, 1951, I, *Essai synthétique*, p. 14.

ridiche di esperienze attinte dalla ragione comune: basta pensare al modo con cui, nel diritto intermedio, è nato il sistema della prova legale colle sue minuziose tariffe di valutazione probatoria, per intendere come già da allora si fosse iniziato nel processo questo graduale passaggio dal pragmatismo (si potrebbe dire) al razionalismo giudiziario.

Perchè questo movimento di « razionalizzazione » del potere abbia avuto inizio dal potere giurisdizionale prima che per gli altri poteri dello Stato, è facilmente spiegabile. La giustizia degli uomini, per esercitare nella società la sua missione chiarificatrice e pacificatrice, ha bisogno (com'è stato spesso rilevato) non solo di essere, ma di *parere* giusta: i giudicabili, per inchinarsi senza ribellione alla terribile onnipotenza della giustizia, debbono rassegnarsi a credere che il giudice sia un essere quasi divino, diverso dagli altri uomini, fornito di virtù soprannaturali che non ammettono sindacato umano. Da ciò il mistero quasi religioso che circonda nelle epoche primitive il responso dei giudici, che seggono in alto, sui loro troni, e la cui voce scende da lontano (come la voce della Sibilla invisibile, che giungeva ripercossa dai cuniculi dell'antro): da ciò il carattere quasi liturgico o spettacolare del *ritus* processuale, di cui restano ancora tracce in certi solenni cerimoniali e in certe antiquate divise, come la parrucca o la toga, o nelle architetture teatrali o quasi ecclesiastiche di certe aule giudiziarie.

Ma quando il giudice scende di cielo in terra, e si vede da vicino che anch'egli è un uomo, allora, se si vuol dare credito alla sua sentenza, si cominciano a cercare nei meccanismi sempre più precisi della procedura le garanzie per assicurare che essa sia in ogni caso il prodotto, non dell'arbitrio, ma della ragione.

Nell'italiano dei primi secoli « ragione » fu sinonimo di giustizia: « render ragione » voleva dire far giustizia; e il palazzo dove si amministrava la giustizia si chiama ancora, in qualche città dell'Italia settentrionale, il « Palazzo della Ragione ». Nell'antico proverbio veneto che enumera scherzosamente i requisiti che occorrono per vincer le liti, ragione equivale a diritto: « ...aver ragion; saperla espor; trovar chi la intenda; e che la voglia dar... ».

Per accettare senza ribellarsi il giudicato anche quando è ingiusto, bisogna dunque o credere nel valore liturgico del processo e nella ispirazione divina della sentenza, ovvero, quando la giustizia è riportata in terra, fidare sul valore razionale del giudizio. Da questa fede illuministica nella onnipotenza della ragione nasce l'illusione di poter ridurre il processo, da funzione religiosa, ad un ingranaggio di sillogismi o ad una semplice operazione aritmetica.

4. — Ma sulla efficacia pratica di questo movimento per la « razionalizzazione » del potere, gli stessi costituzionalisti che dopo la prima guerra mondiale ne avevano salutato l'avvento, cominciano oggi ad essere scettici. Il più autorevole assertore di questa tendenza, dopo aver visto in qual modo hanno funzionato le costituzioni nate nel primo dopoguerra e avere assistito ai primi esperimenti di quelle nate dalla seconda guerra mondiale, sembra oggi inclinato a riconoscere che il tentativo di imprigionare entro una rigida armatura di norme razionali registrate nella costituzione la vita politica di un paese sia un'illusione ed un'utopia. Nelle più recenti costituzioni europee si è voluto tradurre in norme scritte la prassi parlamentare inglese, questa « religione senza dogmi », tipica per il suo carattere irrazionale e pragmatistico e per la sua irriducibile elasticità, che sfugge ad ogni rigorosa geometria sistematica. Ma l'esperienza politica di quest'ultimo decennio ha già dimostrato che formule costituzionali apparentemente identiche danno, applicate a popoli diversi, resultati profondamente divergenti. Il sistema parlamentare inglese, trasferito nelle costituzioni dell'Europa continentale, è diventato, come un albero trapiantato in altri climi, irriconoscibile. L'esperienza conferma che, anche dietro gli schemi rigidi delle costituzioni « razionalizzate », la vita politica di ciascun popolo continua a svolgersi secondo un suo slancio irrazionale, che la plasma senza tener conto delle prefisse ricette costituzionali.

In questi ultimi decenni vi è stato nella dottrina dei costituzionalisti, specialmente in Francia, un netto ritorno all'idea che, nell'ordine delle fonti del diritto costituzionale, il primo posto spetti alla consuetudine; mentre un tempo si osava appena riconoscere alla consuetudine una efficacia semplicemente integratrice della legge scritta, oggi si torna a ripetere che « *...sur le terrain du mécanisme politique, la coutume est « presque tout »* (10).

Della esattezza di questo riconoscimento si ha in Italia, proprio in questi anni, istruttiva esperienza. Alla Costituzione qual è scritta sulla carta non corrisponde la realtà politica: molti istituti minuziosamente regolati dalle disposizioni della Costituzione, come la Corte costituzionale o l'ordinamento regionale, rimangono ancora, dopo cinque anni, allo stato platonico dei desideri inappagati. Anche le formule costituzionali rimangono vive finchè vi scorre dentro, come il sangue nelle vene, la forza politica che le alimenta; se questa vien meno, si atrofizzano e muoiono di sclerosi (11).

---

(10) Parole scritte dal SALEILLES nel 1903, riportate dal PRÉLOT nella prefazione al vol. I dell'opera cit. *Les constitutions européennes.*

(11) Cfr. CALAMANDREI, *Insensibilità costituzionale,* sul « Ponte », settembre 1952.

5. — Un fenomeno simile si produce nel processo.

Apparentemente tutto il diritto processuale è racchiuso nei codici: e sulla base del diritto codificato la dottrina inalza costruzioni monumentali di concetti, maestose come cattedrali gotiche. Ma in realtà il processo non è questo: *non è soltanto questo.*

Quando i laureati in legge, appena usciti dalle nostre Università iniziano in qualche studio di avvocato il loro tirocinio forense, si accorgono che nella pratica il processo si svolge in modo del tutto diverso da come l'avevano studiato sui libri di scuola: nei disordinati gesti che essi vedono in azione nelle aule giudiziarie quando vi entrano per la prima volta, essi non riescono a riconoscere le architetture simmetriche che avevano intravisto nella dotta parola dei professori.

Ricordo sempre l'ammonimento di un vecchio commesso ch'io, appena laureato, trovai nello studio di mio padre, all'inizio del mio tirocinio professionale. Era quasi analfabeta; ma in cinquant'anni di mestiere era diventato espertissimo in tutte le piccole astuzie dei corridoi giudiziari.

Entrava nella mia stanza, e vedendomi immerso in mezzo a cataste di libri, scrollava la testa in segno di commiserazione, e mi diceva con un sospiro: — Povero signor dottore! non perda tempo a studiare... Creda a me: quello che conta è la pratica! —

« Quello che conta è la pratica »: respingevo allora con giovanile disprezzo i suggerimenti di quel vecchio importuno: ma oggi, a quarant'anni da quei tempi, mi accorgo che sotto quelle parole modeste c'era una grande verità. Oggi devo riconoscere che il processo qual è scritto nel Codice non è che un modello vuoto che nel tradursi in realtà assume diverse figure secondo la diversa sostanza che dentro vi è colata: tanto che dallo stesso unico modello possono venir fuori, in diverse circoscrizioni giudiziarie dello stesso Stato, procedure dei più svariati tipi, che, quantunque pretendano tutte di esser fedele attuazione della stessa legge processuale, hanno tra loro minor somiglianza di quella che hanno i figli della stessa madre.

In Italia, anche dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice di procedura civile (1942), l'andamento pratico dei processi diverge, talvolta in modo notevole, da regione a regione: a Milano si continua a seguire quella procedura consuetudinaria che, dal nome di Sant'Ambrogio, patrono della città, è chiamata scherzosamente il « rito ambrosiano »; a Napoli il processo, nonostante ogni riforma, conserva per inveterata tradizione una ben riconoscibile fisionomia locale che per parallelismo si potrebbe denominare, dal protettore San Gennaro, « rito gennariano ». E' la pratica che, secondo le tradizioni locali, dà diverso sviluppo agli istituti scritti nella legge processuale, di alcuni accre-

scendo l'importanza, di altri deprimendola, fino ad accantonarli e a farli cadere in oblio.

Nel nostro Codice esistono due disposizioni, sulle quali, per la loro singolarità teorica, non manca mai di soffermarsi il professore che fa lezione: l'art. 113 che dà alle parti concordi la facoltà di trasformare il giudice di diritto in giudice di equità; e l'art. 360 che dà alle parti concordi la facoltà di impugnare direttamente in cassazione, *omisso medio*, la sentenza di primo grado. Si tratta di due innovazioni che offrivano alle parti il modo di abbreviare e semplificare il processo: il legislatore credette che queste semplificazioni avrebbero trovato il favore dei pratici; ma fu un'illusione. La pratica ignorò queste innovazioni: in dieci anni, da quando il nuovo Codice è in vigore, non credo che una sola volta le parti (o gli avvocati) si siano trovati concordi nel chiedere al giudice di decidere secondo equità o nel servirsi del ricorso in cassazione *per saltum*, che permetterebbe di risparmiare il giudizio di appello.

Così può avvenire che certi istituti che sono scritti nella legge, nella pratica si atrofizzino e scompaiano. E viceversa nella pratica posson spuntare modi di procedere che la legge scritta non conosce: nell'Italia meridionale, da Roma in giù, è frequente, nei tribunali e nelle corti, la discussione della causa « in camera di consiglio »; mentre nei tribunali dell'Italia settentrionale la discussione, quando si fa, ha sempre luogo in udienza, come prescrive il Codice (art. 275).

Talvolta la pratica può fare qualcosa di più: può insensibilmente trasformare tutto l'orientamento di una riforma, e paralizzarne con una sorda resistenza, più micidiale di una aperta ribellione, le intenzioni innovatrici. Ripetute esperienze storiche dimostrano che la pratica agisce piuttosto nel senso di ritardare l'andamento del processo che nel senso di accelerarlo: e di contrastare le riforme in cui i legislatori tenderebbero a imprimergli un ritmo più veloce. Ogni volta che una legge, per rimediare alle lentezze del processo ordinario, ha tentato di introdurre per i casi più urgenti uno speciale procedimento « sommario », è accaduto che insensibilmente questo ha preso nella pratica il posto del processo ordinario, ma insieme ne ha ereditato le lungaggini, dimenticando quei caratteri di rapidità che, nell'intenzione del legislatore, dovevano essere la sua tipica virtù e che gli davano il nome. La pratica tende a rallentare; ma tende anche a complicare: ove la legge avrebbe previsto i contatti semplici e sbrigativi dell'oralità *inter praesentes*, ora la pratica tende a introdurre di nuovo le trasmissioni burocratiche delle scritture *inter absentes*. La fase istruttoria del processo civile, che secondo il vigente Codice italiano avrebbe dovuto essere « sempre orale » (art. 180), regredisce sempre più, per la repu-

gnanza contro l'oralità in cui si trovano d'accordo avvocati e giudici, verso le forme del processo scritto, fino a ridursi in pratica ad una serie di scambi di scritture defensionali. Altre trasformazioni operate dalla pratica si potrebbero trovare nel processo penale, ancor più gravemente sovvertitrici dei principî scritti nella legge: come è avvenuto, per dare un solo esempio, delle indagini istruttorie per la ricerca dei colpevoli, che secondo il Codice di procedura penale dovrebbero essere affidate alla magistratura, ma che nella pratica di questi ultimi decenni, in Italia e in Francia, sono state assunte sempre più, contro il disposto della legge, dagli agenti di pubblica sicurezza; sicchè il processo penale, con un regresso di secoli, è tornato ad essere un processo inquisitorio di polizia.

Quanto il costume di un popolo possa rispecchiarsi nel processo non era sfuggito alla vasta visione di GIUSEPPE CHIOVENDA: il quale nei suoi *Principii*, avvertiva (12) che « fra gli istituti giuridici il processo « civile è l'organismo più delicato: come mezzo di attribuire i beni « della vita mediante l'attuazione della legge, esso ha una posizione « centrale fra gli istituti del diritto privato e del diritto pubblico: e poi- « chè esso è un rapporto così complesso che vi campeggia ad un modo « il lato giuridico, come il politico e il sociale, così i più lievi muta- « menti nelle condizioni morali, politiche, sociali del tempo si riflettono « nel suo funzionamento. Ad esempio, quanto più domina nei rapporti « sociali la correttezza e la buona fede; quanto più nei rapporti politici « regna la fiducia tra i cittadini e i poteri pubblici; quanto più è dif- « fuso l'abito di guardare alla sostanza delle cose e meno diffuso lo « spirito del formalismo; tanto più le liti potranno procedere spedite « e richiederanno minori garanzie formali. Ciò rende più facile che in « ogni altro campo la disarmonia fra una norma e i bisogni della pra- « tica; perchè forme create per un dato momento sono disadatte ad « un altro; mentre poi le classi forensi sono eminentemente conserva- « trici riguardo al tecnicismo processuale. Vi sono norme processuali « che hanno perduto ogni ragione storica di essere; non per questo « l'interprete può rifiutarne l'applicazione, ma egli deve segnalarle al « legislatore per le opportune riforme. Vi sono norme che possono an- « cora rispondere alle condizioni attuali, ma che vanno intese in modo « affatto diverso dal passato, non quanto al loro contenuto (ciò equivar- « rebbe a modificarle), ma quanto agli scopi a cui tendono: e questo « può influire sui limiti e il modo della loro applicazione, e inoltre ci « pone sull'avviso nell'uso della dottrina antica ».

---

(12) *Principî di dir. proc. civ.*, 3ª ed., p. 131.

Il costume è considerato qui come uno degli elementi variabili di cui si deve tener conto nell'interpretare storicamente la legge processuale; come un fattore di interpretazione evolutiva del processo. Ma forse l'importanza pratica del costume giudiziario va oltre i confini delle teorie sulla interpretazione della legge, anche di quelle più ardite. In realtà ciò che plasma il processo, ciò che gli dà la sua fisionomia tipica non è la legge processuale, ma è il costume di chi la mette in pratica. Il diritto scritto non è che un contorno esterno, entro il quale il rilievo, coi colori ed i chiaroscuri, è dato dal costume. Anche per il diritto processuale si può ripetere ciò che il SALEILLES scriveva per il diritto costituzionale: « ... *les textes écrits ne sont guère que la trame « très légère sur laquelle travaille et fonctionne la force organisatrice « et régulatrice qui met en oeuvre la vie collective d'un pays* » (13).

La « *vie collective d'un pays* »: anche il processo non è che un aspetto di questa vita: e le leggi processuali non sono altro che una fragile rete, dalle cui maglie preme e talvolta trabocca la realtà sociale.

6. — Questa pressione della realtà sociale che si avverte ad ogni passo sotto le forme della procedura giudiziaria, si ritrova in forme simili in qualsiasi « procedimento » preordinato all'esercizio di una qualunque delle funzioni dello Stato. Il concetto di « procedimento » (ted. *Verfahren*) è, in un certo senso, più ampio di quello di « processo » (ted. *Prozess*). Il processo è nozione propria della funzione giudiziaria; ma di « procedimento » si può parlare anche per la funzione legislativa o per quella governativa. Tutte le volte che, per arrivare ad un atto di dichiarazione di volontà dello Stato (sia esso una legge o un decreto o una sentenza), sia prestabilito, da apposite norme di carattere strumentale, la forma e l'ordine cronologico delle varie attività che devono esser compiute dalle persone cooperanti alla creazione dell'atto finale, la successione dialettica di queste operazioni, giuridicamente regolate in vista di quel fine, costituisce un « procedimento »: comunemente si parla di procedimento « amministrativo » per indicare la serie di attività che fanno capo al concreto provvedimento della pubblica amministrazione, di procedimento « legislativo » per indicare la trafila di discussioni e di deliberazioni dalla quale alla fine viene fuori la legge (14).

Tutto il sistema parlamentare non è, in sostanza, che un « pro-

---

(13) R. SALEILLES, in « Revue pol. et parlementaire », vol. XXXVI, 1903, pagg. 118-119.

(14) Cfr. MORTATI, *Istituzioni di dir. pubblico* (Padova, 1952), cap. V, § 3, pagg. 26 e segg., sul « procedimento legislativo »; ZANOBINI, *Corso di dir. amm.*, 6ª ed., vol. I (Milano, 1952), pagg. 218 e segg., sul « procedimento amministrativo ».

cedimento », una serie di « operazioni », indirizzate a un certo effetto. Certe sorprendenti somiglianze tra la procedura giudiziaria e la procedura parlamentare sono rilevabili soltanto da chi abbia esperienza pratica del modo con cui il Parlamento funziona, e si accorga quanto la tattica delle discussioni politiche si avvicini a quella dei dibattiti forensi, e come gran parte delle battaglie parlamentari si riducano a « questioni di procedura », *litis ingressum impedientes*. Su queste affinità avremo spesso occasione di tornare nel corso di queste lezioni: son certo che gli studi di diritto processuale avrebbero molto da giovarsi dall'approfondire questi riferimenti al procedimento parlamentare.

Anche tra il Parlamento e l'udienza vi è una stretta parentela. Nel primo l'accento cade sul parlare, nella seconda cade sull'ascoltare: ma insomma, qua e là, tutto è organizzato affinchè qualcuno parli per farsi ascoltare da altri, e qualcuno ascolti ciò che altri dice. In udienza, se la cosa deve fare onore all'etimologia, bisogna che gli avvocati parlino affinchè i giudici possano udire; in Parlamento, affinchè i deputati possan parlare con qualche costrutto, bisogna che ci sia il governo ad ascoltarli. (Questo è esatto in teoria: ma la somiglianza continua anche in pratica, perchè come può accadere che in udienza nessuno parli, così può avvenire che in Parlamento nessuno ascolti).

Ora, ogni « procedimento » ha questa caratteristica: che, per quanto siano minuziose le norme che disciplinano il suo svolgimento, le attività che lo compongono non possono mai essere previste in maniera così rigorosa da non lasciare un certo margine all'iniziativa e alla discrezione personale di chi è chiamato a compierle. Il procedimento, per quanto minuziose siano le prescrizioni formali e ravvicinati nella previsione gli atti che lo compongono, rimane in ogni caso uno schema, la cui continuità concettuale diventa nella realtà esterna uno spezzettamento di operazioni giustapposte ma discontinue, ravvicinate ma separate da intervalli di tempo e di spazio; nè si tratta sempre di attività invariabili, perchè assai volte lo stesso schema prevede che una certa operazione della catena possa essere compiuta, a scelta di chi deve compierla, in due o più modi diversi, sicchè anche le operazioni successive dovranno esser compiute in maniera diversa per corrispondere a quella che le precede e che in un certo senso le condiziona.

Di questi interstizi delle giunture profitta il costume per insinuarsi nello schema giuridico del procedimento, ad accelerarne o a ritardarne il ritmo: attraverso queste scelte la pratica riesce a trasformarne o a deformarne la figura, fino a ridurla del tutto diversa da quella che la legge aveva previsto. Queste sono le finestre aperte nel Palazzo della Ragione, attraverso le quali penetra, a sconvolgere tutte le previsioni, il vento dell'irrazionale.

Le regole della correttezza parlamentare elaborate dalla prassi inglese, sono state ricopiate e messe a pulito nelle più recenti costituzioni europee: eppure se si considera il modo con cui le sedute si svolgono alla Camera dei Comuni e si confronta con quello che avviene nell'aula della Camera francese o di quella italiana, non si può non accorgersi di una profonda diversità di stile, derivante non tanto da diversità di leggi, quanto da diversità di costume e di educazione politica.

Lo stesso confronto si può fare per il processo. In Italia un'udienza rischia di somigliare ad uno spettacolo teatrale: in Inghilterra somiglia piuttosto ad una funzione religiosa. Recentemente, in una mia visita all'Università di Cambridge, ebbi la sorpresa di apprendere che nelle Università inglesi non si insegna il diritto processuale: il modo di comportarsi dinanzi ai giudici non è materia di studio; si impara nella pratica professionale, perchè è materia non di scienza, ma di galateo.

7. — E allora, amico Alcalà Zamora, riaffiora qui, nel far questi confronti, quel senso di scontentezza e quasi di angoscia dal quale tutti gli studiosi di diritto processuale si sentirono affratellati nell'ultimo congresso internazionale di Firenze, alla cui riuscita anche tu portasti, colla tua presenza, così autorevole contributo (15).

Alla fine delle nostre discussioni potemmo compiacerci tra noi della promettente ripresa dei nostri studi, e dell'alto livello raggiunto, in Europa e in America, dalla nostra scienza; ma poi ci veniva fatto di domandarci: — Queste nostre costruzioni teoriche giovano veramente alla giustizia? Il nostro raffinato concettualismo serve veramente a far sì che le sentenze dei giudici siano più giuste? e il processo che si dovrebbe studiare per far di esso uno strumento adeguato alle esigenze della società, è veramente quel meccanismo di precisione, fatto di eleganze logiche, che noi teorizziamo nei nostri trattati? —

Alla fine di quel congresso che rimarrà anche per questo memorabile, prendemmo con noi stessi l'impegno di continuare con rinnovato fervore il nostro lavoro di studiosi, non per servire al gusto architettonico delle astratte costruzioni sistematiche, ma per servire in concreto alla giustizia: per servire agli uomini che hanno sete di giustizia (16).

---

(15) Cfr. « Atti del Congresso internazionale di dir. proc. civile » (Padova, 1953), in cui è riportata anche la comunicazione di N. ALCALÁ ZAMORA sulla *Aportación hispánica a la difusión de la ciencia procesal italiana*, pag. 173 e segg.

(16) Cfr. il discorso inaugurale di quel Congresso: CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in « Atti » cit., pagg. 9 e segg. [e in questo volume, pagg. 563 e segg.].

Ora, per rimaner fedeli a questo impegno, bisogna sempre più consapevolmente persuaderci che il processo, oggetto dei nostri studi, non è quale il legislatore lo ha previsto in astratto, ma quale lo fanno vivere, quale lo « rappresentano » (nel senso teatrale della parola) gli uomini, giudici e giudicabili, che vi partecipano in concreto; i quali non sono astrazioni, non sono fantocci meccanici costruiti in serie, ma sono uomini vivi, ognuno collocato nel suo mondo individuale e sociale, col suo sentimento, coi suoi interessi, colle sue opinioni, col suo costume: che può essere, purtroppo, anche un malcostume.

Anche un malcostume: questo è un altro punto di somiglianza fra il procedimento giudiziario e il procedimento parlamentare. La *chicane* giudiziaria, che è la degenerazione del processo, ed il « parlamentarismo », che è la degenerazione del Parlamento, sono sintomi della stessa malattia: che è il difetto di quella educazione civica e di quella solidarietà sociale, senza la quale le istituzioni democratiche, in ogni campo, fatalmente decadono. Il pericolo da cui deve guardarsi la democrazia è proprio in questa adorazione illuministica della astratta ragione, considerata in sè come capace di reggere, per forza propria, le sorti degli uomini.

La verità, che è poi il segreto per la salvezza dei regimi democratici, è un'altra: che per far vivere una democrazia non basta la ragione codificata nelle norme di una costituzione democratica, ma occorre dietro di esse la vigile e operosa presenza del costume democratico che voglia e sappia tradurla, giorno per giorno, in concreta ragionata e ragionevole realtà.

« *La démocratie est un comportament, un engagement. Faute de « cet engagement, la technique constitutionnelle est morte* » (17).

E questo è anche il segreto della tecnica *processuale*.

II. — Giustizia e politica: sentenza e sentimento.

Sommario. — 1. Il processo come dramma. — 2. Il giudice: carattere essenziale, la imparzialità. — 3. Varî metodi per garantire l'imparzialità. — 4. La giustizia del caso singolo. — 5. Giustizia e politica. — 6. Giustizia *secundum leges*. — 7. Il sillogismo giudiziale. — 8. Imprevedibilità della sentenza. — 9. Insufficienza, anche nel sistema della legalità, della concezione meramente logica della sentenza. — 10. La sentenza, creazione della coscienza del giudice.

1. — Avvertii, al termine della precedente conferenza, che per il buon funzionamento del processo (qualcosa di simile si potrebbe ri-

(17) Mirkine-Guetzévitch, *Les const. europ.*, cit., I, p. 153.

petere per tutte le istituzioni pubbliche, specialmente negli ordinamenti democratici) conta, assai più della perfezione tecnica delle astratte norme che lo regolano, il costume di coloro che sono chiamati a metterle in pratica.

Si dice comunemente che il processo, civile o penale, si può rassomigliare a un dramma: come in un dramma, infatti, si svolge in esso una successione di atti compiuti da diverse persone in forma dialogica, con distinzione in diversi episodî concatenati, che trovano il loro scioglimento, come in un epilogo, nella sentenza. E in verità assai spesso il processo ha non solo nelle forme, ma anche nella sua sostanza umana, una vicenda di dramma, triste o comico secondo i casi: e ciò si rileva dall'interesse morboso con cui il pubblico si appassiona a certi dibattimenti penali, e dalla frequenza con cui, nel teatro o nel cinematografo, si portano sulla scena o sullo schermo raffigurazioni tolte dalla vita giudiziaria.

Ora tutti ben sappiamo che altro è leggere un dramma stampato, così com'è stato scritto dall'autore, e altro è vederlo rappresentato da un grande attore che nella interpretazione teatrale lo ricrea e lo trasfigura. Anche nel processo accade qualcosa di simile: le leggi di procedura sono ricreate e trasfigurate dalle persone che le traducono in atti processuali concreti, ossia, si potrebbe anche dire, dai « personaggi » che le rappresentano e le interpretano sulla scena giudiziaria. Con questo in più: che mentre nei drammi teatrali il dialogo è tutto scritto in anticipo, battuta per battuta, nel dramma giudiziario il diritto processuale prestabilisce soltanto una serie di schematici ed astratti modelli, cornici vuote che volta per volta devono esser riempite di parole scritte o parlate, da coloro che in concreto partecipano al singolo giudizio. Il diritto processuale somiglia molto, per questo, al « canovaccio » della commedia dell'arte: dove, entro lo schema della propria parte, i personaggi recitavano « a soggetto », ossia improvvisando.

2. — Il più importante tra i personaggi del processo, il vero protagonista, è il giudice. Egli assiste muto e impenetrabile a tutto lo svolgimento del dramma, sempre presente anche se si limita ad ascoltare in silenzio la disputa degli altri personaggi. Ma alla fine l'ultima parola, la parola risolutiva, è la sua: tutto quello che è stato detto nel corso del dibattito si riassume e si dissolve nella sua decisione. L'epilogo del dramma, l'ultimo atto del rito, è la sentenza, « *ite, missa est* »: « *ite, iudicatum est* ». Il giudice è il *deus ex machina*: come l'apparizione purificatrice di Atena nella catarsi dell'*Oresteia* (18).

---

(18) Cfr. Redenti, *Intorno al concetto di giurisdizione* (Parma, 1914) pagg. 11-12.

Ora quale è nel processo la funzione del giudice? dico qual è oggi, secondo la nozione astratta che ne danno le leggi, ma anche secondo la concreta realtà storica, la funzione del giudice collocata nel sistema giuridico di una costituzione democratica?

Storicamente la qualità preminente che sembra inseparabile dall'idea stessa di giudice, fino dal suo primo apparire agli albori della civiltà, è la *imparzialità* (19). Il giudice è un terzo estraneo alla contesa, che non condivide gli interessi e le passioni delle parti litiganti tra loro e che dal di fuori considera con serenità e con distacco il loro litigio: un terzo *inter partes* o meglio *supra partes*. Quel che lo spinge a giudicare non è un suo interesse personale, egoistico, che stia in contrasto o in connivente alleanza coll'uno o coll'altro degli egoismi in conflitto. L'interesse che lo muove è un interesse superiore, di ordine collettivo; l'interesse a che la contesa sia risolta civilmente e pacificamente, *ne cives ad arma veniant*: per mantenere la pace sociale. E per questo dev'essere estraneo e indifferente alle sollecitazioni delle parti e all'oggetto della lite: *nemo iudex in re propria.*

3. — Ma se la imparzialità è un requisito inseparabile dall'idea stessa di giudice, non ugualmente è indispensabile, perchè si abbia un giudice, che esso sia chiamato a decidere *secundum leges*. Il giudizio *secundum leges* è uno dei modi, il più perfezionato e « razionalizzato », di far giustizia; ma nella storia degli istituti giudiziarî, svariati secondo i tempi sono stati i criterî, o i congegni, di cui i giudici si sono serviti per essere, e soprattutto per apparire, imparziali.

Nelle età primitive il giudice si confonde col sacerdote o coll'aruspice, che chiede aiuto e ispirazione alla superstizione e alla magia: e lègge la motivazione della sua sentenza nel volo degli uccelli o nelle viscere palpitanti della vittima immolata. Il giudizio di Dio, la prova del fuoco, le ordalie: espedienti per introdurre nel giudizio, a garanzia di imparzialità, forze superiori ad ogni calcolo umano e ad ogni cura terrestre, come la indifferenza degli dei o la sorte cieca. Anche il metodo seguito dal famoso giudice Bridoye di Rabelais, che metteva sulla bilancia i fascicoli dei due litiganti e dava ragione a quello il cui fascicolo pesava di più, era un sistema per raggiungere la imparzialità; e così la giustizia dei cadì turchi, che decidevano, come diceva Francesco Guicciardini, « a occhi serrati »; e tuttavia, facendo la statistica delle loro decisioni, non c'è da credere che le probabilità di errare fossero per loro più grandi che per i nostri giudici: « se noi presup-

---

(19) Alcalá Zamora, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, 1947, specialmente ai nn. 38 e segg.

pognamo le sentenzie de' turchi darsi al buio, ne sèguita che, ragguagliato, la metà ne sia giusta; sanza che non forse minore parte ne sono injuste di quelle date tra noi, o per la ignoranza o per la malizia de' giudici » (20).

E lo stesso si potrebbe dire di quel procedimento sbrigativo che un viaggiatore etnologo riferisce di aver visto in uso presso una tribù selvaggia abitante sulle rive di un lago africano: quando nasceva una lite, i due litiganti venivano legati a due pali eretti in prossimità del lago, a uguale distanza dall'orlo dell'acqua; ed erano lasciati lì in attesa della sentenza. Di lì a poco si vedeva spuntare dalle onde il giudice, un vecchissimo caimano educato a questo ufficio, il quale, dopo aver considerato la situazione, si strascicava lentamente verso uno dei pali. Quel litigante a cui toccava d'esser divorato, aveva perduto la causa (colla condanna nelle spese).

4. — Ma anche senza ricorrere a queste curiosità remote o immaginarie, è certo che anche negli ordinamenti oggi vigenti si possono trovare numerosi esempi di processi nei quali al giudice che deve far giustizia si chiede un'operazione molto diversa da quella consistente nell'applicazione rigorosa delle leggi precostituite.

Anche nei sistemi processuali dell'Europa continentale si trovano numerosi esempi di « giurisdizioni di equità » o di collegi arbitrali composti di « amichevoli compositori » (21), i quali cercano la giustizia del caso singolo, traendo ispirazione non dalla legge, che non li vincola, ma da quel senso di equità vivente nella loro coscienza, che detta loro la decisione più conveniente e più aderente alle circostanze del singolo caso.

Così, in Italia, gli organi della giustizia amministrativa, dinanzi ai quali i cittadini hanno diritto di impugnare gli atti definitivi della pubblica amministrazione, possono in certi casi, quando esplicano la cosiddetta giurisdizione *di merito*, riesaminare il contenuto dell'atto, non sotto il rigido profilo della legittimità, ma sotto quello, assai più fluido e mutevole da caso a caso, della convenienza tecnica e del pubblico interesse.

In questa serie di esempi di giustizia senza leggi, non si può dimenticare la giurisdizione *disciplinare* che certi collegi professionali esercitano sui loro iscritti: come quella che i consigli forensi eserci-

---

(20) Francesco Guicciardini, *Ricordi*, serie seconda, n. 209 (in *Scritti politici e ricordi*, ed. Laterza, Bari, 1933, par. 333).

(21) Calamandrei, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in *Studi*, II, 1930, pagg. 1 e segg.

tano sugli avvocati, la cui condotta nell'esercizio dell'avvocatura è sindacata non secondo norme di legalità, ma secondo quei dettami tradizionali di correttezza e di probità professionale, che tutti gli appartenenti all'Ordine debbono trovare vivi nella propria coscienza.

In tutti questi casi il giudice non può limitarsi a leggere nel Codice la soluzione già preparata in ipotesi in un articolo di legge; ma deve cercare nel suo intimo senso di giustizia la soluzione del « caso per caso », fabbricata, per così dire, non *in serie*, ma *su misura*.

Ma l'esempio più evidente di questo fenomeno è dato, anche nella esperienza contemporanea, dalla condizione in cui la giustizia funziona nei periodi rivoluzionari o in quelli di riassestamento immediatamente successivi a una rivoluzione vittoriosa.

Pensate a quello che avvenne in Russia dopo la rivoluzione del 1917. Furono sciolti i tribunali del regime czarista, i magistrati e gli avvocati mandati a spazzare la neve, aboliti in blocco tutti i vecchi codici. In questo « vuoto di leggi » furono creati *ex novo* i tribunali del popolo, composti di operai e contadini, competenti a decidere su tutte le cause civili e penali. Non c'erano più leggi scritte: su quali criterî essi si fondavano per giudicare? Sulla « coscienza proletaria », si diceva allora: il che voleva dire secondo criterî politici, cioè secondo le esigenze di una lotta politica in corso di svolgimento, nella quale anche la sentenza del giudice diventava strumento di azione rivoluzionaria.

In questi periodi di brusca trasformazione dell'assetto sociale il giudice esercita una funzione dichiaratamente politica: sceglie per il caso concreto la soluzione che gli sembri *più utile* per la causa della rivoluzione; si ispira al suo sentimento (o al suo risentimento) di uomo di parte. Del resto anche oggi, nella Russia sovietica, dopo che l'ordinamento giuridico è stato ricostruito come un sistema di leggi scritte che i giudici son chiamati ad applicare, si continua ad affermare risolutamente il carattere politico della funzione giudiziaria. La distinzione tra giustizia e politica non esiste in Russia nello stesso senso in cui è accolta nella tradizione liberale dell'Europa occidentale: il Vyshinsky (22), il quale, prima che diplomatico, è stato coi suoi libri lo illustratore autorizzato del sistema costituzionale sovietico, considera apertamente il processo come uno degli strumenti di lotta politica, prima per il trionfo, e poi per la difesa, della rivoluzione socialista.

Qualcosa di simile avvenne in Germania sotto il nazismo, specialmente per il processo penale: quando nel Codice penale era stata

---

(22) A. Y. Vyshinsky, *The law of the Soviet state*, New York, 1951, spec. pagg. 497 e segg.

introdotta una disposizione che permetteva al giudice di punire non solo per fatti che dalla legge penale fossero considerati reati, ma altresì per fatti, che pur non essendo previsti previamente come reati, fossero tuttavia considerati dal giudice come « contrari al sano sentimento del popolo tedesco » (23).

5. — Ora è certo che in tutti questi casi il giudice trae la sua decisione non da norme precostituite, ma dal suo immediato sentimento: dal suo sentimento di uomo politico che vive in società, e che partecipa a quella dinamica di aspirazioni economiche e morali, di appetiti e di repugnanze, e perfino di « miti », che si possono chiamare, in maniera comprensiva, correnti « politiche » del suo tempo. La trasformazione della politica in diritto avviene così di volta in volta, creata non dal legislatore in anticipo, ma dal giudice per il caso singolo, come *lex specialis*. E' quella che si chiama scolasticamente la creazione giudiziaria del diritto, il « diritto libero ». Qui veramente *sententia*, come vuol l'etimologia, deriva da *sentimento*: la sentenza non è opera di intelletto e di scienza, consistente nel conoscere e nell'accertare storicamente qualcosa che esiste già, ma è creazione pratica, volontà, alimentata dalla esperienza sociale, che spinge il giudicante alla ricerca di una certa utilità politica che dia soddisfazione a quella esperienza. Anche se nel cercar la soluzione del caso singolo, il giudice si lascia guidare da certe premesse di ordine generale, che egli sente come acquisizione preesistente della società a cui egli appartiene (la cosiddetta *equità sociale*), egli le trova dentro di sè, registrate nella sua coscienza.

Questa è la giustizia del caso singolo, che ha il pregio, se il giudice sa essere fedele interprete della società in cui vive, di aderire perfettamente alle concrete circostanze del caso singolo, senza lasciar margini e interstizi. Ma è una giustizia aleatoria. Manca non solo la certezza, ma anche la probabilità del diritto: non c'è garanzia di ugual trattamento dei casi simili, perchè ogni caso è considerato come un *unicum*, che non può aver simili: quali siano i propri diritti e i propri doveri, quale sia il lecito e l'illecito, si sa solamente *a posteriori*, dopo la sentenza. La persona è in balia del giudice.

Questo è il cupo volto della giustizia rivoluzionaria nei periodi del terrore: dinanzi a quei tribunali di parte, anche quando non sono il pretesto per sfogare rancori personali e per dare l'apparenza della autorità alla vendetta privata, c'è da domandarsi se veramente essi siano da considerarsi come organi di giustizia o come strumenti san-

---

(23) In tal senso fu modificato il § 2 dello St. G. B. colla legge del 28 giugno 1935, in vigore dal 1° settembre dello stesso anno.

guinari di guerra civile. Di questo problema della giustizia nei periodi rivoluzionari, anche noi in Italia abbiamo avuto di recente dure esperienze; e così è avvenuto in Francia; tanto che la rivista *Esprit*, che è una delle più alte voci dello spirito europeo, ha sentito il bisogno di dedicare a questo argomento un numero speciale (24), nel quale Emmanuel Mounier si è posto questa angosciosa domanda: *y a-t-il une justice politique?* può esistere, senza *contradictio in adiecto*, una giustizia politica? e per quali caratteri questa giustizia, pur ispirandosi a criterî politici, può continuare ad essere *giusta*?

6. — Ma di fronte a questo sistema della creazione giudiziaria del diritto, di fronte a questa giustizia dinamica e romantica, gli ordinamenti costituzionali fondati sulla separazione dei poteri danno la preferenza al sistema statico e « razionalizzato » della *creazione legislativa* del diritto, che pretende di attuare in maniera assoluta la separazione della giustizia dalla politica.

Nel sistema della formulazione giudiziaria, il passaggio dalla politica alla sentenza è immediato e diretto: il giudice vive immerso nella politica. Nel sistema della creazione legislativa, o della «legalità», tra la politica e il giudice c'è di mezzo la legge. Anche qui il diritto è un prodotto, depurato e per così dire cristallizzato, della politica; ma questo processo di depurazione si svolge in due tempi: la prima fase è legislativa, poi viene quella giudiziaria. Le forze politiche sfociano tutte quante, come un torrente impetuoso che preme sulla ruota di un mulino, sugli ingranaggi degli organi legislativi; è nel Parlamento che l'urto della politica si acqueta in leggi. Il legislatore, in questo suo lavoro di trasformazione della politica in diritto, non prende in considerazione il caso singolo, la lite già sorta o già preannunciata, il conflitto interindividuale già in atto: si mette su un piano più alto di quello degli episodi individuali, apprezza a distanza gli interessi collettivi, segue dall'alto, come in un panorama, la direzione e il moto progressivo delle correnti sociali. E, traendo da questa diagnosi sociale, fatta non sul caso individuale ma sui grandi numeri, la previsione che nell'avvenire certi comportamenti tipici possano dar luogo a certi conflitti di interessi tra consociati, stabilisce in anticipo, in maniera generale ed ipotetica, ciò che dovrà valere come giusto per tutti i casi che avranno in concreto i caratteri di quel determinato tipo astrattamente considerato.

Così, ad esempio, quando in seguito a circostanze straordinarie (come sono state in tutta Europa le distruzioni prodotte dalla guerra)

---

(24) *Esprit* (Paris, anno XV) numero dell'agosto 1947.

si è verificata una generale deficienza di alloggi, il legislatore avverte che si è aperto un periodo in cui i conflitti di interessi tra proprietari di case e inquilini hanno assunto una rilevanza sociale che prima non avevano, e sente la necessità di stabilire in anticipo, per tutti questi urti che stanno per verificarsi, un regolamento giuridico che li disciplini in maniera uniforme.

L'ordinamento giuridico, a schematizzarlo così, si può paragonare a un casellario: ogni articolo dei codici è una casella, fatta per un determinato modello di comportamento umano. Tutte le azioni umane che hanno rilevanza per la società (per quel determinato tipo di società) sono classificate in tipi e schedate in questo casellario: tutto quello che non è previsto vuol dire che non ha rilevanza sociale e che quindi è indifferente per quell'ordinamento giuridico, il quale per definizione non può avere lacune.

7. — E allora si capisce facilmente come in questo sistema il momento giudiziario, il secondo momento, sia molto semplice. Il giudice al quale si presenta il fatto, non deve far altro che classificarlo giuridicamente, cioè riconoscere in esso i caratteri tipici di uno di quei modelli che sono previsti nel casellario: trovata la casella, non deve far altro che leggere, bell'e pronta in quella casella, la soluzione appropriata.

E' questo il famoso *sillogismo giudiziale.* La legge è un giudizio ipotetico di carattere generale che riconnette ad un evento possibile un effetto giuridico: « se si verifica un caso del tipo *a*, si produce lo effetto giuridico *b* ». Qui, dice il giudice, si verifica in concreto un caso che ha i caratteri del tipo *a*, dunque io accerto che si deve produrre in concreto l'effetto giuridico *b*. Tutto il lavoro del giudice si riduce pertanto a trovare la coincidenza tra un caso concreto e un caso astrattamente ipotizzato dalla norma: cioè, secondo la risaputa terminologia scolastica, la coincidenza tra la « fattispecie reale » e la « fattispecie legale ».

Vedete dunque come, in questa configurazione, tutto il lavoro del giudice è puro e rasserenante. Il giudice non ha diretto contatto colla politica: tra lui e la politica c'è di mezzo la muraglia senza finestre delle leggi. Tutte le scorie della politica, tutto quello che la politica ha di immondo o di scottante, non arriva alla mano del giudice: egli trova sul suo banco queste piccole oreficerie di logica che sono le formulette delle leggi, ripulite e lustrate, e non sa quanto fango si è dovuto smuovere per trovar questo metallo e quanto fuoco ci è voluto per fonderlo nella caldaia.

Questo è il sistema della legalità, il meccanismo perfetto costruito

per i periodi felici della vita costituzionale. E' un sistema di calma e di ottimismo, che corrisponde a tutti i principî illuministici della democrazia: c'è la « razionalizzazione del potere », che sottrae la decisione giudiziaria al capriccio del giudicante; c'è la divisione dei poteri, che separa il campo del legislatore da quello del giudice; c'è la certezza dei diritti, suprema garanzia della libertà personale.

Considerate poi in che maniera ingegnosa in questo sistema si è raggiunta la imparzialità. Il legislatore è imparziale, perchè dall'alto, operando sui grandi numeri ed in anticipo, non può prevedere chi nell'avvenire cadrà individualmente sotto il disposto delle sue leggi, quale sarà il vinto e quale il vincitore, quali volti viventi entreranno in quelle sue predisposte cornici. E il giudice, da parte sua, non può non essere imparziale, perchè nel giudicare non può far altro che riferirsi alla legge. Sentenza giusta, in questo sistema, non vuol più dire sentenza conforme al sentimento sociale, ma vuol dire semplicemente sentenza *conforme alla legge*: e se poi, per avventura, la legge non corrisponde (o non corrisponde più) al sentimento sociale, questo non è affare del giudice, ma del legislatore: *dura lex sed lex.*

La sentenza diventa dunque un prodotto di pura logica: il sentimento non c'entra. Il giudice ha la fortuna di poter vivere tranquillo e pacato, libero dalle tempeste del sentimento, nella serenità lunare dei sillogismi. Ricordate la celebre frase del Montesquieu? « *Les juges « ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres « inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur* » (25). Esseri inanimati, macchine; macchine sillogizzanti. Anzi macchine *ottiche*: perchè in questo sistema, secondo la concezione panlogistica dei giuristi, le leggi, in virtù di questa loro predisposizione ipotetica e anticipata, per cui un certo effetto giuridico è previsto come conseguenza automatica del verificarsi in concreto di una certa fattispecie, si applicano da sè, scendono da sè a regolare il mondo; e quindi i rapporti giuridici, i diritti, gli obblighi nascono da sè e vivono e si estinguono nel mondo giuridico *senza bisogno della mediazione del giudice.*

Voi lo sapete: noi giuristi, a forza di sillogizzare, ci siamo creati un nostro mondo dove ci immaginiamo di veder vivere i rapporti giuridici come animali di una zoologia metafisica, che solo gli iniziati possono avvicinare. Come Galileo vedeva tutto il mondo fatto di triangoli, noi incontriamo sulle nostre strade i diritti che camminano e assistiamo al battesimo e ai funerali dei rapporti giuridici. Tutto questo avviene senza che il giudice possa intervenire per modificarlo: il giudice è uno spettatore che si limita ad osservare quel che c'è, ad *accer-*

---

(25) *Esprit des lois,* lib. XI, cap. VI.

tare ciò che esiste già: non crea i diritti, ma li dichiara. E' un meccanismo fatto di lenti selettive, che scopre intorno a sè ciò che già esiste, ma che gli occhi comuni non vedono: o, se lo preferite, è un proiettore che col suo fascio di luce rivela la misteriosa vita sottomarina degli organismi giuridici.

8. — Ma a questo punto io son tentato di rivolgere una domanda a voi che mi ascoltate, a quelli di voi che, come giudici o come avvocati, già conoscete per pratica come in realtà funziona la giustizia. La domanda che vi rivolgo è questa: vi sembra davvero che questa concezione puramente intellettualistica e sillogistica del giudice sia sodisfacente, e soprattutto che corrisponda alla verità?

La certezza del diritto... Ognuno sa in anticipo quali sono i suoi diritti e i suoi doveri: ognuno può leggere in anticipo nelle leggi, come su un listino di mercato, il prezzo giuridico delle sue azioni; ognuno, quando va dinanzi al giudice, può prevedere, sol che sappia ragionare, qual è la sua sorte.

Ma tutto questo è verità o illusione? E' proprio vero che, nel sistema della legalità, la sentenza del giudice è sicuramente *prevedibile*? è proprio vero che il giudice, come uno storico della realtà giuridica, si limita ad accertare ciò che già è, senza concorrere, colla sua volontà stimolata dal suo sentimento, alla creazione pratica di questa realtà?

Anche io, in un mio saggio giovanile (26), ho rappresentato la sentenza come una progressione di sillogismi a catena; ma poi l'esperienza del patrocinio forense mi ha dimostrato non dico che questa rappresentazione sia sbagliata, ma che essa è incompiuta e unilaterale: chi si immagina la sentenza come un sillogismo, non vede la sentenza viva; vede la sua spoglia, il suo scheletro, la sua mummia.

Diciamocelo in confidenza, tra noi avvocati chi può prevedere in anticipo l'esito di una causa? Certamente, nel sistema della legalità, la previsione può farsi con un grado di approssimazione maggiore che nel sistema del diritto libero. Specialmente quando entrano in giuoco certe norme di carattere rigido e formale, come quelle sulla prescrizione e sulla preclusione, l'esito del giudizio si può prevedere con un calcolo di probabilità che si avvicina alla certezza.

Ma anche in questi casi una certezza assoluta non c'è mai. Al cliente che chiede in anticipo all'avvocato la garanzia della sicura vittoria, il difensore serio ed onesto non può rispondere altro che col vecchio motto: *habent sua sidera lites*. Un tempo io mi ribellavo a

---

(26) CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Studi*, I, pag. 1 e segg. [in questo vol., pag. 11 e segg.].

questo motto che consideravo con disprezzo (27), come espressione di vile e pigra rassegnazione: quando si sa di aver ragione, bisogna esser convinti che la giustizia è più forte delle stelle avverse. Ma poi, col passar degli anni, mi sono riconciliato con quel motto: che, adoprato prima del giudizio, può avere per il patrocinatore un effetto deprimente; ma che può avere altresì, se adoprato dopo, un effetto consolante. Si deve prevedere di vincere: si deve far di tutto per vincere; ma se poi la sentenza del giudice smentisce le previsioni, allora è il momento di chieder conforto alla saggezza del motto latino. La sentenza è ingiusta; non importa, *habent sua sidera lites*: e ci si consola così.

9. — La verità è che il giudice non è un meccanismo: non è una macchina calcolatrice. E' un uomo vivo: e quella funzione di specificare la legge e di applicarla nel caso concreto, che *in vitro* si può rappresentare come un sillogismo, è in realtà una operazione di sintesi, che si compie a caldo, misteriosamente, nel crogiuolo sigillato dello spirito, ove la mediazione e la saldatura tra la legge astratta e il fatto concreto ha bisogno, per compiersi, della intuizione e del sentimento acceso in una coscienza operosa. Insomma il sistema della legalità, e in genere la teoria normativa del diritto, è uno schema didattico, utile per i giuristi; ma questa scomposizione logica della sentenza somiglia alle analisi dei chimici, che anche quando sono arrivati a individuare tutte le sostanze elementari di cui è composto un organismo vivo, non sono riusciti però a imprigionare in formule quella scintilla da cui, dalla misteriosa combinazione di questi elementi, è scaturita la vita.

Del resto anche nel sistema della legalità sono le stesse leggi che talvolta offrono al giudice il varco per far passare il sentimento nelle rigide formule dettate dalla ragione. E' la legge che spesso dà al giudice il potere di decidere secondo equità, « secondo le circostanze », « con equo apprezzamento delle circostanze del caso » (es. art. 2056 Cod. civ.). Nella tecnica legislativa si adoprano spesso quelle espressioni tradizionali, di significato generico e variabile («buona fede », « diligenza normale », « diligenza del buon padre di famiglia »), che sono state chiamate immaginosamente gli organi respiratorî o le valvole di sicurezza del sistema giuridico, perchè attraverso di esse il giudice, dando caso per caso a queste frasi elastiche un contenuto concreto, riesce a far penetrare nelle leggi morte l'aria vivificatrice delle esigenze sociali in perpetuo moto di evoluzione. Ma anche senza pensare a questi consapevoli espedienti tecnici, con cui lo stesso legi-

---

(27) CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, 1938, II ed., pag. 3.

slatore fa sì che nell'interno del diritto « razionalizzato » entri l'ossigeno dell'irrazionale, bisogna persuadersi che ogni interpretazione è una ricreazione: e che in ogni interpretazione l'ispirazione individuale è decisiva.

La legge prestabilita è uno dei coefficienti che concorrono a stimolare nella decisione la coscienza del giudice; ma non è il solo coefficiente. Questo spiega certi fenomeni, che potrebbero altrimenti parere incomprensibili, di disformità della giurisprudenza: due giudici, in due aule della stessa Corte, magari nello stesso giorno, applicando la stessa legge a due casi assolutamente simili, decidono la stessa questione in senso diametralmente opposto. Quale di essi ha errato? Nessuno dei due: perchè, se la legge era la stessa per entrambi, se i fatti erano identici, diverso era il sentimento individuale del giudicante attraverso il quale quella legge e quei fatti si sono incontrati. In casi come questi, non c'è che da inchinarsi ai « *sua sidera* »: il litigante che ha perduto la causa perchè è stato giudicato in quest'aula, l'avrebbe vinta se fosse entrato, per farsi giudicare, nell'aula accanto; non è il giudice che ha sbagliato la sentenza, è il litigante che ha sbagliato la porta. Anche gli antichi dottori conoscevano questa instabile perplessità in cui si trova il giudicante quando la questione di diritto è così sottile ed incerta, che può bastare, a risolverla a favore di una parte piuttosto che a favore dell'altra, appena una lieve spinta di sentimento; e questo impercettibile scarto lo chiamavano il « punto dell'amico » (28).

10. — Possiamo dunque concludere. Ridurre la funzione del giudice a un puro sillogizzare vuol dire impoverirla, inaridirla, disseccarla. La giustizia è qualcosa di meglio: è creazione che sgorga da una coscienza viva, sensibile, vigilante, umana. E' proprio questo calore vitale, questo senso di continua conquista, di vigile responsabilità che bisogna pregiare e sviluppare nel giudice.

Il pericolo maggiore che in una democrazia minaccia i giudici, e in generale tutti i pubblici funzionari, è il pericolo della assuefazione, della indifferenza burocratica, della irresponsabilità anonima. Per il burocrate gli uomini cessano di essere persone vive e diventano numeri, cartellini, fascicoli: una « pratica », come si dice nel linguaggio degli uffici, cioè un incartamento sotto copertina, che racchiude molti fogli protocollati, e in mezzo ad essi un uomo disseccato. Per il burocrate

---

(28) G. Salvioli, *Storia del diritto italiano*, 9ª ed. (Torino, 1930), pag. 123, ricorda il « punto dell'amico », attribuendolo a Deciano; cfr. D. Tiberius Decianus, *Responsa*, vol. III, Venetiis, MDCII, resp. LIX, n. 6, fo. 149: « *Amicitia facit iudicium pro reo, sicut inimicitia facit iudicium contra reum* ».

gli affanni dell'uomo vivo che sta in attesa non contano più: vede quell'incartamento ingombrante sul suo tavolino e solo si cura di trovare un espediente per farlo passare sul tavolino di un altro burocrate, suo vicino di stanza, e scaricar su di lui il fastidio di quella rogna.

Guai se questa indifferenza burocratica entra nei giudici; guai se essi si assuefanno al richiamo pungente della loro responsabilità!

Chi pensa al peso di dolori umani che è affidato alla coscienza dei giudici, si domanda com'essi, con sì terribile compito, riescano la notte a dormire sonni tranquilli. Eppure il sistema della legalità, a intenderlo troppo scolasticamente, colla ingegnosa meccanica del sillogismo giudiziale, sembra fatto apposta per togliere al giudice il senso della sua terribile responsabilità, e per aiutarlo a dormire senza incubi.

C'è sulla piazza un impiccato, condannato a morte dal giudice. La sentenza è stata eseguita; ma la sentenza era ingiusta: l'impiccato era innocente.

Chi è responsabile di aver assassinato quell'innocente? il legislatore che nella sua legge ha stabilito in astratto la pena di morte o il giudice che l'ha applicata in concreto?

Ma il legislatore e il giudice, l'uno e l'altro, trovano il mezzo per salvarsi l'anima col pretesto del sillogismo.

Il legislatore dice: — Io non ho colpa di quella morte, io posso dormire tranquillo: la sentenza è un sillogismo, del quale io ho costruito soltanto la premessa maggiore, una innocua formula ipotetica, generale ed astratta, che minacciava tutti, ma non colpiva nessuno. Chi l'ha assassinato è stato il giudice, perchè è lui che dalle premesse innocue ha tratto la conclusione micidiale, la *lex specialis* che ha ordinato l'uccisione di quell'innocente. —

Ma il giudice dice a sua volta: — Io non ho colpa di quella morte, io posso dormire tranquillo: la sentenza è un sillogismo, del quale io non ho fatto altro che estrarre la conclusione dalla premessa imposta dal legislatore. Chi l'ha assassinato è stato il legislatore colla sua legge, la quale era già una *sententia generalis,* in cui anche la condanna di quell'innocente era racchiusa. —

Lex specialis, sententia generalis: così legislatore e giudice si rimandano la responsabilità; e posson dormire, l'uno e l'altro, sonni tranquilli, mentre l'innocente dondola dalla forca.

Ma questa non può essere la giustizia di una democrazia; questo non può essere il giudice degno della Città degli uomini liberi. E' stato detto (già si è visto) che la democrazia è un impegno, un *engagement*: « *faute de cet engagement la technique constitutionnelle est morte* ».

Lo stesso si può dire per la tecnica giudiziaria.

Noi non sappiamo più che farci dei giudici di Montesquieu, « *êtres inanimés* » fatti di pura logica. Vogliamo i giudici coll'anima: giudici *engagés*, che sappiano portare con vigile impegno umano il grande peso di questa immane responsabilità che è il render giustizia.

III. — Indipendenza e senso di responsabilità del giudice.

SOMMARIO. — 1. La indipendenza del giudice: indipendenza della magistratura dagli altri poteri, e indipendenza individuale del singolo giudice. — 2. Indipendenza del giudice da stimoli egoistici. — 3. Indipendenza da ogni subordinazione gerarchica. — 4. Ingerenza del ministro della Giustizia nella carriera dei magistrati, e suoi pericoli. — 5. Il sistema dell' « autogoverno » della Magistratura nella Costituzione italiana. — 6. I pericoli della « carriera ». — 7. La collegialità. — 8. Pubblicità o segretezza della deliberazione. — 9. Esempi di deliberazione pubblica della sentenza. — 10. Pregi e difetti dei vari sistemi.

1. — Il precedente discorso si concluse coll'osservare che il giudice di un ordinamento democratico non può somigliare ad una macchina calcolatrice, dalla quale, col semplice premer di un tasto, venga fuori il cartellino colla somma esatta; ma dev'essere una coscienza umana totalmente impegnata nella difficile missione di render giustizia, disposta ad accettar su di sè tutta la responsabilità della decisione, la quale non è il prodotto di una operazione aritmetica, ma la conclusione di una scelta morale.

Con questo non si intende dire che il giudice possa fare a meno della legge: nel sistema della legalità, il giudice non può uscire dai limiti che essa gli pone; ma si vuol dire soltanto che, per applicarla fedelmente, egli non deve considerarla come una imposizione estranea che gli venga dall'alto, ma deve ricercarne le ragioni nella sua stessa coscienza, e, quando sta per tradurla in comando concreto, ricrearla col suo partecipe sentimento. Fu detto una volta che l'opera d'arte è « *une tranche de vie* », un pezzo di realtà riflessa attraverso la sensibilità di un artista; si potrebbe dire ugualmente che la sentenza è un articolo di legge filtrato attraverso la coscienza di un giudice.

La legge, in un ordinamento democratico, esprime (o dovrebbe esprimere) una esigenza popolare, viva nella coscienza di tutti i partecipanti a quella società: e il giudice, che è l'interprete ufficiale di quella legge, deve trovare rispecchiata in se stesso la coscienza sociale da cui quella legge è nata, e leggere nella propria coscienza individuale gli scopi di ordine generale che il suo popolo ha voluto raggiungere con quella legge. Ma perchè egli possa dedicarsi senza di-

strazione a questa delicata ricerca introspettiva, e sentire in sè tutto il peso ed insieme tutto l'onore di questa responsabilità, occorre che sia *indipendente*: solo colla sua coscienza, per ascoltare quello che la legge gli « detta dentro ».

In tutte le costituzioni democratiche moderne è proclamata, come essenziale garanzia di giustizia, la indipendenza dei giudici e della magistratura. Nei regimi totalitarî il giudice non è indipendente: è un organo politico, è uno *strumentum regni*. L'indipendenza del giudice può assumere il suo pieno significato soltanto nelle democrazie fondate sul principio della separazione dei poteri. Anche la Costituzione italiana la proclama in due articoli: « I giudici sono soggetti sol- « tanto alla legge » (art. 101); « La magistratura costituisce un ordine « autonomo e indipendente da ogni altro potere » (art. 104).

Ma che cosa si vuol dire esattamente colla parola « indipendenza »? In che relazione sta la indipendenza *della magistratura* collettivamente considerata, nel senso di autonomia del potere giudiziario di fronte agli altri poteri dello Stato (art. 104), colla indipendenza *del singolo magistrato*, considerato individualmente come giudicante che, nel momento in cui giudica, non può ricevere ordini altro che dalla legge, quale gli è rappresentata dalla sua coscienza (art. 101)?

2. — Si tratta di due concetti coordinati, ma distinti: la indipendenza della magistratura intesa come sistema di organi, istituiti per giudicare, come « ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere », non è che un mezzo (uno dei mezzi) per arrivare a garantire la indipendenza del singolo magistrato nel momento in cui giudica. E' questa indipendenza individuale dell'uomo-giudice ciò che veramente conta, lo scopo ultimo al quale devon mirare tutti i perfezionamenti dell'ordinamento giudiziario: perchè senza indipendenza non può esservi nel giudice quel senso di responsabilità morale che è la prima virtù del magistrato.

Indipendenza individuale del giudice significa, prima di tutto, affrancamento, nel momento in cui giudica, da tutti gli stimoli psicologici di natura egoistica. Si è detto che il giudice, nell'applicare la legge, deve farla rivivere nel calore della sua coscienza; ma in questo ripensamento della legge, che non è fatto di pura logica, il giudice deve sentirsi unicamente uomo *sociale*, partecipe ed interprete della società in cui vive, e non spinto a giudicare in un senso piuttosto che in altro da moventi di parzialità privata, di natura personale o familiare: amicizie o favori, parentele o gelosie, timori di pericolo o ambizioni di guadagno o di onori, tutto quello, insomma, che il Guicciardini avrebbe chiamato il « suo particulare ». La coscienza del giudice, quando affronta la decisione di una causa, dev'essere come una pagina

bianca su cui le vicende episodiche della vita privata nulla hanno lasciato scritto: le sue conoscenze estragiudiziarie possono rimanere presenti in lui quando giudica, soltanto in quanto, perdendo il significato episodico e assumendo un più largo e sereno significato sociale, siano entrate a far parte, come « massime di esperienza » (29), della sua cultura. La toga o la parrucca è il simbolo di questa riduzione dell'uomo privato ad uomo-giudice: uomo in cui il sentimento individuale è ammesso ad operare solo in funzione della sua missione sociale di giudicante.

Indubbiamente non è facile per il giudice rendersi indipendente da questa rete di legami, spesso da lui stesso difficilmente riconoscibili, in cui lo avviluppano i suoi affetti ed interessi privati: dimenticarsi di esser marito o padre, cessar di pensare, mentre giudica, alle proprie angustie economiche o alla malattia che lo mina. Proprio nel riuscire a evadere dalla prigione del suo egoismo si misura l'eroismo del giudice: con un misero stipendio che impone alla sua famiglia una vita di povertà, egli deve senza invidia difendere secondo giustizia le sconfinate ricchezze altrui; deve rimaner in udienza ad ascoltare le prolisse dissertazioni dei difensori anche quando il suo cuore di padre lo chiamerebbe d'urgenza al capezzale del figlio ammalato; e in una causa di separazione coniugale deve all'occorrenza saper dar torto al marito, anche se egli, nella sua propria vicenda matrimoniale, è stato senza sua colpa un marito infelice.

Difficile è per il giudice depositare fuori della porta, prima di entrare in camera di consiglio, questo suo bagaglio privato: e soprattutto gli è difficile riuscire a distinguere dentro di sè quali sono le ingiuste prevenzioni e le preconcette simpatie personali che cercano di nascondersi sotto il travestimento dell'imparzialità. Senza diventare un automa e rimanendo una persona, il giudice deve cessare di essere un « privato ». In tutte le legislazioni si trovano norme che mirano ad aiutare il giudice a liberarsi dall'involucro del « suo particulare »: o che addirittura gli impongono, quando si può temere che ciò non gli riesca, di lasciare il posto ad altri meno pregiudicato di lui (astensione e ricusazione; art. 51 e segg. C. p. c.).

3. — Ma di solito, nel comune linguaggio, quando si parla di indipendenza del giudice, si intende riferirsi specialmente alla mancanza, nell'esercizio della funzione giudiziaria, di ogni vincolo di subordinazione gerarchica. Il giudice, quando decide, non ha al di sopra di sè superiori, dai quali possa ricevere ordini o istruzioni: non può na-

---

(29) CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, in *Studi*, II, pagg. 289 e segg.

scondersi, per attenuare la sua responsabilità, dietro l'autorità dei superiori gerarchici; dipende dalla legge, ma quale sia la legge dalla quale dipende è lui stesso che deve sceglierlo secondo la sua coscienza.

Anche se nell'ordinamento giudiziario esiste, agli effetti delle impugnazioni, una gerarchia di « gradi », questo potrà dar luogo a un riesame successivo della sentenza dinanzi a un giudice superiore, ma non a un dovere preventivo del giudice inferiore di uniformarsi nel giudicare alle istruzioni del superiore. Il più umile conciliatore, che appartiene al primo gradino della scala giudiziaria, non riceve ordini, nel momento in cui giudica, neanche dal magistrato supremo della gerarchia, che è il primo presidente della Cassazione.

Il funzionario amministrativo trova la comoda scusante di ogni sua inerzia o trascuranza nella subordinazione gerarchica. Il burocrate che tralascia di fare il dover suo, non fatica molto a giustificarsi: « ordini superiori »; e si stringe nelle spalle. Ma per il giudice, quando decide, non esistono « ordini superiori ». Egli è *solo*, come se si trovasse in ogni caso al sommo della piramide gerarchica: solo colla legge e colla sua coscienza, *superiorem non recognoscens*. Sotto questo aspetto la indipendenza del giudice quasi si potrebbe considerare come una specie di « sovranità »: la sua posizione è quella di un organo di una funzione sovrana, come sono i componenti del Parlamento che esercitano il loro ufficio « senza vincolo di mandato » (art. 67 della Cost.).

Ma questa indipendenza da ogni vincolo di subordinazione gerarchica, che è assai facile a dirsi, non è altrettanto facile ad attuarsi in pratica: specialmente in una democrazia parlamentare, la soluzione di questo problema si presenta ardua e complicata.

4. — Nella democrazia parlamentare il Parlamento, che rappresenta il popolo sovrano, esercita il suo controllo politico su tutta la attività governativa: e ciascun ministro risponde dinanzi al Parlamento (principio della « responsabilità ministeriale ») del buon andamento di quel ramo della pubblica amministrazione di cui è a capo: e, per restare al suo posto, ha bisogno della fiducia del Parlamento.

Anche l'amministrazione della giustizia è un ramo della pubblica amministrazione, a capo della quale sta il Ministro della Giustizia: il quale, come ogni altro Ministro per il proprio dicastero, risponde dinanzi al Parlamento del buon funzionamento degli organi giudiziari. Ma per poter rispondere del loro buon funzionamento, bisogna che egli abbia i poteri organizzativi e disciplinari, indispensabili per mantenerne o aumentarne l'efficienza in maniera corrispondente alle esigenze del servizio, per correggerne gli inconvenienti, per reprimerne gli abusi; occorre dunque che il Ministro abbia sulla attività e sulla disciplina degli organi giudiziari una effettiva *ingerenza*. Ma ingerenza

del Ministro sui magistrati vuol dire necessariamente dipendenza dei magistrati dal Ministro.

Il principio della indipendenza della magistratura, della magistratura come « ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere », rimane così, finchè vige questo sistema, una espressione puramente platonica. La magistratura, intesa come organizzazione giudiziaria, non è autonoma, perchè, costituendo uno dei rami della pubblica amministrazione, dipende dal Ministro della Giustizia che è a capo di questo ramo, e attraverso il Ministro, dal Governo.

Si ha così, in questo ibrido sistema, un contrasto tra due principî, che si riflette in concreto nel disagio individuale di ciascun magistrato. E' vero che il magistrato, nel momento in cui giudica, è l'organo di una funzione sovrana, che non riceve ordini da alcun superiore; ma è anche vero che questo stesso magistrato, per poter esercitare tale funzione, è assunto dallo Stato in qualità di pubblico impiegato, vincolato alla pubblica amministrazione da un rapporto di lavoro retribuito, con diritto allo stipendio, e con corrispondenti doveri d'ufficio. Nella stessa persona si trovano dunque riunite due posizioni che sembrerebbero tra loro incompatibili: indipendenza costituzionale della funzione e dipendenza amministrativa del funzionario. Il magistrato, che come organo di una funzione sovrana è svincolato nel giudicare da ogni subordinazione gerarchica, è soggetto però, come funzionario vincolato dal rapporto di impiego, ai provvedimenti e alla disciplina dell'amministrazione in cui è impiegato, a capo della quale è il Ministro della Giustizia.

Il pericolo di questo sistema ibrido è evidente: il Ministro, che è un organo politico, può esser tentato, in occasione di qualche processo che abbia importanza politica, a servirsi della ingerenza gerarchica che egli ha sulla posizione amministrativa (la cosiddetta « carriera ») e sulla disciplina dell'impiegato, per deviare o limitare di fatto la indipendenza del giudice. E' vero che, come giudice, il magistrato è libero giuridicamente di decidere come la sua coscienza gli detta; ma se il Ministro, o i politicanti che si riparano alla sua ombra, gli fa discretamente intendere che dal modo con cui egli giudicherà un certo processo può dipendere una promozione desiderata o un temuto trasferimento, ecco che per questa via nella coscienza del giudice torneranno ad affacciarsi quegli stimoli perturbatori di ordine privato, ai quali l'impiegato, che pensa al suo stipendio e ai figli da mantenere agli studi, non può rimanere insensibile. Nè vale obiettare che per un articolo della Costituzione (art. 107) « i magistrati sono inamovibili », e che le promozioni dovrebbero seguire secondo una graduatoria di merito tecnicamente accertato; in realtà, finchè il magistrato

rimane, come impiegato, alla dipendenza amministrativa del Ministero della Giustizia, rimangono aperti numerosi varchi attraverso i quali, per mezzo della speranza o per mezzo del timore, la politica governativa può far sentire sulla giustizia il suo influsso perturbatore. Il pericolo è accresciuto dal fatto che l'esercizio del mandato parlamentare non è incompatibile coll'esercizio della professione forense; sicchè il pubblico è indotto a sospettare che in certi processi il prestigio del difensore possa essere accresciuto presso i magistrati dalla sua qualificazione politica e dalle sue « aderenze » ministeriali: di che si ebbero esempî rimasti celebri sotto il regime fascista, quando si vide che, appena nominato un nuovo Ministro della Giustizia, i suoi più prossimi parenti, che per loro fortuna fossero avvocati, anche se fino a quel giorno professionisti mediocri ed oscuri, diventavano all'improvviso luminari del foro, assediati dalla clientela.

5. — Per rimediare a questi inconvenienti, l'Assemblea Costituente, che deliberò la nuova Costituzione italiana, si propose di liberare la funzione giudiziaria da ogni ingerenza governativa coll'adottare il sistema dell'« autogoverno » della magistratura. Qualcuno, per tagliar nettamente ogni varco, aveva proposto addirittura l'abolizione del Ministro della Giustizia: misura draconiana, che avrebbe dovuto essere integrata coll'introdurre la assoluta incompatibilità tra il mandato parlamentare e l'esercizio dell'avvocatura.

Ma nessuna di queste due proposte fu accolta. Fu stabilito, sì, il principio dell'autogoverno, in forza del quale tutti i provvedimenti attinenti alle nomine, promozioni e trasferimenti dei magistrati, ed alla loro disciplina, già di competenza del Ministero della Giustizia, sono stati demandati a un consesso, presieduto dal Presidente della Repubblica, composto in maggioranza da magistrati eletti dalla stessa Magistratura, che si denomina « Consiglio Superiore della Magistratura »; ma il Ministro della Giustizia non è stato abolito: e poichè egli continua ad avere di fronte al Parlamento la responsabilità politica del buon andamento della amministrazione della giustizia, egli conserva ancora, sia pur entro limiti più ristretti, l'iniziativa disciplinare (art. 107) che presuppone un potere di vigilanza sui magistrati, e una certa ingerenza amministrativa (art. 110).

E, nonostante che la Costituzione sia entrata in vigore fino dal 1948, è ancora in discussione la nuova legge sull'ordinamento giudiziario che, in attuazione della medesima, dovrà praticamente risolvere il difficile problema di conciliare l'autogoverno della Magistratura colla responsabilità ministeriale del Ministro della Giustizia (30).

---

(30) L'argomento ha avuto in Italia, in questi ultimi anni, una ricca lettera-

6. — E tuttavia, anche quando si fosse risolto in maniera sodisfacente il problema di rendere la Magistratura assolutamente indipendente da ogni ingerenza governativa, e tutti i provvedimenti relativi allo stato giuridico e alla disciplina dei magistrati fossero stati demandati, in regime di assoluta autonomia, al Consiglio Superiore della Magistratura, questo potrebbe non esser ancora sufficiente a garantire la indipendenza individuale del magistrato: anche quando la Magistratura, ordinata come potere costituzionale autonomo, non fosse più in alcun modo soggetta a ingerenze e a sindacati da parte del potere governativo (art. 104), non per questo il singolo magistrato sarebbe liberato dalle cure di ordine personale e familiare, che gli deriveranno ancora dalla sua qualità di impiegato che vive del suo stipendio ed è naturalmente desideroso di promozioni e di miglioramenti economici.

Nell'ordinamento giudiziario italiano, e in generale nel sistema tradizionale prevalente negli ordinamenti giudiziari dell'Europa continentale, l'ufficio di giudice non costituisce un *munus publicum* temporaneo ed elettivo, come quello di deputato al Parlamento, che non si confonde (o non dovrebbe confondersi) colla professione; ma costituisce una occupazione professionale di tutta la vita, dalla quale il magistrato, in correspettivo di tutta la sua attività, ritrae, attraverso il suo stipendio di pubblico funzionario, i mezzi per la sua sussistenza. La condizione professionale dei magistrati non è dunque molto diversa, sotto l'aspetto amministrativo ed economico, da quella dei funzionari di tutti gli altri rami della pubblica amministrazione: anche per i magistrati esiste il sistema detto della « carriera », per il quale l'impiegato, nominato inizialmente al gradino più basso della gerarchia, è destinato a salire di grado in grado, attraverso distanziate promozioni, verso uffici di importanza sempre crescente, ai quali corrisponde una retribuzione sempre più alta: talchè solo quando si approssima al termine della vita, egli arriva al sommo della dignità e dello stipendio.

La « carriera » rischia così di diventare, come accade per tutti gli impiegati, l'assillo sempre presente nel subcosciente del magistrato: assillo che diventa ossessione in quei periodi critici della sua vita in cui egli è prossimo a raggiungere l'anzianità necessaria per aspirare alla promozione. Può accadere così che il magistrato sia portato naturalmente, per assuefazione burocratica, a considerare come ottimo modo di render giustizia quello che meglio giova alla sua propria « carriera »: e poichè la promozione cui aspira dipende dal giudizio

---

tura: cfr. il *Quaderno* V dell'Ass. fra gli studiosi del processo civile, *Sul Consiglio Superiore della Magistratura,* Milano, 1953.

demandato a una commissione di magistrati di grado superiore che dovranno valutare i « titoli » dell'aspirante (consistenti per lo più nelle sentenze da lui redatte) ecco che quando si avvicina il periodo dello scrutinio egli, più che di fare oscuramente il dover suo negli uffici meno appariscenti ma più essenziali per il buon funzionamento della giustizia (come sarebbe l'ufficio di giudice istruttore nei processi penali), è tratto a preferire le mansioni che più gli daranno occasione di fabbricarsi « titoli » idonei a metterlo in bella luce presso i suoi futuri esaminatori. Questa è la ragione per la quale accade che i giudici prossimi alla promozione abbian tendenza a rediger la motivazione delle loro sentenze in forma di dissertazioni scientifiche, miranti a mettere in mostra la loro dottrina: sanno infatti che per la promozione quello che conta sono le sentenze dotte, non le sentenze giuste.

Si può dunque concludere che, anche quando la magistratura sarà liberata da ogni ingerenza governativa, non si potrà escludere che nell'interno di questo ordine, indipendente come tale da ogni altro potere, la indipendenza del singolo magistrato possa essere ugualmente minacciata dall'umano desiderio di non mettersi in urto con chi potrà disporre della sua « carriera ». Se non vi sarà più nei magistrati un conformismo politico ossequente alla opinione del Ministro della Giustizia, potrà esservi pur sempre un conformismo di casta, ossequente alla opinione dei superiori: anche se nel nuovo ordinamento giudiziario si vieterà ai magistrati (come la Costituzione prevede, art. 98) di appartenere apertamente ai partiti politici, è facilmente prevedibile che le elezioni del Consiglio Superiore della Magistratura daranno luogo al formarsi sotterraneo di tendenze politiche o confessionali in contrasto, e che i magistrati in attesa di promozione cercheranno sempre, per non guastarsi la carriera, di conformarsi alle tendenze che avranno prevalso nella formazione di quel supremo consesso giudiziario. In realtà, per garantire la indipendenza del magistrato e salvarlo dal conformismo, il rimedio ideale, al quale si avvicina il sistema inglese, sarebbe quello di abolire le promozioni: e riconoscere a tutti gli uffici giudiziarî, di qualsiasi grado, pari dignità e uguale stipendio, in modo che il magistrato, una volta nominato a un ufficio giudiziario in base a titoli tecnici, vi potesse restare per tutta la vita, *quamdiu bene se gesserit,* libero dal conformismo, figlio bastardo generato dal connubio del timore colla speranza.

7. — Il problema della indipendenza, e quindi della responsabilità, del magistrato, ha altri aspetti: uno, molto importante, è quello del funzionamento della *collegialità.*

Quando l'organo giudicante è formato da una sola persona fisica, tutta la responsabilità della decisione si concentra su quel solo giu-

dice: la sentenza porta il suo nome; suo è tutto il merito e tutto il biasimo; il senso di responsabilità è stimolato e acuito dalla solitudine. Ma quando l'organo giudicante è costituito da un collegio, deliberante nel segreto della camera di consiglio (come avviene in Italia), la collegialità porta naturalmente ad attenuare l'impegno personale di coloro che hanno concorso a creare una sentenza, che all'esterno appare sempre come il prodotto collettivo, e quindi in un certo senso anonimo, di una deliberazione unanime.

Come il sillogismo giudiziale può servir di pretesto al giudice per addossare la responsabilità della sua sentenza al legislatore, così la collegialità può diventare per ciascun componente del collegio un comodo schermo per non sentir sulla propria coscienza il peso di una sentenza ingiusta, e per nascondere dietro l'anonimo un voto di cui individualmente non si sentirebbe di assumere la responsabilità.

Ma questo problema ha due facce: se da un lato la collegialità può essere per il giudice un calmante per far tacere i rimorsi della sua coscienza e per consolarsi di aver commesso un'ingiustizia colla scusa che a commetterla non è stato solo (si potrebbe dire che, sotto l'aspetto psicologico, la collegialità somiglia molto alla *complicità*), sotto un altro aspetto la collegialità può diventare in certi casi una salvaguardia della indipendenza, perchè, in certe controversie politicamente difficili in cui si tratta di andare contro il potere esecutivo o contro gli interessi del partito dominante, l'organo giudicante, per sottrarsi alla pesante autorità del conformismo, ha bisogno di un certo coraggio: e questo coraggio è più facile che l'abbia un collegio piuttosto che un giudice solo.

In casi come questi, può avvenire che in camera di consiglio i giudici si facciano coraggio a vicenda.

8. — Il problema della collegialità si intreccia con quello della pubblicità o segretezza della deliberazione. In Italia, quantunque la pubblicità sia una garanzia fondamentale del processo nella fase dell'udienza, la deliberazione della sentenza, tanto in civile quanto in penale, è segreta. Alla fine dell'udienza i giudici si alzano e spariscono dalla porticina di fondo, dopo che il presidente ha pronunciato la formula sacramentale: « Il Tribunale si ritira per deliberare ». Quello che dentro dicono fra loro i giudici in clausura, nessuno deve saperlo: è il « segreto della camera di consiglio », inviolabile come un dogma. Quando i giudici riappaiono nell'aula, la sentenza che vien proclamata è volontà di tutto il collegio: se vi sono stati dissensi o scrupoli di coscienza, non ne resta traccia; son rimasti seppelliti in quel segreto. La maggioranza vale unanimità: la sentenza è volontà impersonale dell'organo, non delle persone che lo compongono.

Vi è indubbiamente, in questa segretezza rituale, un resto tradizionale di quella luce mistica che un tempo avvolgeva il responso del giudice: la voce della Sibilla (come vi dicevo nel primo discorso), che viene dall'alto, senza volto umano. Per questo, in certe antiche raffigurazioni, la Giustizia è raffigurata colla benda sugli occhi: più che per non vedere, per illudersi di non esser vista.

Ma c'è da domandarsi se questa tradizionale segretezza della camera di consiglio giovi alla giustizia: e se a lungo andare, per mantenere la indipendenza del giudice senza attenuare il suo senso di responsabilità, sia preferibile, in un ordinamento democratico, il sistema della segretezza o quello della pubblicità.

Una questione analoga si pone nel campo parlamentare: dove, com'è noto, le votazioni possono essere palesi o segrete. Sono palesi, nel procedimento parlamentare italiano, le votazioni « per alzata e seduta » e « per appello nominale »; è segreta la votazione, detta appunto « a scrutinio segreto », che si fa deponendo in un'urna una pallina bianca o nera. Si discute se meglio corrisponda alla libertà di opinione e insieme al senso di responsabilità che sono il fondamento di ogni democrazia, il voto palese, col quale il deputato assume pubblicamente la responsabilità del suo atteggiamento politico, ovvero il voto segreto, col quale il deputato, nel mistero dell'urna, può più liberamente esprimere il sentimento della propria coscienza, sottraendosi alla tirannia della disciplina di partito. Sotto il regime fascista, in quella ridicola parodia di assemblea parlamentare che fu la cosiddetta « Camera dei fasci e delle corporazioni », il voto non poteva esser dato altro che in maniera palese: i « consiglieri nazionali » erano chiamati a dir sempre di sì con maschia voce, alzando il braccio nel saluto romano: non si ammettevano segrete dissidenze in un'assemblea di servitori del tiranno (31).

Nella vigente Costituzione italiana deve sempre esser dato con votazione palese per appello nominale il voto di fiducia al governo (art. 94): qui il voto palese dovrebbe servire ad acuire il senso di responsabilità del deputato, affinchè, potendo dipendere dal voto di fiducia la vita o la caduta di un ministero, il deputato dichiari a viso aperto, di fronte all'opinione pubblica, la sua scelta politica, e accetti come volute anche da lui le conseguenze che posson derivare da questa scelta.

Tuttavia la mia esperienza parlamentare mi porta a ritenere che assai volte, anche nel sistema democratico fondato sulla pluralità dei

---

(31) L. 19 gennaio 1939, n. 129, che istituì la Camera dei fasci e delle corporazioni, art. 15: « Le votazioni hanno luogo sempre in modo palese ».

partiti, il voto palese possa costituire in certi casi, se non una coartazione, un freno alla coscienza. Ho assistito una volta, alla Camera dei deputati, a una discussione durata due giorni su una questione relativa al procedimento da seguire in una votazione: si trattava di stabilire preliminarmente se una certa votazione dovesse farsi per appello nominale, come sosteneva il Governo, o per scrutinio segreto, come chiedevano le opposizioni. Pareva una questione di pura forma, ed era in realtà una questione di sostanza politica. Probabilmente, se fosse stata fatta a scrutinio segreto, tra i deputati del partito di maggioranza vi sarebbero state numerose defezioni che avrebbero messo il Governo in crisi; invece colla votazione palese i deputati di maggioranza non ebbero il coraggio di sottrarsi pubblicamente alla disciplina di partito, e il Governo fu salvo.

Questo può dimostrare che le opinioni dei votanti variano secondo il modo di votazione: è la forma della votazione che crea la sostanza del voto! E poichè deputati e giudici son fatti della stessa pasta umana, può darsi che questo sia vero anche per i componenti di un collegio giudicante.

9. — La segretezza della camera di consiglio è tradizionale nello ordinamento giudiziario italiano; ma altri sistemi vigono in altre legislazioni.

In certi ordinamenti, pur svolgendosi la deliberazione della sentenza nel segreto della camera di consiglio, si ammette che i giudici dissenzienti dalla opinione della maggioranza manifestino alla fine il loro dissenso, pubblicando, insieme colla sentenza, che rispecchia l'opinione della maggioranza, la motivazione scritta del loro voto contrario: e negli Stati Uniti è ammesso anche che il giudice, concorde nel dispositivo della sentenza ma dissenziente dalla motivazione adottata dalla maggioranza, esponga per conto suo una motivazione diversa, ugualmente idonea a giungere alla stessa conclusione (32).

In altre legislazioni è addirittura la discussione e la deliberazione della sentenza che avviene in pubblico: come accade nelle Corti inglesi, dove la sentenza si vede nascere in udienza dalle obiezioni che il giudice muove agli avvocati prima di dettare oralmente allo stenografo la sua decisione, o, quando la Corte è collegiale, dalle domande che il presidente rivolge in udienza ai componenti del collegio, per mettersi d'accordo sulla soluzione da adottare.

---

(32) Cfr. I. C. Adams, *Elementi di diritto costituzionale americano*, Firenze, 1953, cap. III, n. 4; esempi in *Official edition Law Reports and Session Laws State of New York* (n. 591, 26 agosto 1950).

Un esempio insigne di questo sistema è quello vigente nel Messico, dove io stesso ho potuto considerarne il funzionamento, in una solenne udienza della Suprema Corte, alla quale ho avuto il grande onore di essere invitato. La deliberazione della sentenza in questo supremo consesso giudiziario della Repubblica messicana, i cui componenti hanno il titolo di « ministri », avviene in pubblico con una solennità che si potrebbe chiamare parlamentare: in un'aula affollata di pubblico il presidente invita il « ministro » relatore a leggere il testo della proposta di sentenza da lui preparata, e apre poi la discussione su questa proposta. E si svolge allora nell'aula tra i componenti del collegio che ordinatamente chiedono la parola una discussione che il pubblico segue con grande interesse, e che si chiude, dopo la replica finale del relatore, con una votazione per appello nominale: se il relatore raccoglie la maggioranza, la sua proposta è subito proclamata come sentenza della Corte; se il relatore rimane in minoranza, è nominato un nuovo relatore che riferirà in un'altra udienza. Gli avvocati, che già hanno esposto in iscritto le loro ragioni, non prendon parte a questo dibattito: vi partecipano soltanto, eloquentemente e dottamente, i magistrati che devono decidere. Indubbiamente questo sistema impone a tutti i componenti del collegio un'approfondita preparazione su tutte le cause, quale è richiesta per potere interloquire in pubblico: ogni giudice è costretto ad assumere, esponendo pubblicamente la sua opinione, la propria responsabilità di fronte ai giudicabili e all'opinione pubblica.

10. Anche questo sistema può avere i suoi inconvenienti, autorevolmente discussi dalla dottrina messicana (33); ma al confronto io ho l'impressione che non meno gravi siano i pericoli del sistema dell'assoluta segretezza vigente in Italia.

Questo nostro sistema, infatti, in un paese come il nostro in cui anche nella psicologia dei giudici bisogna soprattutto cercar di combattere la pigrizia mentale e il conformismo, rischia di servire proprio ad aggravare i difetti che si dovrebbero vincere. Specialmente quando il presidente del collegio è di tempra autoritaria, e in camera di consiglio ha l'abitudine di troncar bruscamente ogni tentativo di eterodossia, è supponibile che il dissenziente si sentirebbe incoraggiato dalla pubblicità a manifestare e a sostenere la opinione che gli sembra giusta, poichè saprebbe che la sua voce, uscendo all'aperto, potrebbe forse suscitare un'eco nell'opinione pubblica; ma se questa voce è

---

(33) Cfr. R. DE PINA, *Temas de Derecho Procesal*, 2ª ed., México, 1951, pagg. 101 a 108.

destinata a rimaner soffocata nel segreto della camera di consiglio, c'è da prevedere invece che il dissenziente, per non mettersi senza frutto in dissidio col suo superiore (quello, probabilmente, da cui prima o poi dipenderà la sua promozione), preferirà tacere e adagiarsi nel conformismo.

Certo è che nell'ordinamento giudiziario italiano la segretezza della deliberazione è un rigoroso dogma: il giudice che prima di pronunciare la sentenza lasciasse in qualche modo trapelare durante il processo la sua opinione, commetterebbe una scorrettezza, che forse lo esporrebbe a sanzioni disciplinari. Nel costume italiano, il giudice deve mantenersi per tutto il processo muto e impenetrabile come una sfinge: anche un sorriso può parere una infrazione alla maestà dell'ufficio.

Ma tutto questo è in contrasto coi principî moderni del processo orale: il quale vuol soprattutto fondarsi sulla collaborazione diretta tra il giudice e gli avvocati, sulla confidenza e naturalezza delle loro relazioni, sul dialogo semplificatore di chi nel chiedere e nel dare spiegazioni cerca di chiarire la verità. La tendenza del giudice italiano a rinchiudersi nel suo impenetrabile silenzio serve molte volte a mandare in lungo il processo: l'avvocato che parla dinanzi a un giudice che ostinatamente tace e che misura persino i propri gesti per non tradir ciò che pensa, è costretto a parlare alla cieca, col rischio di dilungarsi a esporre argomentazioni di cui l'ascoltatore è già convinto, e di non rispondere a obiezioni che l'ascoltatore propone dentro di sè, ma si guarda bene dal tradurre in parole.

Certi giudici, attaccati alla tradizione, credono che, per meglio conservare la loro dignità e la loro autorità di fronte agli avvocati, sia indispensabile assumere sul loro banco una impassibile solennità da idoli: e mettere tra loro e i difensori un diaframma di incomprensione e di burbanza. Ma per fortuna, anche da noi, sono sempre più numerosi i magistrati che sentono la necessità ed hanno il coraggio di rompere questa barriera di sfiducia: e di prendere parte attiva al dibattimento, senza peritarsi di troncare a mezzo il discorso del difensore, per proporgli quesiti e obiezioni e per richiamarlo alle questioni essenziali della causa. Questi sono i magistrati che veramente intendono le esigenze moderne della loro funzione: e gli avvocati dovrebbero esser particolarmente grati a questi magistrati che osano rompere la regola monastica del loro silenzio, per trasformare l'udienza, da inutile soliloquio di un rètore dinanzi a un consesso di sonnecchianti, in un dialogo tra interlocutori vivi, che cercano, attraverso la discussione, di comprendersi e di convincersi.

Bisogna anche qui, affinchè le istituzioni giudiziarie corrispondano all'esigenza di una società di uomini liberi, abolire la tradizionale clau-

sura, e lasciare che anche nel processo circoli, tra magistrati e avvocati, questo senso di fiducia, di solidarietà e di umanità che è in tutti i campi lo spirito animatore della democrazia.

Tra i ricordi più cari della mia lunga esperienza forense vi è quella di un presidente di Corte, ora scomparso, che dopo quarant'anni di permanenza continua nella funzione giudicante, mi confessava di provare ancora, mentre stava per giudicare, quel senso di trepidazione e di commozione con cui, appena ammesso in magistratura, si era accinto a pronunciare la sua prima sentenza. Quarant'anni di esperienza giudiziaria gli avevano confermato che giustizia non vuol dire insensibilità: che il giudice, per essere giusto, non vuol dire che debba essere spietato. Giustizia vuol dire comprensione: ma la via più diretta per comprendere gli uomini è quella di avvicinarsi ad essi col sentimento.

Una volta questo magistrato presiedeva un dibattimento penale in una Corte d'appello: era il caso di una domestica, accusata dalla padrona di aver rubato una posata di argento. Il Tribunale l'aveva assolta per non aver commesso il fatto; ma il Pubblico Ministero aveva appellato. E ora nel dibattimento d'appello, il Pubblico Ministero nella sua requisitoria inveiva violentemente contro la imputata, che, accasciata sul banco degli imputati, piangeva silenziosamente. A un tratto, mentre l'accusatore continuava nelle sue invettive, si vide il presidente chiamare l'usciere, e dirgli qualcosa a bassa voce: allora l'usciere, quasi portando un'ambasciata, si avvicinò all'imputata e le disse qualcosa nell'orecchio: e quella si asciugò gli occhi e smise di piangere.

Il pubblico che assisteva all'udienza vide la scena, ma non ne capì il significato. Quando il dibattimento fu finito, e la Corte si fu ritirata per deliberare in camera di consiglio, uno spettatore si avvicinò all'usciere e gli domandò che cosa gli aveva detto il presidente. E lo usciere rispose: — Mi ha detto: va' a dire a quella donna che smetta di piangere, perchè l'assolveremo. —

Questo magistrato violò il segreto della camera di consiglio; ma seppe rispettare le leggi dell'umanità. Perchè l'umanità comanda di non prolungare, per farisaico ossequio alle forme crudeli, il dolore dell'innocente.

IV. — La crisi della motivazione.

SOMMARIO. — 1. La motivazione come giustificazione logica della sentenza. — 2. La motivazione come adito all'impugnazione. — 3. Il verdetto non motivato e non impugnabile dei giurati; riforma delle Corti di Assise in Italia. — 4. La motivazione come giustificazione successiva del dispositivo. — 5. Il « senso giuridico » degli avvocati. — 6. Intuizione e logica della sentenza. — 7. La motivazione come controllo del « senso giuridico ». — 8. Critica marxista alla giustizia « borghese ». — 9. La crisi della motivazione. — 10. Motivazione elusiva della legge. — 11. Motivazione polemica. — 12. La crisi del diritto nei periodi di rapide trasformazioni politiche.

1. — Il segno più importante e più tipico della « razionalizzazione » della funzione giurisdizionale è la motivazione.

La sentenza deve essere motivata. In tutti i codici processuali moderni, civili e penali, la motivazione è prescritta come uno dei requisiti essenziali della sentenza: per chi voglia nella sentenza vedere soltanto l'aspetto logico, la motivazione è la enunciazione delle premesse del sillogismo la cui conclusione è il dispositivo. Il requisito della motivazione è ritenuto così importante da essere elevato a garanzia costituzionale: l'art. 111 della Costituzione stabilisce che « tutti « i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati ».

Questo requisito della motivazione ha prima di tutto una funzione esortativa e per così dire pedagogica. Il giudice non si contenta più di comandare, non si limita più al « *sic volo, sic iubeo* » pronunciato dall'alto del soglio, ma scende al livello del giudicabile e, mentre comanda, cerca di spiegargli la ragionevolezza di quel comando. La motivazione è prima di tutto la giustificazione, che vuol essere suasiva, della bontà della sentenza. Da quando la giustizia è scesa dal cielo in terra e si è cominciato ad ammettere che il responso del giudice è parola umana e non oracolo sovrannaturale e infallibile che si adora e non si discute, l'uomo ha sentito il bisogno, per accertar la giustizia degli uomini, di ragioni umane; e la motivazione è appunto quella parte ragionata della sentenza che serve a dimostrare che la sentenza è giusta e perchè è giusta: e a persuadere la parte soccombente che la sua condanna è stata il necessario punto di arrivo di un meditato ragionamento e non frutto improvvisato di arbitrio e di sopraffazione. Anche a noi avvocati può accadere, quando il giudice ci dà torto, di trovare nella motivazione della sua sentenza argomenti, ai quali prima non avevamo pensato, che ci rendon consapevoli della erroneità della tesi da noi prima sostenuta: e perdere una causa accorgendoci di averla giustamente perduta diventa allora quasi altrettanto rasserenante quanto riuscire a farsi dar ragione quando si è convinti di averla.

2. — Ma, oltre a questo ufficio psicologico di giustificazione e di persuasione, la motivazione ha anche un'altra funzione più strettamente giuridica: quella di metter le parti in condizione di verificare se nel ragionamento che ha condotto il giudice a decidere in quel certo modo, sia ravvisabile alcuno di quei difetti che danno àdito ai varî mezzi di impugnazione.

Il fondamento delle diverse impugnazioni, che la parte soccombente può secondo i casi esperimentare o dinanzi allo stesso giudice o dinanzi a un giudice superiore, è, nella massima parte dei casi, un vizio, un errore, una deviazione intervenuta nell'*iter* logico percorso dal giudice, che a un certo momento lo ha portato fuori di strada, facendolo giungere nel dispositivo a una meta sbagliata, cioè a una conclusione diversa da quella giusta. Ora la motivazione, che è il rendiconto, scritto nella sentenza, dei motivi di fatto e di diritto che hanno portato il giudice a quella conclusione (quasi, si potrebbe dire, il giornale di viaggio della sua logica), è il tramite indispensabile per introdurre il lettore dentro il pensiero del giudice, per dargli la possibilità di controllare se, nella strada dei suoi sillogismi, vi sia stata ,in qualche punto, una caduta o una deviazione dal retto cammino. La motivazione diventa così lo specchio rivelatore degli errori del giudice: quando un avvocato prende in esame una sentenza per scoprire in essa validi motivi di impugnazione, il terreno nel quale va a caccia di errori è soprattutto quello della motivazione, di cui fruga ogni periodo, frase per frase, parola per parola, perchè può accadere che proprio in una parola o in una semplice giuntura grammaticale si nasconda la sottile frattura logica, sufficiente per introdurvi la lama dell'impugnazione e per far saltare così tutto l'edificio. Tanto la motivazione è ritenuta essenziale garanzia della impugnazione, che nel diritto italiano, al pari di altre legislazioni, è previsto, come speciale motivo per ricorrere in cassazione, la « omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione « circa un punto decisivo della controversia, prospettato dalle parti o « rilevabile d'ufficio » (art. 360 n. 5 C. p. c.).

3. — Motivazione e impugnazione sono, nelle legislazioni processuali, istituti in certo senso paralleli: di solito, dove non è prescritta la motivazione, la impugnazione non è ammessa; perchè ogni impugnazione presuppone una critica e una censura dell'atto che si impugna, il che non è praticamente possibile quando non si posson conoscere le ragioni su cui l'atto si fonda e si giustifica.

Per questo non erano appellabili, quando era ancora in vigore da noi il sistema della giuria popolare, le sentenze delle Corti d'assise: non essendo motivato il « verdetto » dei giurati, non poteva esser cri-

ticabile, e quindi appellabile, la sentenza fondata su di esso. I giurati dovevano rispondere con un sì o con un no ai quesiti posti dal presidente, senza dire le ragioni della loro risposta, i motivi della quale dovevano rimaner chiusi nel segreto della loro coscienza, senza lo sforzo, che è sempre imposto al giudice togato, di cercar di tradurre in freddi sillogismi gli impulsi sentimentali, da cui spesso, prima che dalla ragione, scaturisce la sentenza. Ma il giudizio non motivato dei giurati era limitato al fatto e alla sua qualificazione penale: il giudice togato, che aveva il compito finale di applicare la pena al fatto accertato e qualificato dai giurati, e di aggiungere così al verdetto quel che ancora mancava per farlo diventare sentenza, era tenuto a esprimere per suo conto i motivi della sua pronuncia. Così la motivazione era necessariamente ristretta al limitato campo della pena da applicare: e solo in questo limitato campo la sentenza poteva essere impugnata in Cassazione.

La giuria fu abolita in Italia dal regime fascista, soprattutto per ragioni politiche: perchè sembrava uno di quegli istituti ispirati alla idea ottocentesca della sovranità popolare, contro la quale la dittatura infierì; e in luogo del sistema della giuria, nel quale la formazione della sentenza si perfezionava in due fasi cronologicamente distinte, affidate a due diversi organi funzionanti separatamente (34), fu adottato un collegio unico a formazione mista, composto di giudici togati e di « assessori », le cui sentenze dovevano essere motivate, in fatto e in diritto, secondo le regole comuni.

Ma anche dopo la caduta del fascismo, la giuria non fu ristabilita nell'antica forma: venute meno le ragioni politiche che avevano portato alla sua abolizione, rimasero valide, per non ricostituirla, le ragioni tecniche. La Costituzione vigente ha rimesso in vigore il principio della « partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia » (art. 102); ma poichè, per l'art. 111 della stessa Costituzione, tutti i provvedimenti giurisdizionali devono, senza eccezione, esser motivati, si è ritenuto che con questo inderogabile principio costituzionale non sia più conciliabile il ristabilimento del verdetto non motivato. Così, oggi, anche le sentenze delle Corti d'assise devono essere integralmente motivate, in fatto e in diritto: e, in coerenza, contro di esse è oggi ammissibile, in fatto e in diritto, l'impugnazione (35). E forse questo è stato saggio: perchè il sistema tradizionale della giuria,

---

(34) CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, in *Studi*, II, pag. 211 [e in questo volume, pagg. 106 e segg.].

(35) Legge 10 aprile 1951, n. 287 sul riordinamento dei giudizi in assise (mod. con l. 24 nov. 1951, n. 1324 e con l. 5 maggio 1952, n. 405).

nel quale i giurati erano chiamati a giudicare senza dire le ragioni per cui giudicavano, sembrava fatto apposta, come tante volte la pratica ha dimostrato, per istigare i giurati a giudicare senza ragione: sicchè il loro verdetto, piuttosto che espressione di più pura sensibilità sociale, si riduceva spesso ad essere il trionfo dell' « irrazionale puro », tanto più pericoloso in quanto la sua irrazionalità istituzionale lo sottraeva ad ogni possibilità di motivata impugnazione.

4. — La motivazione sembra dare la riprova *per tabulas* della natura essenzialmente logica della sentenza: si può dire che il sillogismo giudiziale, prima che nelle costruzioni dei teorici, viva nella realtà giudiziaria, dato che la stessa legge esige che ogni sentenza sia accompagnata da quella specie di radiografia logica che ne fa apparire per trasparenza lo scheletro razionale. Quasi si direbbe che la stessa legge, coll'esigere che nel testo definitivo della sentenza il dispositivo sia preceduto dalla motivazione, voglia far apparire alla luce del sole la struttura sillogistica della sentenza e persuadere i giudicabili che in quella concatenazione rigorosa di vertebre logiche nessun varco è lasciato all'arbitrio.

Tuttavia qualche dubbio nasce quando ci si accorge che, secondo quanto le stesse leggi processuali ammettono, la parte dispositiva della sentenza, invece di essere cronologicamente un *posterius* della motivazione, è normalmente un *prius*: la sentenza, come atto di volontà, è già nata prima che il giudice abbia chiaramente espresso quali sono le ragioni logiche che lo hanno spinto a volere così; la conclusione del sillogismo è già fissata irrevocabilmente, prima che siano formulate le premesse.

Secondo l'art. 274 del C. p. c., che regola la deliberazione della sentenza in camera di consiglio, « chiusa la votazione, il presidente « scrive e sottoscrive il dispositivo. La motivazione è *quindi* stesa dal « relatore ». Solo quando la stesura della motivazione è terminata, la sentenza può essere pubblicata (art. 133 C. p. c.): e questo può avvenire dopo molti giorni, talvolta dopo molti mesi da quando la sentenza è stata deliberata. Anche più caratteristico è quello che avviene nel processo penale, dove la sentenza è immediatamente « pronunciata » alla fine del dibattimento, mediante la lettura in pubblica udienza del solo dispositivo (art. 472 C. p. p.); ma anche qui la sentenza completa, corredata dalla motivazione che giustifica quel dispositivo, è depositata in cancelleria entro quindici giorni (art. 151 C. p. p.).

Queste norme lasciano perplessi: la motivazione è veramente la premessa logica da cui come conseguenza necessaria e ineluttabile scaturisce quel dispositivo, o non è piuttosto una specie di autoapologia

a tesi obbligata, colla quale il giudice, ormai fermo in una volontà scaturita da moventi destinati a rimanere chiusi nel segreto della sua coscienza, va in cerca di argomenti defensionali, di apparenza razionale, per cercar di giustificarla in pubblico?

Le disposizioni delle leggi processuali che sopra abbiamo ricordato possono far pensare che la motivazione altro non sia che un espediente di ipocrisia formale, fatto quasi, si direbbe, per dare un travestimento logico a una volontà nata da tutt'altri moventi: che possono essere anche l'arbitrio e l'ingiustizia.

In realtà queste disposizioni, le quali con candida sincerità riconoscono che, nella coscienza del giudice, il dispositivo può nascere prima della motivazione, sono la miglior dimostrazione della insufficienza e della unilateralità di quelle teorie che riducono la sentenza allo schema di un sillogismo. Qui è la stessa legge che ci dice il contrario. Sarebbe insensato il contabile che pretendesse di fissare il totale dell'addizione prima di conoscere le cifre da addizionare; ma la sentenza, come già si disse, non è operazione aritmetica: è un atto molto più complicato e misterioso, che ha le sue radici nella coscienza morale e non si spiega colle astratte leggi dei numeri.

La motivazione, nella massima parte dei casi, rispecchia, più che uno studio antecedente compiuto dal giudice per avviarsi a ben giudicare, un esame di coscienza successivo, compiuto dal giudice per persuadersi di avere ben giudicato. La motivazione è una riprova logica, per controllare, al lume della ragione, la bontà di una decisione scaturita dal sentimento: è la « razionalizzazione » del senso di giustizia; è la dimostrazione, che il giudice vuol dare a sè stesso prima che alle parti, della *ratio scripta* che convalida la scoperta nata dalla sua intuizione.

5. — In fondo, anche nel sistema della legalità, i giudici nel decider le cause fanno un po' come fanno gli avvocati nel difenderle: prima viene la intuizione, quasi si direbbe la fantasia, a rivelare la tesi da sostenere; poi viene la dialettica a cercare i motivi giuridici per sostenerla.

Chi ha qualche esperienza del patrocinio forense sa come, di solito, si forma nella mente dell'avvocato il consiglio da dare a chi si rivolge a lui per iniziare un giudizio (parlo dell'avvocato onesto, di quello che sa essere il primo giudice del suo cliente). Il cliente, nel dar le prime informazioni all'avvocato, accumula dinanzi a lui alla rinfusa una congerie di fatti grezzi, in mezzo ai quali non si riesce a scoprire traccia di profili giuridici. Allora l'avvocato si mette pazientemente a fare la scelta, a ricercare e a combinare i frammenti sepa-

rati, a mettere ordine in quella confusione. E alla fine si produce in lui come un'illuminazione: quella mescolanza informe si purifica e si ricompone ad unità, e a un tratto egli scorge in essa (come Leonardo indovinava figure umane nelle macchie d'umidità dei vecchi muri) i lineamenti di una figura tipica, che dà un senso giuridico a quella vicenda. Solo quando questa scoperta del caso tipico è stata fatta più per intuizione che per ragionamento, accompagnata da un sentimento quasi istintivo di simpatia o di repugnanza, comincia il lavoro di ricerca e di controllo nella legislazione e nella dottrina.

Questo « senso giuridico » è una lenta conquista di decennî di esperienza forense. Alla fine diventa una specie di chiaroveggenza: e quando, dopo che questo senso ha dato la sua risposta, si riesce a trovare, sfogliando i trattati ed i repertorî, la conferma sicura, ragionata e razionale, della sua esattezza, questo è uno dei momenti felici della vita del giurista, perchè serve a confermare che il senso della giustizia non è una variabile illusione soggettiva, ma è una educazione dello spirito che si affina e si perfeziona coll'esperienza, tanto da poter giungere a intravedere da sè, per intuizione, quella soluzione giusta, che trova nei libri la riprova sicura della dottrina.

I profani credono che i giuristi siano quelle persone onniscienti, che conoscono tutte le leggi a memoria. Disgraziati giuristi, se dovessero imparare a mente diecine di migliaia di articoli in continua evoluzione! Ma il giurista non è un prontuario legislativo: il giurista (già lo insegnò da par suo Vittorio Scialoia) è colui che sa come si fa a studiare un caso giuridico, è colui che conosce il metodo per scoprire i profili giuridici dei casi umani; ma soprattutto è colui che *sente* come un caso deve esser risolto. Molte volte, quando uno dei miei giovani collaboratori mi viene a chieder consiglio su un caso che sta studiando, mi vien fatto di dirgli: — Non ho studiato il caso e non so quali norme lo regolino: ma *sento* che ci *deve essere* una legge che stabilisca questo; o, se la legge non c'è, *ci deve essere* qualche precedente giurisprudenziale in questo senso... — Io non conosco la legge, e non ho consultato la giurisprudenza; ma quando poi il mio giovine collaboratore, a forza di ricerche condotte sulla guida di questa intuizione, mi viene a dire che, nascosto nel labirinto delle leggi speciali, ha trovato proprio l'articolo immaginato, o in un vecchio repertorio proprio la sentenza che conferma la mia diagnosi, questo mi dà la stessa gioia che prova il ricercatore di laboratorio, quando il microscopio gli dà la conferma sperimentale della ipotesi suggerita dalla sua intuizione.

6. — Lo stesso accade ai giudici: per i quali il momento veramente decisivo e culminante del loro lavoro è quello di trovare il di-

spositivo; poi, se si tratta di giudici nei quali sia vigile il senso del diritto, la motivazione viene da sè. Tra i magistrati chiamati a giudicare qualche causa più complicata e difficile, ho sentito spesso correr questa frase: « Sentenza facile a decidersi, ma difficile a motivarsi ». Si spiega così quell'uso seguito nelle Corti collegiali americane, per cui non solo si permette al giudice dissenziente di pubblicare i motivi del suo dissenso, ma è ammesso altresì che i giudici, trovatisi d'accordo nell'approvare il dispositivo, siano d'opinione diversa sulla motivazione più idonea a giustificarlo, e pubblichino ciascuno, insieme colla sentenza, la propria motivazione individuale (36). Il che conferma che non sempre quel dispositivo è una conseguenza necessaria di quella motivazione: anche negli itinerari della logica, può darsi che vi siano più strade per arrivare a Roma.

7. — Naturalmente, se nella realtà psicologica del giudicare, la motivazione è un *posterius* del dispositivo (spiegazione più che preparazione), può accadere anche che la motivazione diventi uno schermo per nascondere i veri moventi da cui il dispositivo è nato: per mascherare con una motivazione plausibile le vere ragioni della decisione, che sono inconfessabili. Fu fatto una volta da un giurista tedesco un paziente lavoro d'analisi su molte diecine di sentenze per dimostrare che i motivi dichiarati nella sentenza non erano i veri motivi che avevano indotto a quella decisione: un lavoro sottilissimo di psicologia e di logica giudiziaria, volto a scoprire sotto la motivazione apparente la motivazione vera (37). Spesso allo studioso lontano dal mondo forense, che legga riportata su qualche rivista giuridica l'elaborata motivazione di una sentenza, può accadere di dover sospettare, dai contorcimenti e dalle sottigliezze dialettiche a cui l'estensore è ricorso per giustificar la sua tesi, che neanche lui fosse pienamente convinto di quel che scriveva: e che quei ragionamenti di stile avvocatesco servano soltanto per coprire il contrabbando di qualche parzialità o di qualche inframmettenza.

Per ottenere che nella formazione della sentenza si produca quella auspicabile coincidenza tra la intuizione che detta e la ragione che controlla (e che di conseguenza la motivazione sia veramente una leale spiegazione e non un fallace travestimento della decisione), è necessario che nel giudice sentimento e ragione siano per così dire *all'unisono*: ossia che quel sentimento sociale vivo nella coscienza del giudice, dal

---

(36) Cfr. ADAMS, op. loc. cit.

(37) Cfr. L. BENDIX, *Die irrationalen Kräfte der zivilrechtlichen Urteilstätigkeit*, ecc. (Breslau, 1927).

quale egli attinge, prima che dal ragionamento, la sua decisione, sia lo stesso sentimento sociale da cui il legislatore ha tratto le sue leggi. Questo si vuol dire quando si parla di *ratio legis*, di « spirito della legge », di « intenzione del legislatore ». Nei regimi democratici la legge è un prodotto della coscienza sociale. Il legislatore di uno Stato democratico non è arbitro (come può diventarlo colla forza, per un certo periodo, il tiranno o il dittatore) di emanar leggi a capriccio, in contrasto colle esigenze della storia; ma deve trarre ispirazione (e il sistema parlamentare è fatto per questo) dalla coscienza collettiva della società di cui esso è interprete. Anche il giudice vive immerso nella sua società: e, quando interpreta la legge per applicarla al caso pratico, deve trarre ispirazione dallo stesso sentimento di utilità sociale da cui la legge è nata: ricercare la « intenzione del legislatore » vuol dire appunto tornare ad attingere, per intendere a pieno il significato e la portata della legge, a quelle stesse fonti sociali o politiche a cui ha attinto il legislatore.

Quando si dice (e anche a me è accaduto di dirlo) che, nel sistema della legalità, tra il giudice e la politica c'è di mezzo la muraglia della legge (38), si dice qualcosa che è esatto soltanto in parte; perchè può accadere che, proprio per intendere a pieno la legge, per esserne fedele interprete e per trovarsi all'unisono con essa, il giudice debba risalire alle ragioni storiche, che poi vuol dire politiche e sociali, da cui la legge è nata. Se una legge è venuta fuori da un cambiamento rivoluzionario di regime, non può il giudice, nell'applicarla, farsi guidare da sentimenti controrivoluzionari e reazionari: nel sistema della legalità il sentimento dev'essere per il giudice uno stimolo per continuare e per sviluppare la legge, non un'istigazione ad eluderla, a tradirla, a renderla vana.

8. — E qui verrebbe a proposito, se il tempo non mi imponesse di dedicare a questo argomento non più che un fuggevole accenno, vagliare la fondatezza di quelle critiche di cui i marxisti hanno fatto sempre bersaglio la giustizia da essi detta « borghese », cioè quella, qual è organizzata negli Stati dell'Europa occidentale, amministrata da un ordine giudiziario che si afferma indipendente da ogni altro potere, composto di giudici giuristi nominati a vita, la cui funzione è soltanto quella di applicare fedelmente le leggi emanate dal potere legislativo. Non c'è bisogno di andare a raccoglier queste critiche a una fonte autorizzata del pensiero sovietico, qual è il Vyshinsky (39); basta

---

(38) CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, cit.
(39) Op. loc. cit.

leggere le pagine di un inglese convertito al marxismo, Harold Laski (40), per trovarvi dimostrato che la giustizia « borghese » è una giustizia « di classe », nella quale il giudice, come ogni altro giurista, interprete di leggi dettate a tutela della ricchezza e del privilegio, viene ad essere senza accorgersene uno strumento di questa stessa tirannia, chiamato a giustificare coi suoi sottili sofismi, la prepotenza dell'abbiente a danno del povero. Nel contrasto tra gli umili e i potenti che sta al centro dell'immortale romanzo manzoniano, il dottore Azzeccagarbugli ha scelto senza esitare la parte dei potenti.

Vi è indubbiamente, in questa critica, qualcosa di vero; non solo perchè i giudici giuristi, ai quali è richiesta una preparazione universitaria che i figli delle classi povere non hanno mezzi per procurarsi, provengono di solito dai ceti cosiddetti « borghesi »; ma anche perchè, se la legge è espressione degli interessi della classe dominante, è inevitabile che il giudice diventi, se vuol essere fedele interprete di questa legge, uno strumento degli stessi interessi, e quindi, senza rendersene conto, uno strumento di dominio sociale della classe che è al potere. Sicchè può avvenire che gli oppressi, che soltanto attraverso la sentenza del giudice sentono il morso concreto di questa oppressione che nella legge è soltanto astratta e potenziale, siano portati a prendersela, più che col legislatore lontano, col giudice che è addosso a loro, e che traduce in sofferenze individuali quella minaccia che nella legge pare remota ed innocua. Assai volte il giudice porta nell'opinione pubblica il peso delle colpe del legislatore: giudici di classe, perchè interpreti di leggi di classe; proprio qui a Città di Messico, nei dipinti allegorici con cui il pittore Orozco ha adornato il palazzo della Suprema Corte di Giustizia, si può leggere in chiari simboli che cosa pensa il popolo in catene, dei giudici posti al servizio dei regimi di oppressione.

Ma l'accusa perde gran parte del suo valore negli ordinamenti giudiziarî degli Stati retti a regime democratico parlamentare; dove, anche se i giudici sono nominati a vita e tratti di solito dal ceto medio, il meccanismo costituzionale è congegnato in modo da permettere un continuo rinnovamento della classe politica al potere e quindi degli interessi che essa traduce in leggi: sicchè questo graduale adeguamento alle nuove esigenze sociali che avviene nella legislazione, si ripercuote necessariamente (e talvolta si preannuncia) nella giurispru-

---

(40) H. J. Laski, *Democracy in Crisis*, 1933, trad. it. di A. Schiavi, *Democrazia in crisi* (Bari, 1935), pagg. 118-127; *Parliamentary Government in England*, 1938, trad. francese, *Le gouvernement parlementaire en Angleterre* (Paris, 1950), pagg. 242 e segg.

denza dei giudici, nella quale, meglio che nelle leggi, si può seguire il cammino, faticoso ma ininterrotto, della giustizia sociale.

Ci sarebbe poi da osservare che quando i marxisti accusano la giustizia « borghese » di essere uno strumento di lotta politica di cui la classe dominante si serve per mantenersi al potere, muovono un rimprovero che, anche se in parte fondato, si può ritorcere a maggior ragione contro di loro: perchè nella dittatura del proletariato la giustizia apertamente si vanta di essere un'arma di lotta politica per la difesa del socialismo: colla sola differenza che nel sistema occidentale della legalità, la politica può arrivare, sì, fino al giudice, ma solo per infiltrazione capillare, depurata e rallentata attraverso lo schermo poroso della legge.

9. — La funzione normale della motivazione, che è quella di dare un sostegno razionale al sentimento sociale di giustizia da cui la sentenza trae il suo primo impulso, si svolge armonicamente, in maniera si potrebbe dire fisiologica, nei periodi storici di stasi e di pacifica evoluzione sociale continuata senza bruschi sussulti, quando le leggi in vigore sono accolte dalla maggioranza dell'opinione pubblica come rispondenti al sentimento popolare: e quando il giudice, nell'applicarle, può sentirsi spiritualmente all'unisono col legislatore del suo popolo.

Ma il dramma della motivazione comincia quando il sentimento sociale del giudice si trova in dissidio con quello che ha inspirato il legislatore: quando, cioè, il giudice, in seguito a vicende storiche che hanno dato luogo a bruschi trapassi politici e a fratture della continuità giuridica, si trova a dover applicare una legge che egli, nella sua coscienza, considera socialmente ingiusta. Si ha un bel dire che, nel sistema della legalità, vale il principio del « *dura lex sed lex* », e che di conseguenza il giudice deve prender la legge così com'è, senza giudicarla. Ma il giudice è un uomo vivo: e come tale, prima di applicare la legge, la giudica: anche se è pronto all'obbedienza, non può far tacere dentro di sè la valutazione morale e politica che gli viene dalla coscienza. E se, facendo tacer quella voce, egli si trova a dover applicare una legge nella quale, nel suo intimo, non ha fiducia, ci sarà allora da attendersi che egli la applichi meccanicamente, per dovere d'ufficio, con fredda pedanteria burocratica, ma non gli si potrà chiedere di essere un vivificatore e un ricreatore di quella legge a cui egli si sente intimamente estraneo o addirittura ostile: la quale rimarrà dunque, affidata a un giudice che non ne apprezza e non ne condivide i moventi, un'arida formula ridotta all'esegesi letterale.

Si verificano allora quelle situazioni patologiche di dissonanza e di sordo contrasto tra il giudice e la legge, nelle quali la motiva-

zione perde la sua funzione fisiologica e diventa, secondo i casi, uno schermo di ipocrisia studiato a bella posta per nascondere i veri motivi della decisione, ovvero una forma di larvata protesta, colla quale il giudice, pur decidendo formalmente come la legge gli impone, si industria di rivelare per trasparenza, sotto la motivazione apparente che dovrebbe servire a dimostrar la giustizia della sentenza, le ragioni che gliela fanno sentire ingiusta.

La crisi della legalità, alla base della quale sta sempre una sconcordanza più o meno acuta tra le leggi in vigore e le esigenze sociali che le vorrebbero diverse, diventa allora visibile nel campo della giustizia, in quel singolare fenomeno di patologia giudiziaria che si può chiamare la *crisi della motivazione.*

10. — Tante sono state nel mondo in questi ultimi decennî, e provenienti da così svariate direzioni, le cause di questa crisi della giustizia rispecchiata nella motivazione, che gli studiosi hanno avuto la possibilità di distinguere e classificare, quasi in un laboratorio sperimentale, diverse figure tipiche dello stesso fenomeno. E anche in Italia se ne sono avute ripetute esperienze.

C'è stato prima di tutto, nel periodo della dittatura e della invasione straniera, il turbamento dei magistrati costretti, dagli oppressori di dentro e di fuori, all'applicazione di leggi crudeli e insensate, contro le quali si ribellava la loro coscienza umana (come avvenne per le leggi cosiddette « razziali », persecutrici degli ebrei); e, ancor più grave, il tormento di magistrati chiamati a condannar come giudici le violazioni di leggi che anche essi, come cittadini, si trovavano ogni giorno nella necessità di violare. Non posso dimenticare il caso angoscioso di un giudice chiamato a condannare cittadini imputati di aver acquistato viveri al « mercato nero » in violazione delle leggi annonarie del tempo di guerra; il quale ogni mattina, prima di venire in udienza, doveva andare in giro affannosamente per la città, per cercar di acquistare a mercato nero un po' di carne per un suo bambino consumato da una lunga malattia.

E' uscito di recente in America un saggio molto originale del prof. Cahn, intitolato « *Il senso dell'ingiustizia* » (*The sense of injustice*) (41), il quale, per dimostrare pragmatisticamente come si rivela ed agisce nella vita sociale e nella vita giudiziaria il senso della giustizia, lo coglie nel suo momento negativo, cioè in quella naturale ribellione che si sveglia nelle coscienze di fronte all'ingiustizia: come la malattia, che ci fa desiderare il bene prima inavvertito della salute, o come l'aria,

---

(41) E. N. Cahn, *The sense of injustice*, New York, 1950.

della quale si sente il bisogno solo quando ci viene a mancare, così il senso dell'ingiustizia ci rivela il valore della giustizia quando questa è messa in pericolo. Di fronte a certe leggi inumane, come quelle di persecuzione « razziale », era proprio questo incontenibile senso della ingiustizia, più forte di ogni ragionamento, che spingeva i giudici a cercare ingegnosi pretesti dialettici per eludere nei loro giudizi la spietata follia di quelle leggi abominevoli: e la motivazione era spesso lo schermo abilmente studiato per compiere questo generoso tradimento. Sarebbe un'indagine di grande interesse politico e sociale quella che mirasse a ricostruire, attraverso lo studio analitico delle motivazioni, quali sforzi abbiano fatto i magistrati per restringere ed attenuare la portata delle leggi odiose, contrarie alla loro coscienza; nell'esito di questa indagine si può trovare la misura del livello morale della Magistratura in quel periodo.

11. — Ma nei paesi in cui la guerra ha prodotto il crollo delle dittature e il ritorno alla libertà, la crisi della motivazione si è affacciata anche, dopo la caduta del vecchio regime, in un'altra forma, e in senso opposto.

La caduta del regime fascista non portò a un radicale rinnovamento di persone nell'ordine giudiziario, nè a grandi mutamenti nella legislazione ordinaria: anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, gran parte delle vecchie leggi rimasero in vigore, e ad applicarle rimasero ai loro posti gli stessi magistrati che per venti anni si erano assuefatti ad interpretarle con spirito di conformismo. L'assuefazione diventa a lungo andare, anche nel giudicare, una forma di sclerosi. Il regime è caduto, le premesse costituzionali sono capovolte, ma le leggi da applicare sono le stesse: come può fare il giudice, invecchiato in un ventennio di dittatura, a interpretare con nuovo spirito democratico le leggi che per vent'anni egli ha sentito animate da una ispirazione autoritaria?

Un giudice, che non si sia irrimediabilmente affezionato allo spirito delle vecchie leggi, può ricorrere alla interpretazione evolutiva: nelle formule elastiche delle leggi rimaste apparentemente immutate può entrare, attraverso il riferimento ai principî generali del nuovo ordinamento, uno spirito nuovo; l'interprete, sol che voglia compiere la piccola fatica di alzar la testa dalla pagina del suo codice e di guardar per un istante dalla finestra ciò che è accaduto sulla strada, si accorge facilmente che il significato di certi articoli, la cui formula non è stata toccata dal nuovo ordinamento, è oggi assolutamente opposto a quello che aveva sotto il regime caduto: per esempio, il reato di « propaganda sovversiva » (art. 272 Cod. pen.) significa oggi, in concreto, proprio il contrario di quello che significava vent'anni fa.

Ma non tutti i giudici sono capaci di compiere questa piccola fatica: specialmente quelli invecchiati nell'ufficio, rimangono spesso attaccati ai vecchi idoli logici: è difficile che, dopo avere interpretato per venti anni le leggi con un certo spirito, abbiano l'agilità mentale che occorre per liberarsi dal vecchio conformismo, e adattarsi allo spirito nuovo. Può accadere così, nei periodi successivi a un brusco trapasso, che nella motivazione delle sentenze affiorino le più impensabili dissonanze o « sfasature » storiche: leggi repubblicane interpretate con spirito monarchico; leggi antifasciste interpretate con spirito fascista; leggi innovatrici interpretate con spirito conservatore. E talora la motivazione fa ai cozzi col dispositivo: anzi mira addirittura a screditare il dispositivo.

La dottrina conosce da tempo le cosiddette sentenze «suicide» (42): nelle quali il giudice estensore si dà cura di lasciar intendere nella motivazione che in coscienza, quantunque per conformismo si sia rassegnato a decidere in un certo modo, è però pienamente convinto che quella sua decisione è ingiusta: sicchè, per salvarsi l'anima, esorta i benevoli lettori a non prenderla sul serio e, se ci riescono, a farla riformare in appello.

Ma in quest'ultimo decennio tutti i paesi sconvolti dalla catastrofe hanno conosciuto altre figure di « sfasamenti » della motivazione: come le sentenze *polemiche*, nelle quali qualche giudice nostalgico ha preso pretesto dal caso sottoposto al suo giudizio per trasformare la motivazione, in cui dovrebbero trovar posto soltanto i motivi giuridici attinenti alla causa, in una tribuna da comizio, destinata a dare sfogo ai risentimenti dell'uomo di parte.

Ed altri ancor meno leali sotterfugi: come quello di un dispositivo assolutorio, che l'imputato pienamente soddisfatto dell'assoluzione non aveva interesse di impugnare entro il breve termine decorrente dalla pubblicazione di esso, seguito, quando quel termine era già decorso, da una motivazione infamante, contro la quale l'infamato non aveva più possibilità di ricorrere.

12. — Ma questi, per fortuna, sono casi eccezionali, sintomi isolati di quel disagio che inevitabilmente colpisce anche le istituzioni giudiziarie dopo i grandi trapassi storici, fino a che il nuovo ordine abbia superato la fase di assestamento (43). Poi, gradualmente, i vecchi

---

(42) G. Escobedo, *Sentenze suicide* (Città di Castello, 1941).

(43) Cfr. Calamandrei, *La crisi della giustizia*, nel volume *La crisi del diritto*, pubblicato dall'Università di Padova (Padova, Cedam, 1953) [e in questo vol., pagg. 579 e segg.].

giudici incorreggibili vanno a riposo, sopravvengono ai loro posti i giovani cresciuti nel nuovo clima politico, e si riforma nella magistratura quella consonanza collo spirito delle nuovi leggi, che per qualche anno era rimasta turbata: e anche la « crisi della motivazione » si placa.

Non bisogna scoraggiarsi per questo: non bisogna, solo perchè nei periodi di generale turbamento sociale anche i giudici soffrono di queste incoerenze, cessare di aver fede nella giustizia.

Un giurista francese, il Ripert, professore alla facoltà di diritto di Parigi, scrisse qualche anno fa, nel 1949, un libro degno di meditazione, *Le déclin du droit,* che suona come una campana a martello sulla crisi della legalità da cui l'Europa è travagliata (44). Il Ripert ne fa una acuta e diligente analisi: la legge del più forte, la degenerazione pubblicistica del diritto privato, lo spirito di disobbedienza, la discontinuità del diritto, l'incertezza giuridica, l'indebolimento dei diritti individuali. La conclusione dell'eminente giurista è piuttosto sconsolata: il diritto tramonta... Ma questa sua conclusione mi fa tornare in mente, con tutto il rispetto dovuto al suo comprensibile e toccante sconforto di vecchio studioso, un epigramma che imparai da bambino su un'antologia scolastica.

Sedeva in pianti e lai
la signorina al mar;
la commoveva assai
del sole il tramontar.
— Si calmi, signorina;
l'affare così va:
il sol di qua declina,
e torna su di là. —

Anche il diritto, come il sole, di qua declina e torna su di là. E noi giuristi, se vogliamo adempiere al nostro compito sociale, non dobbiamo rattristarci per la giustizia che tramonta: è molto più utile adoprarci a far sì che la legalità riesca ad essere, più che strumento di conservazione, strumento pacifico di rinnovamento sociale, capace di guidare il mondo, senza nuove catastrofi, verso il chiarore della giustizia che spunta.

---

(44) G. Ripert, *Le déclin du droit* (Paris, 1949).

V. — La dialetticità del processo.

SOMMARIO. — 1. Principio del contraddittorio. — 2. Dialetticità del processo. — 3. Processo dialettico e processo totalitario . — 4. Processo civile e liberalismo. — 5. Contraddittorio processuale ed opposizione parlamentare. — 6. Funzione degli avvocati nel processo dialettico. — 7. La fiducia tra avvocati e giudici, come fonte regolatrice delle forme processuali. — 8. Il fallimento dell'oralità nel processo civile italiano. — 9. Reciproca comprensione tra avvocati e giudici.

1. — Dopo aver dedicato tre lezioni al protagonista del dramma processuale, che è il giudice, bisogna ora occuparci degli altri personaggi indispensabili in ogni processo, le « parti »; che, a voler continuare nella terminologia teatrale, non sarebbe esatto chiamare gli « antagonisti » del giudice, perchè esse, antagonisti tra loro, sono per il giudice, anche se questi non se ne accorge, i necessari collaboratori.

Le parti, nel processo, sono necessariamente due: anche nei processi cosiddetti « a parte unica », la dialetticità del processo (che, come tra poco si dirà, è oggi una delle sue esigenze essenziali) ha portato negli ordinamenti moderni alla creazione di una parte ufficiale e per così dire « artificiale »; come avviene nel processo penale accusatorio, in cui il pubblico ministero è contrapposto all'imputato, e come avviene in certi processi civili interessanti l'ordine pubblico, per esempio in quelli di interdizione, in cui l'unico interesse da tutelare è quello dell'interdicendo, ma la legge esige la presenza in giudizio di un attore legittimato ad agire in contraddittorio con lui (45).

Nel processo moderno, quello che risponde ai principî costituzionali degli ordinamenti democratici moderni, le due parti sono sempre indispensabili. Il principio fondamentale del processo, la sua forza motrice, la sua garanzia suprema, è il « principio del contraddittorio »: *audiatur et altera pars; nemo potest inauditus damnari.* « La difesa è « diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento » (Cost. art. 24); « Il giudice non può statuire sopra alcuna domanda, se la « parte contro la quale è stata proposta non è stata regolarmente ci- « tata o non è comparsa » (art. 101 C.p.c.).

Le parti sono *persone*, cioè soggetti di doveri e di diritti; e stanno di fronte al giudice non come sudditi, oggetti di supremazia tenuti ad obbedire passivamente, ma come cittadini liberi ed attivi che di fronte al giudice hanno non solo doveri da adempiere, ma anche diritti da far

---

(45) CALAMANDREI, *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio,* in *Studi,* II, pagg. 321 e segg. [e in questo vol., pagg. 145 e segg.]; *Il processo inquisitorio e il diritto civile,* in *Studi,* V, pagg. 53 e segg. [e in questo vol., pagg. 415 e segg.].

rispettare; e il giudice di fronte a loro non è soltanto un'autorità fornita di poteri, ma un funzionario legato da doveri e da responsabilità di fronte alle parti, che hanno diritto di far valere liberamente le loro ragioni e di essere attentamente ascoltate. La teoria del rapporto processuale, illuminata in ogni suo più sottile congegno da Giuseppe Chiovenda, in maniera che ha resistito, a mio avviso, a tutte le critiche, anche a quelle più acute di James Goldschmidt (46), non è che una traduzione, nel microcosmo del processo, della teoria del *Rechtsstaat*: in tutta la vita pubblica, nel moderno Stato di diritto, il cittadino non è un *subditus* abbandonato alla mercè del principe *legibus solutus*, ma è un soggetto autonomo di diritti e doveri, la cui autonomia è garantita dalla legge nei confronti della stessa autorità: e quanto più l'ordinamento costituzionale progredisce verso la democrazia, tanto più questi reciproci diritti e doveri del cittadino verso lo Stato sono definiti e « razionalizzati ».

2. — Rapporto giuridico vuol dire rapporto *tra persone*: quando diciamo che il processo è un rapporto giuridico tra il giudice e le parti, veniamo implicitamente a riconoscere che, nel processo, di soggetti dotati di una volontà autonoma e giuridicamente rilevante, non ce n'è uno solo, il giudice, ma ce ne sono tre, il giudice e le parti. Anche l'antica dottrina lo insegnava: *processus est actus trium personarum.*

Dunque nel processo il giudice non è mai solo. Il processo non è un monologo: è un dialogo, una conversazione, uno scambio di proposte, di risposte, di repliche; un incrociarsi di azioni e di reazioni, di stimoli e di controspinte, di attacchi e di contrattacchi. Per questo è stato rassomigliato a una scherma o a una gara sportiva (47); ma è una scherma di persuasioni e una gara di ragionamenti.

In ciò consiste quel carattere, il più prezioso e tipico del processo moderno, che è la *dialetticità*: che vuol dire che la volontà del giudice non è mai sovrana assoluta, ma sempre condizionata (anche nel processo penale) alla volontà e al comportamento delle parti, cioè all'iniziativa, allo stimolo, alla resistenza o all'acquiescenza di esse. E lo stesso si può dire per ciascuna delle parti, la cui volontà e la cui attività si plasma e si adegua in ogni momento del processo agli stimoli che le arrivano dal comportamento del giudice e della controparte.

---

(46) G. Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin, 1925, pagg. 1-145.

(47) Calamandrei, *Il processo come giuoco*, in *Studi*, VI, pp. 43-71 [e in questo volume, pagg. 537 e segg.].

3. — Senza questa dialetticità triangolare non esiste processo nel senso moderno della parola: si potrebbe dire, parafrasando un antico motto, che *tres personae faciunt processum.* Una figura di processo in cui il giudice era *solo,* e di fronte a sè non vedeva uomini, coscienze responsabili libere di difendersi, ma solo vittime indifese, soggette al suo sconfinato arbitrio e già in anticipo condannate al sacrificio, si è avuto in certi periodi storici, che fino a pochi anni fa credevamo scomparsi per sempre nella lontana foschia dei roghi: il processo dell'Inquisizione, in cui le funzioni di investigatore, di accusatore e di giudice si concentravano in una persona sola, l'inquisitore, dinanzi al quale l'inquisito non era una persona, ma soltanto un soggetto inerte, un povero fardello di carne fatto per essere straziato e annientato dalla tortura.

L'amico Alcalà Zamora, in una recente riunione accademica, ci raccontò argutamente le vicende di un processo fatto qualche secolo fa in Spagna contro le cavallette; curiosa bizzarria giudiziaria che fu in uso nell'età intermedia anche in Italia, ove si hanno ricordi di processi penali condotti sul serio contro bestie imputate di delitti e solennemente condannate a morte (48).

Di questa antica aberrazione non è che parodia burlesca il famoso processo al cane di casa, inscenato nel terzo atto dei *Plaideurs* di Racine, per dare al vecchio presidente maniaco il gusto di giudicarlo. Ma quando questi processi contro animali si trovano, in certe epoche storiche, fatti sul serio, sotto questa bizzarria si può leggere, quasi in forma di apologo, una concezione autoritaria del processo che fa il giudice despota assoluto, unica persona di esso. Uomo o bestia è lo stesso: il giudice non cerca collaborazione nell'imputato, non vede in lui la dignità e la responsabilità di una coscienza umana, dalla quale si attenda una risposta che potrebbe esser decisiva per la sua sorte: vede soltanto un oggetto senz'anima, la cui sorte terrena è già scritta nella mente del giudice, come quella della bestia che il beccaio pesa prima di mandarla al macello. Questo era il processo inquisitorio, che si credeva dileguato per sempre nei secoli della barbarie, e che invece in questi ultimi decennî di terrore è ricomparso tra noi, in quella agghiacciante finzione di giustizia che con terminologia d'oggi si può chiamare il processo « totalitario »: in cui le parti sono soltanto elementi figurativi richiesti per render più spettacoloso il rito, ma il giudice è tutto e la sua volontà è sola; e la sentenza non è il prodotto

---

(48) Lessona (Carlo), *Giurisprudenza animalesca,* Città di Castello, 1906, pagg. 39 e segg.

finale elaborato dall'incontro di volontà contrapposte, che rimanga incerto e in formazione finchè il processo è *in itinere*, ma è l'arbitrio solitario di una sola volontà, che inscena il processo come un artificio che dia una illusoria giustificazione retrospettiva a una decisione già presa.

Nel processo dialettico la sentenza è la conseguenza, incerta fino alla fine, dell'andamento del processo: nel processo totalitario l'andamento del processo è la conseguenza della sentenza *già certa fin da principio*.

4. — E' agevole cogliere un certo parallelismo tra la disciplina del processo e il regime costituzionale in cui il processo si svolge. Si può avere, anche oggi, uno Stato assoluto ed autoritario, al quale corrisponde un processo di tipo totalitario, in cui il giudice può tutto e le parti sono trattate come cose; e si può avere in uno Stato liberale e democratico un processo che riproduce nella sua struttura, come nella goccia si rispecchia il cielo, la dialettica del liberalismo e della democrazia.

L'insigne presidente della Corte Suprema, García Roja, in un discorso troppo benevolo per me, ha avuto la bontà di ricordare quel mio scritto sulla « relatività dell'azione » (49), col quale cercai di dimostrare che nel variabile concetto di « azione » si rispecchia, in corrispondenza col variare dei regimi costituzionali, il diverso atteggiamento dell'eterno contrasto tra l'autorità e la libertà. Ma questo rapporto tra la figura del processo e la struttura dei meccanismi costituzionali, entro i quali va inquadrato e studiato, non può limitarsi al solo concetto dell'azione: in tutto lo studio del processo la comparazione tra il diritto processuale e il diritto costituzionale, tra il sistema di giudizio e il sistema di governo, può essere istruttiva e rivelatrice di nuovi orizzonti.

Si deve a quel grande processualista tedesco, James Goldschmidt, che la criminale follia razzista fece consumare in esilio, il riavvicinamento acutissimo tra la dialetticità del processo, quale noi oggi lo consideriamo, e la dottrina politica del liberalismo. Nella prefazione della sua opera fondamentale *Der Prozess als Rechtslage* (1925) si legge che il diritto processuale può fiorire soltanto sul terreno del liberalismo: e proprio per questo, in uno scritto dedicato ad onorar la sua memoria, lo chiamai «maestro di liberalismo processuale » (50).

---

(49) CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Studi*, V, pag. 1 e segg. [e in questo vol., pagg. 427 e segg.].

(50) CALAMANDREI, *Un maestro di liberalismo processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, pag. 1 e segg.

In realtà la dialettica del processo è la dialettica della democrazia parlamentare. In un certo senso (e *cum grano salis*) la pluralità delle parti nell'agone giudiziario somiglia alla pluralità dei partiti nella lotta politica. Quel principio di iniziativa e di responsabilità delle parti che va sotto il nome di *principio dispositivo*, in forza del quale nel processo civile ciascuna parte, colla bontà delle sue ragioni e colla abilità con cui sa farle intendere, può essere l'artefice della propria vittoria (*faber est suae quisque fortunae*), ha molti punti di somiglianza con quella dialettica politica dei governi parlamentari, nei quali ogni partito, colla bontà del suo programma (e anche, ahimè, coll'abilità della sua propaganda), può esser l'artefice della propria vittoria elettorale e quindi della propria ascesa al governo. La democrazia è un regime in moto, in continuo sforzo di conquista: un sistema dinamico, animato dal perdurante stimolo di migliorarsi, e di superar lo avversario nella bontà dei programmi e nell'efficacia persuasiva dei medesimi.

5. — Il principio del contraddittorio somiglia come due gocce di acqua al principio dell'opposizione parlamentare. L'uno e l'altro sono fondati su certe idee così semplici che posson parere perfino ingenue: che gli uomini siano esseri ragionevoli, capaci di persuadere colle buone ragioni proprie e di lasciarsi persuadere dalle buone ragioni altrui; che la verità si può conoscere intera solo se si osserva da diverse parti, girandole attorno per scoprirne le tre dimensioni; e che il contraddittore è un collaboratore, non un nemico, perchè colle sue obiezioni aiuta a scoprire e a correggere gli errori e alimenta quella gara di emulazione che è stimolo e fermento d'ogni progresso umano. Nel sistema parlamentare inglese, com'è noto, l'opposizione, una seria e forte opposizione, è considerata come un organo necessario di buon governo: l'« opposizione di sua maestà » è talmente apprezzata, che il capo di essa riceve una indennità non molto inferiore a quella del primo ministro, e siede allo stesso tavolino del governo, di fronte ai ministri, allo stesso livello.

E così nel processo è indispensabile il contraddittorio: non per inasprire la litigiosità delle parti o per dare occasione di sfoggiare all'eloquenza degli avvocati, ma nell'interesse della giustizia e del giudice, che proprio nella contrapposizione dialettica delle opposte difese trova senza fatica il miglior mezzo per vedere dinanzi a sè, illuminata sotto i più diversi profili, la verità tutt'intera.

Questo riavvicinamento del sistema processuale fondato sul contraddittorio, al sistema parlamentare basato sul contrasto tra la maggioranza e la opposizione, non ha un valore puramente teorico: un

valore, per dir così, di pura somiglianza estetica. Durante gli ultimi anni del dominio nazista si sono discusse in Germania proposte di riforma del processo civile (le quali, se il regime non fosse crollato, sarebbero state certamente, con meccanica consequenziarietà, tradotte in leggi), colle quali si mirava ad abolire il contraddittorio e a trasformare il processo di parti (*Parteiprozess*) in un procedimento totalmente ufficioso, mosso esclusivamente dall'iniziativa del giudice: e qualcuno parlò di « processo senza parti », che poi valeva quanto dire « processo senza processo ». Ci fu perfino uno studioso di buona volontà (51) il quale scoprì che il concetto di *Parteiprozess* non era che un maligno contagio, penetrato nel sangue della giustizia, di quegli odî di parte che affliggevano l'Italia al tempo dei Comuni, quando la vita politica era una zuffa di fazioni. Ma siccome finalmente (insegnava quello studioso) il nazismo totalitario era riuscito felicemente a liberare la vita politica dai partiti, placando tutti i contrasti nel seno paterno del *Führer,* così dovevano essere abolite le parti nel processo e trionfare anche nei tribunali la religione del *Führerprinzip,* in modo che nelle aule di giustizia risuonasse soltanto la sacra parola del giudice officiante, e dinanzi a lui i giudicabili attendessero in silenzio, prosternati e adoranti.

6. — Se in regime di democrazia il processo dev'essere invece un colloquio civile tra persone poste allo stesso livello umano, è facile intendere quale sia, in un ordinamento democratico della giustizia, l'importanza dell'avvocato: anzi degli avvocati, interlocutori necessari di questo dialogo. L'esito del processo e quindi la sorte della giustizia, dipende dall'amichevole e leale svolgimento di questo colloquio: dalle buone relazioni tra i giudici e gli avvocati dipende, più che dalla bontà delle leggi, il buon funzionamento della giustizia.

Già rilevai, nella prima lezione, che per il buon funzionamento del processo conta, più delle leggi, il *costume giudiziario*: ora i creatori di questo costume giudiziario sono per l'appunto, colla loro moralità, colla loro correttezza, colla loro reciproca comprensione, i giudici e gli avvocati. Giudici e avvocati somigliano, nel processo, a un sistema di vasi comunicanti: cultura e lealtà si mantengono costantemente, per i giudici e per gli avvocati, allo stesso livello; si inalzano o calano, per gli uni e per gli altri, in misura uguale e costante. I buoni giudici fanno i buoni avvocati, e viceversa: i magistrati che disprezzano i difensori, disprezzano sè stessi; ma gli avvocati che non rispettano la dignità del magistrato offendono la dignità della propria toga.

---

(51) CALAMANDREI, *La crisi del processo civile in Germania,* in *Studi,* V, pag. 285 e segg.

Talvolta si trova stabilito dalle leggi (art. 88 C. p. c.) il « dovere di lealtà e di probità » per le parti e per i loro difensori; ma in che consista in concreto questo dovere le leggi non lo dicono e non lo potranno mai dire. La lealtà e la probità deve vivere soprattutto nella coscienza dei magistrati e dei patroni: è il costume che conta, quel rispetto delle « regole del giuoco » che non si può imporre a chi non lo sente, ma che è essenziale così nel processo come in Parlamento. Per questo nell'ordinamento delle professioni forensi ha tanta importanza la giurisdizione disciplinare che i collegi professionali esercitano sui propri componenti: perchè la sorveglianza sulla lealtà e sulla probità degli avvocati e sull'osservanza delle regole non scritte di correttezza professionale, deve venire *dal di dentro,* dalla stessa coscienza e dal senso di responsabilità dell'Ordine forense, in regime di autogoverno e di autodisciplina.

Questa è la ragione per la quale l'abolizione dell'avvocatura come libera professione e la sua trasformazione in burocrazia di Stato vorrebbe dire non soltanto la fine dell'avvocatura, ma la fine della giustizia. Due volte questa trasformazione è stata tentata, nella Prussia di Federico il Grande, e nella Russia di Lenin (52); e tutt'e due le volte l'esperimento tentato da due così diversi autoritarismi, fallì, e per salvar la giustizia si dovè tornare alla libertà dell'avvocatura o almeno, come è avvenuto in Russia, alla libertà lasciata alla parte di scegliersi un difensore retribuito (53).

Gli avvocati nel processo rappresentano la libertà; sono il simbolo vivente di quello che forse è il principio vitale delle democrazie moderne: che per arrivare alla giustizia bisogna passare attraverso la libertà; che la libertà è lo strumento indispensabile per conquistare una maggior giustizia. Nei primi tempi del terrore fascista, quando gli squadristi andavano in giro a compiere le loro spedizioni punitive, meta delle loro devastazioni non erano soltanto le camere del lavoro e le biblioteche popolari, ma anche gli studi degli avvocati: a Firenze, sulla fine del 1924, in una sola giornata ne furono incendiati più di venti. Nè c'è da meravigliarsene: per i dittatori l'avvocato è il simbolo pericoloso della ragione critica, della obiezione ribelle ad ogni conformismo; nei regimi di oppressione e di viltà, l'ultimo rifugio della libertà è la toga: dalla toga, quando tutti tacciono schiacciati dalla tirannia, escono ancora, ogni tanto, accenti di dignità e di fierezza.

---

(52) CALAMANDREI, *Troppi avvocati* (Firenze, 1921), pagg. 25 e segg.

(53) CALAMANDREI, *Gli avvocati nel mondo,* in *Riv. dir. proc. civ.,* 1926, I, pag. 327; *Libri sugli avvocati,* ib., 1930, I, pag. 350.

7. — Dal costume giudiziario, creato dalla collaborazione dei giudici e degli avvocati, è governato il corso del processo: essi, secondo il ritmo della loro alacrità o della loro pigrizia, possono diventarne gli acceleratori o i rallentatori.

E' inutile che le leggi processuali prescrivano scadenze e preclusioni, se magistrati e patroni non riescono a trovare da sè il punto di incontro e di equilibrio tra il dovere che l'avvocato ha di essere difensore strenuo e non frettoloso delle ragioni del suo cliente, e il dovere altrettanto importante che egli ha di essere collaboratore leale del giudice e di non ritardare per tattica il corso della giustizia. Se giudici e avvocati si alleano in un comodo costume di fiacchezza, è vano che sulla carta i codici restringano i termini e vietino i differimenti, o impongano la concentrazione.

Di questa fatale resistenza rallentatrice esercitata dal costume giudiziario sulle leggi di procedura, anche su quelle che erano nate con intenti di rigorosa e rapida concentrazione, la storia del processo offre in tutti i tempi caratteristiche riprove: ogni volta che contro le stagnanti solennità del processo ordinario, il cosiddetto processo « formale », il legislatore ha creduto di porre rimedio col creare per le cause più urgenti uno speciale procedimento abbreviato e concentrato, detto perciò « sommario », il costume giudiziario è riuscito in pochi anni a render pigro e solenne questo procedimento nato per esser celere e semplice. E' questo un curioso fenomeno (che con brutto ma efficace neologismo fu chiamato la « desommarizzazione del processo sommario »), che si ripete periodicamente nella storia: il processo sommario, messo a contatto colla pratica, tende a diventare formale, e ad appropriarsi tutte le lentezze e le complicazioni del processo ordinario: sembra quasi che avvocati e giudici, invece di esser grati al legislatore che ha voluto rendere più snello e meno ingombro di formalità il loro lavoro, si trovin d'accordo per far fallire ogni tentativo di riforma che miri a render più rapido il corso della procedura.

Di ciò si è avuta una riprova nelle modificazioni che, proprio su richiesta degli avvocati, sono state apportate dalla legge del 14 luglio 1950, n. 581, al testo del Codice di procedura civile del 1940: tutte le modificazioni, come quelle che hanno abolito o attenuato certe preclusioni (art. 184) o ammesso la reclamabilità delle ordinanze prima irreclamabili (art. 178 C. p. c.), o la impugnabilità separata delle sentenze parziali (art. 339), si sono risolte necessariamente (anche se questo non era stato l'intento di chi le ha suggerite) in una perdita di celerità e in un aumento di complicazioni.

La lungaggine dei processi, che anche in Italia tutti lamentano, non è un fenomeno che possa attribuirsi soltanto a cause contingenti,

quale può essere stato in questo decennio il generale ristagno, prodotto, in tutti i rami della pubblica amministrazione, dalla crisi bellica. Esso ha cause più profonde e più radicate nel costume forense: la eccessiva complicazione del procedimento, che rende indispensabile la meticolosa osservanza di formalità condannate dal buon senso, potrebbe facilmente esser ridotta in giusti limiti se tra magistrati e avvocati corresse un maggior senso di reciproca fiducia. *E' proprio la sfiducia che rallenta e complica il processo.*

Se mettiamo a confronto l'amministrazione della giustizia come si svolge in Inghilterra con quello che avviene nei paesi continentali come la Francia e l'Italia, stentiamo a renderci conto di una differenza che a prima vista sembra incredibile fino all'assurdo: quel lavoro giudiziario per compiere il quale in Italia non bastano circa seimila magistrati di carriera, è esaurito in Inghilterra, e con assai maggior rapidità, da non più di un centinaio di giudici!

La vera ragione che sta alla base di questa rapidità e semplicità della giustizia inglese, che a noi può sembrare miracolosa, è il senso di leale colleganza che in Inghilterra unisce tra loro avvocati e giudici: e che quasi sempre rende superflue le formalità della procedura. Gran parte delle garanzie formali, che nel nostro processo vogliono assicurare il rispetto del contraddittorio e sbarrar la strada agli strattagemmi e ai tranelli dei litiganti di malafede, sono rese necessarie dalla diffidenza che vi è tra le parti, e anche tra queste e il giudice: bisogna regolar con minuziose prescrizioni tutte quelle cautele perchè si teme che, se la legge non le prescrivesse, le parti cercherebbero di soverchiarsi a vicenda, e ciascuna di esse giuocherebbe d'astuzia per impedire all'avversario di difendersi; ed anche perchè si teme che, se lo svolgimento del contraddittorio non fosse regolato dalla legge, un giudice burbero e insofferente profitterebbe di questa elasticità di poteri per troncare il dibattito alla prima udienza e liberarsi così dalle fastidiose insistenze dei difensori.

Avviene per i riti processuali quello che si dice accada per i riti religiosi: che non sempre le complicazioni formalistiche della liturgia sono sintomo di sincerità di fede. Tutte le prescrizioni con cui le leggi processuali pretendono di garantire la lealtà del contraddittorio hanno un valore sintomatico che non è di buon augurio: quando la legge sente il bisogno di imporre la lealtà, vuol dire che la lealtà vacilla nelle coscienze.

La fiducia reciproca è, in tutti i campi delle relazioni umane, una forza semplificatrice: fiducia vuol dire solidarietà, socievolezza, comprensione. Anche nei giudizi, la furberia, tanto pregiata dai causidici spiccioli, è la prima responsabile delle complicazioni e delle lungaggini

della procedura; nascono dalla furberia le *cautelae ad protrahendas causas ad longum*, e dal timore della furberia altrui le controcautele per impedire che il processo sia mandato in lungo da un avversario di malafede. Ma questa gara di garanzie formali non serve a nulla, quando manca la garanzia dello spirito.

8. — Forse l'esempio più tipico di come possa riuscire la sfiducia a cambiar la faccia agli istituti processuali si ha nell'art. 180 del nostro Codice di procedura civile, in cui, quando il Codice entrò in vigore nel 1942, si leggeva che « la trattazione della causa davanti al giudice istruttore è *sempre* orale ». Poi il « sempre », colla riforma del 1950, è stato cancellato. L'articolo continua a proclamare che la trattazione « è orale », ma l'abolizione del « sempre » dimostra che può non esserlo più. In realtà, anche davanti al giudice istruttore la oralità è caduta in disgrazia. Quella fase istruttoria che doveva essere, nell'idea del legislatore, un dialogo confidenziale tra difensori e giudici seduti allo stesso tavolino, è tornata ad essere, come nel vecchio rito, un seguito interminabile di differimenti, volentieri concessi dal giudice, per dar modo agli avvocati di scambiarsi, di rinvio in rinvio, le loro comparse scritte. Il giudice istruttore è ridotto assai spesso ad un meccanismo registratore di rinvii: par che non ami la conversazione diretta cogli avvocati, che potrebbe servire a semplificare la causa e a metterne in chiaro i punti essenziali; e gli avvocati, anch'essi, preferiscono scrivere le loro ragioni sulla carta bollata in stile curialesco, piuttosto che esporle al giudice alla buona, in forma persuasiva e dimessa.

Questo fallimento dell'oralità e questa cristallizzazione burocratica del giudice istruttore deriva certamente, per una parte, dall'eccessivo lavoro di cui i giudici sono gravati: quando un giudice istruttore, com'è accaduto in questi ultimi anni nei tribunali delle sedi giudiziarie più affollate, ha da sbrigare contemporaneamente l'istruzione di un centinaio di processi o forse di più, si capisce come egli non abbia tempo per seguirli tutti colla dovuta attenzione, e come non possa fare di ciascun fascicolo quel diligente studio preparatorio che gli consentirebbe di parlarne a ragion veduta coi difensori. L'oralità ha bisogno di preparazione immediata: la scrittura permette di rimandare lo studio a miglior tempo; e questa è una buona ragione perchè avvocati e giudici preferiscano la scrittura.

Ma la vera ragione di questa preferenza è la sfiducia. Gli avvocati non amano scoprire dinanzi al giudice, come pur dovrebbero fare in un diretto colloquio, le loro batterie defensionali; non vogliono (o spesso non sanno) rispondere subito, in presenza del giudice, alle obie-

zioni dell'avversario. Per sostenere un contraddittorio orale in forma di dialogo, in cui nel discorso posson venir fuori le questioni più impensate, occorre una preparazione che non tutti gli avvocati hanno; e per di più sospettano che ogni mossa avversaria nasconda un tranello. Per questo preferiscono prender tempo, ripensarci, consultare la giurisprudenza e rispondere in iscritto dopo due settimane di meditazione. La peggiore nemica della oralità è la paura di « compromettersi ». Può accadere che anche il giudice veda nella conversazione immediata coi difensori il pericolo di rivelare prematuramente ciò che pensa della causa, e che deve rimanere segreto: terrore che gli avvocati, specialmente quelli più abili e più autorevoli, riescano, colla loro eloquenza insinuante, a trarlo su una falsa strada. Anch'egli diffida e preferisce, invece di ascoltar le loro ragioni, leggerle scritte sulle loro comparse, per poterle meditare in solitudine.

Così l'oralità è distrutta dalla diffidenza. Sono lì, giudice e difensori, con tre seggiole allo stesso tavolino, col cancelliere pronto a registrare a verbale le loro parole. Potrebbero subito profittar di quello incontro per entrar nel vivo della causa; ma preferiscono trattenersi un solo istante, soltanto per mettersi d'accordo sulla data della nuova udienza, nella quale quello che avrebbero potuto dirsi oggi a voce, se lo comunicheranno mediante lo scambio di comparse scritte: e a sua volta la nuova udienza servirà soltanto a ottenere un nuovo rinvio per preparar le risposte. Così il processo si diluisce in esercitazioni di scrittura: giudice e difensori si comportano come innamorati timidi, che quando si incontrano non sanno che cosa dirsi, ma appena si sono lasciati si scrivono lunghissime lettere d'amore, e le tengono in serbo per qualche settimana, in attesa di scambiarsele in silenzio al prossimo appuntamento.

9. — Per ristabilire tra avvocati e giudici quella fiducia che è condizione essenziale per la riuscita del processo, può avere efficacia determinante il modo di scelta dei magistrati. Se si potesse nominare giudice solo chi abbia esercitato per un certo numero di anni la professione dell'avvocato, ci sarebbe da attendersi che da quella esperienza professionale i giudici traessero argomento per comprendere certe esigenze della difesa, e per rendersi conto delle ragioni che giustificano certe intemperanze e certe insistenze dei difensori; e viceversa, se gli avvocati avessero esperimentato per qualche tempo, prima di esercitare il patrocinio forense, la fatica e le difficoltà del giudicare, la funzione del magistrato si ingrandirebbe nella loro stima. Per questo io ritengo ottimo il sistema di scelta dei giudici che è seguito in Inghilterra: dove agli uffici giudiziari più importanti sono no-

minati gli avvocati più autorevoli e più stimati, in modo che la magistratura è considerata come la prosecuzione e il naturale porto d'arrivo dell'avvocatura. Avvocati e giudici si sentono uniti così da una medesima colleganza: il *barrister* si fida dei giudici, perchè ieri furono avvocati come lui; il magistrato si fida del *barrister*, perchè sa che domani salirà anche lui, dalla sbarra del difensore, al banco del giudice.

In sostanza il problema fondamentale del processo, che è quello delle relazioni tra avvocati e giudici, è un problema di comprensione. Bisogna che il giudice comprenda ed apprezzi quanto l'opera sua è agevolata, e la sua fatica è ridotta, dalla presenza degli avvocati, che assumono su di sè il duro lavoro di tradurre per lui in comprensibile linguaggio giuridico la grezza realtà; ma bisogna anche che gli avvocati comprendano quanto l'ufficio del giudice è più gravoso e più impegnativo di quello del difensore, perchè, mentre il difensore, come il soldato in trincea, sa in anticipo da qual parte è il nemico e da qual parte egli deve tirare, il giudice deve scegliere, ed è tutta sua la terribile responsabilità di quella scelta.

Forse, per agevolare le buone relazioni tra avvocati e giudici si richiede tra di loro non soltanto comprensione, ma anche, oserei dire, reciproca carità: comprensione e carità anche per le inevitabili manchevolezze e stanchezze di cui tutti gli uomini, i giudici come gli avvocati, soffrono nella loro faticosa giornata.

Non direi che dia prova di carità e di comprensione il giudice che, prima di andare al dibattimento dove l'avvocato discuterà oralmente la sua causa, ha già deciso in anticipo la sentenza, in modo che, mentre quello si sgola in udienza, preferisce non badargli e pensare ai casi suoi, e in tal meditazione assopirsi. Anche l'avvocato è un uomo, non è un meccanismo: spesso un uomo vecchio e malato; parlare in udienza è per lui una grande fatica e un impegno di tutto sè stesso, in cui si prodiga e si consuma senza risparmio. Se il giudice non vuol essere spietato, almeno questa ragione di carità umana gli dovrebbe imporre di starlo ad ascoltare con attenzione.

Ma da parte sua l'avvocato pecca di crudeltà quando si ostina a tormentare colla sua oratoria sfrenata e indiscreta il giudice sfinito da una giornata di udienza e incapace ormai di ascoltarlo con attenzione; o quando, invece di riassumere in poche pagine sintetiche e chiarificatrici la sua difesa, la diluisce in voluminose memorie, che schiacciano il giudice come pietre tombali.

Insomma, anche nelle relazioni tra avvocati e giudici, si torna sempre a quello che è il segreto di ogni riuscita democratica: devono essere relazioni tra uomini liberi, custodi ciascuno della propria indipendenza e della propria dignità, ma, insieme, consapevoli della soli-

darietà sociale che tutti li unisce tra loro per uno scopo comune. Nel processo giudici e avvocati sono come specchi; ciascuno, guardando in faccia l'interlocutore, riconosce e saluta, rispecchiata in lui, la propria dignità.

VI. — Il rispetto della personalità nel processo.

Sommario. — 1. Libertà giuridica e mezzi per renderla effettiva. — 2. Uguaglianza giuridica e uguaglianza economica delle parti nel processo. — 3. Diritto di difesa come diritto ad avere un difensore. — 4. Il problema della difesa del povero. — 5. Il patrocinio gratuito, e la fiducia tra il cliente e l'avvocato. — 6. Ragioni sociali della crisi dell'avvocatura. — 7. Difesa della personalità umana nel processo civile. — 8. Cenni sul processo penale. — 9. Conclusione.

1. — Si è già visto come nel contraddittorio giudiziario si attui, attraverso il contrasto dialettico fra tre persone, cioè fra tre volontà consapevoli e responsabili (il giudice, e dinanzi a lui le due parti in causa), la dinamica del processo, cioè il cammino per arrivare alla giustizia secondo un itinerario che, da principio, neanche il giudice sa bene quale sarà; la via più appropriata per arrivare alla meta non è rettilinea e prestabilita, ma si rivela tappa per tappa con un tracciato che può esser variamente spezzato e tortuoso, come porta il giuoco reciproco dei tre soggetti, di udienza in udienza, di comparsa in comparsa:

« di pensier in pensier, di monte in monte »,

come direbbe il nostro Petrarca.

Ma affinchè funzioni in pieno, tra giudice e avvocati, quella collaborazione dialettica su cui già ho così a lungo insistito, non basta che dinanzi al giudice vi siano due parti in contraddittorio, in modo che il giudice possa udire le ragioni di tutt'e due; ma occorre altresì che queste due parti si trovino tra loro in condizione di parità non meramente giuridica (che può voler dire meramente teorica), ma che vi sia tra esse una effettiva parità *pratica*, che vuol dire parità tecnica ed anche parità economica.

Anche di fronte all'amministrazione della giustizia c'è pericolo che gravi sul povero quella maledizione che pesa su lui, ogni volta che gli ordinamenti democratici si limitano ad assicurargli, a lui come a tutti gli altri cittadini, le libertà politiche e civili: le quali troppe volte, quando gli mancano i mezzi economici indispensabili per valersi pra-

ticamente di quelle libertà, si risolvono per il povero in una irrisione. « La legge è uguale per tutti » è una bella frase che rincuora il povero, quando la vede scritta sopra le teste dei giudici, sulla parete di fondo delle aule giudiziarie; ma quando si accorge che, per invocar la uguaglianza della legge a sua difesa, è indispensabile l'aiuto di quella ricchezza che egli non ha, allora quella frase gli sembra una beffa alla sua miseria: come se leggesse scritto su un muro che, in grazia della libertà di stampa (art. 21 Cost.) tutti i cittadini sono ugualmente liberi di pubblicare un grande quotidiano di informazioni, o, in grazia della libertà della istruzione (art. 34 Cost.) tutti i cittadini sono ugualmente liberi di mandare i propri figli agli studî universitari.

Anche qui affiora quella fondamentale esigenza della democrazia che durante la Resistenza trovò espressione, sulle bandiere delle brigate partigiane, nel binomio « Giustizia e Libertà ». Affinchè la libertà del cittadino non si riduca troppo spesso ad una vana parola, occorre che a tutti i cittadini sia assicurata, almeno in partenza, quel minimo di giustizia sociale, quel minimo di mezzi economici, che gli permetta di servirsi praticamente dei beneficî della libertà politica.

Tale esigenza è penetrata, almeno a parole, nella Costituzione della Repubblica italiana, nella quale è scritto non soltanto che ogni lavoratore ha diritto ad una retribuzione « in ogni caso sufficiente ad « assicurare a lui e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa » (art. 36); ma è scritto altresì che è « compito della Repubblica rimuo- « vere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che limitando *di fatto* « la libertà e l'uguaglianza dei cittadini impediscono il libero sviluppo « della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori « all'organizzazione politica economica e sociale del paese » (art. 3).

2. — Questo binomio, « Giustizia e Libertà », vale come premessa indispensabile anche per il funzionamento del contraddittorio giudiziario. Indubbiamente nel processo civile le parti sono teoricamente uguali; e nel processo penale non solo le ragioni della difesa stanno sullo stesso livello di quelle della pubblica accusa, ma anzi, se si vuol credere a ciò che si legge scritto, l'imputato è sempre su un piano più alto, perchè vale a suo favore, finchè la condanna non è definitiva, la presunzione di innocenza (art. 27 Cost.).

L'uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge, consacrata oggi nella Costituzione (art. 3), trova il suo complemento giudiziario in un altro articolo della stessa Costituzione (art. 24), il quale afferma che « tutti possono agire in giudizio a tutela dei propri diritti ed interessi « effettivi »; e che « la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado « del giudizio ». Così, con questa norma, il diritto di azione, cioè il di-

ritto di rivolgersi agli organi giudiziarî per aver giustizia (il diritto di agire « in senso astratto ») e il diritto inviolabile di difendersi entra dichiaratamente nel campo costituzionale, tra i diritti fondamentali riconosciuti a « tutti », cioè non soltanto ai cittadini, ma anche, a certe condizioni, agli stranieri. E' tipica delle più moderne costituzioni democratiche questa « costituzionalizzazione », si potrebbe dire, delle garanzie di uguaglianza processuale (54).

Ma tutto questo è scritto sulla carta: questa uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla giustizia, questo diritto di difendersi in giudizio in condizione di parità di fronte alla controparte, questo diritto di rivolgersi alla giustizia garantito senza distinzione al ricco e al povero, in quali possibilità pratiche si traduce? Nel famoso libretto di Jhering, *Kampf um's Recht*, la lotta per il diritto nell'agone giudiziario è considerata non sotto l'aspetto antisociale della litigiosità, ma sotto quello nobile e fiero della difesa della dignità individuale e della pace sociale, che non si salva colla vile acquiescenza al torto, ma col reagire immediatamente, nelle vie legali, contro ogni ingiustizia. Ma anche qui risorge la domanda: tutti i cittadini hanno i mezzi economici per far valere praticamente questo sentimento di fierezza civica? oppure questa « lotta per il diritto » si riduce assai volte a un lusso, che il povero non può concedersi? E' nota la vecchia storia del povero mugnaio di Sans-Souci, quello che alle minacce del sovrano rispose colla sua celebre frase: « *Il y a des juges à Berlin* ». Frase che fa onore ai giudici di Berlino: perchè dimostra che essi, nel contrasto tra l'umile e il potente, non erano indegni della fiducia dell'umile. Ma anche questa è soltanto una frase: perchè la storia non ha mai spiegato che cosa avrebbe fatto il povero mugnaio se non avesse avuto i mezzi indispensabili per recarsi a Berlino a far valere le sue ragioni contro il regale avversario, e per pagarsi un avvocato che gli potesse tener testa in quel giudizio.

Ecco dunque che anche nel processo può accadere, come prevede l'art. 3 della Costituzione, che « ostacoli di ordine economico e sociale... « limitando *di fatto* la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscano « il pieno sviluppo della persona umana... ». Anche nel processo, dunque, può esservi tra le parti una parità teorica, a cui non corrisponda una parità *di fatto*: sono « persone » tutt'e due nello stesso senso, ma i mezzi di cui dispongono per far valere questa uguaglianza sono disuguali. E disuguaglianza di mezzi può significare, anche nel processo, disuguaglianza di personalità.

---

(54) Questo tema è stato trattato magistralmente da E. Couture, *Las garantías constitucionales del proceso civil* (Buenos Aires, 1946).

3. — Bisogna intanto rilevare che il diritto di difendersi, « invio- « labile in ogni stato e grado del procedimento », significa praticamente diritto di *avere un difensore*. La tutela della personalità umana nel processo non vuol dire soltanto sottrarre il giudicabile ad ogni violenza o intimidazione che neghi o diminuisca la sua libertà di difendersi come sa, ma altresì di dargli i mezzi positivi per aiutarlo a sapersi difendere, e per insegnargli a servirsi nel proprio interesse di quelle cautele che il diritto processuale appresta a tale scopo.

Nonostante la loro uguaglianza giuridica, le parti si trovano spesso nel processo in condizioni di disparità di cultura e di intelligenza: se dovessero difendersi da sè, la parte meno intelligente e meno colta si troverebbe alla mercè della parte più istruita e più esperta: e nel processo penale l'innocente incapace di esporre con chiarezza le ragioni della sua innocenza si troverebbe, assai più del colpevole scaltro, alla mercè dell'accusatore.

Negli ordinamenti moderni il processo è un complicato meccanismo tecnico, che riesce ad essere uno strumento di giustizia solo per chi conosce i segreti di quel tecnicismo: tutto questo porta a concludere che per assicurare praticamente nel processo la libertà e la uguaglianza delle parti bisogna porre accanto a ciascuna di esse, in ogni momento del processo, un difensore che colla sua intelligenza e colla sua conoscenza tecnica dei meccanismi processuali ristabilisca l'equilibrio del contraddittorio. Nella complicazione del processo, le parti, inesperte di cose giuridiche, sono in un certo senso paragonabili ad *incapaci*: per questo la relazione che passa tra il cliente e il difensore somiglia molto a quella che passa tra il pupillo e il tutore: il difensore non è soltanto un mandatario del suo cliente, ma è in un certo senso un supplemento della sua capacità, un *integratore della sua personalità.*

Il difensore è dunque nel processo la espressione più importante del rispetto della persona: dove non è difensore, la personalità del giudicabile è *menomata*: e rischia ad ogni istante di rimaner travolta nel processo civile dalla malafede avversaria e dai tranelli della procedura; e in quello penale dalla schiacciante superiorità dell'accusatore ufficiale.

4. — Il *diritto di avere un difensore,* senza il quale il diritto alla difesa rimane una frase priva di senso pratico, è disconosciuto nella prima fase del processo penale, da tutte quelle legislazioni in cui è prescritto che la fase istruttoria si svolga in segreto, senza assistenza di difensore: questa è la fase in cui può accadere che l'imputato, solo e indifeso dinanzi all'inquisitore, non riesca a trovar nella propria innocenza la forza sufficiente per resistere alla coercizione dell'interrogatorio estenuante, e si rassegni alla fine, pur di uscire da quella morsa,

a firmare una confessione estorta di un delitto che non ha commesso. Anche la legislazione italiana conserva purtroppo questa triste eredità di un sistema tirannico, inconciliabile col rispetto della persona umana; ma poichè ora la Costituzione garantisce la inviolabilità della difesa « in ogni stato e grado del procedimento » (art. 24) non potrà tardare una riforma che, in conformità di questa garanzia costituzionale, ammetta il difensore fin dall'inizio della fase istruttoria.

Tuttavia, anche quando la presenza del difensore sarà diventata obbligatoria fin dall'inizio del processo penale, rimarrà aperto, nel processo penale e nel processo civile, il problema della *difesa del povero*. Qui le critiche dei marxisti, quando parlano di giustizia fatta per i ricchi, colgono il segno. Le spese occorrenti per far valere in giudizio le proprie ragioni sono tali, che assai volte il non abbiente, non avendo i mezzi per farvi fronte, deve rassegnarsi, col cuore avvelenato dalla amarezza, a soffrire il torto da chi ha più denari di lui. Così il diritto di azione rischia di rimanere, come la libertà di stampa o la libertà della cultura, un lusso dei ricchi.

Il problema della difesa del povero, che è poi il problema della *parità effettiva delle parti* nel processo, è ancora in attesa di una soluzione pratica soddisfacente: la quale forse non può esser raggiunta sul ristretto terreno tecnico delle istituzioni giudiziarie, perchè essa dipende da problemi più vasti di ordine economico e sociale.

La nostra Costituzione proclama (art. 24 terzo comma) che « sono « assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e « difendersi davanti ad ogni giurisdizione ». Ma anche questa (al pari della « riparazione degli errori giudiziarî » scritta nello stesso articolo) è piuttosto una promessa che una realtà.

In Italia il processo civile è straordinariamente dispendioso: la carta bollata su cui devono essere redatte tutte le scritture processuali, le tasse giudiziarie che stanno in agguato ad ogni tappa, il tradizionale fiscalismo (55) che esige la registrazione dei documenti probatorî da produrre in giudizio, e che costringe le parti, per cercar di sfuggire a questi balzelli, a ingombrare l'istruttoria con prove orali che tengano il posto dei documenti, tutto questo complica e aggrava di spese ingenti anche i processi più semplici: e c'è poi la spesa dell'avvocato, che, essendo un libero professionista che vive del suo lavoro, ha diritto di essere adeguatamente retribuito.

In Italia la difesa dei poveri, il cosiddetto «patrocinio gratuito» (56),

---

(55) CALAMANDREI, *Il processo civile sotto l'incubo fiscale*, in *Studi*, III, pagg. 75 e segg. [e in questo vol., pagg. 243 e segg.].

(56) R. d. l. 30 dicembre 1923, n. 3282.

è organizzata come « ufficio onorifico ed obbligatorio della classe degli « avvocati e procuratori »: tanto in civile quanto in penale, la parte che non abbia i mezzi per farsi assistere da un difensore di sua scelta (il cosiddetto « difensore di fiducia ») ha diritto di farsi destinare, da appositi organi e sotto certe condizioni, un « difensore d'ufficio » il quale ha il dovere di prestare gratuitamente l'opera propria, colla sola speranza di farsi retribuire alla fine dalla parte avversaria, se questa perderà la causa.

E' un sistema che ha i suoi pregi e i suoi difetti. Esso conta soprattutto sullo spirito di sacrificio e di solidarietà verso il debole, che è generosa tradizione dell'Ordine forense; e assai volte basta questo spirito ad assicurare al povero un difensore zelante. Ma è tuttavia inevitabile che nelle designazioni dei difensori d'ufficio la scelta cada, piuttosto che sugli avvocati di gran fama occupati dalla loro ricca clientela, sui giovani principianti, che, pur di non rimanere inoperosi, sono disposti, in mancanza di clienti paganti, a esercitarsi sulle cause dei non abbienti: può così avvenire che il povero abbia la fortuna di imbattersi in un neofita pieno di sacro fuoco che si impegni con tutto sè stesso nella sua difesa, ma gli può anche capitar la sciagura di un difensore distratto e neghittoso, che lasci scadere i termini e consideri la causa del povero come un *experimentum in corpore vili.*

Non si deve credere per questo che al povero sia sempre preclusa la possibilità di avere un difensore di valore. E' più frequente di quanto si creda il caso di avvocati giunti alla celebrità, che quando si imbattono in una causa giusta, sono ancora capaci di innamorarsene anche se è la causa di un povero, e di lasciar da parte le cause dei ricchi per difender quella gratuitamente; nonostante che gli avvocati siano perseguitati da una tradizione di rapacità, essi non dimenticano che nella loro tradizione vi è anche il sacro privilegio di essere i difensori disinteressati dell'orfano e della vedova.

Si diceva anticamente che « *ianua advocati pulsanda pede* »: alla porta dell'avvocato bisogna bussare col piede, perchè le mani di chi bussa debbono essere cariche di doni; Renzo lo sapeva, che andò a bussare alla porta del dottore Azzeccagarbugli recando in mano il suo famoso paio di capponi. Ma tuttavia c'erano anche allora patroni di altra indole: si può ammirare a San Gimignano un affresco che rappresenta il dottore Ivone, vescovo di Chartres, mentre esercita il suo ministero di avvocato: da una parte si vedono in attesa nell'anticamera i clienti ricchi, colle mani cariche di prelibati donativi, che invano aspettano di esser ricevuti; dall'altra lo studio del patrono, il quale, seduto nella sua cattedra, ascolta e consiglia amorevolmente i poveri, ai quali ha dato la precedenza. C'erano dunque anche allora avvo-

cati che consideravano come loro missione difendere, senza cercar guadagno, le giuste cause dei poveri: bisogna però anche aggiungere, per la verità storica, che questi casi non dovevano, neanche a quei tempi, essere molto frequenti, se il caso del vescovo Ivone fu considerato dal popolo come un miracolo: « *advocatus sed non latro, res* « *miranda populo* ». E infatti dopo morto fu fatto santo: Sant'Ivone, il protettore degli avvocati.

5. — Non si può dir tuttavia che il sistema di patrocinio gratuito adottato in Italia, che dà al povero un difensore, ma gli nega la possibilità di sceglierselo di suo gusto, e indebolisce quindi nel rapporto tra patrono e patrocinato il vincolo più importante che è quello della fiducia, sia il più soddisfacente. Ricordo quello che mi diceva una diecina di anni fa un magistrato di eccezionale valore, giunto giovanissimo al grado di consigliere della Corte d'appello, Pasquale Saraceno (57), che finì trucidato sulla soglia del suo ufficio nei giorni in cui la guerra passò dalle vie di Firenze. Egli, in quegli anni di universale angoscia, veniva spesso a trovarmi e passava con me lunghe ore a discutere su argomenti di diritto; mentre pareva che ogni diritto stesse per crollare in macerie sulle nostre teste, cercavamo di consolarci a vicenda discutendo in astratto di problemi costituzionali, e specialmente sul modo migliore di organizzare l'amministrazione della giustizia in un ordinamento democratico e civile: una specie di « *de consolatione juris* », da fare il paio col « *de consolatione philosophiae* ».

Egli considerava la funzione del magistrato come una missione religiosa; e mi confidava, quasi chiedendomi scusa di questa sua sincerità, che gli avvocati gli erano sempre apparsi come disturbatori e profanatori di questa missione. Il giudice (mi diceva) non si trova di fronte a due parti uguali, in modo che egli possa serenamente pesare nella sua bilancia soltanto le ragioni dell'una e dell'altra; si trova di fronte a due avvocati, che raramente sono di forza uguale: diversi per eloquenza, per scaltrezza, per dottrina, per esperienza. La differenza è tanto più sensibile quando la causa verte tra un ricco e un povero: allora il ricco accaparra per sè i migliori avvocati, e la difesa del povero, anche se egli trova chi voglia difenderlo, è affidata ai professionisti più scadenti, assolutamente incapaci di tener testa allo agguerrito collegio della difesa avversaria. Ora tutto questo turba la giustizia e dà al giudice un senso di disagio che lo disorienta: non sempre il giudice riesce a sottrarsi alla suggestione dell'avvocato più

---

(57) Autore di pregiati lavori di diritto processuale: il più importante *La decisione sul fatto incerto nel processo penale,* Padova, 1940.

illustre, nè può, se la difesa del povero è manchevole, supplire d'ufficio alle sviste dell'avvocato inesperto.

E concludeva col dire che, se non si può impedire ai ricchi di prender per sè gli avvocati migliori, meglio varrebbe, per ristabilire la parità delle parti, arrivare ad abolir gli avvocati.

6. — Abolir gli avvocati? Ho già detto le ragioni per le quali questo non potrebbe farsi senza rendere praticamente insopportabile ai giudici giuristi l'esercizio del loro ufficio: abolita l'avvocatura, sarebbero i giudici a chiederne a gran voce, dopo qualche mese, la ricostituzione.

Ma tuttavia, per diminuire questa ingiusta sperequazione di valori defensionali che il mio amico deplorava nei processi tra il povero e il ricco, bisognerà studiare un sistema di difesa gratuita che permetta al litigante povero di scegliersi *senza sua spesa* un patrocinatore *di fiducia* tra gli avvocati migliori, così come può fare a sue spese il litigante più ricco.

Diritto inviolabile di difesa deve significare dunque anche per il povero non soltanto diritto di avere un difensore purchessia, ma di averlo *di sua scelta*: finchè questa scelta sarà possibile per l'abbiente che ha i mezzi per accaparrarsi il patrocinatore di sua fiducia, lo stesso dev'esser consentito al povero, se dev'esserci nel processo parità effettiva tra le parti.

Nelle legislazioni democratiche è già penetrato il principio che per attenuare la condizione di inferiorità economica in cui nella società capitalistica i lavoratori si trovano di fronte agli imprenditori, lo Stato deve provvedere a far sì che nei conflitti del lavoro sia ristabilito l'equilibrio di forze tra i contendenti. Questa è l'idea che sta alla base del riconoscimento costituzionale del diritto di sciopero (Cost., art. 40) (58); ed anche lo speciale procedimento dettato per le controversie del lavoro e la istituzione di organi specializzati per deciderle, rispondono allo stesso intento, che è quello di supplire allo stato di inferiorità in cui si trova il povero quando entra in lotta col ricco. Allo stesso fine mirano le associazioni sindacali di lavoratori, quando mettono a disposizione gratuita dei propri associati i loro uffici legali, costituiti da avvocati particolarmente esperti in quella materia.

Ma le controversie del lavoro non esauriscono tutta la materia contenziosa, nella quale può esser necessario ristabilire l'equilibrio

---

(58) Cfr. CALAMANDREI, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, in *Studi*, VI, pagg. 140-169.

economico tra le parti contendenti: il problema della difesa del povero è più vasto. Varî sistemi sono stati proposti per risolverlo (59), e qualcuno ha pensato proprio di affidare il patrocinio dei poveri alle Facoltà universitarie di diritto, in modo che i patrocinati possano giovarsi del consiglio dei giuristi eminenti che insegnano nelle Facoltà, e gli studenti possano esercitarsi su quei casi pratici come in una clinica, sotto la guida dei propri professori. Ma anche qui tutto dipenderà dalla buona disposizione di quei professori e dalla voglia che essi abbiano di lasciarsi distrarre dai loro studi scientifici per dedicare il loro tempo a questa clinica di casi pratici: in conclusione, anche con questo sistema, la sorte del litigante povero dipenderà dalla fortuna, non dalla scelta che egli abbia fatto di un difensore di sua fiducia.

Io penso che, fino a quando l'avvocatura rimarrà regolata come una libera professione fondata sul rapporto fiduciario tra cliente e patrono, il sistema ideale per provvedere alla difesa dei poveri in condizione di assoluta uguaglianza sarebbe quello che garantisse al povero la possibilità di scegliersi l'avvocato che vuole, colla sola differenza che la retribuzione al professionista di fiducia, invece di esser pagata dal cliente, fosse poi corrisposta dallo Stato, o meglio ancora dallo stesso Ordine forense, mediante la istituzione di apposite casse, finanziate con introiti tributari o mutualistici. Ma questo sistema potrebbe dar frutti soddisfacenti solo dove l'avvocatura non fosse afflitta, come avviene ora in molti paesi europei, da un inquietante eccesso numerico di professionisti disoccupati, da una specie di « proletariato forense » in cerca di cause, per il quale questo sistema diventerebbe una istigazione all'accaparramento dei clienti poveri ed una speculazione alimentatrice di litigi.

Anche sotto questo profilo il problema del patrocinio dei poveri si allarga ad orizzonti più vasti: esso è uno degli aspetti della crisi dell'avvocatura, che a sua volta è un sintomo rivelatore di uno squilibrio sociale più generale e profondo.

Proprio qui dinanzi a voi, o illustri amici messicani, mi viene in mente un trattatello in forma di dialogo intitolato « L'avvocato », scritto in Venezia verso il 1560 da Francesco Sansovino, figlio del grande Iacopo architetto delle Procuratie (60). Il padre voleva farne un avvocato; ma egli, dopo un breve esperimento forense, se ne stancò, e si mise a far l'editore di libri scritti da lui medesimo sui più sva-

---

(59) Cfr. COUTURE, *Las garantías constitucionales*, cit., pag. 44.

(60) Ripubblicato nel 1942: FRANCESCO SANSOVINO, *L'avvocato e il segretario*, a cura di Piero Calamandrei (Le Monnier, Firenze, 1942).

riati argomenti: tra i quali questo curioso profilo dell'avvocatura veneta, in cui si lamenta che anche allora Venezia fosse invasa da una folla di causidici senza cause e si spiega che il vero responsabile di quella decadenza forense era da ritenersi nientedimeno che... Cristoforo Colombo scopritore dell'America! Proprio così: nel dialogo così parla l'interlocutore che ha nome Lorenzo:

« Già i nostri vecchi che furono in fama e di molto valore tro-
« varono un altro tempo e diverso dal nostro. Gli uomini allora atten-
« devano per la maggior parte alle cose del mare ch'erano in grandis-
« simo pregio; e i cittadini dalla prima infanzia si mandavano in Le-
« vante, laddove fatti ricchi, vivevano la vecchiezza loro in santissima
« pace, e di qui procedeva che avendo i giovani esito fuori, gli avvo-
« cati erano in poco numero, e quei pochi avevano da fare assai, per-
« chè le liti per le molte mercature eran molte, laonde essendo gli av-
« vocati in gran riputazione guadagnavano assai e le paghe nelle larghe
« faccende eran larghe.

« Ma oggi è in gran parte tutto il contrario, perciocchè da poi
« che prima Cristoforo Colombo e poi i Portoghesi hanno trovato le
« nuove navigazioni per le quali le mercature son venute a meno in
« Venezia, la gioventù non avendo che trafficare, s'è messa al Palazzo,
« e credendo che le faccende vi sieno in quel medesimo termine che
« ne' tempi passati, sono accresciuti in tanto numero che nulla più,
« senza avvedersi i padri, che mancate le mercature e accresciuti gli
« avvocati, ne tocca poca parte per uno ».

Così ragionava ai tempi suoi Francesco Sansovino: la scoperta dell'America rompendo l'equilibrio economico del vecchio mondo, aveva dato una scossa fatale anche al decoro dell'avvocatura veneta. Quasi verrebbe voglia di pensare che anche oggi la crisi dell'avvocatura europea abbia profonde cause economiche di portata mondiale.

7. — Ma, a parte questa non ancor rimediata sperequazione tra la parte povera e la parte ricca, è certo che oggi il sistema del moderno processo civile a tipo dispositivo è inspirato in ogni suo più minuto congegno al rispetto e alla protezione della personalità umana.

La forza motrice del processo a tipo dispositivo è la responsabilità: anche nella ricerca della verità la parte, salvo il caso eccezionale della *inspectio corporis,* non è mai oggetto di indagine probatoria, ma sempre collaboratrice del giudice nel porre i termini e nel fornire i mezzi per questa indagine. La parte non ha obbligo di comparire, non ha obbligo di rispondere all'interrogatorio, nè di dire la verità; nessun vincolo obbligatorio costringe o limita la sua volontà. Essa è libera di comportarsi in giudizio come meglio crede; ma deve sapere che, se

non compare o non dice la verità, rischia di fabbricare in questo modo, colle sue stesse mani, la propria sconfitta.

Il processo civile lascia inviolata quella specie di sovranità individuale che ogni persona ha nella chiusa cerchia della sua coscienza: la dialetticità del principio dispositivo è un appello continuato alla ragione e al senso di responsabilità dell'interlocutore.

Così il giudizio, quando si svolge tra parti in buona fede e tra patroni leali è, *in nuce,* un esempio perfetto di ordinata e rispettosa cooperazione democratica.

8. — Ma quanto cammino c'è ancora da compiere prima che a questo rispetto della persona si avvicini il processo penale!

Questo è un terribile tema, che richiederebbe tutto per sè un discorso assai lungo e doloroso: ma ormai, in questo corso di conferenze che oggi si chiude, non c'è più tempo neanche per un breve accenno. Questo solo posso dire: che se il meccanismo del processo civile è oggi in armonia colla civiltà dei popoli liberi, il processo penale, anche quello in vigore negli Stati che si dicono democratici, è ancora fermo ai costumi dell'assolutismo, o forse anche più indietro, agli istinti belluini della barbarie.

La pena di morte, di cui alla metà del secolo XVIII bastò il memorabile opuscolo di un italiano a smascherare la crudele assurdità (61), solo in Italia, e in pochi altri Stati fedeli a Cesare Beccaria, è stata abolita; ma i grandi imperi dominatori del mondo la mantengono, anche se a parole pongono a fondamento dei loro ordinamenti politici la uguale dignità morale di tutti gli uomini e la inviolabilità della persona umana.

Nel processo penale l'uomo è ancora, invece che un soggetto, un oggetto inerte in balia della violenza dell'inquisitore. Delitto legalizzato è la pena di morte, che rende irreparabile l'assassinio dell'innocente: ma tutto il processo penale, anche se non conduce al supplizio, è un seguito di irruzioni brutali entro la cerchia, che dovrebbe essere inviolabile, della personalità umana. La coercizione fisica è ancora lo strumento preferito dell'inquisitore: nell'incertezza della carcerazione preventiva, l'imputato è solo con chi l'interroga, senza alcuna garanzia di difensore; la tortura, abolita di nome, è rinata sotto altre forme più scientifiche ma non meno crudeli: il terzo grado, gli interrogatorî estenuanti, le confessioni estorte, il siero della verità. E le pene, nella

---

(61) Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (ripubblicato, con prefazione e note di Piero Calamandrei, da Le Monnier, Firenze, 1945).

massima parte dei reclusorî del mondo, sono ancora crudelmente afflittive e disumane.

C'è ancora da compiere un lungo cammino, prima che siano soddisfatti i voti che si leggono nella nostra Costituzione, affinchè sia bandita « ogni violenza fisica e morale sulle persone sottoposte a re- « strizioni di libertà » (art. 13) o si tolga alle pene tutto ciò che contravvenga « al senso di umanità » (art. 27).

Nel processo civile dei popoli più progrediti ogni uomo, anche di fronte alla autorità del giudice, è riconosciuto persona; nel processo penale, dinanzi all'inquisitore che lo interroga, o al carceriere che lo incatena, o al carnefice che lo uccide, l'uomo è ancora cosa.

« Non vi è libertà ogni qualvolta le leggi permettono che, in alcuni « eventi, l'uomo cessi di esser persona e diventi cosa » (62). Questa è una frase di Cesare Beccaria, che io non mi stanco di ripetere in ogni occasione: perchè mi pare che in queste parole dall'apparenza così semplice, sia segnata la speranza del genere umano e il programma dell'avvenire.

9. — E questa è la conclusione con cui si può chiudere questo nostro ciclo di conversazioni sul processo: una conclusione che vale per il processo, ma che può valere anche, come augurio, per tutti i campi dell'attività umana.

Agire, ognuno come meglio può nel proprio campo, affinchè lo uomo, tutti gli uomini, di tutte le classi e di tutti i paesi, cessino di esser cose e diventino persone: cercar che da ogni uomo si riveli e si diffonda questo calore comunicativo di comprensione umana, attraverso il quale gli abitatori d'ogni continente arrivino a riconoscersi fratelli di un'unica stirpe.

Anche se vengono da patrie lontane, divise dagli oceani, si accorgono, quando si incontrano la prima volta, di essere vecchi amici. Questo è accaduto a me, qui nel Messico, o amici messicani che mi avete accolto con tanta bontà: sono venuto qui senza conoscervi, e alla prima stretta di mano vi ho riconosciuti. Ho capito che eravamo, prima di conoscerci, vecchi amici. Ve lo dico al momento di lasciarvi, colla voce che mi trema.

Patria italiana, patria messicana; ma c'è una patria più vasta, di cui siamo tutti concittadini: la patria della scienza, la patria della giustizia, la patria dell'amicizia.

---

(62) C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, § XXVII.

Non conoscevo il Messico, questo grande paese incantatore: ed ecco che, dopo tre settimane che son volate via come un sogno, ne riparto collo stesso animo delle *golondrinas* della vostra canzone ospitale, che nel migrare già pensano al ritorno (63).

Grazie, amici del Messico. Amicizia, tu sei la mia patria.

---

(63) Si allude ad una celebre canzone dedicata alle rondinelle (*golondrinas*), che i messicani usano cantare agli ospiti partenti, per esprimere la speranza di vederli presto tornare.