SALVATORE SATTA

QUADERNI DEL DIRITTO E DEL PROCESSO CIVILE

I-III

XXXV • I

COLLANA
LA MEMORIA DEL DIRITTO

Roma TrE-Press
2026

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

Nella stessa Collana

1. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (I). Problemi generali del diritto e del processo* (a cura di M. Cappelletti), 2019
2. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (II). Magistratura, Avvocatura, studio e insegnamento del diritto* (a cura di M. Cappelletti), 2019
3. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (III). Diritto e processo costituzionale* (a cura di M. Cappelletti), 2019
4. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (IV). Istituzioni di diritto processuale civile. In Appendice: Delle buone relazioni fra i giudici e gli avvocati nel nuovo processo civile (due dialoghi)* (a cura di M. Cappelletti), 2019
5. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (V). La chiamata in garantia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove* (a cura di M. Cappelletti), 2019
6. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (VI). La Cassazione civile, Primo volume* (a cura di M. Cappelletti), 2019
7. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (VII). La Cassazione civile, Secondo volume* (a cura di M. Cappelletti), 2019
8. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (VIII). Altri studi sulla Cassazione civile, sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni* (a cura di M. Cappelletti), 2019
9. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (IX). Esecuzione forzata e procedimenti speciali. Diritto comparato e ordinamenti storici e stranieri* (a cura di M. Cappelletti), 2019
10. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (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 M. Cappelletti), 2019
11. L. Caiani, *La filosofia dei giuristi italiani* (a cura di G. Pino), 2021
12. G. Gorla, *Il contratto. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico* (vol I) e *Il contratto. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico* (vol II) (Introduzione di M. Lupoi), 2023
13. S. Chiarloni, *Introduzione allo studio del Diritto Processuale Civile* (Introduzione di A. Proto Pisani, Premessa di A. Carratta), 2023
14. G. Tarello, *Il realismo giuridico americano* (Presentazione di P. Chiassoni), 2023
15. A.E. Cammarata, *Scritti sul formalismo giuridico* (Raccolti e curati da F. Modugno e L. Pace), 2023
16. V. Frosini, *Cibernetica, diritto e società* (Introduzione di G. Sartor), 2023
17. G. Tarello, *La disciplina costituzionale della proprietà. Lezioni introduttive, corso di diritto civile 1972-73* (Introduzioni di P. Chiassoni e M. Grondona), 2023
18. M. Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova* (Introduzione di A. Dondi, Premessa di A. Carratta), 2023

19. C. Cardia, *Ateismo e libertà religiosa* (Presentazione di R. Benigni), 2023
20. S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto* (Presentazione di G. Alpa), 2024
21. F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale* (Introduzione di G. Insolera), 2024
22. G. Amato, *Rapporti tra norme primarie e secondarie. Aspetti problematici* (Introduzione di G. Tarli Barbieri), 2024
23. L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (Introduzione di C. Luzzati), 2024
24. S. Cassese, *I beni pubblici. Circolazione e tutela* (Introduzione di B. Tonoletti), 2024
25. A.M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati* (Prefazione di G. Greco), 2024
26. M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato* (Prefazione di T.E. Frosini), 2024
27. G. Pugliese, *Property. Diritto Comparato* (Introduzione di L. Vacca e V. Zeno-Zencovich), 2024
28. P. De Francisci, *Primordia Civitatis* (Introduzione di E. Stolfi), 2025
29. M. Nobili, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti* (Introduzione di M. Busetto), 2025
30. G. Gorla, *El contrato. Problemas fundamentales tratados segun el método comparativo y casuistico* (tomo I) e *El contrato. Problemas fundamentales tratados segun el método comparativo y casuistico* (tomo II) (Prológo de M. Lupoi), 2025
31. G. Lazzaro, *Argomenti di giudici* (Introduzione di E. Diciotti), 2025
32. G. Fabbrini, *Diritto processuale del lavoro* (Introduzione di F.P. Luiso), 2025
33. M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile* (a cura di A. Carratta) (Introduzione di L. Passanante), 2026
34. T. Ascarelli, *La moneta. Considerazioni di diritto privato* (a cura di T. dalla Massara, M. Stella Richter), 2026

IL PROGETTO ROMA TRE-PRESS

Il progetto della Roma TrE-Press nasce nel 2013 ed inizia la sua attività all'interno del Sistema Bibliotecario di Ateneo.

Vengono avviate le prime Collane e Riviste di Ateneo. Fin dall'inizio il progetto ha scelto la strada dell'open access: opere scientifiche realizzate in formato digitale ed accessibili a chiunque, dovunque, sempre.

Le ragioni sono le stesse che spingono altre università europee: la ricerca accademica è finanziata da risorse pubbliche; occorre che i suoi risultati siano accessibili a tutti, senza onerose intermediazioni; ciò è reso possibile dalle tecnologie digitali; rientra nella "terza missione" delle università diffondere al pubblico più largo i suoi prodotti sia didattici che scientifici; ma è anche un'esigenza di contenimento dei costi dettata dalle crescenti ristrettezze di bilancio.

Nel primo quinquennio (2013/2017) la Roma TrE-Press pubblica quasi 100 volumi. La crescente richiesta dei ricercatori dell'Ateneo e il successo dell'iniziativa (oltre 150.000 downloads) suggeriscono agli organi di Ateneo di affidare, a partire dall'autunno 2018, l'attività di e-press alla Fondazione Roma Tre Education.

Le linee guida della Roma TrE-Press sono:

- La piena autonomia scientifica dei Dipartimenti e dei Centri di Ateneo nella scelta di che cosa pubblicare, con un forte incoraggiamento verso procedure di assicurazione della qualità secondo le migliori prassi recepite dalle comunità scientifiche di riferimento.
- L'apertura verso autori e istituzioni non appartenenti all'Università Roma Tre, secondo logiche di aggregazione e di promozione della ricerca di qualità.
- Il plurilinguismo, non solo come esigenza culturale ma anche come strumento di coesione e collaborazione internazionale.
- La cura – affidata alla responsabilità della Roma TrE-Press – della linea grafica (copertine e impaginazione), secondo la secolare tradizione del libro come prodotto anche estetico ed artistico.
- La promozione del movimento verso una generale politica di open access che coinvolga anche altre istituzioni accademiche italiane e straniere in coerenza con il dettato dell'art. 9 della nostra Costituzione: "*La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica*".

La squadra della Roma Tre-Press è così composta

prof. Vincenzo Zeno-Zencovich (*Delegato di Ateneo per l'e-press*)

prof.ssa Nazarena Patrizi (*Responsabile editoriale*)

prof. Sirio Zolea (*Delegato per i rapporti internazionali*)

dott. Ivan Guiducci (*Webmaster*)

Alessandro Riboldi (*Collaboratore informatico*)

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

SALVATORE SATTA

QUADERNI DEL DIRITTO E DEL PROCESSO CIVILE I-III

Introduzioni di
ITALO BIROCCHI
ROMANO VACCARELLA

XXXV•I

COLLANA
LA MEMORIA DEL DIRITTO

Roma TrE-Press
2026

Direttori della Collana La Memoria del Diritto
Luca Loschiavo, *Università di Teramo*
Giorgio Pino, *Università Roma Tre*
Vincenzo Zeno-Zencovich, *olim Università Roma Tre*

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *RomaTrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: MOSQUITO. mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:
Brandon Grotesque, Cocogoose, Courier (copertina e frontespizio)
Adobe Garamond Pro (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: *RomaTrE-Press* ©
Roma, aprile 2026
ISBN: 979-12-5977-607-5
http://romatrepress.uniroma3.it

La presente riedizione riproduce anastaticamente le opere pubblicate dal 1969 al 1973 dalla Casa Editrice C.E.D.A.M. che si ringrazia sentitamente per la autorizzazione alla riproduzione.

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (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.

L'attività della *RomaTrE-Press* è svolta nell'ambito della
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Collana *"La Memoria del Diritto"*

Il diritto e la cultura giuridica, come tutte le discipline e le arti, si nutrono del loro passato segnando continuità, evoluzioni, cesure. E questo è particolarmente vero per gli studi giuridici che, in Italia, godono dello straordinario privilegio di poggiare su una tradizione bimillenaria.

Questa posizione impone anche una responsabilità: quella di osservare con occhi attenti la realtà presente, ben consapevoli però che *nihil sub sole novi*.

La collana "*La Memoria del Diritto*" intende contribuire alla conservazione, viva, di questa tradizione mettendo a disposizione degli studiosi – ed in particolare di quelli più giovani – testi classici della cultura giuridica italiana del Novecento, non più disponibili in commercio e reperibili solo, con difficoltà, nelle biblioteche.

La *Collana* è stata aperta, significativamente, dalla ripubblicazione, in accesso libero, dei dieci volumi delle "*Opere Giuridiche*" di Piero Calamandrei che in poco tempo sono stati "scaricati" decine di migliaia di volte in tutto il mondo.

La *Collana* intende proseguire su questa strada, non limitandosi alla semplice 'riedizione', ma mettendo a disposizione in forma digitale, accessibile *gratuitamente*, *sempre* e *ovunque*, opere di rilievo che pensiamo continuino a costituire un fondamento per gli studi giuridici, orientandoli nella consapevolezza di quanto siamo debitori di chi ci ha preceduto.

Promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi Roma Tre nel quadro delle sue iniziative quale Dipartimento di Eccellenza la *Collana* intende essere un punto di riferimento per tutta l'accademia italiana, stimolando e raccogliendo le proposte che da quest'ultima perverranno, dando a questa iniziativa uno spirito ed una sostanza corali.

Luca Loschiavo
Giorgio Pino
Vincenzo Zeno-Zencovich

SALVATORE SATTA

QUADERNI
DEL DIRITTO E DEL PROCESSO CIVILE

PADOVA
CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

Indice

Introduzioni di

Italo Birocchi, XXI
Una testimonianza militante: i «Quaderni del diritto e del processo civile»

Romano Vaccarella,
Salvatore Satta e la lezione di Lodovico Mortara XLIII

VOLUME I

Quaderno I

I quaderni L

DOTTRINA

La giurisdizione volontaria nell'unità dell'ordinamento 3
Chiose 23
Pagine autobiografiche di Lodovico Mortara 34
Il giudice e la legge negli interni contrasti della Magistratura italiana 66
Commemorazioni del Codice di procedura civile del 1865 86

GIURISPRUDENZA

Critica del giudizio costituzionale 101
I. - Sull'incostituzionalità (parziale) dell'art. 713 c.p.c. 102
II. - Sull' incostituzionalità (parziale) dell'art. 708 c.p. 107
III. - Sull'incostituzionalità degli articoli 225 e 232 c.p.p . 111
Critica del giudizio di Cassazione 116
I. - Impugnabilità del decreto di ammissione alla procedura di amministrazione controllata, a' sensi dell'art. 111 della Costituzione 118
II. - a) Conflitto di interessi nella rappresentanza processuale
- *b)* Inesistenza di clausola compromissoria 122

LETTURE

Sull'analogia 133
Diritto di sciopero 139
Res litigiosa 147
Testimonianza 151

RILETTURE

Diritto e processo 159
Il potere discrezionale 165

CRONACHE

Emilio Betti 173
Il premio Bigiavi 175
Concorsi universitari e Consiglio Superiore dell'Istruzione 178

Quaderno II

Il secondo Quaderno 181

DOTTRINA

Norma, diritto, giurisdizione 185
Chiose 211
Verba tene, res sequentur di Bernardo Albanese 224
Nuovi aspetti della lotta politico-sindacale e riflessi sulla concezione del diritto 244
I. - Gli aspetti della lotta 245
II. - Il fenomeno del diritto sindacale 255
III. - Il diritto e il compito del giurista 263
In appendice al «Giudice e la legge» 273

GIURISPRUDENZA

Critica del giudizio costituzionale 287
I. - L'adulterio e la Costituzione 287
II. - Diritto fallimentare: *a)* esclusione del fallito dal diritto di voto; *b)* estensione del fallimento; *c)* amministrazione controllata 293
III. - Procedura penale: istruzione sommaria (art. 389 c.p.p.) 297
IV. - Incostituzionalità della Cassazione (art. 65 ord. giur.) 298
V. - Boicottaggio 300
Critica del giudizio di Cassazione 304
I. - Metafisica di una preposizione 305
II. - La calligrafia del pretore 306
III. - I grands-arrêts della Suprema Corte e le bollette di deposito per multa 308
IV. - Morale della. favola 309

LETTURE

Diritto contemporaneo 317
Diritto giurisprudenziale 324
Ideologie nel diritto e nel processo 328
Sociologia del diritto 334
Divorzio 341

RILETTURE

Sociologia e diritto 349
Possesso dei diritti 356

CRONACHE

Il testamento di Walter Bigiavi 365
Il caso Braibanti 368
L'Apollo 8 e il prof. Ugo Spirito 373
Il diritto di équipe 374

Quaderno III

Questo terzo Quaderno 379

DOTTRINA

Meditazioni sull'arbitrato 385
Chiose 403
I. - Il ruolo della volontà nella determinazione del concreto 403
II. - Arbitrato rituale e arbitrato irrituale 411
Il problema del divorzio 422
Postilla 437
Magistratura e Costituzione 442
I. - Il caso Occorsio e l'art. 101 della Costituzione 442
II. - Un organo incostituzionale della Costituzione 447
Voci ed echi 454
I. - Destino del giurista 454
II. - Satta uno e trino 457
III. - Singolari idee sul metodo 460
IV. - Analisi di due giudizi (De Cupis e Brulliard) 461
V. - Lettere private e pubbliche 468

GIURISPRUDENZA

Critica del giudizio costituzionale 475
I. - L'apprendistato e il lavoro a vuoto della Corte Costituzionale 475
II. - I flippers alla Corte Costituzionale 476
III. - Altri giri a vuoto della Corte Costituzionale 478
IV. - Cassazione e Corte Costituzionale di fronte alle ideologie 480
V. - Costituzionalità della Cassazione 482
Critica del giudizio di Cassazione 484
I. - Giudice e legge in tema di locazione 484
II. - Come si firma e si forma un contratto 486

LETTURE

Giustizia (Ricciotti, *La giustizia in castigo*) 493
Processo penale (Conso, *Costituzione e processo penale*) 497
Giuscibernetica (Losano, *Macchine e modelli cibernetici nel diritto*) 502
Diritto comparato (David, *I grandi sistemi giudiziari contemporanei*; Lupoi, *Il dolo nel diritto italiano e francese*) 505
Filosofia del diritto (Cordero, *Gli osservanti*, a cura di Bernardo Albanese) 510
Società intermedie (Rescigno, *Persona e comunità*) 514
Metodo nel diritto (Lipari, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica*) 519
Costituzione ed effettività (Nigro, *Costituzione ed effettività costituzionale*) 525

RILETTURE

Filosofia del diritto (Capograssi, *Incertezze sull'individuo*) 533
Diritto commerciale (Casanova, *Opuscoli di vario diritto*) 541
Diritto penale (Petrocelli, *Saggi di diritto penale*) 543

CRONACHE

Giovanni Pavanini (1° dicembre 1969) 549
Serio e faceto nelle inaugurazioni di anni giudiziari 550
Ait Praetor 553
I sodomiti alla Corte Costituzionale 554

VOLUME II

Quaderno IV

Il quarto Quaderno 559

DOTTRINA

La delibazione delle sentenze straniere nell'unità dell'ordinamento 563
Il giudice e la legge 568
Il diario di Tullio Ascarelli 585
I. - Processo 587
II. - Diritto in generale 589
III. - Religione 594
IV. - America 600
V. - Varie 606
Dopo le sentenze della Corte costituzionale sugli artt. 15 e 147 della legge fallimentare 610

VOCI ED ECHI

Osservazioni sul metodo dell'indagine giuridica nel diritto sindacale 625
Ancora del metodo 631

GIURISPRUDENZA

Critica del giudizio costituzionale 635
I. - Filosofia della Corte costituzionale 635
II. - Mandato di cattura e diritto di sciopero 644
Critica del giudizio di Cassazione 648
Stile delle sentenze (Il problema dei rapporti giuridici preesistenti nel fallimento) 648
La vendetta del giudice 653

LETTURE

Pubblico Ministero (Vellani, *Il pubblico ministero*) 661
Consiglio Superiore della Magistratura (*Relazione annuale*) 669
Politica del diritto (*Rivista bimestrale*) 673
Concordato e divorzio (Pugliese, *L'art. 34 del Concordato*) 675

Diritto soggettivo e interesse legittimo (La Valle, *Teoria dinamica del diritto soggettivo*) 679

RILETTURE

Filosofia del diritto (Esposito, *Dottrina del diritto*) 687
Arbitrato e politica (Satta e Colorni) 691

CRONACHE

Il vilipendio dei giudici 697
Magistrati e contestazione 699
Il caso Calamari e il Consiglio superiore della Magistratura 704
Nixon *versus* Manson ovvero il tramonto della libertà 707

Quaderno V

DOTTRINA

Giuseppe Capograssi quindici anni dopo 717
Sintesi della teoria dell'azione 722
Credito e credere di Bernardo Albanese 729
L'indipendenza dal giudice 745
La riforma dell'università 763

VOCI ED ECHI

L'indipendenza dal giudice 783
Concordato e divorzio 785

GIURISPRUDENZA

Critica del giudizio costituzionale 791
Critica del giudizio di Cassazione 804
1. Nascita di un contratto 804
2. Il fisco e le anime morte 806
3. Le corna e il pretore 808

LETTURE

Contratto (Santoro Passarelli, *Variazioni sul contratto)* 817

Storia giuridica (Cassandro, *Considerazioni sulla storia giuridica*) 821
Diritto privato (Romano, *Ordinamento sistematico del diritto privato*) 825
Magistratura (Pera, *Tredici anni di indipendenza della magistratura*) 827
Norma giuridica (Cortese, *La norma giuridica*) 829
Compiti dello Stato (Tessitore, *Crisi e trasformazione dello Stato*) 832
Ideologia e violenza (Labruna, *Vim fieri veto*) 834
Sciopero (Neppi Modona, *Sciopero, potere politico e magistratura*) 838
Fascismo (Abrate *e altri*, *Il problema storico del fascismo*) 844
Diritto penale politico (*Vergès e Schminck*) 848

RILETTURE

La pregiudiziale (Menestrina, *La pregiudiziale nel processo civile*) 855
In memoriam (Rubino, *Studi giuridici*) 857

CRONACHE

Rivoluzione all'italiana 863
Il lavoro carcerario 864
Interpretazione evolutiva di ritorsione 866
Il presidente ricusato 870
Il bumerang del diritto 872
Il goal del presidente 874

Quaderno VI

Premessa 879

DOTTRINA

Giuseppe Chiovenda nel centenario della nascita 883
La giustizia tra mito e realtà (*Giuseppe Lavaggi*) 895
Valore scientifico della giurisprudenza 903
Riflessioni sull'interpretazione 910
Saluto a Raselli 916

VOCI ED ECHI

A proposito di una recensione 923
A proposito di una lettera aperta (*Riccardo Orestano*) 924
Replica 925

GIURISPRUDENZA

Critica del giudizio costituzionale 931
I. - Rassegna delle più recenti sentenze 931
II. - Incostituzionalità dell'art. 28 c.p.p. 938
Critica del giudizio di Cassazione 943
I. - I giudici di Berlino e di Roma 943
II. - Il pretore e il limite del diritto di sciopero 944

LETTURE

Jhering, Lo scopo nel diritto 949
Tarzia, Il litisconsorzio facoltativo 952
Oppenheim, Etica e filosofia politica 954
Taruffo, Studi sulla rilevanza della prova 957
Tarello, Orientamenti della magistratura 960

RILETTURE

Vacca, Il diritto sperimentale 965
Calasso, Storicità del diritto 967

CRONACHE

Gli articoli del "Gazzettino":

Il giudice e la legge 971
Politica e diritto 974
I sofismi dei divorzisti 977
Sentimento del diritto 980
Il divorzio e la sua legge 984
La tragedia della scuola 987
Burgos e Leningrado 990
Le dimissioni del presidente 993
Riti giudiziari 996
La riforma universitaria 999
Il caso Bonora 1002
Giustizia e amministrazione 1006
Salvare la libertà 1009
Costituzione e concordato 1012
Il Ministro e le imposte 1015
L'Università in carcere 1018
La politica nella scuola 1021

La revisione del concordato 1024
Fine di un magistrato 1027
Sindacati e poesia 1030
Stato di polizia e polizia dello Stato 1033
Tutti professori 1036
Il presidente ricusato 1040
Il colore della violenza 1043
Dossier Vietnam 1046
La rivolta dei giudici 1049
Referendum e divorzio 1052
Difficile democrazia 1055
L'istinto della felicità 1058
La nuova Università 1061
Il salumaio in pretura 1065
Uno strano duello giudiziario 1068
Il fisco e le anime morte 1070
Il pretore di Venezia 1072
La lezione del cardinale 1075
I libri della scuola 1078
Tempesta nel nulla 1081
Uscite di sicurezza 1084
Dietro il referendum 1087
Divorzio numero due 1090
l compiti del presidente 1093
L'uomo giusto al posto giusto 1096
Punti fermi 1099
I delitti in aumento 1102
Qualcosa di nuovo 1105
La sentenza sul referendum 1108
Il terrore dello Stato 1111
Il contratto di non lavoro 1114
I reati d'opinione 1117
25 Aprile 1120
Nel chiuso della cabina 1123
Il governo forte 1126
Il segreto istruttorio 1129
Il nuovo Consiglio Superiore della Magistratura 1132
Il caso Valpreda 1135
Metafisica della pornografia 1138

Per mantenere i richiami interni originarî e quelli fatti da altri Autori, in testa di ciascuna pagina è stato riportato il numero della pagina del singolo quaderno.

Una testimonianza militante: i «Quaderni del diritto e del processo civile»[*]

Italo Birocchi

Sommario: 1. L'invenzione della nuova rivista – 2. I temi principali – 3. Conclusioni.

1. *L'invenzione della nuova rivista*

Non è affatto un Satta stanco quello che, all'esordio dell'ultimo lustro della sua vita, comincia a pubblicare i *Quaderni del diritto e del processo civile*. Non ingannino alcuni segni che potrebbero far pensare il contrario, come la compilazione quasi in via solitaria del periodico e la presenza con giudizi personali in ogni pagina, o come la recensione di libri del passato e il riandare a personaggi scomparsi. Potrebbero apparire avvisaglie di un ripiegarsi in se stesso, estraniandosi dall'attualità; ma proprio presentando le note autobiografiche di Lodovico Mortara nel primo fascicolo della rivista Satta teorizzò che in generale nessuna figura di scienziato del diritto potesse separarsi dall'uomo. E del resto la disciplina processualcivilistica coltivata dal giurista sardo presenta esempi di maestri che lasciarono significativi scritti ascrivibili al genere autobiografico (oltre a Mortara, anche Calamandrei e Carnelutti) e ulteriormente annovera una importante storiografia che ha lodevolmente congiunto lo studio sui profili tecnici delle opere con quello sui profili personali degli autori[1].

Per parte sua Satta ha scritto molto di sé, ma non nella forma classica del diario o dell'autobiografia, bensì attraverso i tre romanzi – *La veranda*, il *De profundis*, *Il giorno del giudizio* –, le prefazioni alle opere (quasi tutte dallo stile e dai contenuti personali), i sei fascicoli della rivista che qui si

[*] Il testo che segue è ricavato, con piccole modifiche, dal saggio per gli atti del convegno *Salvatore Satta (9 agosto 1902-19 aprile 1975). Il mistero di un processualista*, tenutosi a Roma presso il complesso Sant'Ivo alla Sapienza l'11 aprile 2025, in corso di stampa a cura di C. Consolo per l'editore Giappichelli.

[1] Si allude in particolare al ventennale lavorio di Franco Cipriani, dal 1990 circa fino alla sua scomparsa, dedicato alla conoscenza dei *patres*.

ripubblicano e i carteggi (due, finora, quelli pubblicati)[2], oltre ad altri scritti più intimistici indirizzati alla fidanzata e poi moglie Laura Boschian[3]. Ha dunque disseminato molti indizi sul proprio pensiero, sparsi sia nelle varie occasioni di lavoro per via 'naturale', parlando di sé nell'esercizio del mestiere a cui si sentiva portato, sia nei suoi importanti epistolari. Strettissimo, in particolare, il rapporto tra la rivista e il carteggio con Albanese[4].

Fu lo stesso Satta ad indicare l'intento sottostante alla nascita dei *Quaderni*: quello di affiancare al *Manuale di procedura civile*, che necessariamente cristallizzava l'esposizione in un testo conchiuso (tutt'al più aggiornato nelle varie edizioni), un canale di intervento periodico che seguisse il flusso dell'esperienza giuridica e fosse in grado di esprimerne i contenuti attraverso le molteplici sezioni. È ben plausibile, peraltro, l'ipotesi che l'impulso decisivo per il varo di un tale progetto sia stato occasionato da un fatto certo, cioè il rifiuto ricevuto da una rivista di pubblicare un suo saggio giudicato troppo critico verso il sistema universitario nel suo complesso (se ne parlerà tra breve)[5]. Sotto questo profilo può dirsi che l'idea di fondare un periodico nasceva con finalità simile a quella per cui Satta aveva raccolto una serie di suoi interventi, brevi e ficcanti, talora 'scandalosi' – i *Soliloqui e colloqui* (1968) –. Essa del

[2] S. Satta, *Je vous écris avant l'aube. Corrispondance avec Bernardo Albanese*, Éditions Conférence, s.i. [ma Paris] 2019; Id., *Lettere a Piero Calamandrei 1939-1956*, a cura di A. Guiso, C.F. Casula, Il Mulino, Bologna 2020. Esiste anche un carteggio, tuttora inedito, con Giuseppe Capograssi, conservato presso il Centro Studi Fondo Autografi Autori Sardi, Moderni e Contemporanei (CENSAS) dell'Università di Sassari. Data la sua importanza, dispiace che il primo carteggio, intercorso tra il giurista sardo e il romanista Bernardo Albanese e riguardante gli ultimi sette anni di vita dell'autore, non abbia trovato editori italiani e, se per fortuna è stato tradotto in francese, non lo si può leggere nelle espressioni originali se non ancora con un lavoro d'archivio.

[3] S. Satta, *Padrigali mattutini*, Ilisso, Nuoro 2015 e Id., *Mia indissolubile compagna. Lettere a Laura Boschian, 1938-1971*, a cura di A. Guiso, Ilisso, Nuoro 2017. È da aggiungere anche l'autobiografia della moglie (L. Boschian Satta, *La mia vita con Salvatore Satta*, Ilisso, Nuoro 2021) che per circa 22 anni riguarda la vita vissuta con il giurista (il libro termina con il trasferimento della famiglia da Genova a Roma, nel 1960).

[4] Giustamente M. Grondona, *Salvatore Satta: un giurista reazionario?*, in «Rivista critica del diritto privato», XL (2022), n. 4, pp. 593-606, dopo aver rilevato che tutta l'opera di Satta è fortemente autobiografica (p. 594) ravvisa che il pensiero critico anche estremo contenuto nel carteggio intimo con Albanese si ritrovi sostanzialmente anche nella rivista (p. 596).

[5] Satta, *Prefazione alla settima edizione del* Manuale di diritto processuale (1967), ora in Id., *Soliloqui e colloqui di un giurista* (1968), Ilisso, Nuoro 2004, p. 154 e Id., *I quaderni*, in «Quaderni del diritto e del processo civile», I (1969), pp. V-VI; l'ipotesi aggiunta è stata prospettata da F. Cipriani, *I* Quaderni *e la solitudine di Salvatore Satta* (2003), ora in Id., *Scritti in onore dei* patres, Giuffrè, Milano 2006, spec. pp. 463-468.

resto veniva realizzata in contemporanea, già nel 1968 (in ottobre il testo completo del primo fascicolo venne consegnato all'editore).

In sostanza i *Quaderni* rispondevano al bisogno del giurista-intellettuale di esprimersi: come avvenuto per il *De profundis*, affidato infine al proprio editore giuridico nonostante i ripetuti tentativi di pubblicarlo con un editore addentro al ramo letterario, Satta sapeva che probabilmente le sue 'confessioni' non sarebbero state colte bene e anzi temeva che nell'impresa avesse tutto da perdere[6].

Sta di fatto che il modello dichiarato era il glorioso periodico fondato da Carnelutti – la *Rivista di diritto processuale civile* – e da lui condotto per oltre quarant'anni: un periodico personale in senso pregnante, per la prorompente personalità del giurista udinese che permeava la rivista, la quale tuttavia si valeva di molti altri autori nelle sue parti e sezioni[7]. La speranza era di dar vita a una palestra critica, superando l'ormai invalso andazzo della cultura di massa – la rivista centone, confusa raccolta di saggi e note – e tornando agli esempi cui in passato la dottrina processualcivilistica aveva dato vita. La scienza doveva avere un abito critico, oppure semplicemente non era tale. E Satta evocava con rimpianto le polemiche tra i grandi del passato, ormai scomparsi, ricordando con nostalgia i tempi liberi e creativi della disciplina e di se stesso, e non importava se i propri lavori fossero sistematicamente colpiti dalle inesorabili staffilate di Carnelutti:

> C'era, in quegli anni [attorno al 1948], un'atmosfera da grandi colloqui, e nei colloqui si rifletteva una terra sconvolta dalle più dure esperienze, la paura di queste esperienze, il coraggio di volerle comprendere, anche a costo di ricominciare da capo. Dove sono le male parole che Carnelutti scagliava contro ogni mio libro, a cominciare da questo [il *Manuale* nell'edizione del 1948]: dove le mie irriverenti risposte? Non ho mai capito il principio del contraddittorio come da quando il grande uomo non c'è più[8].

[6] Il pensiero (anche col riferimento al *De profundis*) si legge in una lettera privata ad Albanese, databile settembre/ottobre 1969. La lettera di Satta e la risposta del romanista palermitano (27 ottobre 1969) sono state pubblicate da A. Guiso, *Salvatore Satta. Una biografia letteraria*, Il Mulino, Bologna 2025, pp. 78 e 97 per il punto che qui interessa.

[7] Stranissimo, veramente, che Satta non avesse almeno accennato a un altro possibile esempio, quello dell'antico maestro Mossa con la sua *Nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale*, fondata e diretta nell'ultimo decennio di vita (1947-57).

[8] Satta, *Prefazione alla settima edizione del* Manuale di diritto processuale (1967), cit., p. 151. A distanza di una ventina d'anni il ricordo di Satta conferma che egli sentiva il periodo del dopoguerra come quello delle speranze.

Nonostante le intenzioni, la rivista non decollò mai come palestra pubblica. Il solo compilatore dei *Quaderni* fu Satta[9]; è un segno indubitabile della solitudine, da lui non voluta ma sopportata con spirito di sacrificio[10]. Nei fascicoli che si susseguirono non mancarono tuttavia le polemiche e il confronto, che anzi proprio per l'abnorme presenza del fondatore e per il suo spirito pugnace risultano esaltati. E finché egli avvertì in sé la vocazione per il diritto, finché sentì addosso la salvifica corazza universitaria ingaggiò la battaglia sulla sua rivista[11], alla quale del resto affiancò un altro canale di espressione militante, gli articoli per il *Gazzettino di Venezia*, dedicati prevalentemente alla materia giuridica, ma naturalmente destinati più vastamente all'opinione pubblica dell''uomo medio' e perciò scritti con linguaggio giornalistico[12].

Rispetto alla scintillante apparizione dei *Soliloqui e colloqui* l'esordio della rivista si presenta sommesso. E si comprende. La raccolta di testi del 1968 aveva potuto attingere a oltre un trentennio di personalissime opere del giurista, selezionate tra svariatissimi generi (prolusioni, prefazioni, conferenze, necrologi, saggi); vi era compreso anche, per nostra fortuna, il saggio che nel 1967 era stato rifiutato dalle riviste giuridiche perché non consonante con le opinioni comuni e che conteneva una decisa critica verso il sistema e la cultura imperanti nelle Università (Satta denunciava il predominio del concettualismo, gli accessi lassisti alle cattedre, lo strapotere dei professori come casta stratificata e senza obblighi, la moltiplicazione

[9] Nei sei fascicoli compaiono come altri autori il suo amico Albanese, con due saggi, e il costituzionalista Giuseppe Lavaggi, con uno; se è consentita un po' di contabilità spicciola, delle 1116 pagine contate da Cipriani, *I* Quaderni *e la solitudine di Salvatore Satta*, cit., p. 459 solo 44 non risalgono a Satta, cioè il 3,9%.

[10] Al giovanissimo Federico Spantigati che, unico recensore della rivista, aveva commentato il primo fascicolo dei *Quaderni* e ne aveva sottolineato la compilazione solitaria tacciando di superbia l'autore, Satta rispondeva dolente riconoscendo la solitudine, ma negando che coltivasse «il bisogno individualistico di solitudine, cioè in pratica di negazione dell'*altro*»: la solitudine era il prezzo da pagare per affermare i valori della vita (S. Satta, *Destino del giurista*, in «Quaderni del diritto e del processo civile», III [1970], pp. 72-75, spec. p. 75) e più tardi Spantigati comprese di averla mal interpretata scusandosi pubblicamente (cfr. Cipriani, *I* Quaderni *e la solitudine di Salvatore Satta*, cit., pp. 461-463 e 468-469).

[11] La metafora della corazza universitaria è in Satta, *Je vous écris avant l'aube*, cit., lettera ad Albanese, 16 giugno 1972, p. 701.

[12] A testimoniare che nella militanza i mezzi espressivi erano comunicanti, gli articoli del *Gazzettino* furono ripubblicati nei *Quaderni* (VI, [1973], pp. 91-259); ma ormai Satta era ripiegato in se stesso, senza più quella speranza che ancora alla fine del 1970 aveva nutrito le sue battaglie (S. Satta, *Il quarto Quaderno*, in «Quaderni del diritto e del processo civile», IV [1970], p. V): aveva già dismesso la collaborazione col quotidiano veneziano, e con la riedizione degli articoli del *Gazzettino* terminò anche l'esperienza dei *Quaderni*.

inutile degli insegnamenti, il mantenimento del valore legale della laurea nei corsi ormai di massa)[13].

A sua volta, nell'impostazione data da Satta alle diverse sezioni, la rivista comportava pure una selezione di materiali variegati e ricavati ora da temi 'accademici', ora da sentenze, ora da notizie di giornali o da spunti contenuti in altri periodici ('voci ed echi'), ora da libri nuovi e vecchi (per 'letture e riletture'). Tutto questo richiedeva un'attenzione costante e la capacità di riflessione in tempi ristretti se non immediati[14], anche a rischio di addentrarsi in tematiche e metodologie lontane dal proprio specialismo[15]. Un lavorio ad ampio raggio, del tutto corrispondente all'intelaiatura del pensiero sattiano volta a imporre uno sguardo vigile e costante sulla realtà quotidiana secondo l'idea-cardine che la vita producesse ed anzi fosse diritto.

La rivista era proprio questo: un'immersione nell'attualità per trarne i precipui compiti del giurista; ed era il rovello di Satta che ne dava una versione a suo modo classica, del tutto difforme dalle mode correnti da lui ritenute stravaganti, come si vedrà tra poco. Specialmente nei primi fascicoli i *Quaderni* sattiani consegnarono al lettore riflessioni assai acute. Così in uno dei saggi più lunghi e soprattutto, a quel che sembra, tra i più meditati apparsi sulla rivista, lo studioso sardo si soffermava su due realtà che si proponevano come protagoniste in quegli anni: il movimento studentesco e il movimento sindacale[16]. Sorprendentemente del primo faceva un'analisi abbastanza accurata (origine, radicamento, strategie, obiettivi, persino ideologi di riferimento[17]); per Satta era chiaramente

[13] S. Satta, *Considerazioni sullo stato presente della scienza e della scuola giuridica in Italia*, in Id., *Soliloqui e colloqui*, cit., pp. 275-284.

[14] In tal senso una precisa notazione è nell'editoriale che apriva il quarto fascicolo della rivista: Satta, *Il quarto Quaderno*, cit., p. V.

[15] Ad esempio, dopo aver protestato la propria ignoranza sul tema dello sciopero, Satta si produceva in una durissima critica a una prolusione tenuta su quell'argomento da Giorgio Ghezzi, non solo accusato di introdurre la politica nel diritto, ma anche di usare a sproposito, per vezzo di modernità, espressioni astruse e assurde come la 'definizione stipulativa' di sciopero: secondo Satta, parlare di definizione stipulativa era senza senso «perché per stipulare bisogna essere in due, e l'attività definitoria è essenzialmente solitaria». Evidentemente il processualcivilista sardo aveva dimenticato che la *stipulatio* era precisamente un atto costitutivo di un obbligo unilaterale e ben poteva Ghezzi impegnarsi di fronte ai suoi interlocutori a parlare di sciopero secondo la definizione inizialmente da lui proposta (S. Satta, *Diritto di sciopero*, in «Quaderni del diritto e del processo civile», I [1969], p. 139).

[16] S. Satta, *Nuovi aspetti della lotta politico-sindacale e riflessi sulla concezione del diritto*, in «Quaderni del diritto e del processo civile», II (1969), pp. 62-90.

[17] Si faceva riferimento all'impatto del pensiero di Herbert Marcuse, con un giudizio

una forza politica eversiva, che agiva contro il diritto (vigente) per farsi diritto (nuovo). Il secondo era invece un movimento che esprimeva una forza autonoma e privatistica, capace di produrre diritto (diritto sindacale, appunto), anche se rifiutava di essere sottoposto alla disciplina di legge evocata dalla Costituzione (art. 39):

> Il vero, affascinante problema è quello di individuare l'affermarsi della esperienza sindacale come diritto, o meglio il porsi come «essere» di questo fatto intrinsecamente politico che è la lotta sociale[18].

In relazione ai due movimenti il compito del giurista era diverso, giacché quello sindacale era una realtà politica che, avendo già compiuto il processo di giuridicizzazione, doveva semplicemente restare entro i binari del diritto (che per Satta comprendevano le sole attività relative al campo strettamente professionale, ad esempio in tema di sciopero[19]); quello studentesco si muoveva invece esclusivamente sul terreno politico e tutte le sue attività erano sottoposte al sistema legislativo vigente, con la conseguenza che andava represso qualsiasi comportamento illecito, a cominciare dalla sospensione delle lezioni e dall'occupazione delle aule.

S'intende che seguire i fenomeni sociali nel loro svolgersi, analizzarli e interpretarli era compito assai oneroso se svolto da solo, tanto più che, sentendosi ormai verso l'epilogo – della carriera universitaria e della propria esistenza –, il giurista avvertiva il bisogno di dare uno spazio nuovo o comunque precipuo alla dimensione storica. L'esigenza di ricostruire la storia della propria famiglia attraverso il romanzo finale, che disegnava i percorsi e li fermava per il giudizio, andava di pari passo con la necessità di rimeditare la storia della propria disciplina accademica e magari del sistema universitario. Non è una novità in assoluto e certo non si può dire che solo allora Satta scoprisse la storia: che cosa è il *De profundis* se non l'autocoscienza dell'uomo tradizionale che fa i conti con se stesso, i suoi comportamenti e il suo modo di pensare, durante il ventennio? E che cosa rappresentavano le rassegne delle posizioni di Chiovenda e di Carnelutti, di Redenti e di Calamandrei se non la raffigurazione di una storia in cui

alquanto semplificatorio, ma comunque pertinente (ivi, p. 68).

[18] Ivi, p. 76.

[19] Ivi, p. 78. Lo sciopero, pur essendo sospensione unilaterale della prestazione di lavoro dovuta, non era perseguibile perché strumento di lotta politica che era diventato diritto; ma nel giuridicizzarsi non poteva non accettare i limiti insiti nella condizione professionale e così per Satta non era lecito lo sciopero politico o quello di solidarietà.

lui stesso era immerso? Lontanissimo dall'esibire erudizione, il giurista sardo considerava la conoscenza storica una componente fondamentale della cultura essendo semplicemente convinto che il diritto è storia. Per Satta la storia era introitata negli avvenimenti ed esprimeva valori. Erano i valori della civiltà, attorno a cui si disponevano (e si commisuravano) i comportamenti dei singoli uomini ed erano assoluti perché coincidenti con l'unica realtà concepibile: non costituivano il 'dover essere', bensì erano l'essere[20]. Nessuno spazio per la loro relativizzazione, essendo parametri rivelati dalla storia. E così la centralità e la sacralità della persona, autonoma rispetto all'ordinamento al punto, anzi, da potersi dire che l'ordinamento si risolvesse in essa[21]; la famiglia fondata sul matrimonio indissolubile dell'uomo e della donna; il diritto e il dovere al lavoro, necessario per l'indipendenza dell'uomo e nel contempo connotato della sua appartenenza alla società; il rispetto per l'ordine e per l'autorità (quest'ultima non coincideva necessariamente con lo Stato, verso cui Satta era diffidente per la tendenza a imporsi sulla persona al di là delle esigenze di ordine)[22]: erano, inutile dirlo, i valori morali di Satta, che egli corazzava e nel contempo giuridicizzava attraverso la storia senza pensare che, assolutizzandoli, in realtà li sradicava dalla storia e, mentre li rubricava come diritto eterno, non intaccava la possibilità che potessero essere oggetti della politica.

Il nuovo non sta dunque nella scoperta della storia, che era invece consustanziale alla cultura storicistica dell'autore, bensì nella dimensione che essa assumeva nell'avvicinarsi del giudizio quale rivelatrice di valori perenni; con le parole di Satta,

> il giurista deve vivere intensissimamente la vita che si srotola e rotola sotto i suoi occhi, osservare i fenomeni sociali o pseudosociali che agitano il mondo, penetrare le istanze che ad ogni momento gli esseri umani propongono in nome della politica, dell'arte, della religione, della libertà e via dicendo, deve insomma leggere il giornale. E il suo modo di vivere la vita è il più singolare che si possa immaginare: perché egli non deve agire (non potrebbe, anche se volesse), ma deve partecipare all'azione col giudizio. Cioè con qualche cosa che appare come la negazione dell'azione, ed è comunque in perenne contrasto

[20] Cfr. S. Satta, *Storia giuridica*, in «Quaderni del diritto e del processo civile», V (1972), spec. p. 109 (si tratta della recensione, assai favorevole, a un saggio di Giovanni Cassandro); ma era un'affermazione ricorrente (v. oltre su nt. 58).

[21] S. Satta, *Giuseppe Chiovenda nel centenario della nascita*, in «Quaderni del diritto e del processo civile», VI (1973), p. 6.

[22] Tra breve ci si soffermerà sull'articolazione di questi temi nel pensiero ultimo sattiano.

> con essa. Per questo il giurista è dipinto spesso come un reazionario […] e in effetti lo è: perché egli custodisce nel suo animo valori eterni che la vita non sopporta o mal sopporta, perché alla vita interessa semplicemente vivere[23].

Questa idea pervadeva gli scritti degli ultimi anni, il carteggio intimo, la sua rivista e i 'pezzi' editoriali per il *Gazzettino di Venezia*. Tra morale e diritto c'era solo una linea retta e nessuna mediazione era possibile: di contro alla trionfante società di massa non valeva ricorrere alle proposte pseudoscientifiche della sociologia e di quei nuovi pretesi giuristi che si occupavano di politica del diritto. Piuttosto, occorreva adottare l'esempio di Giuseppe Capograssi:

> Cantare, difendere, salvare l'individuo significa richiamarlo ad ogni momento e costringerlo a una vita militante. La massa è l'individuo che ha tradito la vita militante, e si è appunto alienato (che vuol dire, al di fuori di ogni sofisticheria, venduto) per darsi a una vita trionfante[24].

L'anima antiformalista sattiana tendeva a risolversi in una proposta ultraconservatrice. Il sentiero intrapreso era consapevolmente ambizioso[25]: sperava di parlare a molti – vagheggiava persino di porsi come «un punto d'incontro del diritto con l'*Histoire contemporaine*»[26] – e magari di raccogliere simpatie. In realtà, come vedremo, non comprendeva l'importanza della Costituzione, tanto meno ora che finalmente essa era al centro della vita politico-culturale, e i fenomeni interni allo sviluppo della società industriale di massa. Può dirsi che con i suoi *Quaderni* fu dentro e contemporaneamente fuori della 'cultura delle riviste' che prese piede agli inizi degli anni Settanta[27]: dentro, perché col suo periodico partecipò al vivacissimo dibattito allora in atto sulla funzione attiva del diritto e sul

[23] S. Satta, *Introduzione*, in Id., *Soliloqui e colloqui*, cit. pp. 35-36; cfr. Grondona, *Salvatore Satta: un giurista reazionario?*, cit., pp. 597-598 e 600.

[24] S. Satta, *Giuseppe Capograssi quindici anni dopo*, in «Quaderni del diritto e del processo civile», V (1972), p. 4.

[25] Satta usa questa parola, forse avendone paura, nella presentazione del primo fascicolo dei *Quaderni* (I [1969], p. V).

[26] S. Satta, *Critica del giudizio costituzionale*, in «Quaderni del diritto e del processo civile», I (1969), p. 101.

[27] In proposito v. ora l'acuta riflessione di G. Pino, *Il "fare" del giurista tra scienza e politica. Note a margine a Giovanni Cassandro*, in «Diritto e società», 2025, n. 1, pp. 11-24 (sulla cultura delle riviste spec. p. 17 ss.).

ruolo del giurista; fuori, perché fu essenzialmente isolato e finì per parlare senza interlocuzioni[28].

2. *I temi principali*

Coraggiosamente Satta si concentrò selettivamente su alcune direttrici che qui in sintesi possono essere individuate come segue.

1) *Il recupero della tradizione storica dei maestri*. Come naturale, questo punto riguardava in particolare la propria disciplina. Tra il 1967 e il 1972 Satta tracciò i profili definitivi di Mortara, Calamandrei e Chiovenda. Il primo appare come una vera scoperta perché in gioventù il giurista sardo aveva introitato una cultura nella quale il figlio del rabbino era stato emarginato, considerato un pragmatico ormai al di fuori dei progetti di codice e delle discussioni teoriche che per lo più erano polarizzate tra i 'germanisti' variamente schierati. Scomparso nel Capodanno che inaugurava il 1937, ancora meno Mortara poteva essere al centro delle discussioni sul codice del 1942 (progetti Solmi e poi Grandi). La sua riscoperta da parte di Satta non solo era funzionale a fare emergere i valori portanti insiti nella tradizione storica, ma scontava anche la simpatia per il personaggio che racchiudeva in sé e sublimava i due poli attorno a cui si dibatteva la propria personalità: l'essere un solitario e, nello stesso tempo, un uomo d'azione[29]. Come giurista, inoltre, impersonava quella unificazione tra l'uomo e l'opera che costituiva l'obiettivo permanente dello stesso Satta. Da qui l'interesse per le allora inedite note autobiografiche scritte dal laicissimo figlio del rabbino per se stesso nel 1933; gliele consegnarono le figlie di Mortara presenti alla commemorazione pubblica pronunciata da Satta nel 1967 e lui le pubblicò nel primo numero della sua rivista[30]. La

[28] Punti di contatto si possono notare con la rivista *Diritto e società* e in particolare con uno dei suoi condirettori, Giovanni Cassandro, il quale, come esempio di faziosità delle riviste militanti, aveva denunciato il caso di un clamoroso rifiuto di pubblicazione di un saggio di un famoso giurista (quasi certamente da individuare in quello di Satta del 1967, richiamato prima nel testo e nella nt. 13): ivi, p. 21 nt. 26. Al pari di un altro condirettore, Aldo Mazzini Sandulli, lo storico del diritto pugliese era allora giudice costituzionale (più tardi lo sarà anche il terzo condirettore, Crisafulli).

[29] S. Satta, [*Presentazione delle* Pagine autobiografiche *di Lodovico Mortara*], in «Quaderni del diritto e del processo civile», I (1969), pp. 35-36.

[30] L. Mortara, *Pagine autobiografiche*, in «Quaderni del diritto e del processo civile», I (1969), pp. 39-65. Nella *Presentazione* Satta discettava sul significato antico e presente di

lettura del *Commentario* e dell'autobiografia fu illuminante[31]; il professore della Sapienza colse nel profilo 'costituzionale' della giurisdizione il vero centro di interesse di Mortara – ciò che ora la storiografia riconosce volentieri[32] – e il ruolo predominante del giudizio (e ben tardivo era perciò stato l'appello carneluttiano del «ritorno al giudizio»)[33].

Derivante da una visione più riposata e definitiva dell'opera dei maestri, il recupero riguardò anche altri colleghi di disciplina, come Calamandrei, nel ritratto del 1967 – in particolare Satta era affascinato, ancorché critico, dalla figura di giurista 'di parte' impersonata dal processualcivilista toscano –, e Chiovenda, in quello del 1972 in occasione del centenario della nascita. Nel riquadro di quest'ultimo, pubblicato nei *Quaderni*[34], Satta sfumava la critica all'astrattezza del sistema e accentuava la distanza tra il 'vero' Chiovenda, che sulla precipua concezione dell'azione aveva proposto una costruzione unitaria del diritto e del processo (superando le 'assurde' eppur in voga dicotomie diritto soggettivo/oggettivo e tesi pubblicistica/privatistica), e il 'falso' Chiovenda, al quale era stata fatta risalire l'inclinazione autoritaria del codice processualcivilistico del 1942[35]. Ma c'è di più. La riconsiderazione dell'opera chiovendiana ora poteva essere assunta per i compiti del presente. Era vero che la visione unitaria dell'ordinamento «comprende[va] indissociabilmente il momento legislativo e il giurisdizionale, il diritto e l'azione» con la conseguente creatività del giudizio; ma Satta ribadiva che essa non equivaleva alle pratiche sfrenate dei 'giudici politicanti' che sostituivano alla legge la

'laico' riferito a un giurista (pp. 36-37); tra l'altro nell'autobiografia Mortara si era lasciato sfuggire un'espressione contro la «lue sionistica» (p. 64).

[31] Giustamente T. Gazzolo, *Salvatore Satta e la filosofia del giudizio*, in «Teoria e storia del diritto privato» [rivista online: www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com], p. 21 dice che il Satta del 1967 non era più quello di trent'anni prima.

[32] Cfr. M. Meccarelli, *Mortara, Lodovico*, in *Enciclopedia italiana - Appendice ottava – Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, a cura di P. Cappellini, P. Costa, M. Fioravanti, B. Sordi, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2012, consultabile in https://www.treccani.it/enciclopedia/lodovico-mortara_(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto)/ e I. Birocchi, *Il mondo attraverso il diritto: la parabola di d'Amelio dalla crisi del modello liberale al fascismo*, in *Mariano d'Amelio. Mezzo secolo di cultura giuridica tra politica e diritto (1891-1943)*, a cura di I. Birocchi, ETS edizioni, Pisa 2025, pp. 64-65. In generale sulla figura di Mortara v. M. Boni, *Il figlio del rabbino. Lodovico Mortara, storia di un ebreo ai vertici del Regno d'Italia*, Viella, Roma 2018.

[33] Satta, [*Presentazione delle* Pagine autobiografiche…], cit., p. 37; stesso concetto in Id., *Giuseppe Chiovenda nel centenario della nascita*, cit., p. 11.

[34] Satta, *Giuseppe Chiovenda nel centenario della nascita*, cit., pp. 3-14.

[35] Ivi, spec. p. 10.

propria personale interpretazione[36]. Chiovenda, dunque, poteva servire anche nella lotta contro i cosiddetti pretori d'assalto.

Un altro recupero riguardava Ascarelli, con la pubblicazione di frammenti di un suo diario, risalenti agli anni attorno al 1948[37]. L'interesse per testimonianze autobiografiche e per fonti archivistiche attinenti al grande commercialista romano verrà ripresa solo molto più tardi nei giorni a noi vicini[38]. Qui basti rilevare la notazione con cui Satta accompagnava l'edizione delle riflessioni ascarelliane: si trattava forse di appunti di viaggio e comunque di pensieri svariatissimi – la costituzione dello Stato di Israele, l'atteggiamento verso il fascismo, il rapporto tra costumi e mentalità vivi nel continente europeo, nel mondo anglosassone e in Brasile – che apparivano lontani dal diritto, ma che, nella testa di un uomo dall'eccezionale cultura come Ascarelli, rappresentavano momenti di vita entro cui solo poteva essere compreso il diritto[39].

2) *La riflessione tragica sull'ordinamento in tensione: la Costituzione e la legge, il giurista e il giudice, il diritto e la politica*. Questo tema era una articolazione amplissima di un altro che, nel passato, Satta avrebbe probabilmente enunciato semplicemente come *processo*, ovvero come momento in cui effettivamente il diritto si fa e si rivela. Ora si aggiungeva la Carta, o la *Magna Charta*, secondo la frequente espressione del giurista sardo, e si affermava una mentalità nuova degli operatori del diritto, che si ripercuoteva immediatamente nella loro attività: era un cambio di cultura costituzionale, verso cui Satta espresse solo rigetto.

Al centro stava il problema dell'interpretazione del sistema normativo, che tradizionalmente derivava da un equilibrio dinamico tra le funzioni deputate a stabilire e mantenere l'ordine:

> Con la fine della guerra, e soprattutto con l'avvento della Costituzione, improvvisamente questo equilibrio di forze ha cominciato a incrinarsi[40].

[36] Ivi, pp. 11-12. Il tema sarà ripreso tra breve, nel punto 2.

[37] *Il diario di Tullio Ascarelli*, in «Quaderni del diritto e del processo civile», IV (1970), pp. 25-49.

[38] Si allude alle numerose indagini di M. Stella Richter *jr* culminate in *Racconti ascarelliani*, Editoriale scientifica, Napoli 2021 e a T. Ascarelli, *Pensieri e lettere familiari*, a cura di P. Femia, I. Martone, I. Sasso, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2017.

[39] S. Satta, [*Introduzione*], in *Il diario di Tullio Ascarelli*, cit., p. 26.

[40] S. Satta, *Il giudice e la legge* (9 ottobre 1970), in «Quaderni del diritto e del processo civile», VI (1973), p. 91.

L'ultimo Satta necessariamente tornava sulla Costituzione. Al pari di quella ottocentesca carloalbertina, per lui la nuova del 1948 si poteva pure chiamare legge fondamentale poiché poneva principi, peraltro ritenuti vaghi, ma essa restava solo una legge dell'ordinamento, a cui egli non riconosceva alcuna supremazia e che andava bilanciata con tutte le altre[41]. In ciò la Carta era addirittura un fenomeno di complicazione per l'interprete, il quale comunque spesso ne approfittava per sottrarsi all'impero delle leggi:

> il giurista di oggi vien messo in assai peggiori condizioni dei suoi predecessori, perché tra la legge e i giudici viene frapposta la Costituzione e su questa si fonda la pretesa dei poteri del giudice fino alla negazione della norma[42].

Per Satta la Carta faceva semplicemente parte del sistema, sicché, ad esempio, andava accordata con il codice penale, che costituiva una barriera difensiva a tutela dei diritti fondanti della persona e specificamente, in quegli anni, rispetto alla pretesa esistenza di una meta-costituzione, puramente ideale e sovrastante secondo l'indirizzo dei giudici 'democratici' (allusione alle posizioni della corrente di Magistratura democratica)[43] e «purtroppo», secondo Satta, anche di costituzionalisti teorici[44]. Il processualcivilista sardo lanciava in sostanza il suo *j'accuse* contro coloro i quali proponevano di interpretare le leggi secondo la Costituzione: li chiamava eversori, nelle cui mani la Carta diventava un feticcio e nel contempo «uno strumento del quale il giudice d[oveva] valersi per creare

[41] S. Satta, *Il giudice e la legge negli interni contrasti della magistratura italiana*, in «Quaderni del diritto e del processo civile», I (1969), p. 76 (era una relazione presentata al congresso dell'Unione Magistrati Italiani, Ravenna, 21-24 settembre 1968, l'ala che nel 1961 aveva compiuto la scissione separandosi dall'Associazione Nazionale dei Magistrati e che comprendeva quasi esclusivamente magistrati di Cassazione). Molto istruttive sulla concezione costituzionale sattiana le considerazioni in sede di commento a un'opera di Mario Nigro: S. Satta, *Costituzione ed effettività*, in «Quaderni del diritto e del processo civile», III (1970), pp. 143-147. Palese lo schieramento del giurista sardo in consonanza con la parte più conservatrice dell'alta magistratura, arrivata nella vicenda maturata tra il 1965 e il 1966 a contrapporsi alla Corte costituzionale in materia di interpretazione (dettagli in E. Bruti Liberati, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari 2018, pp. 76-78).

[42] S. Satta, *Il giudice e la legge*, in «Quaderni del diritto e del processo civile», IV (1970), p. 16. Era il testo di un discorso tenuto in Campidoglio il 6 dicembre 1970.

[43] Satta, *Il giudice e la legge negli interni contrasti della magistratura italiana*, cit., p. 77.

[44] Satta, *Il giudice e la legge*, cit., p. 16.

un mondo nuovo»[45]. Senza infingimenti immiseriva il testo del 1948 – «la Costituzione poi è quello che è, le sue norme hanno il valore che hanno, e spesso sono vuote norme che attendono il loro concretamento dall'esperienza, nell'orbita del sistema»[46] –, ribadendo che esso doveva applicarsi alla luce della legislazione complessiva vigente. Chiarissimo un altro passo:

> La verità è che la Costituzione è una legge come tutte le altre, perché esiste un concetto solo di legge, e come tale essa ubbidisce al sistema nel quale è inserita[47].

Erano le idee di fondo trasmesse da Capograssi[48]; il ripiegamento sulla costituzione come tradizione era apertamente dichiarato dal giurista della Sapienza:

> Lo scadimento delle istituzioni è tale (nessuna esclusa) che oggi io mi convinco che l'unico presidio di libertà sia la tradizione e il mantenimento dei valori che si compendiano nel nome di tradizione[49].

Satta comunque non smentiva il suo antiformalismo e, contro la vulgata tecnicista e astratta del ruolo asettico dell'interprete, asseriva che questi non poteva che sentenziare attraverso un procedimento mentale creativo. Così, traendo spunto dalla rilettura di un'opera di Calasso, riconosceva volentieri che il giurista (magistrato o uomo di scuola) e lo

[45] Satta, *Il giudice e la legge* (9 ottobre 1970), cit., p. 92; stessi concetti in Id., *Politica e diritto* (18 ottobre 1970), in «Quaderni del diritto e del processo civile», VI (1973), p. 95. Il no alla Costituzione come strumento è dichiarato spesso, ad esempio in Id., *Costituzione ed effettività*, cit., spec. pp. 144-145. In perfetto accordo con Capograssi, il giurista sardo riportava un ricordo personale risalente a uno scritto degli ultimi giorni di vita del maestro abruzzese, «quando, fatto giudice costituzionale, ebbe i primi contatti ufficiali con la nostra costituzione: "Tu l'hai letta? Ti consiglio di non farlo. Con questa costituzione si può rovesciare l'universo"» (ivi, p. 144).

[46] Satta, *Il giudice e la legge*, cit., p. 17.

[47] *Ibidem*.

[48] Satta, *Costituzione ed effettività*, cit., p. 144 citava uno scritto in via di elaborazione e poi pubblicato postumo (G. Capograssi, *Frammento sulle costituzioni e le procedure*, in Id., *Opere*, III, Giuffrè, Milano 1959, pp. 385-392), ove effettivamente si riscontra l'idea di costituzione come tradizione, ovvero complesso di proposizioni generali atte ad assicurare l'unità della vita dell'esperienza, senza distinzione tra costituzioni otto o novecentesche, scritte o non scritte; ma tutto il pensiero capograssiano andava in questa direzione.

[49] S. Satta, *Uno e trino*, in «Quaderni del diritto e del processo civile», III (1970), p. 77.

storico avevano il privilegio di poter svolgere un ufficio che, avendo come oggetto il diritto quale «realtà invisibile delle cose», si risolveva in un un'attività creativa che era in fin dei conti politica[50]. Ma quale politica? Non quella, di nuovo, predicata dai giudici democratici, accusata di essere partitica o personalistica; né quella dei giuristi di scuola attivissimi nel dibattito pubblico, che ostentatamente si preoccupavano del 'dover essere' e di dar la caccia alle presunte ideologie[51], ora addirittura fondando una rivista chiamata *Politica del diritto*[52], ora magari organizzando un convegno sull'*Uso alternativo del diritto*, come se – ironizzava Satta – potessero esistere due diritti e non solo uno, come complesso di valori condivisi[53]. Entrava invece in gioco la 'politica dello Stato':

[50] S. Satta, [*Rilettura di F. Calasso, Storicità del diritto, Giuffrè 1966*], in «Quaderni del diritto e del processo civile», VI (1973), p. 88. Ovviamente la creatività dello storico nel ricostruire la realtà dai documenti del passato non sollevava le preoccupazioni pratiche insite invece nell'interpretazione dei giuristi.

[51] V. ad esempio la dura requisitoria in S. Satta, *Ideologie nel diritto e nel processo*, in «Quaderni del diritto e del processo civile», II (1969), pp. 146-151, riferita particolarmente a opere di Franco Cordero e di Mauro Cappelletti, ma con osservazioni più generali (a p. 150 con un incredibile accostamento di queste opere agli atteggiamenti mentali imperanti sotto il fascismo); stesso trattamento (pure con un riferimento alla riproposizione di idee proprie della mistica fascista) nella recensione di un lavoro di Rodotà (Id., *Diritto contemporaneo*, in «Quaderni del diritto e del processo civile», II [1969], spec. pp. 138-139).

[52] La critica alla nuova rivista, senza il nome del fondatore e animatore Stefano Rodotà, era esplicitamente espressa in Satta, *Politica e diritto* (18 ottobre 1970), cit., p. 95, nonché nella recensione del primo numero (Id., *Politica del diritto*, in «Quaderni del diritto e del processo civile», IV [1970], pp. 113-114), ove il periodico era attaccato fin dal nome, 'contro natura', mentre i suoi animatori e collaboratori erano appellati semplici politici, fiancheggiatori di forze politiche chiamate di sinistra; per gli acri attacchi personali al giurista calabrese, espressi in privato nel carteggio con Bernardo Albanese, v. oltre, ntt. 78-79. Numerose le incursioni aspramente critiche di Satta contro 'i politici del diritto' e gli amanti delle 'vacue generalizzazioni' sociologiche e politiche: ad esempio, Id., *Diritto contemporaneo*, cit., pp. 135-141 (pure in contrapposizione con Rodotà, ancora accusato con i suoi compagni di rievocare temi e linguaggi propri della mistica fascista, p. 138); Id., [*Recensione a G. Neppi Modona*], in «Quaderni del diritto e del processo civile», V (1972), pp. 124-129; Id., [*Recensione a G. Tarello*], in «Quaderni del diritto e del processo civile», VI (1973), pp. 80-81; Id., *Il problema del divorzio*, in «Quaderni del diritto e del processo civile», III (1970), p. 56 (anche qui criticava Rodotà, accusato di aver espresso in tema di diritto di famiglia posizioni schiettamente politiche e perciò lontane dalla 'verità').

[53] S. Satta, *Il governo forte* (5 maggio 1972), in «Quaderni del diritto e del processo civile», VI (1973), p. 247. Il giurista alludeva al celebre convegno catanese da poco celebratosi, del cui significato, a distanza di cinquant'anni, sono testimonianza due recenti sillogi: *L'uso alternativo del diritto. Un confronto di prospettive critiche*, a cura di G. Azzariti, A. Di Martino, A. Somma, Editoriale scientifica, Napoli 2024; *Dall'uso alternativo del diritto al diritto vivente. Catania 1973-2023. Atti*, a cura di N. Dimitri, A.M. Maugeri, Mimesis, Milano-Udine 2024.

> Non è facile, e anzi direi che non è possibile definirla, perché nell'idea dello Stato e nella politica dello Stato si esprime tutto: la *societas* con la sua fede, con la sua morale, con i suoi valori, con la sua verità; tutto quello che forma il patrimonio comune di un popolo[54].

Non si poteva stabilire a priori come fosse composto tutto questo complesso di valori, sia perché una tale pre-determinazione sarebbe stata un atto autoritario, sia soprattutto perché non poteva che essere il giudice a sentire e a interpretare creativamente i principi non scritti della politica di Stato, salvo che – Satta lo ripeteva in continuazione – tale politica non doveva coincidere con quella del proprio partito o con quella dell'orizzonte ideologico personale. Era evidentemente un vicolo senza uscite:

> È la «politica dello Stato» in nome del quale si giudica, politica senza alcun attributo, neppure quello di democratico, perché lo Stato è quello che è, e non patisce alcuna limitazione. Il senso più profondo di quella formula dai mille sensi «il giudice è soggetto solo alla legge» consiste forse in questo: che la politica del giudice è la legge, perché la legge è la politica dello Stato[55].

Ecco dunque la conclusione: lo Stato è quello che è e non lo si può definire democratico solo perché è sopravvenuta la Costituzione del 1948; questa fa sì parte dell'ordinamento, ma non può avere il valore mitico che la sopraeleva al suo vertice, come pretendevano 'i giudici democratici'. Bisognava tener conto complessivamente della gamma dei valori stratificati nel tempo ed espressi variamente nei codici (tutti peraltro emanati nel ventennio) e nella legislazione: erano appunto quelle ideologie che si erano «giuridicizzate» diventando politica di Stato[56]. Così, nella sezione della rivista dedicata alla giurisprudenza della Corte costituzionale, il processualcivilista sardo criticava la dichiarazione di incostituzionalità di un testo legislativo che differenziava *in peius* il trattamento giuridico riservato a chi avesse in precedenza subito una condanna per mendicità: era la falsa politica dell'eguaglianza di classe, che metteva sullo stesso piano malfattori e galantuomini o, se si preferiva, l'applicazione di un'*égalité* che

[54] Satta, *Il giudice e la legge negli interni contrasti della magistratura italiana*, cit., p. 80. Difficile non avvertire echi hegeliani in queste espressioni di Satta, senza però che il filosofo tedesco fosse citato.

[55] Ivi, p. 81.

[56] Satta, *Politica e diritto* (18 dicembre 1970), cit., p. 95; stesso concetto in Id., *Il giudice e la legge*, cit., p. 19.

Satta definiva puramente astratta[57].

Contro le teorie astratte che separavano libertà e autorità, individuo e Stato, l'ultimo Satta precisava la sua tesi unitaria e dichiarava che ogni *societas*, e dunque ogni Stato, produceva il proprio diritto, che era una realtà (non un 'dover essere' secondo lo sdoppiamento usualmente teorizzato dalle teorie formalistiche) e non aveva bisogno di nulla per essere compreso nella sua essenza: «esso è, le forme del suo essere sono date dalla storia, sono la storia»[58]. Ovvio il dovere di obbedienza all'ordine così costituito, e Satta predicava un giudice che stesse 'al suo posto', rispettoso di tale storia che arrivava fino all'oggi. Per quanto riguarda il magistrato ordinario, ciò significava che egli non dovesse pretendere di applicare direttamente – solo perché coincidenti con le sue idee – le norme desumibili dalla Costituzione e che dovesse rispettare la struttura piramidale o gerarchica della magistratura (parlava di assalto alla Cassazione, programmato dai 'giudici democratici' i quali prendevano a pretesto la formula dell'art. 107 Cost. «i magistrati si distinguono fra di loro soltanto per diversità di funzioni»)[59]; per quanto atteneva alla Corte costituzionale, che evitasse, come invece stava facendo, di portare a «limiti inimmaginabili la applicazione del diritto di difesa», o di incidere profondamente in materia penalistica o di lavoro in nome di principi vaghissimi della Carta, o ancora di entrare nel talamo e innovare

[57] «Che tutti gli uomini siano uguali di fronte a Dio, è indiscutibile, ma qui si tratta di legge, e la legge ha pieno diritto di distinguere il mendicante o il sorvegliato speciale dal lavoratore, e chiedere la coerenza col proprio stato, poiché in sostanza di questo si tratta» (Satta, *Critica del giudizio costituzionale*, cit., p. 110). In un'altra occasione il giurista ribadiva che il principio di uguaglianza non andava interpretato in modo eversivo, bensì alla luce della legislazione vigente: «Quando l'art. 3 [Cost.] stabilisce il famoso principio di uguaglianza – quell'articolo sul quale soprattutto puntano i giudici della *nouvelle vague* – non agita una bandiera con su scritto *liberté*, *fraternité*, *égalité*, in nome della quale sia lecito distruggere a capriccio l'ordinamento, ma pone una norma che nell'ordinamento trova la sua realtà» (Satta, *Il giudice e la legge*, cit., p. 17).

[58] S. Satta, *Chiose*, in «Quaderni del diritto e del processo civile», II (1969), p. 40. Sul diritto come il «dover essere che è» v. Gazzolo, *Salvatore Satta e la filosofia del giudizio*, cit., pp. 40-42.

[59] Satta, *Il giudice e la legge negli interni contrasti*, cit., p. 77. In proposito si assiste al sovvertimento della tesi sostenuta una dozzina d'anni prima, che faceva di quel principio costituzionale il baluardo dell'indipendenza della magistratura (è una contraddizione che, puntualmente notata da S. Buffoni, *Ordinamento giudiziario*, in *Salvatore Satta giurista-scrittore*, a cura di U. Collu, Consorzio per la pubblica lettura «S. Satta», Nuoro 1990, pp. 459-460, dovrebbe mettere in guardia dall'appiattire nel tempo il pensiero giuridico-istituzionale del giurista sardo).

radicalmente il diritto di famiglia[60].

Lo storicismo sattiano assumeva una piega chiaramente conservatrice. E il giurista, che pure per diversi anni ancora lottò andando controcorrente, si sentiva ed era effettivamente solo. Col suo caratteristico antiformalismo ammetteva l'interpretazione creativa del magistrato, scontentando così la scienza giuridica di tradizione liberale (allora prevalente nella sua generazione) attestata sulla separazione dei poteri e dunque sul ruolo non politico dell'interpretazione. D'altra parte rifiutava la posizione egemone della Costituzione, e si trovava così in antitesi con le tendenze costituzionali che dal convegno di Gardone (1965) in poi andavano prendendo piede nella cultura giuridica dei magistrati italiani[61].

Dal suo punto di vista Satta finì sconsolato per prendere atto di una realtà a lui assai sgradita:

> non uno dei valori che costituiscono lo Stato ha resistito alle forze eversive: non la famiglia, non la scuola, non la giustizia, non quella che si chiama, senza retorica, la moralità del vivere individuale e sociale[62].

3) *La famiglia (il matrimonio, l'adulterio, il divorzio)*. È uno dei temi più trattati nella rivista, non tanto perché al centro dell'attenzione politica e dei provvedimenti normativi e giurisprudenziali del tempo, quanto perché il nostro autore trovava in esso una corrispondenza spirituale o di cuore. In effetti Satta partecipò vivamente al dibattito che dal Sessantotto avrebbe infine portato alla riforma del diritto di famiglia del 1975: da giurista schietto – affermò sempre – e non da politico, essendo per lui irrilevante il chiacchiericcio che, a partire concretamente dalla proposta di legge sul divorzio, si agitò in Parlamento e nell'opinione pubblica. Si potrebbe pensare che le architravi su cui sviluppare il proprio ragionamento fossero gli artt. 2 (riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità), 29 (riconoscimento dei diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio) e 7 (sui Patti Lateranensi, modificabili per intesa

[60] S. Satta, *Difficile democrazia* (18 luglio 1971), in «Quaderni del diritto e del processo civile», VI (1973), pp. 176-177.

[61] Si allude al convegno organizzato dall'Associazione Nazionale Magistrati (per l'inquadramento e la bibliografia si rinvia a Bruti Liberati, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, cit., pp. 70-79 e a Pino, *Il "fare" del giurista tra scienza e politica*, cit., p. 17).

[62] S. Satta, *Nel chiuso della cabina* (20 aprile 1972), in «Quaderni del diritto e del processo civile», VI (1973), pp. 243-244.

tra le due parti) della Costituzione o magari l'art. 24 del Concordato (riconoscimento degli effetti civili al sacramento del matrimonio, base della famiglia); in realtà questi enunciati rientravano solo tangenzialmente nei discorsi di Satta; e infatti egli esplicitamente affermava che la questione (giuridica) non si risolveva col ricorso ai principi costituzionali essendo essa attinente a un piano universale ed eterno[63].

Il pensiero sattiano è chiaro. Nelle affermazioni sulla 'naturalità' della famiglia si scopre un «qualche cosa di eterno, che la sottrae al dominio della labile volontà degli uomini, o almeno di un qualunque legislatore»[64]: è la base del consorzio civile, di fronte alla quale lo Stato deve autolimitarsi perché – qui Satta rovesciava la credenza comune fondata sulla Costituzione – propriamente è la famiglia che riconosce lo Stato essendone il fondamento, con la conseguenza che ogni attentato alla famiglia costituisce un attentato allo Stato[65].

Istruttivi i due referenti portati a sostegno di questa concezione: il Cicu antesignano della costruzione pubblicistica della famiglia a partire dal famoso libro del 1914, e soprattutto Capograssi, suggeritore in permanenza e qui addirittura con la citazione di un lunghissimo brano di un'opera giovanile (1918) che, nell'offrire l'immagine di una famiglia quale atomo sociale inscindibile, prima cellula di relazione umana e motore di vita dello Stato, era additata quale commento *ante litteram* dell'art. 29 della Costituzione[66].

La famiglia era dunque, di per sé, una realtà giuridica e nel contempo

[63] Satta, *Il problema del divorzio*, cit., p. 41. Il testo, frutto della relazione tenuta a un convegno sul diritto di famiglia organizzato a Roma dall'Istituto Sturzo, appare il più lineare e meditato rispetto agli altri interventi sul tema, occasionati da recensioni o da polemiche specifiche; qui pertanto se ne seguirà la trama per la trattazione che segue. Per altri interventi dedicati a tematiche attinenti alla famiglia (in particolare al divorzio) si segnalano: Id., *Divorzio*, in «Quaderni del diritto e del processo civile», II (1969), pp. 159-163; Id., *Concordato e divorzio*, in «Quaderni del diritto e del processo civile», IV (1970), pp. 115-118; Id., *I sofismi dei divorzisti* (31 ottobre 1970), in «Quaderni del diritto e del processo civile», VI (1973), pp. 97-99.

[64] Satta, *Il problema del divorzio*, cit., p. 42. Satta specificava – cosa per lui ovvia – che parlava della famiglia 'naturale' e non di quella 'contronatura' (tra omosessuali).

[65] Ivi, p. 43.

[66] Ivi, pp. 43 (per Cicu) e 44-47 (per Capograssi). Le pagine della citazione del filosofo abruzzese si leggono in G. Capograssi, *Saggio sullo Stato*, ora in Id., *Opere*, I, Giuffrè, Milano 1959, pp. 56-59: l'opera era dedicata a Vittorio Emanuele Orlando, uno dei maestri a cui fu più legato, per prospettare quella 'realtà storica' sottesa allo Stato che, si sa, il professore siciliano escludeva dal 'sistema'.

una realtà che trascendeva il diritto[67]: il legislatore non poteva intervenire sul suo assetto fondamentale, appunto per il carattere 'naturale'. Ma qui sorgeva la questione posta dall'«apostolo laico» Calamandrei (e da altri insieme a lui), che vedeva una contraddizione in termini nell'art. 29, laddove parlava della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio (che è un istituto giuridico). Per Satta, però, nessuna contraddizione: il matrimonio stesso era partecipe della originarietà naturale della famiglia e, per così dire, si congiungeva nella naturalità del nucleo familiare[68]. Il carattere naturale impregnava dunque i due istituti (famiglia e matrimonio), li racchiudeva in un plesso inscindibile, e però questa naturalità congiunta non era incompatibile con la loro disciplina giuridica positiva, garanzia della loro tutela. In proposito il giurista avrebbe potuto limitarsi a citare l'art. 149 allora vigente del codice civile sull'indissolubilità del matrimonio, ma sentiva il bisogno di affermare la durevolezza e la continuità di una tale regolamentazione e perciò risaliva al primo codice unitario e, più indietro, alla legislazione francese[69]. Si appoggiava a tale antica normativa per affermare insomma che non si trattava di un diritto arbitrario del legislatore; con le parole di Satta,

> quegli articoli […] esprimono la universale coscienza della indissolubilità del matrimonio, e la esprimono con piena legittimazione, perché è proprio del legislatore farsi portavoce della universale coscienza. […] Da dove derivi questa "universale coscienza", e quindi le citate norme, è facile comprendere. Essa deriva dalla grande tradizione cattolica[70].

Non per questo, secondo Satta, veniva meno la laicità dello Stato: il valore della famiglia congiunto al matrimonio indissolubile erano diventati fede e patrimonio comune di credenti e di non credenti, attraverso il volgere delle infinite generazioni. Quella fede si era trasfusa nelle istituzioni civili ed era infine introitata nei principi della *Magna Charta*. Attentare alla famiglia e alla indissolubilità del matrimonio non era solo un'offesa per i cattolici, che comunque potevano non divorziare secondo la loro fede, ma era un attacco alla costituzione storicamente formatasi in Italia[71].

[67] Satta, *Il problema del divorzio*, cit., p. 44.
[68] Ivi, p. 47.
[69] Ivi, p. 48.
[70] Ivi, pp. 48-49.
[71] Ivi, p. 50. Come c'è da aspettarsi in questa ontologica raffigurazione della famiglia era

Restava un'ultima domanda, a cui lo storicista Satta non si sottraeva: la derivazione 'naturale' di quei principi che si era fatta poi coscienza universale, era immobile o non era forse soggetta al fluire della vita e dunque destinata a cambiare? La risposta era netta: «non vi è per il giurista nulla di eterno»[72]. Ma il cambiamento di istituti che avevano origini nazionali abbisognava di prove pratiche, non di proclami o di enunciazioni formali:

> Il mutamento della natura corrisponde a un'immensa evoluzione nella civiltà di un popolo, per cui a dati valori succedono altri valori, una società diventa un'altra società, uno Stato un altro Stato. A un giurista non fa neppure paura che il matrimonio sia dichiarato dissolubile […] purché questa dissolubilità abbia radici in un reale movimento della nostra vita, meglio ancora del nostro spirito.[…] Ma fino a quando il divorzio sarà scritto su una bandiera politica, e fosse anche una bandiera di maggioranza, il divorzio potrà essere introdotto, ma lo sarà con la pura forza, cioè contro lo spirito, se non la lettera, della Costituzione[73].

Per Satta quel tempo non era affatto giunto ed era perciò antidivorzista. Riteneva – tipico esempio del suo inflessibile senso morale, che sfociava in una concezione eroica del matrimonio[74] – fosse meglio che l'individuo sopportasse i casi estremi di impossibile convivenza in nome di un bene collettivo (mantenere saldo il valore della famiglia e complessivamente della costituzione).

Diventava un semplice corollario di queste idee sulla unità della famiglia l'atteggiamento di Satta sulla famosa sentenza della Corte costituzionale (n. 126, 16-19 dicembre 1968) in tema di adulterio (incostituzionalità dell'art. 559 del codice penale per disparità di trattamento della donna): secondo il giurista sardo, non rientrava nei poteri della Corte

> sindacare l'operato del legislatore che, per la tutela dell'unità familiare, ha ritenuto più opportuno o meno nocivo rendere punibile il peccato della donna limitando la punibilità di quello

previsto che il marito fosse sovrano, sebbene 'costituzionale' (esplicitamente Satta, *Il giudice e la legge*, cit., p. 20).

[72] Satta, *Il problema del divorzio*, cit., p. 50.

[73] Ivi, p. 51.

[74] Ivi, p. 58 (la definizione, accettata da Satta, era stata formulata da Mauro Fotia [1929-2018], sacerdote e professore di Sociologia politica, intervenuto nello stesso convegno romano).

> dell'uomo. […] La Corte ha dimenticato che a comporre l'istituto del matrimonio ha concorso una secolare esperienza, fatta di morale, di religione, di interessi sociali e individuali, consolidandolo in una disciplina che la Costituzione non si è sognata di rifiutare[75].

La legge dunque doveva prevalere, essendo in questione una materia politica, su cui poteva eventualmente decidere il Parlamento e non il supremo organo di giustizia costituzionale[76].

3. *Conclusioni*

Complessivamente, se la rivista aspirava ad essere una piazza di discussioni senza un copione predeterminato, finì per essere solo il luogo espressivo di un giurista/intellettuale militante. Risulta chiaro che Satta fosse «giurista, e anzi pensatore, politicissimo»[77]; e nessun dubbio sulla coerenza delle sue concezioni su Costituzione, leggi, valori, tradizione giuridica, ruolo del giurista; e pure nessun dubbio che esse mostrino nettissima l'incomprensione per la stagione di modernità che si apriva grazie al riconoscimento della supremazia della Carta.

Gli ultimi anni, in coincidenza col pensionamento (1972), furono molto dolenti. Lo slancio combattivo andò scemando, come risulta dalle confessioni contenute nel carteggio con Albanese. La rivista, che già non era uscita nel 1971, riapparve nei due anni successivi, ma con le iniezioni già indicate di Lavaggi e Albanese e con la riedizione degli articoli del *Gazzettino*, col quale peraltro Satta aveva già dismesso la collaborazione. Il giurista non riuscì a governare la successione nella sua cattedra, ma

---

[75] S. Satta, *L'adulterio e la Costituzione*, «Quaderni del diritto e del processo civile», II (1969), pp. 105-111 (citaz. a p. 108).

[76] Ivi, p. 107: «le trasformazioni sociali riguardano […] il Parlamento e non la Corte. Fino a quando il Parlamento non le ha "registrate" in una legge, le trasformazioni sociali appartengono alle istanze politiche». Palese l'accusa alla Corte di ingerenza politica. Posizioni del tutto simili (contro la Corte costituzionale che si arrogava il potere di entrare nei rapporti interprivati, soprattutto usando il grimaldello dell'art. 3 Cost.) in S. Satta, *Filosofia della Corte Costituzionale*, in «Quaderni del diritto e del processo civile», IV (1970), pp. 75-84, spec. 76-78.

[77] Così Grondona, *Salvatore Satta: un giurista reazionario?*, cit., p. 595. Il carattere conservatore del pensiero giuridico sattiano è ampiamente riconosciuto a partire dalla prima importante biografia intellettuale (V. Gazzola Stacchini, *Come in un giudizio. Vita di Salvatore Satta*, Donzelli, Roma 2002, pp. 42, 70 e *passim*).

questo era il meno; riteneva che il sistema universitario fosse allo sfascio e che nella sua vecchia Facoltà ormai prevalessero i *novatores*, cioè nel suo lessico i giuristi politici, in testa Stefano Rodotà, sotto la protezione di un preside, Rosario Nicolò, che addirittura aveva avuto l'ardire di chiedere al ministero l'istituzione di una cattedra di Sociologia del diritto[78]. Il ritiro dal posto di combattimento era chiaramente espresso all'amico siciliano sul finire del 1972[79]; disperato, e non senza un'altra durissima critica alla sua Facoltà, finì per confessare l'inutilità del proprio lavoro[80].

[78] Satta, *Je vous écris avant l'aube*, cit., lettera ad Albanese, 3 giugno 1970, p. 301 (ove Rodotà era qualificato come «le plus famélique des dilettantes qui croissent à son [di Rosario Nicolò] ombre»; non meno ingiurioso il giudizio contenuto nella lettera allo stesso destinatario, 21 ottobre 1972: «[Rodotà] c'est un garçon de gauche, qui se traînait depuis des années aux pieds du doyen, et qui a fini par atteindre son but» (in quest'ultima lettera si leggono anche notizie sulla successione alla cattedra processualcivilistica romana).

[79] Lettere ad Albanese, 20 novembre 1972, ivi, p. 735 (con un ulteriore attacco personale contro Rodotà e Nicolò) e 10 giugno 1974, ivi, p. 850 (sulla ulteriore deriva della Facoltà romana, pure con un riferimento a Rodotà).

[80] Rispettivamente lettere ad Albanese, 9 ottobre 1974, ivi, p. 866 e (1 o 3 o 9) agosto 1974, ivi, p. 855 (era perciò ormai vano inseguire «i giudici da quattro soldi» e «i giuristi impegnati»).

Salvatore Satta e la lezione di Lodovico Mortara

Romano Vaccarella

Nell'*Introduzione* ai "*Soliloqui e colloqui di un giurista*" – scritta da "*incorreggibile recidivo*", perché "*le prefazioni sono una cosa molto seria … una persona prudente non dovrebbe mai scriverne"* – Salvatore Satta, sul finire del 1968, confessa di "*non aver mai amato, fin da quando ho posato gli occhi sui libri di diritto, il linguaggio dei miei futuri colleghi*" e di essere perfettamente consapevole che sta pagando il prezzo – la solitudine – delle mille battaglie combattute per "*rompere il cerchio magico della scienza concettualistica*": mille battaglie per le quali si è visto "*costretto a diventare quello che per natura non sono, e cioè un polemista. La revisione dei* «principi inattaccabili›› *è scomoda per chi la subisce, assai più scomoda è per chi si sente spinto a farla. Essa costringe appunto a una permanente polemica, in fondo alla quale c'è lo spettro della solitudine*». I "*colloqui*", quindi, sono possibili e continuano a svolgersi con i grandi giuristi del passato – quelli nella cui opera egli ravvisa l'impegno morale che deve connotare il vero giurista -, i "*soliloqui*" sono gli scritti scientifici caduti nel vuoto dell'arido e infecondo concettualismo della dottrina processualistica.

È appena qualche mese dopo l'apparizione dei *Soliloqui e colloqui* che appare il primo *Quaderno*, presentato da Satta come una "*pubblicazione periodica*" destinata a seguire "*lo svolgersi dell'esperienza*", come fissata nell'ultima edizione del Manuale di diritto processuale civile, e quindi come un "*completamento del libro, per destinazione immobile, … che consentisse di sorprendere, quasi nel suo determinarsi, la cieca mobilità della vita, e criticamente, cioè scernendo il vero dal falso, ne illuminasse il cammino*".

Anche se Salvatore Satta accennava al tentativo, con i *Quaderni,* di "*resuscitare l'originaria, antica «Rivista»"* - quale era parzialmente stata, individuale, la Processuale "*conosciuta come la rivista di Carnelutti che ne era in grandissima parte l'autore"* - non c'è dubbio che il *Quaderno*, e quelli che lo seguirono fino al 1972, fotografava la solitudine che lo circondava – e lo circondò fino alla morte – tra i suoi colleghi.

Se posso azzardare un'ipotesi – ma fondata sulla mia frequentazione con lui, quasi quotidiana, di discepolo – decisivo, perché percepisse fino in

fondo la sua solitudine, ma con essa l'esigenza di reagire, fu il "*colloquio*" con Lodovico Mortara: un "*colloquio*" che, nel dicembre 1967, lo aveva visto commemorare il grande giurista nel Palazzo di Giustizia di Roma, e che lo aveva fatto "*avvicinare a questa singolare figura di studioso e di uomo*" dopo che "*gli anni avevano steso, come è fatale, un velo di polvere sulla sua memoria",* ma quel *colloquio* gli aveva fatto avvertire che "*nel suo caso era avvenuto qualcosa di più,* [gli anni trascorsi] *lo avevano fissato in una formula che teoricamente (e benevolmente) lo relegava nel limbo, praticamente dispensava i suoi poteri, cioè noi, dall'occuparcene*".

Invitato a commemorare il quasi dimenticato Mortara nel trentesimo anniversario della morte, Satta mi narrava, affascinato, della sua scoperta non solo dei tesori di profonda sapienza e dottrina che erano custoditi nelle opere di Mortara (prima quelle opere – avrebbe detto nel suo discorso - le aveva solo lette, "*come si guarda a un'opera morta, più che per addottrinarsi, per addottrinare la propria scrittura*"), ma anche, e soprattutto, della scoperta dell'uomo che, all'apice di una rapidissima e folgorante carriera, *ex abrupto* aveva sdegnosamente abbandonato non solo la professione, ma anche l'accademia e il ruolo di "*dominatore incontrastato della scienza del processo*", per entrare in quella magistratura che gli appariva "*in miserrime condizioni per l'ignoranza di pretori, di giudici di tribunale e persino di consiglieri di appello e per la gran miseria culturale della immensa maggioranza dei giudici*".

Lodovico Mortara, nato nel 1855 nella Mantova che, austriaca, sarebbe divenuta italiana soltanto con la terza guerra d'indipendenza nel 1866, figlio di un rabbino e impregnato di cultura ebraica, a soli trent'anni aveva scritto un libro di straordinaria modernità su *Lo Stato moderno e la giustizia*; poco dopo aveva scritto la voce *Appello*, che occupa un intero volume del *Digesto italiano*, e i cinque volumi del *Commentario al codice e alle leggi di procedura civile*; aveva scritto di suo pugno nel 1901 l'intero decreto che aveva introdotto nel codice il procedimento sommario che avrebbe disciplinato fino al 1942 il processo civile italiano; aveva scalato rapidamente e incontrastato le più prestigiose cattedre universitarie negli anni Novanta dell'Ottocento; era diventato il primo processualista italiano, oscurando la fama del grande Mattirolo e condannando all'oblio i sei volumi del suo celebre e diffusissimo *Trattato di diritto giudiziario civile*.

Quel che colpì Satta, era non solo il fatto in sé – l'improvvisa decisione, nel 1902, poco più che quarantenne, all'apice della sua carriera accademica e forense, di abbandonare la professione e l'insegnamento presso la prestigiosa Università di Napoli, e di chiedere, quasi fosse un favore, di

passare alla magistratura come consigliere della Corte di cassazione di Roma – ma soprattutto che una vicenda, nota a tutti e pur così singolare, sia stata considerata come una sorta di bizzarria, e comunque ritenuta irrilevante dai contemporanei e continuasse ad essere ritenuta tale – un bizzarro colpo di testa - oltre sessant'anni dopo.

In quell'abbandono, improvviso e misterioso nelle sue ragioni, Satta ravvisò, invece, l'orgogliosa e sdegnata reazione di un astro di rara grandezza a una irresistibile, ma insopportabile trasformazione epocale del pensiero giuridico processuale, e all'affermarsi della "scuola del sistema", inaugurata da Giuseppe Chiovenda con la prolusione del 3 febbraio 1903 all'Università di Bologna su *L'azione nel sistema dei diritti*. In quel momento storico, sostiene Satta, nasce il "diritto processuale civile" che prende il posto della *vecchia e bonaria* "procedura civile" e tramonta la "vecchia scuola" dei proceduristi – alla quale Mortara si onorava di appartenere - che si erano formati in un orizzonte culturale totalmente diverso, senza curarsi né di "*completare l'antica embrionale conoscenza della lingua tedesca né di studiare gli scrittori tedeschi di diritto processuale che sulla fine del secolo scorso erano venuti in voga*".

Mortara, diceva Satta, si sentiva estraneo al nuovo metodo fondato sul germanismo dominante - "*una grande apparenza di formule e di nomenclature nuove, di classificazioni e distinzioni risalenti a sommi principii solamente presentati come nuove rivelazioni del cielo … solo l'impostazione verbale e la fraseologia non sempre italiana davano (e danno ancor più adesso) la maschera di mistica profondità dottrinale alle nuove dottrine*", dirà nelle pagine manoscritte di ricordi pubblicate nel primo *Quaderno* – e, sentendosi isolato e quasi in procinto di essere accerchiato dai seguaci della nuova scuola, rifiutò di adeguarsi a quella che percepiva come una deriva concettualistica del processo, preferendo "*difendere la reputazione di superiorità, ormai acquistata, navigando nelle acque della giustizia piuttosto che in quelle germanizzate dell'Università*".

Non a caso il "*colloquio*" con Mortara è ripreso nel primo *Quaderno*, perché nelle pagine manoscritte del 1937 lasciate da Mortara alle figlie, Satta ritrova la conferma di quanto, celebrandone qualche mese prima *L'attualità,* aveva intuito – prendendo spunto da un velenoso scritto dedicato da Mortara, come direttore della *Giurisprudenza italiana,* al commento di una saccente, ma innocua noterella su una *minima questione in tema di esecuzione provvisoria* (art. 460 c.p.c.) di un (all'epoca) imberbe Chiovenda - circa le profonde ragioni della, altrimenti inspiegabile, decisione di Mortara di cambiare, nel 1902, così radicalmente il corso

della sua vita: il giurista mantovano, insofferente della deriva dogmatica del diritto e del dominio della scuola sistematica chiovendiana, *piuttosto che lasciarsi sopraffare dai nuovi, giovani e arroganti Maestri* con il loro lessico infarcito di neologismi vuotamente altisonanti e le loro formule mascherate di mistica profondità dottrinale grazie a qualche lemma tedesco, aveva preferito abbandonare il campo accademico al nuovo astro del neonato diritto processuale civile e al suo sistema, e ricostruire su nuove basi il suo primato di vero giurista.

In questo spirito indomito e in queste parole cariche di sdegnoso orgoglio Satta ravvisa l'attualità di Mortara e si identifica profondamente, anche lui circondato e avvolto dalla solitudine nella sua battaglia contro il concettualismo e il sistema, anche lui sdegnato e profondamente solo tra i processualisti del suo tempo, anche lui sentendosi destinato al *limbo che dispensa i posteri dall'occuparsene*.

L'incontro› di Satta con Mortara avviene alla fine di un anno che si era aperto con la più che vivace polemica con i "*dragonetti*" che, "*allineati in bell'ordine* [sulla copertina della Processuale] *come consiglieri di amministrazione*" gli avevano fatto venire alla mente il mito di Cadmo, e il tentativo di riempire con quella schiera di *dragonetti* la sede lasciata vacante dal "grande drago" Carnelutti, "*come a dire che la quantità potesse sopperire alla qualità*"; l'anno era proseguito con la gelida accoglienza riservatagli al Convegno fiorentino dei processualcivilisti, in occasione del quale Satta aveva magistralmente "interpretato", come solo lui poteva e sapeva fare, Piero Calamandrei come "*giurista martire, anima errante che vede il vero, ma non lo può raggiungere*"; un anno che gli aveva fatto conoscere il "*rifiuto delle riviste alle quali lo avevo offerto, perché il mio discorso sarebbe dispiaciuto a Tizio Caio e Sempronio*" di un articolo "*sullo stato presente della scienza e della scuola giuridica in Italia*": una serie di eventi dai quali ben si comprende come Salvatore Satta abbia avvertito di essere "*circondato dalla solitudine*", ma come l'incontro con Mortara – con l'uomo più ancora che con il giurista – gli abbia dato la forza di reagire con la sua attività a quella solitudine, e di onorare fino in fondo – con i *Quaderni* che oggi finalmente rivedono la luce – l'impegno morale, che è il tratto distintivo di ogni vero giurista, di "*mettere a frutto il talento affidatogli da Dio*".

Il saggio rifiutato si chiudeva con l'evocazione, senza speranza, della "*preghiera di Lutero nel famoso sonetto di Carducci*":

Signor chiamami a te, stanco son io:
pregar non posso senza maledire.

Il colloquio con Mortara, e la vita che gli aveva restituito e la forza che da lui gli era stata restituita avvicinandolo alla propria vicenda, ha ridato a Salvatore Satta la consapevolezza della fruttuosità del suo insegnamento e del suo dovere morale – di vero giurista - di continuarlo, e che è racchiuso nell'epigrafe dei *Quaderni*: *non in legendo, sed in intelligendo iura consistunt.*

SALVATORE SATTA

QUADERNI

DEL DIRITTO E DEL PROCESSO CIVILE

Non in legendo sed in intelligendo iura consistunt.

Sir EDWARD COKE

I

PADOVA
CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
1969

I QUADERNI

Nella settima edizione del manuale di diritto processuale civile manifestai il proposito di dar vita a una pubblicazione periodica che seguisse « lo svolgersi dell'esperienza, e cioè la vita, nel suo perpetuo moto ». La formula era alquanto vaga, ma chiara era l'esigenza. Poiché i tempi che viviamo sono, a dir poco, confusi, e la confusione si riflette nelle idee, nei giudizi, negli atteggiamenti degli uomini, mi sembrava necessario che a complemento del libro, per destinazione immobile, si dovesse creare uno strumento che consentisse di sorprendere, quasi nel suo determinarsi, la cieca mobilità della vita, e criticamente, cioè scernendo il vero dal falso, ne illuminasse il cammino.

Il disegno poteva apparire ambizioso: ma in realtà esso non era che quello di risuscitare l'originaria « Rivista », ormai generalmente ridotta ad anonima raccolta di articoli e di note, la maggior parte di occasione, cioè praticamente ad impresa. Questa degenerazione della Rivista è uno dei tanti segni del tramonto della scienza giuridica, in corrispondenza con l'appiattimento alla base, lo spirito di massa, e sia pure di una massa specializzata. L'ultimo esempio di rivista nel senso antico è stato, parzialmente, la Rivista di diritto processuale civile, e non per nulla essa era conosciuta come la rivista di Carnelutti, che ne era in grandissima parte l'autore.

Io non so se sia possibile ormai ricreare una Rivista nell'antico senso: certo è prematuro, perché essa presuppone molte cose che oggi non ci sono, e prima di tutto spiriti liberi, come Menippo. E allora ho pensato di realizzare, provvisoriamente, la mia idea con questi Quaderni. Ho avuto la tentazione di dare alla pubblicazione il titolo di Critica giuridica: ma ho temuto di

apparire immodesto, per via di certi solenni precedenti. Ho preferito parlare di Quaderni, perché i quaderni ricordano la scuola, soprattutto l'elementare. E il mio auspicio sarebbe che intorno ai quaderni si formasse davvero una scuola, e che essi, ritraendosi nell'ombra il padre fondatore, diventassero la rivista della scuola.

Come si vede, non si può essere più ottimisti di così. Ma, quaderni o no, critica è, nel preciso senso della parola, la ispirazione di quest'opera, in armonia con tutta l'opera dell'autore: e del resto io credo che non si possa dare scienza che non sia critica. Questo voglio accennare affinché il lettore abbia una guida nella lettura: poiché, secondo una spontanea articolazione, la materia trattata si raggruppa in varie sezioni, le prime due qualificate rispettivamente dottrina e giurisprudenza, secondo una distinzione tradizionale alla quale però corrisponde, proprio per l'orientamento critico, un diverso contenuto; le altre, letture (cioè la revisione critica di quel che si pubblica) e riletture. Ci sono libri vecchi che non si rileggono più, e io sono entrato ormai nello spirito di quell'uomo di lettere francese che, ritiratosi in campagna, e richiesto di che cosa leggesse « Je ne lis » rispose « je relis ». Conclude l'opera, sotto il titolo di cronache, l'annotazione di qualche episodio che si offre come occasione di pensiero al giurista.

Penso che questa articolazione possa servire di modello anche ai successivi fascicoli.

Roma, ottobre 1968.

DOTTRINA

LA GIURISDIZIONE VOLONTARIA NELL'UNITÀ DELL'ORDINAMENTO

1. - S'immagini un dabben uomo (l'ipotesi è del tutto astratta) che avendo impreso a studiare, articolo per articolo, il codice di procedura civile, ed essendosi formato lungo il cammino precisi convincimenti sulla giurisdizione, sull'azione, sul processo, si imbatta verso la fine in quel gruppetto di norme, sette in tutto, nelle quali si contemplano e si disciplinano i procedimenti in camera di consiglio. Quel dabben uomo, se è veramente tale, sente il bisogno di ricominciare da capo, perché egli ha appreso che queste formule che la legge adopera riferendole al procedimento, non hanno mai un valore puramente formale. Tale è il caso dei procedimenti sommari, che presi alla lettera dovrebbero esprimere niente altro che una semplificazione del processo contenzioso tipico, e invece concretano l'imponente, secolare esperienza della « normativa senza giudizio », cioè una specifica, autonoma forma di tutela (v. *Manuale*, pag. 608). E tale non può non essere il caso dei procedimenti in camera di consiglio, formula che, a ben guardare, è addirittura priva di significato, poiché certo la camera di consiglio non può costituire una nota caratterizzante. Anche questa formula, se con essa si vuol dire qualcosa, non può indicare una mera deviazione dal processo contenzioso, e neppure una opposizione ad esso, ma deve esprimere una particolare esigenza di tutela, coordinata a un particolare rapporto tra il soggetto e l'ordinamento al quale è estraneo il processo contenzioso, o più semplicemente il processo. Sembrerebbe che come i procedimenti sommari si risolvono in una normativa senza giudizio, così i procedimenti in camera di consiglio si risolvano in una normativa senza pro-

cesso: e infatti essi riassorbono quella più che secolare, millenaria e plurimillenaria esperienza, che prende il nome di giurisdizione volontaria.

Nulla è più singolare del destino o della fortuna di questa parola. « L'espressione jurisdictio voluntaria », ci informa Pugliese, « si riscontra una volta sola nelle fonti: ma ciò non le impedì di tramandarsi col suo equivoco significato, al linguaggio giuridico moderno, ponendo agli studiosi del diritto processuale moderno gravi e forse insolubili problemi » (*Processo formulare*, I, 86). Forse nell'orbita di questo pensiero, il legislatore ha accuratamente espunto dal codice, anzi dai codici, civile e di procedura, la conturbante espressione: ma nell'uno e nell'altro essa è rimasta, dopo due millenni, ancora soltanto una volta (art. 801 c. p. c., art. 32 disp. att. c. c.), quasi a testimoniare l'ineliminabile realtà che essa rappresenta. E sempre più gravi, e sempre in apparenza più insolubili risorgono i problemi imputati all'innocente formula, come dimostrano le relazioni e gli atti di un congresso sui procedimenti in camera di consiglio, tenutosi a Milano nel 1960. Emerge da essi che i partecipanti si sono trovati di fronte alla esigenza di dare un'unità concettuale a questi procedimenti; ed è curioso notare che le spese della vanità degli sforzi le ha fatte la giurisdizione volontaria, di cui da varie parti si invocava la messa al bando come fonte di confusione. « La verità è che se si vogliono fare progressi nel nostro campo è opportuno eliminare, sopprimere la nozione e il termine di giurisdizione volontaria, con tutta la teorizzazione volta a giustificare il termine stesso ». È ancora Pugliese che parla, ed è il più autorevole, non il solo.

Certo, sarebbe bello se si potesse buttar via il bambino con l'acqua. Ma questo non si può fare: il bambino rimane là, qualunque sia il nome che gli si voglia imporre col battesimo. Bisogna quindi teorizzare, come sempre si è fatto: solo che, a quel che oggi comprendo, bisogna allargare il campo della teoria, e portarlo all'estremo orizzonte.

2. - La disputa sulla giurisdizione volontaria sembra essersi sempre radicalizzata intorno all'appartenenza del fenomeno alla giurisdizione o all'amministrazione: e non c'è dubbio che questa è l'impostazione che viene data *ex professo* dagli autori che si sono occupati dell'argomento. In tempi relativamente recenti è stato sostenuto (Fazzalari) che la giurisdizione volontaria costituisce un *tertium genus* rispetto all'amministrazione e alla giurisdizione: ma anche questa tesi in fondo non si sottrae all'impostazione tradizionale, anzi l'accetta e la presuppone.

Eppure chi osservi attentamente le pagine che sono state scritte per qualificare nell'uno o nell'altro modo la giurisdizione volontaria avverte un senso di disagio, simile a quello di un sarto che non riesca a costringere in un abito le debordanti forme del suo cliente. Si consideri ad es., per restare ai nostri maggiori, Chiovenda (*Principi*, 315): « La giurisdizione volontaria è dunque una particolare forma di attività dello Stato, esercitata in parte dagli organi giudiziari e in parte dagli organi amministrativi, e appartenente alla funzione amministrativa: ma pure distinta dalla massa degli atti amministrativi per particolari caratteri ». Si direbbe addirittura impossibile che queste parole, nelle quali è difficile scoprire un nesso logico, si trovino in un'opera che è tutta un monumento di logica, e siano state scritte da un uomo che sulla pura logica aveva istituito la nuova scienza del processo. Più svincolato di Chiovenda dai freni della logica formale, Mortara (vol. II, pag. 28, nota 1) osservava non senza ironia che la giurisdizione volontaria non è né giurisdizione né volontaria: e ne fissava le note fondamentali nelle quattro proposizioni seguenti: 1) non costituire necessaria esplicazione di ufficio giurisdizionale, ma per ragioni di somma convenienza essere affidata agli organi della giurisdizione; 2) non avere a scopo la disciplina e difesa dei diritti subbiettivi, ma la cura quasi paterna di privati interessi; 3) non avere per guida i rigori della legge, ma la prudenza e l'utilità pratica, secondo il discernimento del savio amministratore; 4) non ottenere né mirare mai a ottenere autorità di coercizione contro chicchessia, ma

fornire solo alla parte istante abilitazione per atti giuridici determinati. Tutto ciò esprimeva in sintesi dicendo che la giurisdizione volontaria è « funzione di buon governo, ovvero di polizia civile nel più largo significato che la dottrina del diritto pubblico acconsente a questo vocabolo ».

Vedremo che queste parole di Mortara hanno il loro presupposto in una visione dell'ordinamento che solo l'asistematicità della sua posizione culturale poteva consentire (onde la loro importanza anche ai fini di una revisione del concetto di giurisdizione volontaria): ma è certo che le formule di buon governo, di cura quasi paterna, di polizia civile depongono più che per la negazione della giurisdizione, per l'incertezza dell'attribuzione alla stessa amministrazione. Probabilmente, a questa irriducibilità dei fenomeni, che si qualificano come giurisdizione volontaria, all'uno o all'altro concetto è dovuto il profilarsi di una nuova categoria che, nella nostra dottrina, con formula derivata dalla dottrina germanica, ha preso il nome di amministrazione pubblica del diritto privato. Riteniamo che nella critica di questa supposta categoria si trovi il miglior avvio alla integrale rimeditazione e risoluzione del nostro problema, e perciò indugiamo un momento su di essa, sebbene si tratti di cose generalmente assai note.

4. - Nella sua originaria formulazione (dovuta al tedesco Hänel) l'amministrazione pubblica del diritto privato aveva confini vastissimi, e praticamente illimitati, poiché comprendeva tutta la legislazione relativa al diritto privato, la giurisdizione civile, e l'attività amministrativa interessante in qualunque modo la formazione dei rapporti giuridici privati. Il nostro Zanobini aveva cercato di circoscrivere il fenomeno, restringendolo « al campo dell'attività amministrativa rivolta a influire, direttamente o indirettamente, sulla costituzione di capacità, di situazioni, di rapporti di diritto privato ». Ne restavano così esclusi gli atti compiuti da organi non amministrativi, e quindi tra questi proprio la giurisdizione volontaria: ma successivamente, come era

da prevedersi, le restrizioni formali vennero a cadere, e nell'ultima formulazione si estese il concetto fino a comprendere « qualunque provvedimento emanato per casi singoli e concreti da una qualsiasi autorità, evidentemente anche non amministrativa ».

Queste oscillazioni sono tutt'altro che prive di un sostanziale interesse. Ma intanto converrà vedere in quali atti e fatti si manifesti l'amministrazione di cui parliamo. La dottrina — a parte le varianti o le sfumature — li raggruppa in due categorie fondamentali. La prima è quella dell'attività di attestazione, alla quale si riconducono i c. d. atti pubblici, sia *ad probationem* che *ad substantiam*: la pubblicità nelle sue varie forme, sia costitutiva che dichiarativa, e così quella che attiene allo stato civile, compresa la celebrazione del matrimonio, alle persone giuridiche e alle imprese commerciali, ai diritti immobiliari (iscrizioni e trascrizioni), ai diritti su cose immateriali (brevetti etc.). La seconda è quella negoziale, e comprende « quelle dichiarazioni di volontà con le quali gli organi dello Stato partecipano alla formazione di rapporti giuridici privati ». Rientrano nella categoria sia i negozi permissivi, come le dispense matrimoniali, le autorizzazioni di negozi posti in essere nell'interesse di persone incapaci, le autorizzazioni governative alle persone giuridiche, i decreti di riconoscimento di figli adulterini, le omologazioni; sia i negozi costitutivi di rapporti giuridici, capacità, potestà, come il riconoscimento delle persone giuridiche, la legittimazione dei figli naturali per decreto del capo dello Stato, l'adozione. Si tratta, come si vede, proprio di quegli atti che in gran parte rientrano nella giurisdizione volontaria, che viene per tale via ricondotta alla amministrazione. E infatti è comune opinione che la attribuzione agli organi amministrativi o agli organi giudiziali dell'amministrazione pubblica del diritto privato è dovuta solo a ragioni storiche. La storia anzi ci mostra la evoluzione da forme giurisdizionali a forme amministrative, con la creazione di appositi organi, e il più tipico di questi casi è il passaggio dagli

accertamenti giurisdizionali a quelli amministrativi, con la istituzione dell'officio notarile.

5. - Questa sommaria esposizione è sufficiente a far comprendere l'importanza che la supposta categoria della amministrazione pubblica del diritto privato presenta per il nostro argomento, e non per questo soltanto. Si può cominciare con l'osservare che se i fatti descritti sono di una indiscutibile realtà e presentano tutti certi elementi di omogeneità, per alcuni di essi almeno appare assai poco rispondente al senso comune il ricondurli all'idea di amministrazione, come generalmente si intende. È soprattutto il caso dell'atto pubblico e del notaio. Che il notaio, quando stipula un atto, svolga una qualsivoglia attività o azione amministrativa, io credo che a nessun profano verrebbe in mente di pensare. E che l'intuizione comune sia esatta lo comprova il fatto, cui sopra si è accennato e che è storicamente riconosciuto, che il notaio si è sviluppato dal giudice, e giudice egli stesso fu nei primordi considerato e qualificato. Ma quel che si pensa dell'atto pubblico vale per altri non meno limpidi casi, come quello dell'iscrizione o trascrizione nei registri immobiliari, quello del matrimonio, quello dei brevetti etc. Sembra davvero difficile ammettere che si possa per questi atti ragionare in termini di amministrazione, e dire che sia un atto amministrativo l'iscrizione di una ipoteca, o la celebrazione di un matrimonio.

Alla suggestione di questo senso comune (comune anche a loro) non si potevano ovviamente sottrarre gli analizzatori della categoria di cui parliamo, e ciò non è privo di valore anche ai fini della critica. E infatti essi hanno con molta precisione notato varie cose, e due particolarmente. La prima è quella della distribuzione delle competenze, per cui ad es. all'autorità giudiziaria sono attribuite non poche delle funzioni qualificate amministrative del diritto privato, sia di carattere certificativo (registrazione delle persone giuridiche, d'imprese e società commerciali in materia di famiglia e successorie) che discrezionale (e qui rientra tutta la giurisdizione volontaria); altre delle stesse fun-

zioni sono attribuite a organi amministrativi collegati con l'autorità giudiziaria (ufficiali di stato civile, conservatori di registri immobiliari) o indipendenti da essa (Presidente della Repubblica, Ministri), o a persone giuridiche pubbliche (i vari Registri navale, automobilistico etc.), o addirittura a privati professionisti (notai). La seconda è quella delle impugnative di molti fra gli atti posti in essere nell'amministrazione del diritto privato, impugnativa che non ha nulla a che fare con quella propria degli atti amministrativi (con riferimento all'art. 4 della legge 20 marzo 1865), e ciò non solo per gli atti di attestazione, ma anche per gli atti negoziali, come i provvedimenti in materia matrimoniale e di stato civile etc.

Queste singolari particolarità dovevano e devono indurre in pensiero. Non sembra infatti sistematicamente corretto non tener conto delle particolarità di un atto rispetto alla categoria alla quale si vuol ricondurlo, e qualificare come deviazioni quelle particolarità. Sotto questo profilo la formula amministrazione del diritto privato contiene una contraddizione nei termini. Ma forse, più profondamente, non è corretto addirittura creare la categoria più generale, cioè l'amministrazione, e la contraddizione sarebbe allora solo apparente. Allora sarebbero i fenomeni che si qualificano come amministrazione del diritto privato che reagiscono contro il concetto stesso di amministrazione, aprioristicamente prefissato. E lo stesso potrebbe avvenire per gli altri membri della grande triade, la giurisdizione e la legislazione. La soluzione del problema, come si prevedeva, porta molto lontano nella indagine, e non è detto che si riesca a trovarla. Vediamo di orientarci, per quanto è possibile.

6. - Gli studi che si sono fatti intorno al concetto di amministrazione, e le definizioni che di questa si sono date, sono talmente vasti e profondi che sarebbe presunzione, non che aggiungere ad essi qualcosa di nuovo, ma anche solo renderne conto. Qui si può e si vuole esprimere solo qualche dubbio che assale il profano, il quale cerchi di spianarsi la via alla comprensione

del fenomeno qualificato come giurisdizione volontaria. E il primo è questo: se agli accadimenti della vita, quelli che in grande formano la storia, in piccolo la concreta vicenda di ciascun individuo, convenga il nome di amministrazione (ovviamente, in quanto lo Stato sia, come in effetti non può non essere, in essi impegnato). Si suol dire, con formule più o meno varie, che la pubblica amministrazione è l'attività dello Stato diretta a curare in modo immediato gli interessi pubblici, o, ciò che è lo stesso, a perseguire e realizzare i suoi fini: e si può per il momento essere d'accordo. Ma la perplessità comincia quando alla mente si presentano atti e fatti della vita quotidiana, e meglio si direbbe che concretano la vita quotidiana, e che, in quanto compiuti da impiegati o funzionari dello Stato, dovrebbero inserirsi nell'amministrazione. Pensiamo all'umile postino che recapita la lettera, o al professore che svolge la sua lezione, o al medico che cura l'ammalato, all'ufficiale che comanda l'attenti o, ma qui siamo per fortuna fuori del quotidiano, allo svolgimento della guerra. Sul serio si può ritenere che questa attività rientri nell'amministrazione, o sia amministrazione, secondo quello che è il comune sentimento di questa parola? Gli stessi studiosi del diritto amministrativo hanno sempre avvertito la difficoltà, e hanno introdotto distinzioni di vario genere, come quella fra attività giuridica e attività sociale, tra funzioni e servizi pubblici, o tra attività amministrativa e attività tecnica: ma è chiaro che queste classificazioni, estensibili all'infinito, denunciano il difetto più di quanto non lo correggano, perché dimostrano quanto meno la vaghezza da un lato, la insufficienza dall'altro dell'idea stessa di amministrazione. Verrebbe quasi fatto di pensare che l'amministrazione non riesca a ricomprendere nel suo seno ciò per cui essa è stabilita e compiuta, il suo « risultato », che è poi quello che solo evidentemente rileva. Cosa non priva di singolarità e che ad ogni modo non può non essere tenuta in considerazione nel valutare il fenomeno in tutta la sua complessità.

7. - È a questo punto, e sotto la spinta di questa impressione, che sorge il sospetto che al fondo del problema vi sia prima di ogni altra cosa una questione di linguaggio. Se si leggono infatti le trattazioni, antiche e recenti, di diritto amministrativo si osserva che il termine di amministrazione pubblica è riferito a un soggetto, esterno all'amministrazione stessa, che prende il nome di Stato (o altro ente minore: la cosa non ha importanza). Le più moderne tendenze degli amministrativisti sembrano nel senso di sottoporre a minute e profonde analisi il contenuto dell'amministrazione, i modi in cui questa si esercita, elaborando preziosi concetti e distinzioni, come quelli di funzione, attività, organizzazione etc., cose indiscutibilmente legittime e nell'interno della scienza, se così si può dire, chiarificatrici: ma, sebbene qua e là attenuato, l'equivoco è lungi dall'essere dissipato, e sempre si avverte una relazione dualistica fra amministrazione e Stato, accentuata dal fatto che si tende a entificare la stessa amministrazione, o addirittura a concretarla in una pluralità di enti, in corrispondenza alle varie ripartizioni nella cura dei pubblici interessi (cosa del resto reperibile nel comune modo di sentire e di dire).

Non vi può essere dubbio che il dualismo amministrazione-Stato è una pura immagine, derivante da ciò che si fa dello Stato in soggetto, portatore di interessi concreti, che costituiscono i suoi particolari fini. Questo modo di pensare è esplicitamente manifestato da chi fa dello Stato una persona giuridica, ma è implicito anche in chi mette in luce l'elemento « apparato », o si riporta all'idea sociologica di comunità, di gruppo, *societas* e via dicendo. Sempre è un settore particolare che viene in considerazione, sempre è un angolo visuale ristretto quello dal quale ci si pone, nel presupposto che quel che chiamiamo Stato sia suscettibile di sezionamenti. Senonché l'immaginato e immaginario dualismo è costretto a ripetersi per quelle altre attività o funzioni dello Stato che prendono il nome di legislazione e giurisdizione, attività e funzioni che si attribuiscono a un soggetto distinto e distaccato da esse. La famosa teoria della divisione dei poteri è,

sul piano storico e politico, l'espressione più alta di questa figurazione; e il correttivo posteriore che riferisce la tripartizione alle funzioni più che ai poteri non altera la posizione concettuale, sebbene vi sia in essa quasi il presagio della inevitabile *reductio ad unum*.

8. - La verità è che lo Stato è un universo, e l'universo non ammette ripartizioni. Non occorre certo perdersi a definire lo Stato che tra l'altro è insuscettibile di definizione: basti questo, che con l'idea e col termine di Stato si intende che un popolo vivente in un determinato territorio è organizzato, e lo Stato anzi non è altro che questa organizzazione. Naturalmente, dietro e in seno all'organizzazione c'è un mondo infinito, il mondo dello spirito, eterno e mutevole nelle sue incarnazioni storiche: ma questo interessa solo mediatamente il giurista (diciamo meglio, lo interessa in quanto è e non può non essere politico). Ora, l'organizzazione è quella che si chiama amministrazione: ma una amministrazione che comprende assolutamente tutto, senza possibilità di scissioni o di specificazioni, riassorbe in sé la legislazione e la giurisdizione, che potranno acquistare considerazione autonoma soltanto nell'interno dell'amministrazione, non in contrapposizione ad essa.

La dottrina del resto per quanto legata alla sua visione, non ha mancato di rilevare fenomeni di commistione e di confusione fra le tre funzioni, e così ad es. un'attività formalmente legislativa e sostanzialmente amministrativa (le c. d. leggi provvedimento): ma sono proprio questi fenomeni che dovevano mettere sull'avviso, e far pensare che è la trinità delle funzioni, per non dire il concetto stesso di funzione, che va rimeditato. In realtà la formula accennata è intrinsecamente contraddittoria, se non addirittura priva di senso, perché un'attività non può essere formalmente una cosa e sostanzialmente un'altra (vedi *infra* il richiamo di Carnelutti). Il formalmente significa che si parte dal presupposto che l'attività (di un certo organo) debba avere un

certo contenuto: ma ciò è assolutamente arbitrario o tutt'al più convenzionale. Sarà la stessa situazione che si riprodurrà per la giurisdizione, e in particolare per la giurisdizione volontaria.

9. - Siamo giunti al punto in cui possiamo considerare più da vicino la consistenza delle tre famose funzioni.

Tutti gli scrittori, dopo aver analizzato a fondo, specie nei tempi più recenti, il contenuto della amministrazione, e averlo fissato nella « gestione concreta di interessi » (Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della p. a.*, 121, nota 45) sono costretti a esplicare il carattere « immediato » e « diretto » della gestione stessa, che la fa uscire dalla genericità, e caratterizza (essenziale caratteristica) l'amministrazione di fronte alla legislazione e alla giurisdizione. C'è chi dice, con termine ricercato, che l'amministrazione non agisce « attraverso lo schermo di una attività modulatoria » quale invece si avrebbe nella legislazione e nella giurisdizione: ma cambia il linguaggio non la sostanza, perché questo significa semplicemente opporre la normativa astratta (della legge) o concreta (della sentenza) alla amministrazione come atto puro, cioè mantenere la triade di cui si parla, e così come se ne parla.

La verità è che l'idea della normatività o della modulazione che dir si voglia ha la sua radice nella disciplina legislativa dei rapporti tra soggetti (cioè praticamente nel diritto privato), in cui il legislatore appare come terzo che regola interessi a lui estranei, o che lo riguardano in modo appunto indiretto. Si capisce che in questa prospettiva si profili (apparentemente) una opposizione tra legislazione e amministrazione. Ma basta pensare alle leggi, tra le infinite altre, che regolano la produzione, o istituiscono tributi, o incidono su situazioni giuridiche esistenti (leggi espropriative) o creano enti di varia natura attribuendo ad essi dei fini, per capire quanto assurdo sia negare a questa attività legislativa il carattere di autentica amministrazione, senza « modulazioni » di nessun genere. Vero è che di solito (non sempre) a queste leggi segue un'attività di altri soggetti, che ap-

pare ed è esecutiva rispetto alla legge, l'attività alla quale tradizionalmente si riserva la qualifica di amministrativa. Sennonché il vizio logico sta nello scindere questa attività da quella legislativa, e nel contrapporre l'una all'altra, dissociando ciò che è indissociabile. La legge e l'atto nel loro insieme costituiscono l'amministrazione, e come la legge senza l'atto non è amministrazione così non è amministrazione l'atto senza la legge. La distinzione sta solo in ciò che — per le ragioni di cui appresso diremo — la legge e l'atto, nella generale organizzazione della *societas*, sono attribuiti a centri di competenza diversi.

Queste cose non sono nuove: più che un'intuizione se ne ritrova in scrittori ormai non recentissimi, i quali non hanno mancato di notare che il potere legislativo determina i fini che si impongono per l'obbligo della loro attuazione al potere amministrativo; e alla stessa idea si può ricondurre la notissima distinzione tra norme di azione e norme di relazione. Ciò che è mancato è l'ulteriore sviluppo, che porta ad assorbire nell'unità della organizzazione il terzo membro della triade, cioè la giurisdizione. Il discorso dovrà farsi assai ampio: ma intanto si può rilevare che stabilita l'indissociabilità della legislazione dall'amministrazione, e ridotto il loro rapporto a una mera questione di competenza, si profila il determinarsi di un altro centro di competenza che assicuri la legalità della amministrazione, e cioè (questo è il significato) che l'atto sia veramente amministrativo, cioè l'amministrazione si sia realizzata.

Sennonché, per la piena valutazione di questo momento della organizzazione, bisogna dire che esso è di una complessità e varietà che non ha riscontro negli altri due momenti. Prima di tutto, bisogna avvertire che non sempre la legalità e la sua assicurazione danno luogo a svolgimento di azione nel senso che tradizionalmente qualificasi giurisdizionale. Può darsi infatti che questa azione non abbia nemmeno la astratta possibilità di esercitarsi, e così ad es. quando l'atto legislativo-amministrativo si esaurisca in se stesso, sia puramente organizzativo (la creazione di un ministero, di un corpo di polizia etc.). Può darsi ancora

che alla legalità, che pur sempre deve sussistere, si provveda con un autocontrollo, cioè all'interno dello stesso centro di competenza, direttamente o sulla sollecitazione di interessati. Può darsi che la normatività non lasci margine ad alcun particolare interesse (i c. d. interessi semplici), e anche allora l'atto legislativo-amministrativo si esaurisce in se stesso, o dà luogo a reazioni interne, nell'orbita della competenza. Può darsi infine che l'atto sia perfettamente legale, e questa, che è poi l'ipotesi normale, chiude automaticamente il ciclo, perché, si potrebbe dire, il fine si è realizzato.

Il problema sorge quando la normativa è tale che incide su posizioni giuridiche particolari, come accade ad es. in tutte le leggi che limitano o condizionano la libertà dei soggetti (licenze, autorizzazioni etc.). L'esigenza di legalità, nella più vasta accezione di questo termine, comporta allora che il soggetto sia tutelato, cioè che egli possa, quando si ritenga leso, postulare la illegalità e farla riconoscere, negando l'atto. L'apparizione di questo soggetto determina la creazione di un altro centro di competenza, che prende il nome di giurisdizione, e sembra opporsi agli altri, completando la triade di cui parliamo: ma questa opposizione è del tutto apparente o formale, poiché in realtà anche la giurisdizione viene riassorbita nell'unitaria e indissociabile organizzazione. Ciò è stato intuito da quelle costruzioni che nella giustizia amministrativa (e non in questa soltanto) fanno del soggetto il portatore di un pubblico interesse, dissolvendo l'opposizione soggetto-amministrazione. Sono costruzioni sicuramente errate, perché non tengono conto del fatto che nella generale organizzazione il soggetto è una autonoma realtà (e la sua dissoluzione può concepirsi se mai in un campo metagiuridico se non addirittura metafisico): ma tuttavia vi è al fondo di esse la sensazione della unità della triade, che poi d'altra parte si è costretti per tradizione a mantenere.

10. - Come si è potuto vedere, il discorso è stato finora condotto sul terreno del c. d. diritto pubblico, perché questo impo-

neva il secondo dei membri della triade, e cioè l'amministrazione. Ma è arrivato il momento di allargare la visuale, e affacciarci al vasto mondo del c. d. diritto privato.

Come abbiamo accennato, è soprattutto con riferimento al diritto privato (cioè alla disciplina dei rapporti intersoggettivi) che si è affermata la « funzione » legislativa. Sfatata, come abbiamo creduto di dimostrare, la normatività della legislazione in contrapposto alla amministrazione, dobbiamo giungere alle stesse conclusioni per la legislazione rispetto all'azione dei soggetti privati. Ma per comprendere questo, bisogna partire da una considerazione che di solito non si mette abbastanza in evidenza, ed è che anche quell'imponente fenomeno che qualifichiamo diritto privato rientra nella generale organizzazione della società. Recenti e attuali esperienze ne hanno dato, sia pure parzialmente, la prova. Il diritto privato potrebbe in effetti non esistere, se tutta la produzione e la distribuzione, e lo stesso godimento (diventato necessariamente strumentale) dei beni sono accentrati nella comunità: o esisterebbe solo per settori più o meno marginali, quali la persona, la famiglia, del resto anch'essi estremamente pubblicizzati. Esiste invece — e ne è la risultante — quando l'organizzazione è tale che riconosce, in maggior o minore misura non ha importanza, quella che si chiama autonomia negoziale. Si deve insistere su questo, che l'autonomia negoziale, con tutto quello che comporta, è una forma di organizzazione della società: onde non è assurdo, è semplicemente sbagliato sul piano tecnico considerare pubblicisticamente i soggetti e la loro azione (forse si può dire che a questo livello i termini pubblicistico e privatistico non hanno senso). Orbene, in una organizzazione siffatta, la legislazione stabilisce i termini dell'autonomia, regola gli atti, i rapporti che da questi scaturiscono, e via dicendo, con la posizione di quelle norme di cui si è sempre proclamato l'astrattezza, la generalità, l'ipoteticità, in contrapposto all'azione che è per definizione concreta: ma anche questa contrapposizione è fallace, e frutto di concettualismo, perché la realtà scaturisce dalla fusione della norma e dell'azione, che sono indissociabili

non diversamente da come lo sono la legislazione e l'amministrazione.

Piuttosto, quel che più interessa, ai nostri fini, è che il riconoscimento del soggetto come centro di competenza (a questo equivale la sua autonomia) comporta molteplici conseguenze, su due almeno delle quali occorre soffermarsi. Utile sarebbe certamente mostrare come questo tipo di organizzazione determini la creazione di strumenti operativi in tutto diversi da quelli tipici dell'amministrazione, e in primo luogo il contratto: ma questo esulerebbe dal nostro compito. Invece importa dire che, essendo la volontà del soggetto la volontà della legge (e reciprocamente), essa deve potersi realizzare: e ciò sia come volontà positiva che come volontà negativa, cioè come libertà, nel senso accennato di sopra a proposito dell'amministrazione. Nasce in tal modo la giurisdizione, e riappare con essa la *societas* nella sua organizzazione generale, perché nella *societas* converge l'interesse pubblico e il privato alla determinazione del concreto. E la giurisdizione non è in alcun modo opposta od opponibile all'amministrazione, se si vogliono conservare questi nomi, come è giusto; è anch'essa amministrazione, solo che costituisce un altro centro di competenza. Ogni opposizione tra amministrazione e giurisdizione è, a questo livello, priva di senso.

Questa è la prima conseguenza. La seconda è che l'aver ricondotto il c. d. diritto privato alla generale organizzazione comporta che la legislazione sia naturalmente permeata di elementi privatistici e pubblicistici (sempre che queste parole abbiano un valore). Sotto questo aspetto, l'amministrazione pubblica del diritto privato non comprenderebbe solo la giurisdizione civile, ma anche e sopra tutto la legislazione, come appunto sosteneva l'Hänel, cosa che costituisce la definitiva condanna della categoria.

Ma non solo questo. La stessa riconduzione comporta che il soggetto nella sua autonomia, e nello svolgimento della sua autonomia, sia (nel suo interesse e nell'indissociabile interesse generale) sorretto, integrato, vigilato, in relazione a fatti e circo-

stanze che possono pregiudicare il concretarsi dell'ordinamento. È un'attività positiva che si pone sullo stesso piano dell'attività negativa, che si esplica nella legislazione, quando ad es. si vieta la donazione tra coniugi, o non si riconosce valore al contratto che abbia una causa illecita o sia senza causa: attività positiva di autorizzazione, di omologazione, di interdizione, di nomina di tutori o curatori, di separazione personale dei coniugi, di dichiarazione di assenza e via all'infinito, perché veramente infinita è la volontà dell'ordinamento. Questa attività in quanto affidata ai giudici è quella che ha preso il nome di giurisdizione volontaria, e per essa sono sorti i problemi di qualificazione che hanno ispirato queste meditazioni, se cioè si tratti di giurisdizione, di amministrazione o di un *tertium genus*. Ma sono falsi problemi, perché in realtà si tratta né più né meno che di un fenomeno di organizzazione, della creazione cioè di particolari centri di competenza che provvedono a determinate esigenze, espresse dalla legge. Si legge spesso, negli autori che sostengono il carattere amministrativo della giurisdizione volontaria, che le funzioni esplicate in questo campo dai giudici possono benissimo essere esplicate da qualunque funzionario amministrativo (e in effetti lo sono, come ad es. nelle autorizzazioni date rispettivamente ai tutori e agli amministratori delle opere pie, di cui si sottolinea l'assoluta indifferenza): questi autori hanno totalmente ragione, ma non si accorgono che con ciò essi segnano la definitiva condanna della loro posizione concettuale.

È interessante osservare, per quello che può valere, come il problema della *jurisdictio voluntaria* si sia presentato ai romani proprio come una questione di competenza. Nel famoso frammento di Marciano (D. 1, 16, 2 pr.), quello dove per la prima e l'ultima volta si usa questo termine, lo si fa per dire che « *omnes proconsules statim quam urbem egressi fuerint habent jurisdictionem, sed non contentiosam, sed voluntariam: ut ecce manumitti apud eos possunt tanc liberi quam servi, et adoptiones fieri* ». Inutile per noi chiedersi se il frammento è genuino o no (su ciò, v. ampiamente il citato Pugliese): certo è che l'unico

problema serio che il giurista (e il legislatore) si proponesse era quello della competenza. Gli « insolubili problemi » ce li siamo creati noi.

11. - Crediamo sia venuto il momento di tirare le fila.

Gli studiosi del diritto processuale, e non di questo soltanto, mettono in luce che la giurisdizione volontaria trova la sua origine storica in un processo apparente reso necessario dal difetto di acconci istituti, il cui successivo sviluppo ha tolto di mezzo il giudice: e citano la famosa *in jure cessio*, soppiantata con l'andar dei secoli dal modesto officio del notaio. Tutto ciò per sottolineare come di giurisdizione nella giurisdizione volontaria non ci sia nulla.

Questi studiosi non possono essere più nel vero: solo che nel fenomeno che osserviamo restano i giudici, e finché i giudici ci saranno, ci sarà un'etichetta sulla quale, avendo i secoli tracciato il contestato nome, non c'è bisogno di scriverne un altro, che del resto sarebbe difficile trovare. Conviene anche subito avvertire che non sempre dove interviene il giudice in materia non contenziosa si può parlare di giurisdizione volontaria, con riferimento al contenuto tradizionale che a questo si attribuisce. Basta pensare, tra gli infiniti esempi, al meccanismo nella determinazione del prezzo previsto dall'art. 1473 c. c. e dal correlato art. 82 delle disp. di attuazione, ai provvedimenti di cui all'art. 1105, etc. Con uno sforzo di pensiero si può certo arrivare a trovare un criterio che accomuni tutti questi casi, e noi stessi l'abbiamo tentato, ma finisce con l'essere non più necessario, sul piano strettamente giuridico. La formula neutra dei procedimenti in camera di consiglio può servire a dare agli istituti più vari un comune denominatore formale, oltre che una comune disciplina.

Assai più importante invece è, per porre fine ai perenni equivoci, fissare la posizione delle molte istituzioni che abbiamo sopra considerato come esempi portati dalla dottrina di amministrazione pubblica del diritto privato. Dopo il discorso che

abbiamo fatto, e che ormai volge alla fine, è chiaro che questa formula non ha alcun significato, e non lo ha perché non ha significato il termine di amministrazione inteso come opposizione a qualcosa che amministrazione non sia, peggio ancora come una classificazione obbligata, al pari della legislazione e della giurisdizione, che insieme esauriscono la realtà giuridica. Tutte quelle istituzioni sono momenti della vasta organizzazione della *societas*, che, nel presupposto di una determinata scelta operativa (anch'essa facente parte della organizzazione), deve necessariamente creare centri di competenza, che sono quello che sono, con una individualità che non si lascia assorbire da alcun'altra individualità. Tale è il notaio, che dà con l'atto pubblico la certezza che è richiesta dalla struttura dell'organizzazione, senza che con questo amministri nulla; tale è il conservatore di pubblici registri, di quei registri che sono resi necessari dall'autonomia negoziale e dai rapporti che si instaurano tra soggetti; tale l'ufficiale dello stato civile che celebra il matrimonio o che registra le nascite e le morti, e via dicendo. Tutti questi uffici non sono né amministrativi, né giurisdizionali, né legislativi: sono quello che sono, e non è escluso che possano essere considerati anche sotto diversi aspetti, a seconda dell'angolo visuale da cui ci si ponga. Quel che è certo è che essi devono essere compresi, e solo possono essere compresi, nell'unità e nella universalità della organizzazione.

12. - Avremmo finito se non dovessimo qui riferire di un concetto che è stato recentemente introdotto, e che tende a sostituire, estendendone la sfera di applicazione, la vecchia giurisdizione volontaria. Si dice cioè che sussistono nell'ordinamento molti tipi di processo che non si inquadrano nella giurisdizione contenziosa, pur rientrando in un ampio concetto di tutela, e sono caratterizzati dalla presenza di interessi che trascendono quelli delle parti. Si qualificano questi processi come volontari, e per intendere la portata del concetto basti dire che

si riconducono ad esso, tra l'altro, il processo di fallimento e il processo penale.

Ovviamente l'etichetta non ha alcuna importanza. Quel che importa è il fenomeno, e vedere se esso esista, e invalidi le conclusioni alle quali siamo pervenuti.

Il fenomeno esiste. Non c'è infatti il minimo dubbio che non si possano mettere sullo stesso piano il processo penale e il processo (contenzioso) civile, il fallimento e l'esecuzione forzata, ma il perché non può essere spiegato col ricorso a classificazioni precostituite. Per quel che riguarda il processo penale, bisogna considerare che la pena, con tutte le fattispecie alle quali si riferisce, esprime al massimo grado l'organizzazione della *societas*, tracciando i confini del lecito e dell'illecito. Il diritto penale riassume si può dire tutta l'organizzazione, s'intende nella sua staticità, perché il contenuto della norma è sempre essenzialmente negativo (ti punisco perché hai fatto quel che non dovevi o non hai fatto quel che dovevi). Sotto questo aspetto, è il rovescio della legislazione-amministrazione, che è proposizione di fini naturalmente positivi; esso è invece legislazione-giurisdizione, poiché lo svolgimento della norma penale è il giudizio. Ma la giurisdizione penale non ha nulla a che fare con la civile: essa è essenzialmente inquisizione, qualunque sia la struttura del relativo processo nelle vicende del tempo, e ciò significa che vi è un autonomo centro di competenza formalmente espresso dal pubblico ministero, e si capisce non da questo soltanto. È significativo che per il p. m. si siano riprodotte le stesse questioni — inutili questioni — che si sono fatte per la giurisdizione volontaria: e si può accennare qui di sfuggita che l'apparire del p. m. è sempre sintomo di quella che, secondo il contrassegno tradizionale, si chiama giurisdizione volontaria.

Per quel che riguarda il fallimento il discorso è più sottile, e se si vuole più elegante. Anche qui è significativo che si sia riprodotta nella dottrina l'alternativa giurisdizione-amministrazione. La palma è stata conseguita dalla giurisdizione, nel senso che si tende a ricondurre il fallimento all'esecuzione forzata (uni-

versale anziché singolare, ma sempre esecuzione). Bisogna però riconoscere che si tratta di una angusta visione. Il fallimento non può essere compreso se non nella generale organizzazione dell'economia: esso non esprime l'inadempimento a uno o a mille crediti isolatamente considerati, ma la sconfitta, nel caso singolo, della stessa organizzazione. Di qui la dichiarazione *ex officio* o su richiesta del p. m., che la formalistica dottrina qualificava giurisdizione senza azione. Si tratta invece di un momento della organizzazione, e quindi della creazione di un centro di competenza, che ha per compito la propria reintegrazione, nei modi che la legge stabilisce. Non è del resto il solo modo, è importantissimo segnalarlo, perché esistono altre forme organizzative, e una di queste è la liquidazione coatta amministrativa. Fino a un certo punto queste forme collimano: se ne staccano dove emergono interessi particolari (dal fallito ai creditori, ai terzi) che chiedono di essere riconosciuti e tutelati. Ma questo non influisce sulla diagnosi del fenomeno, che, ancora una volta, resiste ad ogni sforzo di incasellamento, e con ciò dimostra, ancora una volta, l'incompatibilità assoluta tra le caselle e la scienza.

[023]

CHIOSE

L'impostazione data nelle pagine che precedono al problema della giurisdizione volontaria implica una critica delle posizioni fondamentali e tradizionali della teoria giuridica: è quindi doveroso che io completi il discorso, documentandolo per quanto è possibile con richiami bibliografici. Non dimentico neppure per un istante che io non sono quel che si dice un pubblicista e neppure un privatista professionale: onde qualunque titolare di cattedra potrebbe a buon diritto invitarmi a tornare alla mia crepida. Il che farei subito, anzi non ne sarei mai uscito, se i libri, anche dei maggiori, mi avessero offerto formule adatte a risolvere i miei piccoli problemi.

1. - Sull'alternativa giurisdizione-amministrazione, che costituisce la comune impostazione del problema della giurisdizione volontaria, poco vi è da aggiungere agli accenni contenuti nel testo. Si tratta di nozioni comuni, che si possono controllare in ogni testo di diritto pubblico o processuale. È per altro da escludere che il problema trovi una soluzione decisa: in genere, qualunque tesi si accolga, si mettono in luce le specialità della funzione, rispetto alla giurisdizione o all'amministrazione (cfr. tra i più recenti GIANNINI M. S., *Corso di diritto amministrativo*, 1965, pag. 77). La prevalenza di queste specialità porta alla categoria autonoma, terza attività dello Stato, di cui si fissano in vario modo i caratteri, ma in particolar modo rispetto alla giurisdizione contenziosa (mancanza di lesione di un diritto etc.). Per l'analisi delle singole fattispecie in quanto riferibili o meno alla giurisdizione volontaria, v. il citato libro di FAZZALARI (*La giurisdizione volontaria*, Padova 1955), nel quale si trovano per altro interessanti affermazioni sull'unitarietà delle funzioni dello Stato (v. ad es. pag. 27). Particolare attenzione deve essere rivolta a quel che dice il MORTARA (vol. V, pag. 664 e sgg.), il quale, attraverso una rapida indagine sulle fonti, giunge a una conclusione negativa sul

carattere amministrativo o giurisdizionale della g. v. che è anche una negazione della tipicità della amministrazione e della giurisdizione, sulla base di criteri aprioristicamente stabiliti. Specialmente interessante la descrizione del continuo passaggio di determinati poteri dall'autorità giudiziaria alla amministrazione e viceversa, o della identità tra funzioni svolte dall'uno e dall'altro potere, come ad es. in materia di tutela di enti.

L'impostazione del problema è analoga anche da parte degli scrittori stranieri: si cfr. per la Germania Baur, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, pag. 17 (e la relazione al Congresso di Venezia, pag. 3 e sgg.). È però da notare che in Germania esiste fin dal 1898 (con successive modificazioni) una legge sugli affari di giurisdizione volontaria che indica le materie che vengono ricomprese sotto questo nome e alle quali si applica lo speciale procedimento (e sono assai varie).

Assai più semplice il sistema inglese, e più ancora l'americano, che regolano caso per caso quelle esigenze che si concretano in un pubblico intervento nelle faccende private, senza aprioristiche attribuzioni all'organo amministrativo piuttosto che al giudice. Ciò risulta dalla relazione di E. H. Wall al su richiamato Congresso, ed è altamente significativo anche per la valutazione della tesi esposta nel testo. Per quel che riguarda la nostra legislazione, noi abbiamo i procedimenti in camera di consiglio, e già esistevano nel vecchio codice, le cui norme erano state fieramente avversate da Mortara (*op. cit.*, pag. 597), e che probabilmente sarebbe stato meglio sopprimere piuttosto che aggiornarle rendendole da un lato acefale (per la soppressione dell'art. 779, con l'indicazione relativa delle materie da trattare in camera di consiglio), dall'altra illogiche e irrazionali con l'introduzione dell'art. 742 bis. Ciò tanto più in quanto i singoli provvedimenti previsti dal codice o da altre leggi hanno quasi sempre una loro disciplina che si estende al procedimento, e talvolta collima perfettamente (cfr. art. 59 disp. att. c. c.) con le norme generali, talora ne diverge fino ad assumere forme contenziose.

Il silenzio della legge sulle materie alle quali si applica la disciplina generale di cui parliamo ha perpetuato le discussioni sulla giurisdizione volontaria, sulla sua natura, sulla identificazione con i procedimenti in camera di consiglio, etc., come si può più che ampiamente rilevare dagli atti del più volte citato congresso. Le discussioni possono sembrare da un punto di vista pratico completamente inutili

(e tali qualcuno le ha ritenute), ma ciò non è vero al cento per cento, perché resta un margine, che del resto c'è per ogni « funzione », in cui si insinua il dubbio sulla contenziosità o non contenziosità del provvedimento (e si intende contenziosità intrinseca, non puramente formale, perché questa c'è sempre o quasi sempre). Qui il problema teorico si perpetua in termini concreti: ma non si tratta di discettare sull'amministrazione o sulla giurisdizione, secondo l'impostazione tradizionale che cerchiamo di eliminare con un taglio delle radici, bensì di vedere se nella singola fattispecie la posizione di un soggetto (di quello a cui sfavore o nei cui confronti il provvedimento viene richiesto) è tutelata come diritto soggettivo, cioè se si tratta o meno di costituire o rimuovere una situazione che il soggetto può postulare come diritto.

Avvertiamo subito che non bisogna formalizzarsi troppo su queste qualificazioni, che non possono essere assolute, e molte volte dipendono, inversamente, proprio dal tipo di procedimento adottato: così ad es. nella nomina del terzo che deve stabilire il prezzo, o dell'arbitro (qui la ragione del procedimento sta probabilmente nell'accordo originario). Ma in certi casi esse possono soccorrere nella decisione, e uno di questi casi è quello che si è presentato sotto forma di incostituzionalità della norma che prevede la nomina dei liquidatori della società per azioni se si verifica lo scioglimento della società per impossibilità di funzionamento o per la continuata inattività dell'assemblea (art. 2448, n. 3 c. c., e in relazione art. 2450, III comma). Poiché la nomina dei liquidatori è fatta con decreto del Presidente del tribunale, si è dubitato della costituzionalità della norma: e sarebbe stato legittimo il dubbio se al Presidente fosse stato demandato il giudizio definitivo sullo scioglimento della società. La Corte Costituzionale ha potuto rispondere negativamente assumendo che l'art. 2450 provvede nell'interesse della società, senza pregiudizio dei diritti dei soci, da risolversi in sede contenziosa.

In conclusione, quel che si vuole qui precisare è che la risoluzione (e unificazione) che noi abbiamo tentato di fare delle varie funzioni dello Stato nella generale organizzazione della *societas* non esclude che i singoli centri di competenza siano costituiti in relazione a determinate esigenze dell'organizzazione stessa, e pertanto queste siano invocabili per qualificare e determinare (quasi nel senso etimologico) le singole competenze. Ciò che è inammissibile è che si figu-

rino a priori certe funzioni (o competenze), e si faccia riferimento a queste per qualificare l'intera organizzazione. Resta con ciò confermato quanto sulla giurisdizione volontaria abbiamo scritto nel *Manuale*, pag. 652 e sgg. V. anche *infra*, n. 7.

2. - Lo scritto di ZANOBINI sulla *Amministrazione pubblica del diritto privato* è riprodotto negli *Scritti vari di diritto pubblico*, pag. 19 e sgg. Il volume di HÄNEL al quale si fa riferimento è il *Deutsches Staatsrecht*, Leipzig, 1892, vol. I, pagg. 169 e sgg. La differenza fra i due punti di vista sta semplicemente in questo, che ZANOBINI fa riferimento al diritto soggettivo privato, rispetto al quale vede una « amministrazione » in tutto ciò che riguarda la partecipazione statale alla formazione e allo svolgimento dei singoli rapporti concreti di diritto privato tra le parti; HÄNEL fa invece riferimento al diritto oggettivo, e quindi alla legislazione che lo costituisce, alla garanzia che presta al medesimo con la giurisdizione civile, e infine al diritto soggettivo in quanto ricade sotto l'interesse dello Stato dai vari punti di vista illustrati nel testo e non solo da questi. Non ci sembra dubbio che se di amministrazione del diritto privato si deve parlare la posizione di HÄNEL è la sola logica, perché ammessa la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, quest'ultimo deve essere considerato nella sua interezza non in un dato settore. Ma allora, è anche evidente che non ha più senso parlare di amministrazione.

3. - La verità è che proprio questa categoria della amministrazione pubblica del diritto privato rivela la crisi come diciamo nel testo, nella famosa tripartizione dei poteri o delle funzioni che dir si voglia. Se si aprono le più reputate opere di diritto amministrativo e di diritto costituzionale si rileva, almeno dagli studiosi di altri rami del diritto, che specialmente negli ultimi tempi lo sforzo della dottrina è stato rivolto in modo particolarmente intenso a classificare gli atti e in genere l'attività pubblica, partendo dal presupposto di una attività amministrativa intesa come cura concreta di interessi pubblici (v. da ultimo riassuntivamente la voce *Amministrazione pubblica* del CHIAROTTI, in *Enc. del diritto*). Si è venuta così individuando tutta una attività, variabile da autore ad autore, che pur costituendo cura di interessi pubblici, non avrebbe la tipicità dell'attività amministrativa, cioè non sarebbe svolta da organi del potere

amministrativo, ma da organi degli altri due poteri, senza contare che questi stessi poteri svolgerebbero talora attività non riconducibile alle classiche tre funzioni.

È assolutamente impossibile rendere conto di questo incessante e inarrestabile lavorio. Certo il profano rimane impressionato nel leggere che « vi sono attività che, per il loro carattere tecnico (per es. un insegnamento) o del tutto materiale, non sono da imputare allo stato, sebbene esercitate per suo conto, ma sono attività personali dei singoli » (così SANTI ROMANO, *op. cit.*, pag. 153). E non meno rimane quando vede coltivare, e non da oggi, la categoria delle attività interne dei poteri legislativo e giudiziario, qualificare determinate attività come di natura neutra, attribuire certe attività agli organi e non allo stato, e via all'infinito. L'analisi più profonda e penetrante di tutto questo mondo di persone e di azioni è certamente quella di GIANNINI, nel citato libro. Noi non abbiamo certo né la voglia né la competenza di valutare questi sforzi: possiamo solo dire che essi ci ricordano quelle interminabili classificazioni che si usavano fare, e ancora da taluno si fanno, degli atti processuali. Il dubbio che proviamo, e che abbiamo cercato di esprimere nel testo, più come proposta di meditazione che come convinzione, è che il vero valore di queste enucleazioni sta nella critica che ne deriva alla tripartizione delle funzioni e prima ancora allo stesso concetto di funzione. Che è poi la sola cosa che, ai nostri limitati fini, ci interessa.

4. - Abbiamo detto che il vizio originario di molti atteggiamenti dottrinari (e non solo del diritto pubblico ma del diritto privato e del processuale) sta nella singolare entificazione dello stato, al quale si attribuiscono fini, funzioni etc., determinando uno sdoppiamento reale e non solo formale, dalla *societas*. È una critica che ha ispirato tutta la mia modesta attività di studioso nei confronti di certi traviamenti del diritto processuale, ora forse passati di moda. Ma in quel che ora dico l'impegno è più vasto, e occorre completare il discorso con qualche parola di documentazione.

Non credo di dover mettere le mani avanti dichiarando che sono pienamente consapevole dell'immenso travaglio scientifico intorno allo Stato così come so di dovermi religiosamente astenere dal prendere partito nella secolare disputa. Ciò che interessa osservare è solo questo: che in generale si ritiene che lo Stato ha un duplice profilo:

da un lato esso è un ordinamento giuridico, o un'istituzione che dir si voglia, dall'altro è una persona giuridica; in ogni caso, una realtà viva e operante, non confondibile con gli enti che la compongono, un soggetto che si afferma come tale nel campo del diritto pubblico e del diritto privato (Romano, *op. cit.*, pag. 47 e sgg.; 62). Altri scrittori parlano di Stato come organizzazione, composta di una molteplicità di organi diversi, e di stato come insieme delle persone costituenti la nazione. Il primo sarebbe l'« ente » Stato, l'altro sarebbe una mera espressione verbale (cfr. specialmente Giannini, *op. cit.*, pag. 111 e sgg.). A prescindere da quest'ultima accezione giuridicamente irrilevante, all'idea di Stato come ente, come organizzazione, come istituzione, si ricollegano fini, mezzi, atti, attività, funzioni, etc.

Non vi sarebbe nulla di male in tutto ciò, se non ne derivasse la confusione denunciata nel testo. Nonostante una certa corrispondenza nel linguaggio comune, ripugna alla logica immaginare un dualismo tra *societas* e Stato, o comunque entificare la *societas* nello Stato. Lo Stato è tutto e nulla: è nulla in quanto non ha per se stesso una realtà neppure giuridica, è tutto perché è la *societas* in quanto è e non può non essere organizzata, esprime proprio l'organizzazione della *societas* e come tale *è* la sua legislazione, la sua amministrazione, la sua giurisdizione, tutti gli infiniti elementi, nessuno escluso, che compongono l'organizzazione stessa. Perciò non ha senso parlare di fini dello Stato: quelli che tali si usa chiamare in senso traslato, o forse solo in modo abbreviato, sono né più né meno che la stessa organizzazione della *societas*, se si vuole la volontà che si esprime nella sua organizzazione. Anche quando la *societas*, attraverso le sue forze politiche, si dà una costituzione e si pone dei fini (la repubblica tutela il paesaggio!) tracciandosi, come giustamente è stato intuito, un programma (norme programmatiche), sempre questi fini sono quelli che si concretano nell'organizzazione e con ciò stesso perdono la qualifica di fini.

Quando si ragiona per « fini » (e purtroppo è il ragionamento comune) si giunge a dire cose che sono quanto meno sconcertanti. Basti dire che Santi Romano, nella citata opera, pag. 73, dopo aver stabilito il principio che ogni ordinamento autonomo, e quindi anche lo Stato, determina le materie che formano il suo contenuto in base agli interessi che rientrano nei suoi fini, e aver soggiunto che lo Stato può proporsi qualsiasi fine senza che per altro alcun fine sia

necessario, afferma che vi sono molti rapporti che lo Stato non prende in considerazione, e sono quindi per l'ordinamento statale giuridicamente irrilevanti, in tutto o in parte. Orbene tra questi ultimi (parzialmente irrilevanti) il ROMANO pone le obbligazioni naturali che « si muovono in tutti i loro momenti fuori il campo dell'ordinamento statale tranne che per quanto riguarda la *soluti retentio* »; e i poteri disciplinari del capo della famiglia che non sono considerati se non per eventuali abusi. Sembra impossibile che un uomo come Santi Romano abbia potuto pensare una simile cosa, essendo evidente che si tratta, nelle fattispecie accennate, di una regola dei rapporti intersoggettivi resa necessaria dall'organizzazione che lo Stato in questo settore si è dato. Come si può parlare, e che senso ha, parlare di irrilevanza rispetto all'ordinamento statale? Vero è che SANTI ROMANO, posto sulla via dei fini, è costretto a ridurre i fini dello Stato agli interessi che lo Stato cura da sé o per mezzo di enti appositi (cioè praticamente all'amministrazione), onde ne esclude tutto l'ambito del diritto privato, la giurisdizione civile e penale, il processo, immaginando interessi e fini di altri soggetti o addirittura obbiettivi. Ci sembra questa una posizione mentale analoga e opposta a quella di scrittori più recenti, che, facendo perno sul concetto di funzione, dicono che « anche il privato nel suo agire esplica una funzione » e che « un presupposto di ogni funzione dei negozi privati è il divieto della lesione oltre la metà del valore della prestazione di una delle parti » (BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova 1959, pag. 90): cosa questa che si può anche tradurre in termini realistici, ma che espressa in termini di funzione non appare accettabile.

Questi sono gli scherzi che giocano i concetti, e sicuramente l'entificazione dello Stato è un concetto, nel senso negativo che ho tante volte illustrato (v. da ultimo le prefazioni al vol. *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova 1968, all'ultima edizione del *Manuale*, e al volume IV, parte I del *Commentario*, Milano 1968, oltre gli scritti vari contenuti nella prima di queste opere). Probabilmente, per mettersi sulla buona e semplice strada sarebbe bastato osservare che gli atti pubblici, le sentenze etc. non sono mai resi in nome dello Stato, ma del popolo italiano, come prima erano resi in nome del Re. Ma sulla inaccettabile sistematica dei pubblicisti ha influito certamente anche la contaminazione dello Stato con la persona giuridica. A nostro avviso vi è anche qui la solita trasposizione di concetti foggiati

per fenomeni privatistici (usiamo il termine tradizionale) a un fenomeno quale lo Stato che nulla ha in comune con quelli. Non ha e non può avere, perché la persona giuridica è intrinsecamente limitata e finita, mentre lo Stato in ciò che esprime è illimitato e infinito. La conferma si ritrae dalla comune osservazione che lo Stato non appare mai come soggetto nell'attività e neppure nella titolarità di diritti, ma opera nelle singole amministrazioni (di cui è stata messa in rilievo la trasposizione soggettiva), o più in generale i suoi centri organizzativi. Si veda tanto per fare un esempio l'art. 144 c. p. c. Se quindi è lecito parlare di fini della persona giuridica, non è lecito, salvo che non si abbia coscienza del traslato, parlare di fini dello Stato.

5. - La sostanziale riduzione *ad unum* della legislazione e della amministrazione implica ovviamente il superamento della nota questione sui rapporti tra l'attività amministrativa e la legge per usare il titolo della nota prolusione pisana dello ZANOBINI (*Scritti*, cit., pag. 203 e sgg.). Secondo un generale orientamento si configura il rapporto di cui parliamo come un rapporto di esecuzione, nel senso che la norma esprime, e in certo senso esaurisce, la volontà dello Stato, che l'amministrazione appunto esegue e si limita ad eseguire: onde il classico nome di potere esecutivo attribuito all'amministrazione. Questo orientamento non ha mancato di determinare in tempi relativamente recenti decisi contrasti: osservandosi che rispetto alla legge l'amministrazione è nella stessa posizione del privato, cioè svolge una attività diretta a raggiungere i fini che, nel suo caso, sono i fini dello Stato, per modo che la legge non costituisce altro che il limite della attività della amministrazione: al che si è obbiettato appunto dallo stesso ZANOBINI (pag. 205) che in realtà i fini sono posti dalla legge e dalla legge sorge l'obbligo per l'amministrazione di attuarli. Più recentemente ancora si è accentuata la posizione di autonomia dell'amministrazione di fronte alla legge, assumendosi che il limite sussiste solo per determinate attività dell'amministrazione e cioè quelle che incidono nelle posizioni dei privati (principio di legalità) mentre per il resto l'azione amministrativa è libera (cfr. GIANNINI, *op. cit.*, pag. 96).

Che ciascuna di queste posizioni cerchi di cogliere o colga un momento della realtà, è indubbio. Il vizio che ci sembra comune a tutte

è quello di istituire un dualismo tra legislazione e amministrazione che è, se è lecito dire, contro natura. Nulla è più significativo (e appunto per questo più assurdo) del porre l'amministrazione sullo stesso piano del privato, di fronte alla legge. Il privato (come soggetto e come diritto) esprime una organizzazione che non ha nulla a che fare con quella che si manifesta con l'amministrazione, tanto che si è potuti arrivare a dire, come abbiamo visto di sopra, che lo Stato si disinteressa del diritto privato, o che questo non rientra nei fini dello Stato. L'amministrazione e la relativa legislazione costituiscono i due momenti della organizzazione che si concreta nella formazione della essenzialmente unica volontà della *societas*: e sono due momenti logicamente inscindibili, perché non si può pensare senza l'altro (salvo che nei rari casi in cui la legge esaurisce quella volontà, ma è addirittura difficile immaginarli, perché... qualcosa resta sempre da fare), ma giuridicamente distinti, per una ragione che in fondo è del tutto storica, e cioè perché si è stabilito che un organo deve esprimere la volontà, un altro deve realizzarla. E questo avviene normalmente (come diciamo nel testo) in relazione agli interessi particolari che possono interferire con i pubblici interessi — onde il principio di legalità — ma anche indipendentemente da questi. perché l'esigenza della legalità è intrinseca all'azione amministrativa, anche se diversi sono i mezzi per assicurarla. È improprio quindi parlare di rapporti tra legislazione e amministrazione e tra amministrazione e azione del privato. Se un parallelo si dovesse fare, esso dovrebbe essere istituito tra amministrazione e giurisdizione: ma a nostro avviso sono cose del tutto superflue.

6. - La risoluzione della tradizionale triade nell'organizzazione della *societas* impone di ricordare come il fenomeno organizzativo è stato sempre oggetto di importanti riflessioni, ma in particolare da parte della recente dottrina, per l'impulso dato dall'art. 96 della costituzione. Il libro che più ha approfondito l'indagine è quello del NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano 1966, dove sono reperibili osservazioni generali che interessano il nostro argomento. Ci sembra per altro che in questi libri l'organizzazione ha un senso più limitato di quello da noi accolto, si studia cioè più che l'organizzazione della *societas* in funzione della critica della famosa triade, l'organizzazione « come struttura

differenziata nel seno della comunità giuridica e sociale » (pag. 106) e ciò è tanto vero che quel che particolarmente viene considerato è l'organizzazione amministrativa come gestione concreta di interessi (apparati amministrativi: v. pag. 121). Inutile dire che si tratta di indagine legittima e necessaria sotto tutti i punti di vista: ma non crediamo che la diversa concezione della organizzazione qui prospettata abbia carattere prevalentemente sociologico, come sembrerebbe apparire dalla nota 15 a pag. 107, se ben l'abbiamo intesa. Riteniamo anzi che la nostra idea sia il presupposto giuridico di ogni altra indagine, e crediamo di averlo dimostrato. Cfr. anche in relazione a quanto sopra il libro del BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, pag. 48. Ma soprattutto mi sembra che sul tema in generale siano da meditare le pagine del DE FINA, *Stato e istituzione* (libro sul quale mi riprometto di tornare nei successivi fascicoli), specie là dove tratta del « diritto come nozione di governo » (pagg. 233 e sgg.). Si deve anche ricordare che un'esigenza critica verso le opinioni dominanti, non lontana dalle idee qui sostenute, almeno sotto taluni aspetti, si può rilevare in CANNADA BARTOLI, *Intorno alla nozione del diritto amministrativo*, e *Ente pubblico e immunità*, *Foro amm.*, 1965, II, 61.

7. - La conclusione alla quale siamo giunti è dunque quella di negare validità alla impostazione problematica della giurisdizione volontaria, e precisamente alla alternativa giurisdizione-amministrazione. In questa, come in infinite altre ipotesi, si tratta di fenomeni organizzativi, da porre in relazione alle esigenze interne della *societas*. Queste esigenze sono assolte da certi organi, che non hanno bisogno di qualificazioni esterne, perché sono quello che sono. La individuazione delle esigenze può servire, come abbiamo accennato al n. 1 in fine, non solo a soddisfare un interesse teorico, pienamente legittimo, ma sul piano pratico importantissimo della competenza. Quando la costituzione dice che non si può imporre nessuna prestazione personale o patrimoniale se non in base alla legge, essa stabilisce in sostanza che la volontà della *societas* si esprime attraverso due centri di competenza: quello che istituisce l'imposizione, e quello che la concreta nel caso singolo; momenti assolutamente indissociabili l'uno dall'altro, nel duplice senso che né il centro che concreta l'imposizione può istituirla, né quello che l'istituisce può concretarla. Lo stesso è a

dirsi della norma che stabilisce che contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi della giustizia ordinaria o amministrativa, e prima ancora della norma per cui tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti o interessi legittimi (artt. 113 e 24 della costituzione). Questo significa che, dato il diritto o l'interesse legittimo, ci sarà un centro di competenza che provvederà alla sua tutela, e provvederà cercando nella volontà espressa da un altro centro (appunto la legge) se il diritto o l'interesse sussiste, anche qui dunque attraverso due momenti che sono assolutamente indissociabili, nel duplice senso di cui abbiamo detto. Quella che politicamente si indica come divisione dei poteri o delle funzioni, giuridicamente come principio di legalità, è tutta qui: e sotto questo aspetto ogni centro di competenza ha una sua individualità e quindi una sua determinazione funzionale: solo che i centri di competenza sono infiniti, o meglio, come lo Stato è sempre *unus et alter*, così i momenti organizzativi, che il termine Stato simboleggia e riassume, sono infiniti e autonomi nella loro essenziale unità.

[034]

PAGINE AUTOBIOGRAFICHE DI LODOVICO MORTARA

L'invito che mi rivolse il Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Roma di commemorare Lodovico Mortara mi diede l'occasione di avvicinarmi a questa singolare figura di studioso e di uomo, che non ebbi la fortuna di conoscere in vita. Gli anni avevano steso un velo di polvere sulla sua memoria, e questo è fatale; ma nel suo caso era avvenuto qualche cosa di più, lo avevano fissato in una formula che teoricamente (e benevolmente) lo relegava nel limbo, praticamente dispensava i suoi posteri, cioè, noi, dall'occuparsene. Debbo dire che nella revisione critica delle complesse posizioni concettuali che si riassumono nel nome di diritto processuale civile — ma sono le posizioni della scienza giuridica in generale — più volte mi era accaduto di ritrovarmi fra le mani l'opera maggiore di Mortara, e le poche pagine lette o rilette mi avevano messo nell'anima un certo sospetto, e nella mente il proposito di riaccostarmi con pieno impegno a quell'opera. Senza quell'invito forse non ne avrei fatto nulla, e invece non solo fui spinto a riprendere il Commentario, ma a ricercare tutta l'opera e le vicende della vita pubblica del Maestro.

Il risultato delle mie meditazioni è esposto nella conferenza che pubblicai col titolo significativo di Attualità di Lodovico Mortara *(Giur. It., 1968, IV, 65, riprodotto in* Soliloqui e colloqui di un giurista, *pag. 459). Non indugio qui sulla interpretazione dell'opera, e sulla restaurazione del pensiero di Mortara che ho creduto di fare in correlazione ai dominanti indirizzi della scienza: mi preme solo richiamare l'attenzione del lettore*

sulla valutazione di alcuni fatti storici, quali specialmente la reazione soggettiva del Mortara di fronte a quegli indirizzi, e il perdurare del suo atteggiamento contro tutte le apparenze, e sopra tutto l'improvviso abbandono della cattedra per la magistratura. Si trattava ovviamente di intuizioni, poiché io tutto ignoravo dell'uomo, né vi fu o credevo vi fosse alcuno che potesse testimoniare per lui.

Erano invece tra il pubblico, come poi seppi, le figlie di Mortara, Gina e prof. Nella, le quali, qualche tempo dopo, mi fecero pervenire in copia fotostatica un manoscritto del loro genitore; cinquanta paginette formato quaderno, di larga e nitida scrittura, nelle quali egli racconta, o meglio si direbbe appunta, alcuni dati salienti della sua vita. È facile immaginare quale è stata la meraviglia, e diciamo, poiché bisogna pur lodarsi, il compiacimento nel ritrovare in quelle pagine la conferma delle mie intuizioni, e ormai più che intuizioni divinazioni, a proposito delle cose che ho detto. Bisogna riconoscere che l'opera è l'uomo, se l'una e l'altro sono sinceri, e se chi si avvicina ad essi ha intelletto d'amore. Ma questo limitato interesse, man mano che procedevo nella lettura, cedeva a un interesse più vasto: si apriva davanti a me la storia, riflessa nella vita di un uomo, quindi negli apparenti limiti della sua sempre breve esistenza, in realtà senza limiti, perché, nel mutare delle esteriori vicende, eterne sono le sue componenti. Con la più assoluta sincerità, poiché egli intendeva in quelle pagine parlare soltanto di se stesso, Mortara rendeva la testimonianza di un'epoca, della nostra epoca, di un tempo che accettiamo come perduto, perché il passato non si può che accettare, ma che rimane, nel confronto e nel giudizio, terribilmente presente.

Non a caso ho parlato di testimonianza. Dalle pagine che ho davanti, Mortara, che nella vita esterna fu uomo di azione, e di quale azione, ci si rivela interiormente come un testimone. Il perno del racconto è l'incredibile avventura della sua vita: il figlio del rabbino che sale ai più alti fastigi della società civile, e alla fine del ciclo si ritrova ad essere il figlio del rabbino. Basta

questo per intendere che siamo di fronte a un'opera d'arte, degna della penna di un Salomon. Da questo motivo centrale deriva il senso augusto di solitudine che accompagna, come un coro, la sua esistenza, e deriva il drammatico sdoppiamento della sua personalità, che lo rende artefice del suo mondo, e lo mantiene ad esso estraneo, giudice e testimone (che poi sono la stessa cosa) di quel mondo e di se stesso.

Ovviamente, su un piano che oggi si usa dire settoriale, le parti della narrazione che più interessano dovrebbero essere quelle che riguardano la formazione del giurista. Ma il giurista e l'uomo sono una cosa sola, quando il giurista è un uomo, e l'uno non si comprende se non si comprende l'altro. Per questo il centro del racconto credo sia la descrizione del suo passaggio dalla religione degli avi alla religione dello spirito, raggiunta senza clamori e senza abiure, ma nel più perfetto equilibrio tra i doveri che ognuno ha verso la propria storia, che non può né deve rinnegare, e verso se stesso. Nello sfondo della vita provinciale mantovana, di una Mantova ancora austriaca, tra una popolazione assai più composita di quanto oggi non sia, e che le brevi memorie rappresentano con la finezza di un Gogol, in un ambiente familiare e sociale di rigida osservanza, si maturò la fede laica di Lodovico Mortara. L'aggettivo ha oggi perduto il suo originario significato, ha subìto lo stesso processo di svirilizzazione che subisce il suo opposto, in una atmosfera non di concilio, ma di compromesso: ma per capire che cosa significasse essere laico nel più o meno beato ottocento bisogna leggere queste pagine, che non sono la storia di un particolare, ma la storia dei nostri padri e dei nostri avi, di un tipo di uomo che sono occorse due guerre a logorare e a distruggere. Dico distruggere, per quanto la commozione che dà il ritratto di quell'uomo fatta da Mortara in se stesso induca a credere che egli non sia morto del tutto. Forse si è rifugiato nelle catacombe.

Essere laico non significa non credere in Dio, e neppure nel Dio rivelato, per quanto proprio questo dica, nello spirito del tempo, Mortara. Significa ricordare — e credere fermamente —

che l'asse tra l'uomo e Dio passa per la terra. L'ad majorem dei gloriam *non esiste per il laico, almeno nel significato ortodosso: e per questo il vero giurista è essenzialmente laico, anche se si qualifica « giurista cattolico », come, vorrei dire, il laico è un potenziale giurista (di qui il sospetto nel quale ho sempre tenuto il famoso slogan carneluttiano: « sempre meno diritto »).*

La vocazione di Mortara per il diritto io penso che proceda dalla sua giovanile opzione: certo la sua austerità fondamentale, e le scelte che operò nei momenti più impegnativi della sua esistenza trovano nel laicismo, come sopra inteso, la loro spiegazione. Esso dà anche la chiave del suo metodo: l'osservazione diretta del fatto umano, nella sua universalità e inscindibilità, non mediata da alcuna costruzione; il senso dello Stato, nella profonda concretezza della sua astrazione; l'umanità intesa non come un vago e deteriore umanitarismo, ma della costante presenza dell'uomo in ogni forma giuridica, e della immensa responsabilità (per sé e per gli altri) che l'essere uomo comporta. Per questo il suo metodo ha potuto al sopraggiunto diritto processuale civile apparire come un non metodo: ma quando dal seno della nuova scienza trionfante proruppe il grido « torniamo al giudizio », nessuno di noi si accorse che rispetto a Mortara eravamo dei ritardatari.

Le prime esperienze del giurista Mortara furono nell'amministrazione comunale e nella professione forense, importante connubio. Avvocato però non fu mai, perché sentiva poco, a quel che mi sembra, il diritto come parte. Il suo sguardo era sempre rivolto alla riva della scienza e dell'insegnamento, verso la quale si andava avvicinando sospinto dalle sollecitazioni altrui più che dalla sua volontà. Le pagine nelle quali racconta il suo approdo all'università devono essere lette con comprensione dai giovani di oggi (e da quelli che furono giovani ieri). Senza dubbio bisogna far la debita parte al tempo, e per tempo si intende la situazione storica di una società, che per altro non è una scusante: ma quel che più colpisce è da un lato la trepidazione con la quale allora ci si accostava alla cattedra, dall'altro la versati-

lità della cultura, che era ancora un residuo della unità e universalità della scienza. Credo che il peggior malanno dell'attuale ordinamento universitario stia proprio nella polverizzazione degli insegnamenti. Ne parleremo in altra sede. Mortara fu prima costituzionalista che procedurista, e sarebbe assai interessante poter ritrovare le tracce dell'indirizzo sociologico che egli dice di aver dato all'insegnamento del diritto costituzionale, in contrasto con Orlando. Ma ancor prima insegnò per incarico il diritto amministrativo, ed è sorprendente sentire l'angoscia con la quale preparava le lezioni in questa materia, allora non ben definita.

Il breve scritto ci dà interessanti notizie sullo svolgimento ulteriore della carriera accademica di Mortara. Ma su due punti richiamo l'attenzione del lettore, poiché sono fondamentali anche per la storia della nostra scienza: il primo, l'atteggiamento dell'ormai consacrato maestro di fronte al diritto processuale civile, il secondo l'abbandono della cattedra per la magistratura. Le ipotesi che nella mia commemorazione avevo fatto su questi due punti trovano conferma nelle pagine autobiografiche: e allora se noi non vogliamo peccare di superbia dobbiamo meditare queste pagine, non ridurle a mero episodio. L'uomo che pensò e operò in tal modo è lo stesso che dettò l'opera più vasta che la scienza del processo ci ha dato, e ciò dopo aver lasciato la cattedra, risolvendo la scienza in concreta giustizia.

Vi è infine un'altra cosa che si deve segnalare. Mortara scrisse queste pagine nel 1933, quando il mondo nel quale e per il quale era vissuto si poteva considerare defunto. La libertà (ben inteso quella libertà, che si sapeva che cosa fosse, non ancor diventata un nome disponibile) era stata rifiutata da chi doveva difenderla. Mortara era finito con la libertà, anche materialmente deposto dall'altissimo officio. Di questa vicenda è tacitamente piena l'autobiografia, forse è addirittura ispirata da essa. Gli accenni formali sono due soltanto, di una umiltà, di una discrezione assolute, e per ciò tanto più commoventi, come le parole con le quali lo scritto si conclude.

[039]

Non dimentichiamo queste cose. Esse portano la figura di Lodovico Mortara a una altezza alla quale ci eravamo disabituati, e illuminano la sua vita di una luce di poesia. Per questo la inattesa autobiografia costituisce un autentico completamento della sua opera, e considero una particolare fortuna che sia toccato a me di leggerla per primo e di pubblicarla.

25 Maggio 1933.

Il racconto della mia vita non merita di essere conservato per i posteri. Mi pare che possa riuscire di qualche interesse, come un piccolo episodio non privo di valore nella storia della così detta civiltà umana, rammentare le vicende che portarono il figlio di un rabbino, nato suddito austriaco, cioè senza altra prospettiva che di diventare modesto professionista di provincia, o a sua volta rabbino, o commerciante, a occupare gli uffici di procuratore generale e primo presidente della corte di cassazione, di ministro della giustizia e dei culti, di vicepresidente del consiglio dei ministri; e di essere fregiato di alcuni gran cordoni, della croce al merito civile di Savoia e del titolo di ministro di Stato.

Se la profezia di simile avvenire sarebbe apparsa folle, emessa sulla mia culla, il rammentare ora, e forse chi sa fin quando, la realtà di codesto passato, ha quasi l'aspetto di una favola. Se vi interessa, statemi ad ascoltare.

Sono nato a Mantova il 16 aprile 1855, — l'anno del colera, come si diceva ancora dopo parecchi anni, — un lunedì, nel pomeriggio. Mio padre, che allora era prossimo a compiere il 40° anno, occupava dal 1842 il posto di rabbino maggiore di quella comunità israelitica. Era uscito dal collegio rabbinico di Padova, come gli altri rabbini delle provincie venete soggette ancora, al tempo della mia nascita, alla dominazione austriaca. Era quella carica di notevole importanza, sia perché la comunità manto-

vana, nel tempo in cui conferì l'ufficio a mio padre era molto numerosa e composta di famiglie ricche o molto agiate, sia perché, secondo gli ordinamenti o gli usi del tempo nelle cerimonie burocratiche il rabbino veniva dopo il vescovo; e nei rapporti politico-amministrativi era il rappresentante della comunità presso le autorità civili e militari. Gli avvenimenti del 1848 e del 1859 produssero una diminuzione di ebrei a Mantova, essendosi trasferite a Milano o altrove talune famiglie. Nondimeno io crebbi nell'ambiente di una specie di aristocrazia, costituita e dall'autorità religiosa di mio padre e da questa sua situazione particolarmente distinta nel mondo profano. Accresceva la sensazione di elevatezza della nostra famiglia, — non ostante la modestia pecuniaria e la semplicità della vita, — la vasta coltura di mio padre, che possedeva una ricca biblioteca, non solo teologica ma letteraria e scientifica, nella quale io vissi molti anni della infanzia e della prima giovinezza, a contatto, se non altro, coi frontispizi dei libri e con i nomi di infiniti autori antichi e moderni, racimolando senza fatica un fondo di notizie superficiali che ho poi sperimentato utilissime come prima base per figurare bene fra le persone colte e magari per apparire più colto di quel che uno sia realmente.

Debbo molto, in linea intellettuale e morale, a mio padre che fu il principale mio istruttore ed educatore. La prontezza con cui imparavo e ricordavo l'applicazione che fin da bambino ponevo nel leggere e la particolarità che ho avuto fino da allora di leggere scorrendo le pagine coll'occhio, essendo poi in grado di riferire quanto avevo imparato, mi procurarono da parte dei miei genitori una speciale stima, unita all'affetto grande. Mia madre era molto più giovane di suo marito; aveva meno di ventitrè anni alla mia nascita; però la differenza d'età non si rilevava, essendo mio padre ben conservato in salute e in aspetto dalla vita morigeratissima e regolatissima che aveva sempre condotta; si amavano come giovani sposi, anche dopo non pochi anni dalla mia nascita.

Non sono mai riuscito a fissare quando cominciai a saper

leggere; ho un ricordo confuso che sapessi leggere benissimo quando in una scuola infantile la maestra mi faceva ripetere con gli altri bambini il ba-ba, e imparare a memoria qualche favoletta o poesiuola ripetendone a voce le parole man mano che essa le pronunciava. Meno pronto fu l'insegnamento della scrittura e dell'aritmetica. A sei anni circa fui mandato a una scuola elementare perché stando in casa leggevo troppo (così mi fu detto in seguito); fatto sta che fui in grado di fare la terza e la quarta classe elementare e superare l'esame pubblico di licenza elementare nel 1863. Durante gli anni scolastici 63-64, 64-65, 65-66, frequentando come *uditore*, in via di favore, alcune lezioni al ginnasio, e ricevendo alcune lezioni in casa, un po' da un professore privato, e molte da mio padre (questo di mio padre era insegnamento di tutte le ore, spontaneo, inavvertito) fui inscritto nell'ottobre del 1866 alla quinta classe del ginnasio e percorsi regolarmente negli anni successivi i corsi liceali. Mi giovò, in liceo, avere a professore di filosofia l'Ardigò, allora allora convertito al positivismo, che smise l'abito talare proprio a metà del primo anno in cui seguivo il suo corso.

In fatto di religione mio padre era fedele alla osservanza dei riti e dava esempio di austerità al suo gregge e alla famiglia. Sotto l'influenza del suo esempio e del suo impulso, ho avuto un breve periodo di religiosità. Recitavo le principali preghiere, con fervore di convinzione. Gradatamente si formò in me la convinzione altrettanto fervida e ferma della inutilità della preghiera; fra il quindicesimo e il sedicesimo anno, cioè durante il primo anno dell'università, si consolidò nell'animo mio, voglio dire nel mio cervello, in seguito a letture e riflessioni che ebbi agio di fare mercé la coltura acquistata negli anni del liceo, si consolidò, dico, quella forma mentale di agnosticismo, fortificato dalla salda convinzione che l'onestà e la rettitudine sono dettate dalla intelligenza e non dal così detto timor di Dio, convinzione che ancora oggi possiedo immutata e a cui ho associato senza fatica mia moglie, con l'aiuto della quale, e nel modo più naturale del mondo, l'ho trasmessa ai nostri figli. Posso dire che mio

padre ha conosciuto questo mutamento della mia coscienza e lo ha accolto col medesimo rispetto con cui io trattai sempre le sue convinzioni e le sue pratiche religiose. Onde appunto non misi in dubbio che i miei figli maschi, nati nella casa paterna, ricevessero la circoncisione nelle forme attuali; bene intendendo che ciò non impegnava la loro coscienza, né la mia nei riguardi della loro educazione.

Insisto su questo argomento, che ha avuto tanta parte nella mia formazione mentale e morale e per riflesso in quella dei miei figli. Può parere singolare che la mia giovinezza trascorsa quale figlio di rabbino in un'atmosfera di osservanza di riti e doveri religiosi, e quella di mia moglie trascorsa presso un padre ancora più osservante e devoto, ci abbiano preparato a quella incrollabilità di opinioni (non dico di fede, per non usare una parola troppo screditata da altri usi), che ci ha lasciato sempre serena la coscienza e intatta la visione dei più alti doveri individuali, familiari e sociali. Dico che può parere singolare questo fatto, osservando la facilità con cui molta gente, che nel periodo della mia giovinezza e della prima maturità ho conosciuta vantatrice di miscredenze e di irreligiosità, ho veduto poi convertirsi a idee ortodosse e a fervida pratica di doveri religiosi. Forse la differenza deriva dall'essere noi vissuti in un clima intellettuale aperto a tutte le conquiste oggettive della scienza, onde la sensazione del conflitto tra scienza e religione penetrò in noi senza che dovessimo dedicarvi meditazioni particolari, e mise salde radici nei nostri cervelli, come una semenza che germoglia e cresce obbedendo alle leggi della natura. Così, senza rinnegare nulla del passato e conservando alle generazioni che ci precedettero l'affetto e la venerazione che meritano, e sopra tutto senza dimenticare in nessuna ora della vita che siamo nati ebrei e che nella società attuale più o meno evoluta che sia, questo è un marchio classificatore che non si elimina, anche se noi, nell'intimo del nostro pensiero, sappiamo che non ci impone nessun vincolo come uomini e come cittadini, ci siamo trovati a poter vivere la vita

della nostra patria, in un periodo fortunato di libertà vera, che oggi è tramontato; non certo per sempre...

* * *

La mia giovinezza, nel periodo degli studi secondari e universitari è trascorsa in un isolamento relativo. Le così dette amicizie fra condiscepoli non hanno mai avuto per me intimità vera; non saprei rammentare uno fra i miei compagni di studio con cui abbia avuto comunanza di sentimenti e di idee, o fraternità di cuore. Se ciò sia stato effetto della mia età alquanto inferiore a quella dei condiscepoli, o del mio carattere, schivo da facili confidenze, o da queste ed altre cause insieme, compresa quella del marchio classificatore che accennavo dianzi e che è stato sempre presente al mio pensiero per additarmi, secondo le circostanze, la linea di confine da non sorpassare nelle relazioni sociali, fatto sta che realmente mi sono quasi sempre sentito isolato nella vita. La sola persona che in un secondo periodo avrebbe colmato quel vuoto sarebbe stata mia moglie, a causa appunto della spontanea consonanza di mente e di cuore fra noi. Molte volte è accaduto che esprimendo lei, o io, una riflessione, una osservazione, o un pensiero qualunque, l'altro dicesse: è quel che volevo dirti. Purtroppo, le cure della maternità prima, la lunga malattia poi, mi diminuirono e mi tolsero troppo presto questo grande conforto.

Ebbi la laurea in legge nel 1874; come era allora prescritto, iniziai le pratiche di avvocato e procuratore in uno studio nel quale già nelle vacanze del 1873 avevo frequentato, acquistando qualche conoscenza elementare del funzionamento delle procedure giudiziarie. Per questo precedente accadde che nell'ultimo anno universitario fui portato a scegliere per la tesi di laurea un tema di procedura civile. Fosse più o meno bene elaborato, i giudici gli furono assai benevoli, dichiarando meritevole di stampa il mio lavoro; ciò che io mi guardai bene dall'ascoltare ed eseguire. Per altro fu il primo passo nella via che doveva poi aprir-

mi tutt'altra carriera. Essendo allora (1873-74) in corso di definitiva applicazione a Mantova e nel Veneto la legislazione processuale italiana, ed essendosi alquanto diffusa la notizia della mia speciale competenza nella procedura civile, ero spesso consultato da avvocati incerti su una forma o su una pratica, per timore delle così dette nullità, che nella procedura austriaca erano ignote. — L'avvocato presso il quale facevo le pratiche mi accordava intera fiducia non solo per la redazione degli atti ordinari ma anche per la preparazione delle comparse conclusionali ecc. — E mi assegnò ben presto un piccolo stipendio mensile; cento lire erano un compenso modesto; ma per un semplice praticante era cosa eccezionale. Dico subito che la fiducia del mio principale non generò alcun principio di intimità, vorrei dire neppure di cordialità fra noi. I nostri rapporti furono sempre freddi e corretti; non so se egli mi avesse preso a voler bene e pensasse a farmi suo successore nella clientela; forse sì; ma non me ne diede mai manifestazione. Dal canto mio, l'idea di espormi nella concorrenza professionale ai contatti con clienti e avversari, assumendo responsabilità personali di consigli e d'opera, non mi sorrideva affatto. Perciò restai in quello stato anche dopo ultimato il biennio di pratica e aver guadagnato i diplomi di procuratore e di avvocato, contentandomi di meschini aumenti del compenso mensile e di qualche affare a parte che mi veniva da gente non legata allo studio. Così tirai innanzi fino alla metà dell'anno 1881. Frattanto, però, la mia competenza nella procedura civile (così si diceva) mi aveva attirato l'invito a collaborare a una *Gazzetta legale*, che si stampava a Genova, nella quale feci inserire due o tre articoli relativi a questioni piuttosto nuove che mi si erano presentate nella pratica del lavoro professionale. Feci conoscenza col Cuzzeri, avvocato a Verona e autore di un commento pratico al codice di procedura civile, e col Bolaffio avvocato e professore a Venezia, dove dirigeva la *Temi veneta.* Nel 1879 fui incaricato di redigere una relazione del progetto di riforma del procedimento sommario, che era stato presentato allora al Senato. L'incarico proveniva molto modestamente dal

Consiglio di disciplina dei procuratori di Mantova. La relazione fu presentata e, senza che io lo sapessi, fu distribuita come tante altre simili a senatori e deputati. Ebbe l'onore di essere la sola menzionata nella relazione presentata al Senato, redatta dal senatore Miraglia allora primo presidente della Corte di cassazione di Roma. Mi fu mandata copia della relazione Miraglia dall'avv. Cadenazzo, allora deputato, con queste parole di accompagnamento: à tout seigneur tout honneur; che mi risovvengono ora, probabilmente non mi erano più state presenti alla memoria; certo non capii, né allora né poi, come avrei potuto menare vanto dell'inatteso onore, almeno fra i miei colleghi del piccolo foro mantovano, o valermene presso il mio « principale », o trarne animo per tentare la sorte dell'apertura di uno studio mio.

In fondo la professione non mi piaceva; avevo anche cominciato a difendere cause penali, sempre come difensore d'ufficio, in tribunale e in Corte di assise; ma quell'arringo mi era il più indigesto.

Tornando alla relazione sul procedimento sommario, dirò come essa abbia deciso il mio destino.

Fra il 1879 e il 1881 avevo continuato a pubblicare qualche articolo o nota su questioni pratiche, specialmente di procedura civile. Quel tal progetto di legge abortì nel 1879; fu ripreso nel 1881, essendo Ministro della giustizia lo Zanardelli, avvocato bresciano, conosciuto da molti avvocati mantovani e un poco anche da me. Siccome quel progetto non appagava le curie, specialmente settentrionali, fui invitato dal *Monitore dei Tribunali* a scrivere uno studio critico con proposte a guisa di controprogetto. Era il primo frutto della piccola gloria di due anni prima. Scrissi l'articolo che fu pubblicato e dalla direzione del *Monitore* largamente diffuso nelle sfere parlamentari. Forse lo Zanardelli ne ebbe notizia e forse desiderò di mettersi in contatto con me? Sta di fatto che il suo capo di gabinetto (un consigliere della corte d'appello di Brescia) scrisse al mio « principale »; che cosa gli abbia scritto non so; ma so che costui ebbe la faccia tosta di

propormi di scrivere *insieme* un controprogetto da presentare al Ministro.

Egli conosceva perfettamente il mio ultimo scritto, che aveva letto per primo sulle bozze di stampa. Erano sette anni che lo *servivo* (non come Giacobbe a Labano), e quella sua proposta o richiesta, mi apparve una pretesa esagerata di *servizio*, che mi irritò al più alto grado. Senza spiegazioni, uscii dallo studio (era l'ora della colazione) e non vi ritornai più. Mi decisi senz'altro ad affittare un locale per aprire studio; ebbi in quei giorni una brillante vittoria a Brescia in una causa che avevo assunto di difendere in appello (mi fruttò settecento lire che bastarono per ammobiliare lo studio e guarnirlo un poco di libri). Profittai della gita a Brescia per la causa e mi spinsi per qualche giorno a Milano dove era aperta una esposizione (luglio 1881). La prima mattina, uscendo dall'albergo, mi imbattei in Galleria con l'avv. C...., il quale mi propose di collaborare al *Digesto Italiano* della cui direzione egli era entrato a far parte; non so se subito quella mattina, o scrivendomi qualche giorno appresso, mi offrì di redigere la voce « Acquiescenza » che a lui fruttò ottocento lire di cui diede a me la metà, col pretesto che egli aggiungeva il suo nome al mio sotto la *voce*, che fu pubblicata nel primo volume del *Digesto* nel 1882.

Per la cronaca, noto che dopo il mio articolo critico nel *Monitore dei Tribunali* il progetto di riforma del procedimento sommario si addormentò una seconda volta, di ben lungo sonno.

Dopo la « Acquiescenza », C... mi propose di scrivere la voce molto più importante « Appello civile »; frattanto avevo anche raccolto in un volumetto quegli articoli su questioni processuali che mi parevano più interessanti; ed entrai anche in collaborazione col Foro Italiano; e, se ben ricordo, con la *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, diretta da Fr. Schupfer e da Guido Fusinato. Il lavoro sull'*Appello* procedeva bene; più tardi assunsi anche di commentare il quarto libro del codice di commercio nuovo (1883-1884) di cui nel 1932 ho curato la sesta edizione. E poiché maturavasi adagio in me la convinzione di

poter aspirare all'insegnamento universitario, ebbi la ventura di incontrarmi con Enrico Ferri che mi esortò a chiedere la libera docenza a Bologna dove egli allora raccoglieva i primi allori. Mi sorprese la facilità con cui la ottenni (estate-autunno 1882). Non debbo qui tacere l'ingresso nella attività politica, che ebbe luogo nel 1880 (certo in quel torno) essendo entrato a far parte di una *Società democratica*, seguace dell'indirizzo Zanardelliano, costituitasi sotto la presidenza dell'avv. Cadenazzo e del conte D'Arco. Di ebrei non vi entrammo che io e un più giovane avvocato Finzi, morto qualche anno fa. Gli ebrei mantovani, borghesia ricca e conservatrice, erano inscritti all'*Associazione costituzionale*, che rappresentava la destra parlamentare e che aveva nelle mani dal 1867 l'amministrazione del comune e della provincia. Non mi accorsi subito, ma lo conobbi più tardi, che la manifestazione di indipendenza mia aveva urtato i nervi dei correligionari, non sembrando a loro lecito che io avessi dimenticato di essere figlio del rabbino il cui stipendio era pagato con i loro contributi alla comunità. Povero e misero stipendio, che diminuiva progressivamente fino a essersi ridotto a trecento lire al mese! Mio padre, naturalmente, quando venne a sua volta a conoscere questo che ho detto, fu serenamente al mio fianco per coprire col disprezzo siffatta miseria morale e intellettuale di quel suo gregge, allora corrente verso il così detto razionalismo, come più tardi virò verso la religione degli avi, seguendo l'esempio generale.

Nella Società democratica eravamo due segretari, io e Ugo Galeotti, allora nello studio Cadenazzi, che finì poi a Roma revisore dei resoconti alla Camera (anche lui aveva forte antipatia per il libero esercizio dell'avvocatura). La amministrazione comunale era in maggioranza conservatrice; la minoranza democratica era vivace e battagliera. La sinistra era al potere; Zanardelli era ministro; — accadde ben presto che il consiglio comunale si sentì disorganizzato. Dimissioni in massa; elezioni generali; battaglie elettorali nei giornali cittadini, a cui io collaborai con qualche energia. Alle elezioni uscii fra i nuovi consiglieri con mediocre votazione; ma l'importante fu che i due partiti si

trovarono a parità di forze (venti per parte) nel nuovo consiglio. I moderati decisero di secondare un esperimento di amministrazione democratica. Alla prima seduta, procedutosi a votare per la elezione della giunta, il mio nome fu il solo che riuscì a primo scrutinio; trentasei voti; i quattro mancanti erano stati il mio e quelli di tre altri consiglieri ebrei. Lo strano che io non conoscevo quasi nessuno dei colleghi e, con quei pochi che conoscevo, la conoscenza era superficialissima. Con altre due votazioni fu messa insieme la giunta democratica; nessuno raggiunse un numero di voti vicino al mio. Sarebbe dunque toccata a me, logicamente, la nomina a sindaco, che allora si faceva su proposta del prefetto e per decreto reale. Non era neppure discutibile che io vagheggiassi questo ufficio; ero il più giovane dei consiglieri, uno degli ultimi riusciti, in ordine di voti, nella elezione cittadina; — e poi ero il figlio del rabbino; e Mantova non era una città in cui facesse difetto l'antisemitismo. A proposito di che, voglio rammentare quel che mi era accaduto nel novembre del 1864, il primo giorno che andai al ginnasio dove ero stato ammesso come uditore. Dopo le lezioni della mattina, durante le quali, timido e non conosciuto da nessuno, in una classe in cui tutti mi parevano giganti, ero rimasto quieto quieto su un banco, me ne andavo soletto verso casa, quando odo gridare alle mie spalle in tono canzonatorio: il figlio del rabbino, il figlio del rabbino! — Voltato il viso, scorsi due *fra i più alti*, e certo di parecchi anni maggiori di me, che avevo notato in un banco vicino al mio, ben inteso senza avere scambiato una parola. Ebbi il... coraggio di continuare la mia strada, senza affrettare il passo, e avendoli alle spalle con quella cantilena. — Per verità, qualche settimana dopo erano diventati miei buoni amici e mi chiedevano aiuto per i loro compiti.

Così, conservando il titolo di assessore anziano, non assunsi neppure il titolo di Sindaco che lasciai all'assessore eletto con maggiori voti dopo di me. Per altro fra l'autunno del 1882 e l'autunno 1883 posso dire che la maggiore soma del lavoro pesò sulle mie spalle, occupandomi io dei varii rami dell'amministra-

zione, quando gli altri assessori erano assenti, il che accadeva molto spesso. Quel po' di lavoro professionale che avevo raggranellato ne soffriva alquanto; tanto più che le ore libere le dedicavo più volentieri a quei lavori più o meno scientifici che mi schiudevano la via a sperare nella possibilità di uscire dal chiuso campo della vita mantovana.

Nell'inverno del 1882-83 si cominciò a parlare in famiglia, attraverso le tradizionali forme della trattativa più o meno contrattuale, del mio matrimonio con Clelia. Ci fidanzammo il 1° di marzo del 1883 e sposammo il 15 ottobre, nel qual giorno non mi parve vero di dimettermi da assessore. Malgrado le mie benemerenze, quando scaddi da consigliere non fui rieletto; mi pare che ciò avvenisse nell'estate del 1884.

Clelia divise subito, anzi raddoppiò la mia aspirazione a una carriera diversa. Continuai a lavorare intensamente a questo scopo nel 1884 e nel 1885, componendo anche un volumetto intitolato *Lo Stato moderno e la Giustizia*; e occupandomi a mandare innanzi la monografia sull'*Appello civile*, che andava prendendo proporzioni ragguardevoli. Fortuna volle che capitassi a Torino, credo nell'estate del 1885, o anzi nella primavera del 1886 per discutere una causa; e che il collega, che mi era avversario nella causa, mi inducesse a entrare con lui negli uffici della Unione Tipografica Editrice Torinese, editrice del *Digesto Italiano*. Io ero ben lontano dal pensare alla utilità di siffatta visita, e da solo non ne avrei mai avuto l'iniziativa. Eppure quanto mi fu utile! L'ottimo Moriondo, direttore della Società, mi fece una accoglienza paterna; mi rivelò, senza che io lo avessi a ciò provocato, che il C.... percepiva per l'*Appello* più del doppio di quanto aveva convenuto di corrispondermi. Volle che da quel giorno i miei rapporti fossero direttamente con la Società e mi mandò pochi giorni dopo un vaglia di mille lire in conto degli onorari da liquidare. Rimasi così assicurato contro il rischio che a lavoro ultimato il C.... pretendesse di apporvi la firma, insieme e prima della mia come aveva fatto per l'*Acquiescenza* (cioè per la mia stupida acquiescenza). In verità, l'unico vero

amico che ho avuto nella mia vita di lavoro è stato Luigi Moriondo, col quale non avevo nulla di comune se non le iniziali del nome e del cognome.

L'anno 1885 (in cui nacque Giorgio) fu per me un anno di angustie perché il miraggio della cattedra universitaria mi pareva ancora lontano e certe vicende economiche famigliari mi preoccupavano fortemente, mentre poi il guadagno professionale non aumentava sensibilmente anche perché me ne curavo poco.

In quel torno di tempo ebbi la bizzarra idea di tentare un concorso aperto all'Università di Modena per la cattedra di diritto costituzionale. Lo vinse Orlando. Naturalmente i miei titoli non potevano farmi ottenere neppure la generica eleggibilità. Ma ebbi conforto di parole molto cortesi nella relazione, redatta da Giorgio Arcoleo, che quasi mi profetava vittoria per una cattedra di procedura civile. Non conoscevo allora Arcoleo né altri dei giudici del concorso. Mi è caro ricordare l'episodio, ponendolo in relazione alla affettuosa amicizia avuta poi con Arcoleo a Napoli e in Senato, e con i rapporti particolarmente avuti con Orlando dal 1907 in poi.

Il lavoro dell'*Appello* andava ingrossando; gli altri scritti che andavo pubblicando mi avevano tutt'insieme guadagnato una certa notorietà, probabilmente da me non valutata. Un conforto a valutarla meglio mi venne da una visita al Mattirolo, in occasione di una mia gita a Torino nella primavera del 1886 (non ricordo se fu la stessa gita della visita a Moriondo, ma mi pare sia stata posteriore). Alla visita a Mattirolo (un'altra coincidenza di L. M.... e poi dite che sono pregiudizi!), mi spinse molto energicamente l'ottimo Guido Fusinato che da poco tempo era professore a Torino di diritto internazionale. Allora il pontefice massimo per la procedura civile, nelle cattedre italiane, era Luigi Mattirolo. Andai da lui. Mi accolse con una cordialità che potrei dire commovente. Quasi abbracciandomi mi disse che *dovevo* concorrere alla cattedra di Pisa (concorso bandito da poche settimane); che egli era lieto di vedere in me un continuatore; che nella commissione egli sarebbe stato senza dubbio presidente, o

relatore, o l'una e l'altra cosa. Quella conversazione mi fece un gran bene. Non perdetti tempo a mettere insieme i miei titoli e lavori e a inviare a Roma la domanda per il concorso. Rammento incidentalmente che Mattirolo fu poi impedito da malattia e non partecipò al giudizio del concorso (che era per *straordinario*).

Poco appresso si verificò un episodio che mi fece molta impressione. Erano stati banditi, successivamente a quello di Pisa, due concorsi per *ordinario* alle cattedre di procedura civile delle Università di Messina e Catania, elevate recentemente alla prima classe. Avevo veduto l'annuncio di quei concorsi; ma trattandosi di cattedre per ordinario avevo pensato che non era pane per i miei denti. Quando un giorno ricevo la visita di Luigi Franchi, allora incaricato di diritto comm. a Macerata, il quale mi dice che il suo collega di procedura desiderava sapere se io avrei concorso a una o all'altra di quelle cattedre, o a entrambe; perché anch'egli pensava di concorrere per acquistarsi il titolo di ordinario, da far trasferire a Macerata, dove pare non si potesse averlo direttamente; e se io concorressi a una sola delle due cattedre, egli avrebbe concorso con più fiducia all'altra.

Manifestai la mia sorpresa per questo discorso, che... non capivo. Franchi mi spiegò che se io concorrevo la mia vittoria *era certa*, come era certa a Pisa (si sapeva della mia presentazione a quel concorso); e che il bravo Pascucci non sognava di potermi battere. Malgrado questo discorso, restai perplesso e mi riservai di rispondergli. Ne parlai con Clelia, che fu meno esitante di me. Mi incontrai con Franchi il giorno dopo al Caffè della Posta, dove egli stava in compagnia del Prof. Perozzi (visto quell'unica volta); gli dissi che avrei concorso a Catania; e tanto lui che Perozzi mi predissero che l'anno seguente sarei stato ordinario a Pisa. La predizione non si avverò così liscia; ma si avverò in marzo del 1888, cioè a metà del secondo anno del mio insegnamento a Pisa. Si sarebbe forse verificata prima se non avessi avuto la mal celata ma fiera ostilità del Buonamici che era rettore, e che aveva combattuto la mia vittoria pisana nella commissione giudicatrice del concorso, sostenendo disperatamente il

Castellari che, allora, fu dichiarato ineleggibile, per deficienza di titoli.

Entrai dunque nell'Università di Pisa con un trionfo doppio, ma col nemico autorevole accanto. Buon per me che intanto, essendosi resa vacante la cattedra di diritto amministrativo, ed essendosi saputo... che avevo funzionato da sindaco a Mantova (è incredibile, ma questa fu la ragione addotta), il Serafini, preside della Facoltà, mi propose l'*incarico* di quell'insegnamento, io lo accettai (con un coraggio di incosciente), la facoltà lo deliberò, il Ministero mi nominò. Tutto questo avveniva ancora prima che avessi cominciato a insegnare la procedura; perché cominciai questo corso nel gennaio del 1887.

Qui voglio ricordare due piccoli *segni* verificatisi a proposito, o in occasione, del mio ingresso nella nuova vita tanto agognata.

Sulla metà di settembre del 1886 avevo dovuto andare a Brescia per discutere una causa in corte di appello. Nel pomeriggio, mentre mi avviavo soletto alla stazione, mi spuntò nella memoria: *adonai lì, lo irà*; in questa reminiscenza involontaria sentii confusamente un buon augurio. Arrivato a casa, la sera stavo cenando, quando suona il campanello: dico a Clelia: è un telegramma (ma non ne aspettavo nessuno); e infatti era un telegramma affettuoso di Guido Fusinato, che diceva: tua vittoria Pisa assicurata. Seppi in seguito che non erano ancora assegnati i *punti* in quel giorno, perché Buonamici stava battagliando per farli calare. Pochi giorni dopo seppi di avere vinto il concorso di Catania con parecchi punti *di più* di quello di Pisa.

Non so se la stessa sera del telegramma Fusinato o la sera appresso, nel passare per il salotto che precedeva la camera da letto mi trattenni un momento presso lo scrittoietto di Clelia, e casualmente presi in mano la Divina Commedia che vi era posata; l'aprii, e mi vennero sotto gli occhi i versi:

Ormai convien che tu così ti spoltre... ecc. ecc.

Non posso dire l'emozione provata; presi subito un foglietto e vi ricopiai quelle terzine, fino a: « se tu m'intendi or fa sì che ti vaglia » — per conservarmele quasi come un talismano. Ogni verso sembrava avere un significato particolare per la mia situazione: il « non basta da costoro esser partiti » mi diceva non solo il mutamento di vita e d'ambiente, il voltar le spalle alla mediocrità della professione, ma anche l'allontanamento da quella comunità ebraica che per mille ragioni mi si era resa insopportabile, e che cagionava a mio padre varie ragioni di dispiacere. Il *vincere l'ambascia*, mi dava conforto per le angustie economiche piombate in quei giorni sulla famiglia, delle quali preferisco non discorrere, pur confessando che la mia inesperienza, oltre il buon cuore, vi aveva avuto una gran parte. Il *più lunga scala* era... un augurio; ma quell'augurio l'accoppiavo con l'*adonai lì lo irà*, di pochi giorni innanzi (vuol dire: iddio è con me e non temerò). Che io non creda alla ingerenza di dio nelle cose umane, e soprattutto nelle cose private, e ignori serenamente che cosa significhi la parola dio non impediva quel certo effetto di ristoro morale che l'insieme di codesti segni mi infondeva. L'uomo è fatto così. Io sono perfettamente agnostico; ma non sono mai stato scettico.

Ho detto che fu buono per me l'avere avuto l'incarico del diritto amministrativo, quantunque l'avessi accettato incoscientemente. Quando, in gennaio del 1887 mi accinsi alla preparazione per questo insegnamento, ne scoprii tutta la difficoltà e compresi di avere assunto una grave responsabilità. Anche perché il corso, a Pisa, era biennale, e si intitolava « di scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo », mentre in altre università era diviso in due corsi annuali separati. Allora non pareva ancora chiara la delimitazione delle due zone didattiche; e mi preoccupava anche la presenza in Facoltà dello Scolari, che in tempo anteriore aveva tenuto la cattedra, passando poi a quella di costituzionale. Ma Dante aveva ammonito: ... con l'animo che vince ogni battaglia... E mi circondai di libri e passai lunghe serate (freddissime) in una cameretta gelata, a studiare, a pren-

dere note e appunti; e poi, a scrivermi in extenso le prime lezioni. Sapevo che non le avrei lette; ma sapevo anche che se non le avessi scritte mi sarebbe mancata la parola sulla cattedra.

Frattanto avevo incominciato le lezioni di procedura civile con discreto successo. Vedevo che la scolaresca mi avvicinava con manifesta simpatia. Ero il più giovane professore della Facoltà e si sapeva della preferenza che avevo dato allo straordinariato a Pisa sull'ordinariato a Catania, ecc. ecc. Così, quando cominciai — forse in febbraio — il corso di diritto amministrativo, l'adattamento al clima della scuola era bene avviato; non tardai ad accorgermi che nelle mie lezioni si trovava del nuovo e dell'interessante, anche in quella materia che era stata per me tanto nuova. Non si era giunti che alle vacanze di Pasqua, e io ero a Mantova, che l'ottimo Filippo Serafini, in una adunanza della Facoltà, volle fosse espressa la soddisfazione dei colleghi per l'acquisto del nuovo professore. Il che giovò a far cessare la ripetizione di una... *massima*... che il buon Supino mi aveva ripetuto *confidenzialmente*, cioè che la procedura civile non era materia per una cattedra di ordinario.

In realtà quel primo anno di insegnamento insegnò a me moltissimo; tanto che nelle vacanze estive ebbi il *coraggio* di mettermi a scrivere il *Manuale di procedura civile*, pubblicato dal caro Moriondo nel gennaio 1888. Arrivavo a tempo ad aggiungervi una appendice sulla legge dello stesso gennaio, che aveva abolito i tribunali di commercio, studiandone gli effetti con riguardo a prevedibili questioni generali e speciali che poi agitarono lungamente la giurisprudenza, ma finirono con l'essere risoluti come avevo scritto io (altri scrittori, del tempo, compreso Mattirolo, dissentivano).

Il magro onorario del *Manuale*, e una parte, tenuta in conserva, di quello dell'*Appello*, mi fornirono i mezzi (tempi beati!) per arredare l'appartamento al ponte Solferino, dove portai Clelia e Giorgio dopo le vacanze di capo d'anno 1888. Naturalmente una parte dell'ammobiliamento (la camera da letto, il pia-

noforte, il famoso scrittoietto di Clelia, e qualche altra cosa, oltre i libri), me li portai da Mantova.

Nell'insieme, la crisi finanziaria era superata; le perdite gravi erano irreparabili; ma si campava decorosamente; quando poi nel marzo 1888 venne la promozione a ordinario, ci parve di essere ricchi. Parte delle vacanze la passammo a Viareggio, con l'aiuto di qualche provento professionale che di tratto in tratto mi pioveva.

Con l'anno scolastico 1887-88 finì il biennio del corso di diritto amministrativo; soddisfatti tutti, tanto che al principio del nuovo anno mi proposero di assumere l'incarico del diritto costituzionale, per far piacere allo Scolari che era stato trasferito a Roma e si era fissato a desiderare che restasse non occupata definitivamente a Pisa la sua cattedra. Poveretto, morì poco dopo.

Avendo fatto a tempo una certa preparazione in sociologia e in scienza politica iniziai il corso di diritto costituzionale con una prolusione che intitolai: « La lotta per l'eguaglianza ». Credo che fossi molto solo a dare un indirizzo *sociologico* all'insegnamento del diritto costituzionale; quel medesimo anno, Orlando, trasferito a Palermo, iniziava il corso con una prolusione in cui professava come indirizzo dell'insegnamento la esegesi del diritto pubblico nazionale, escludendo esplicitamente le scorrerie nel campo sociologico o in quello dell'alta scienza politica. Ma le mie lezioni piacevano, e poi avevano un particolare significato di antitesi con i sermoni del Toniolo dalle cattedre di economia e statistica. Perciò mi sentii sempre più appassionato per quel mio metodo di insegnamento, che prendeva lo spunto dall'indirizzo positivista, e trattava dello stato nel senso conforme al mio agnosticismo, cioè dando la spiegazione della sovranità e dell'organismo dei poteri politici nell'ordine prettamente laico, e areligioso — mantenendomi però sul terreno della ortodossia politica, malgrado che Toniolo e parecchi altri clericali stessero all'agguato per imputarmi di rivoluzionarismo se avessero potuto. Il che non era possibile perché non credetti mai utile per l'Italia l'ab-

bandono della forma monarchica; e non lo credo neppure adesso, malgrado che...

Continuato per dieci anni, l'insegnamento del diritto costituzionale mi preparò nuove vedute nel campo del diritto processuale. Di esse vi è documento nel primo e nel secondo volume del mio *Commentario*, che cominciò ad essere pubblicato a fascicoli nel 1897. Il metodo nuovo attirò l'attenzione e ebbe assai liete accoglienze, tanto che la tiratura del primo volume fu raddoppiata in corso di stampa; e mentre si stampava il secondo volume si aumentò la tiratura dell'opera a cinquemila esemplari. Poi vennero edizioni rivedute del primo volume, e nuove ristampe di tutti i volumi con aggiornamenti. Forse potevo approfittare meglio della fortuna di quella mia opera. Ma da una parte la cura della *Giurisprudenza Italiana*, che cominciai a dirigere dal 1892, mi rubava parte del tempo; dall'altra, trasferitomi a Napoli nell'ottobre del 1898, ebbi presto occupazioni professionali più abbondanti, che altro tempo notevole mi prendevano.

(Parentesi: così scrivendo ho fatto un salto di circa otto o nove anni, passati a Pisa fra vicende liete e non liete. Fra queste seconde la morte di mio padre nel febbraio 1894; fra quelle l'aumento della famiglia, e l'incarico della *Giurisprudenza Italiana*, arrivato molto opportuno al principio del 1892, a raddoppiare le risorse che allora erano poco più che lo stipendio, — per fortuna la vita era facile). A proposito della *Giurisprudenza Italiana* mi piace rammentare come andarono le cose. Avevo letto nel giornale la morte del Ricci che ne era direttore da alcuni anni (deve essere morto nell'ottobre o alla fine settembre del 1891). Non ci avevo fatto caso, anche perché quella rivista mi era quasi ignota; io collaboravo nel *Foro Italiano* e nella *Temi Veneta*; mi pare anche nella Rivista di Schupfer e Fusinato. La mattina stessa che avevo letto quella notizia, a cui certo più non pensavo, trovandomi *Sotto Borgo* fui avvicinato da Sraffa con queste parole: saluto il direttore della Giurisprudenza Italiana. Ci scherzammo sopra; ma egli insisteva alquanto in questa idea che gli era venuta così d'improvviso. Ciò mi fece riflettere e sen-

z'altro scrissi una lettera di... apertura, al mio caro Moriondo, che a volta di corriere mi rispose simpaticissimamente. Quindici giorni dopo, con deliberazione del Consiglio di amministrazione della Utet, la cosa era conclusa.

Volle fortuna che la rivista sotto la mia direzione, dopo qualche anno di lavoro perseverante, uscisse dalla morta gora di duemila abbonati *circa*, in cui stava da molti anni. Mentre essa prosperava, giovava a me, finanziariamente e moralmente, conferendomi una posizione sempre più in vista e dandomi un largo campo alla critica della giurisprudenza, specie nel campo processuale, che allora era molto arido e pedestre. Credo che ad allargare l'orizzonte, a sbandire superstiziose interpretazioni, massime pedanti, ecc. ecc., più che i miei libri, o in concorso di essi (che naturalmente ricevevano maggiore voga) abbiano servito le implacabili note critiche che scrivevo nel giornale.

Di un altro episodio pisano devo far ricordo. Nella primavera del 1891 fu adunato a Firenze un Congresso giuridico nazionale, e fra i suoi temi fu inserito quello della riforma del procedimento sommario, che era tornato a galla in parlamento, con un progetto nuovo, non migliore di quello di dieci o dodici anni avanti. Naturalmente fui incaricato quale relatore per questo *numero* nel Congresso. E pare me la cavassi assai bene, perché l'avv. Morelli Gualtierotti che allora era deputato, si appropriò le mie critiche e le mie controposte; si fece nominare relatore alla Camera e presentò con la relazione un controprogetto che era quasi interamente il mio. Ricordo che Giulio Fioretti facendo la cronaca di quel Congresso su un giornale di Napoli, scrisse che io avevo avvinto l'attenzione del pubblico parlando del procedimento sommario come se avessi tenuto una conferenza di arte o di letteratura.

Ma ancora non era scoccata l'ora per la riforma del processo sommario. Dal 1891 si passò al 1901 — e in quel decennio la mia vita e la mia attività ebbero gli svolgimenti che ho già menzionati qui sopra.

Saltiamo dunque al 1901. Alla meglio, o alla peggio, sulla

fine del 1900, Gianturco essendo guardasigilli, riuscì a varare uno schema legislativo di riforma, che portò la firma del suo successore Cocco Ortu e fu promulgato il 31 marzo 1901 essendo Zanardelli presidente del Consiglio. Tutti erano d'accordo che quei pochi articoli scheletrici non avrebbero potuto funzionare se non con l'ossigeno e il rimpolpamento d'un *decreto di attuazione*, che appunto nella legge stessa era preveduto e autorizzato. Ma chi lo poteva fare? Molto giudiziosamente fu esclusa la nomina di una commissione. Il Cocco Ortu mi pregò di preparare la bozza di quelle norme di attuazione che diventarono, con pochissime varianti, il decreto regio del 31 agosto 1901, di cui fino a oggi non si è riusciti a fare di meglio, nonostante la proclamatissima necessità di rifare il codice di procedura civile.

Non trassi da quel lavoro né una lettera di ringraziamento, né una croce, né un soldo sia pure a rimborso dei viaggi da Napoli a Roma e viceversa. Si sapeva che era opera mia; da principio accolta con diffidenza, poi riconosciuta per quel che valeva.

L'anno scolastico 1901-02 fu l'ultimo della mia vita universitaria, durata diciassette (o sedici? dal 1886-87) anni scolastici, fra Pisa e Napoli.

Non occorre dire che anche qui la riforma del procedimento sommario esercitò la sua immancabile influenza. Veramente, influenza *esteriore*, che nelle manifestazioni dell'attività umana giuoca la parte decisiva.

Vi sono stati motivi *interni* che hanno concorso a persuadermi di subire quella influenza; qui mi piace dirli. Io non sono, e non sono mai stato un giureconsulto. Non un *romanista*, perché non so il diritto romano; non un *germanista*, perché non mi sono mai curato di completare l'antica embrionale conoscenza della lingua tedesca e di studiare gli scrittori tedeschi di diritto processuale che sulla fine del secolo scorso erano venuti in voga. Avevo avuto fra le mani qualcuno dei loro volumi; mi ero, con un po' di fatica, reso conto superficialmente di alcune nozioni e formule, per loro fondamentali. Ma non mi ero sentito attratto a faticare di più intorno a loro. Il mio successo nel periodo fra

il 1885 e il 1900 era determinato specialmente dalla inferiorità dei colleghi di cattedra. Il maggiore, cioè Mattirolo, mancava del senso pratico che deriva dall'esperienza professionale. Io portavo lucidità di criterio, e rettitudine di ragionamento, nel risolvere i problemi suscitati dalla giurisprudenza; interpretavo le leggi con la guida del buon senso libero da pregiudizi tradizionali, o di scuola. La palestra quotidiana del giornale, nell'ultimo decennio (1892-1901) mi aveva mostrato la gran miseria intellettuale della immensa maggioranza dei giudici; e mi aveva fatto nascere nell'anima, forse latente più che avvertita, l'aspirazione a rialzare il valore della funzione giudiziaria. Nello stesso tempo, proprio in quel tempo, cominciava a prendere voga nel mondo universitario il culto germanistico del diritto processuale. Niente di veramente nuovo nell'intrinseco; ma una grande apparenza di formole e di nomenclature nuove, di classificazioni e distinzioni risalenti a sommi principii solamente presentati quasi nuove rivelazioni del cielo. Insomma il germanismo aveva incominciato a invadere il campo del diritto processuale civile, come già aveva invaso e occupato quello del diritto materiale civile e commerciale; con la differenza che in questo nuovo terreno non trovava a fronteggiare la sua predominanza l'autorità del diritto romano e del diritto comune medioevale. A me non sorrideva l'idea di farla da scolaretto al seguito dei nuovi maestri, quali si fossero, sebbene l'indirizzo da me dato alla teoria e alle applicazioni nel *Commentario*, non ricevessero sostanziali diminuzioni; erano solo la impostazione verbale e la fraseologia non sempre italiana, che davano (e danno anche più adesso) la maschera di mistica profondità dottrinale alle nuove dottrine. Che così sia in realtà lo dimostra l'inettitudine che esse hanno dimostrato nell'ultimo ventennio a fornire uno schema di nuovo codice di procedura appena accettabile. Le poche novità legislative, dopo il decreto sulla riforma del procedimento sommario dell'agosto 1901, sono quasi tutta opera mia, svolta nelle varie funzioni esercitate fino al 1923.

E così sono ritornato alla riforma del procedimento sommario. Il governo, come ho detto, non mi aveva neppure ringra-

ziato; ma Cocco Ortu e il suo superiore Zanardelli erano brava gente. Nel 1902 Zanardelli aveva presentato e fatto passare in prima lettura alla Camera un certo suo progetto di riforma giudiziaria, che fra l'altro unificava la corte di cassazione, elevando gli stipendi e l'autorità dei suoi membri. Nell'autunno mi fu fatta la proposta (non dico insperata, ma certo inattesa) di occupare un posto alla corte di cassazione di Roma. Fra l'altro, mi si faceva balenare la prospettiva del brillante avvenire che attendeva il più giovane fra i membri della corte suprema, quando fosse entrata in attuazione la riforma Zanardelli. A questa attuazione non credevo; ma riflettei molto sul pro e contro, e, anche per desiderio di Clelia, decisi di accettare. Ciò avveniva fra l'ottobre e novembre del 1904. I vantaggi erano: trasferirmi a Roma, giacché l'esercizio della professione a Napoli, quantunque abbastanza lucroso, mi infastidiva e qualche volta mi dava nausea per i costumi giudiziari di avvocati, litiganti, e purtroppo di magistrati; avere certamente maggiore agio per finire il *Commentario*, che rimaneva indietro a causa delle occupazioni professionali; togliermi dalla cattedra prima che la concorrenza dei germanisti potesse diminuire il mio credito come primo (fino allora) dei proceduristi; aprirmi quel campo di attività nell'amministrazione della giustizia nel quale ero convinto di poter prestare utile opera all'Italia. I danni o rischi erano: perdita dei lucri professionali; eventualità di non raggiungere l'effetto pratico vagheggiato; e, in modo vago, tutto quel che di ignoto dovevo affrontare, cambiando mestiere e ambiente a 48 anni circa. Mi sorreggeva la fiducia di riuscire; voglio confessare che mi pareva dovesse essere *più facile* difendere la riputazione di superiorità, ormai acquistata, navigando nelle acque della giustizia che in quelle germanizzate dell'università. Rammento di avere detto a Nitti, che mi domandava con qualche meraviglia quali vantaggi vedevo nel cambiamento: credo che diventerò col tempo senatore e che a sessant'anni potrò essere primo presidente della corte di cassazione. Il 1° gennaio 1903 ero consigliere della cassazione; il 26 gennaio 1910 ero senatore; il 5 aprile 1911 ero procuratore gene-

rale della cassazione di Roma (dopo esserlo stato dall'aprile 1909 di quella di Palermo); nella seconda metà di settembre 1915 ero primo presidente. Insomma, sarebbe esagerato dire che ho preferito di essere Cesare in un villaggio (la magistratura) che l'ultimo in una capitale (l'università); ma quel che posso dire è, che avendo preso il gusto di essere primo, mi fu di molta soddisfazione continuare a esserlo senza contrasti.

Dico senza contrasti, non senza gelosie e ostilità più o meno manifeste. Devo a queste di non essere diventato membro di nessuna accademia, cosa che d'altronde avrei potuto sollecitare e ottenere per il prestigio delle alte cariche occupate. Ma mi sono ben guardato perfino dall'esprimere *a me stesso* il desiderio. In fondo ho continuato a vivere come un solitario, malgrado le aderenze e relazioni che mi imponevano le funzioni esercitate. Per esempio, in Senato, dal 1910 al 1923 ho avuto molte occasioni di partecipare a lavori importanti, a discussioni gravi; ascoltato e trattato sempre con deferenza e simpatia; ma non ho legato amicizia con nessuno; né amicizie politiche né amicizie personali. Così avvenne, per esempio, che non sono mai stato nominato a far parte di quelle Commissioni così dette permanenti, come quella di Finanza, in cui il mio ufficio naturale avrebbe potuto essere quello di relatore del bilancio della giustizia. Anche di ciò non avevo affatto desiderio, e non avrei mosso un dito per ottenerlo. Non taccio che attraverso la rapida ascensione a cariche tanto elevate (come primo presidente ero il vero ed effettivo capo spirituale e quasi anche temporale della magistratura) non avevo mai dimenticato che gli ultimi gradini da me saliti erano insoliti per un ebreo. Dall'esodo di Mantova (1886) avevo vissuto così distaccato da ogni gruppo di correligionari, e l'ambiente nostro famigliare era così *netto* da vapori più o meno religiosi, che il vivere e operare da *cittadino*, e vedere accolta l'opera mia come quella di *un italiano*, non mi dava nessuna ragione di stupore o di speciale compiacimento... se non quando pensavo alla esultanza che avrebbe avuto mio padre se mi avesse veduto col tocco presidenziale, o udito discutere in Senato, ecc. Ma appunto que-

sto pensiero mi ritornava troppo frequente per mantenermi vivo l'avvertimento interno circa la eccezionalità della mia progressione nelle gerarchie nazionali; e, mentre mi salvaguardava dal deviare da quelle linee sulle quali il pubblico vedesse in me solo l'italiano e non l'ebreo, contribuiva a confortarmi nella opportunità di quella specie di solitudine intima che ho detto innanzi e della quale ebbi dalla mia figliuolanza amatissima il più largo e ricco compenso. Ho scritto la parola figliuolanza per comprendere coi miei figli e figlie anche i carissimi nipoti e per conseguenza il genero e la nuora che hanno contribuito a farli nascere. Questo è infatti il circolo di società in cui vivo; e della mia *solitudine* la prova plastica è il bisogno di prendere il palco a teatro, adattandomi male alla promiscuità delle poltrone.

L'esercizio della presidenza della Cassazione mi aveva procurato un grande prestigio. Per moltissimi, se non per tutti, io ero il *iustus iudex*, che dava garanzia, tanto ai vincenti quanto ai soccombenti, che la ragione e il torto erano sentenziati con assoluta serenità e indipendenza. La mia abitudine di tenere altissima l'autorità della magistratura suprema, anche nelle forme, e resistendo a tutte le correnti di arrendevolezza, tanto numerose e pericolose, pare che mi designasse a funzioni di governo nella opinione di tanta gente. Così che parve cosa naturale che nel primo ministero postbellico mi venisse offerto il posto il guardasigilli. Si può dire che fosse cosa attesa, per un avvenire più o meno prossimo, ma sicuro. Il momento era difficile, però. La presidenza affidata a Nitti suscitava molte ostilità, che l'affiancamento di Tittoni non bastava a temperare (tanto più perché costui fu certamente un alleato infido). Un programma legislativo a grandi orizzonti era vagheggiabile; ma il parlamento impediva di sperare di condurlo a qualche conclusione. Incominciai col dare un primo impulso alla riforma del codice penale, costituendo una commissione, non di soli giuristi, ma anche di medici eminenti, a capo della quale misi Enrico Ferri, per dar subito l'impronta della mia tendenza in quel campo; quantunque non confidassi molto nella idoneità del Ferri e della commissione a concretare

tecnicamente il progetto. Fra i *vocati*, due o tre *professori*... [1] il senso religioso era messo in allarme dal programma che intravedevano. Dico il senso religioso, perché a definire di quale pseudo-scuola penalista essi fossero non sono mai riuscito a capire. Basta che si dubiti di mettere in discussione il libero arbitrio del delinquente, che si buttano di traverso e sbuffano, e invocano la *scuola*, alla quale poi affibbiano i nomi più... originali. Forse ho fatto male a non chiamare Manzini e Rocco (Arturo); il primo mi aveva lasciato poco persuaso della sua capacità, quando lo avevo avuto nella commissione di coordinamento del codice di procedura penale (1912-13); il secondo era ancora... ignoto, quantunque fosse riuscito ad ottenere una cattedra, mi pare a Siena, per la rinunzia di Longhi (Silvio) classificato vincitore di quel concorso. Non potevo prevedere che l'opera della riforma iniziata sotto la direzione di Ferri, avrebbe finito nelle mani di quei due, dopo l'avvento fascista, o meglio dopo la salita di Rocco Alfredo al ministero della giustizia.

Altra riforma a cui ho dato un consimile impulso, ma dentro linea più tecnica, fu quella del codice di commercio; posi a capo della commissione il Vivante. Per verità, il progetto elaborato da quella commissione non è stato sensibilmente migliorato dalla commissione che preparò il successivo progetto del 1925: forse non si può parlare di miglioramento, affatto.

Per la procedura civile non feci quasi niente, salvo il decreto legge sui giudizi di delibazione, e il regolamento processuale delle liti avanti i tribunali delle acque. Questa è roba fatta da me, che ancora sta in piedi. Avrei voluto, prima di riformare il codice, modificare largamente l'ordinamento giudiziario; preparare l'organo per adattarvi la funzione. Presentai un mio progetto alla Camera, ma non vi fu neppure la possibilità di esame preparatorio negli uffici.

La parte più delicata delle funzioni ministeriali era quella attinente ai culti. Quel tal *figlio del rabbino*, del ginnasio di Man-

---

[1] Qui c'è purtroppo la lacuna di una riga nel testo fotostatico.

tova, ministro dei culti in Italia, e a Roma, era un fenomeno singolare. Veramente qualche giornale clericale o ultra conservatore borbottò nei primi giorni. La mia condotta serenamente oggettiva, già attestata nei casi giudiziari che interessavano enti ecclesiastici, rassicurava i più intelligenti. La mia opera di ministro, iniziata con la firma di un decreto per l'aumento delle congrue parrocchiali e svolta con criteri di giustizia ed equanimità in tutte le questioni, anche di carattere politico, fu apprezzata dal Vaticano e dall'alto clero in genere. Chi non ci capì niente nella grande significazione di civiltà che aveva la mia presenza in quel ministero, furono invece gli ebrei, che allora erano più che mai appestati dalla lue sionistica, per modo da obbligarmi a sciogliere di autorità il consiglio direttivo della *cheilà* di Firenze, che spendeva i danari dei suoi contribuenti a pubblicare un giornale: il *comune ebraico*; cioè, intendendo che ogni comunità israelitica italiana, fosse da considerare un comune distaccato della lontana madre patria palestinese. E come si imprecò nella loro stampa, al rinnegato, all'apostata!

Era assurdo il nome di ministero di grazia, giustizia e culti, che si era perpetuato dal 1848 (credo) in poi. Volli fosse mutato nel nome: ministero della giustizia e degli affari di culto, che eliminava la menzione della *grazia*, cioè della potestà sovrana di deliberare sui singoli affari di governo in via di grazia, o in via di giustizia, potestà inseparabile dalla nozione della monarchia assoluta di diritto divino; ed eliminava l'equivoco circa l'amministrazione dei *culti*, specificando la *laicità* di questa amministrazione. Tale mia riforma è stata il germe lontano del distacco della amministrazione degli affari di culto dal ministero della giustizia, per trasferirla a quello dell'interno. Fu però asinesco il ridarvi battesimo di ministero di grazia e giustizia, da chi probabilmente non aveva il più lontano sentore di quel che significava nella storia politica quella designazione.

Quel malanno di Nitti dovette andare all'estero per le conferenze internazionali postbelliche, nel gennaio del 1920; e anche Tittoni stava a Parigi a negoziare con lui. Ebbi allora l'inca-

rico della vice presidenza del Consiglio e l'*interim* dei ministeri dell'interno e degli esteri.

La funzione ministeriale, specifica, del dicastero della giustizia, mi sarebbe piaciuta molto; avrei potuto rendere servizi utili al paese. Ma troppe cause concorrevano a disgustarmi di un governo che, senza essere bolscevico, come si è poi voluto denigrarlo, era impotente a governare. Non mi parve vero che un voto della Camera, su un qualunque stupido argomento, determinasse la crisi del maggio 1920; e ritornai volentieri al mio seggio di magistrato. Lasciai anche nel ministero ricordo di austerità, di operosità, di energia direttiva; credo che l'impronta da me data ai servizi fosse già cancellata prima che fossi uscito dal portone di palazzo Firenze, dopo aver fatto la così detta consegna al successore.

Dal giugno 1920 all'ottobre 1923 tenni ancora la carica di primo presidente della cassazione, con le altre attribuzioni inerenti. Come l'abbia tenuta, ancora oggi a dieci anni di distanza, lo si rammenta ad alta e a bassa voce. E lo si rammenta anche da molti che rammaricano onestamente (in ritardo) di non avermi apprezzato quando esercitavo la funzione col decoro che essa esigeva, secondo il mio modo di sentire e di pensare; e che molti scambiavano con sciocca pretenziosità personale; mentre poi tutti quelli che mi avvicinavano erano sorpresi della differenza fra l'uomo privato e il capo della suprema magistratura italiana.

La parabola ha compiuto il suo corso. Sulla carta da visita tengo scritto: ministro di Stato e senatore del Regno; nell'armadio tengo croci e gran cordoni, ma so di essere ritornato il *figlio del rabbino*; e mi preparo a prendere il posto che ho segnato presso la tomba dei miei genitori e di mia moglie.

IL GIUDICE E LA LEGGE NEGLI INTERNI CONTRASTI DELLA MAGISTRATURA ITALIANA *

I

1. - « Il Ponte », la rivista fondata da Calamandrei, ha fatto bene a dedicare un suo intero fascicolo (giugno 1968) a *La Magistratura in Italia*. Si tratta di una raccolta di scritti intorno ai più vari argomenti, ma tutti convergenti sul rapporto tra il giudice e la legge, cioè in definitiva sul giudizio, che dichiaratamente promanano da magistrati appartenenti alla « Magistratura democratica », cioè all'ala più avanzata della magistratura italiana, in seno alla più ampia e più « progressista » Associazione Nazionale Magistrati. Ha fatto bene per una semplicissima ragione. Di queste, per noi inusitate, lotte interne fra giudici abbiamo sentito parlare ormai da moltissimo tempo. Dai giornali abbiamo appreso sconcertanti notizie di atteggiamenti pratici assunti da giudici « democratici » in varie occasioni e sia di loro concreti provvedimenti, sia di proteste contro quello che giudici ovviamente « non democratici » avevano fatto; ed è di comune dominio la rivolta contro la Cassazione, simbolo di un ordine gerarchico e autoritario che a priori si nega. Personalmente, avevo avuto occasione di occuparmi del fenomeno, si capisce non sotto il profilo degli interessi di classe, che non mi riguardano, ma della giustizia che riguarda tutti: ma, per quanto estremamente aperto a tutte le istanze, e anzi spesso portatore io stesso di nuove e se-

* Intervento scritto nel Congresso dell'Unione Magistrati italiani, Ravenna 21-24 settembre 1968.

vere istanze in un mondo chiuso in tutti i campi a tutte le istanze (v. il mio recente volume *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Cedam, 1968), non ero mai riuscito a capire che cosa questi giudici volessero, e mi era parso che essi non uscissero da quella vaga contestazione globale che li accomuna agli studenti: contestazione, dico tra parentesi, che risolvendosi in puro disordine è una vera manna per i contestati, in quanto dimostra e conferma la loro necessità. Si spiega così il favore col quale i contestati, e fra essi i più contestabili, accolgono la contestazione. Chiudo la parentesi.

Ora bisogna dire che questo volumetto, poiché di un fascicolo di oltre duecento pagine si tratta, consente alla fine di intravvedere qualcosa di concreto nelle postulazioni del movimento, d'individuare i presupposti teorici dai quali esso procede, i fini pratici che si propone e quindi i mezzi che ritiene adeguati a quei fini; e consente anche e soprattutto di separare il puro dall'impuro, intendendo per impuro ciò che vi è di strumentale, come oggi si dice, cioè di politico o partitico: che è impuro a giusto titolo, essendo ad esso il diritto, il giudizio, la giustizia assolutamente indifferenti. È la fatale commistione che si rileva nel movimento studentesco, a una frazione del quale non interessa nulla della scuola e della sua riforma. Col che non si vuole né si può in questa sede esprimere alcun giudizio su queste intenzioni: esse sono un fatto storico, e basta. Ne tengano semmai conto i « puri », sul piano pratico, se non vogliono passare alla suddetta storia come « utili idioti ». Noi ripaghiamo a buon diritto l'indifferenza degli impuri verso i problemi reali della giustizia e della scuola con la più assoluta indifferenza verso di loro.

Che di questa « impurità » sia permeata anche la battaglia dei giudici democratici appare scopertamente dalla lettura di alcuni articoli del volumetto. Sbrighiamocene subito, per non tornarci mai più, e soffermarci invece sulle cose, dal nostro punto di vista, importanti. Quando p. es. si legge (pag. 719): « noi ci sentiamo ancora addosso il peso di una tradizione secolare, burocratica, di casta che fa del magistrato uno dei simboli più efficaci

della divisione fra Stato (come apparato del potere) e società (come comunità dei cittadini): tradizione che ha posto e in parte pone ancora il magistrato su un piccolo trono tributario del Potere, e che naturalmente si è svolta sempre o quasi sempre nel senso di chiusura classista »; oppure che il processo civile ha la struttura che ha, piena di insidie e di trabocchetti, costosa in tempo e in danaro perché « era il tipo di processo che doveva servire per una giustizia resa in una classe di *possidentes* » (pag. 720); si può sorridere o piangere, a seconda delle soggettive reazioni, deplorare che sia proprio un giudice a rubare le idee e lo stile ai giornali della sera, denunziare la deformazione della storia (di quella che si insegna nelle scuole elementari, voglio dire), ma si farebbe cosa inutile. E ancor più inutile sarebbe provare un qualche sentimento di fronte a giaculatorie di questo genere: « l'apparato statuale è ancora paternalista, la polizia certe volte dà l'impressione di continuare a credere che i cittadini abbiano bisogno di legnate anziché di protezione, la Magistratura raramente si interessa delle notizie « inqualificate » di reato, cioè delle denunce della stampa, e troppo spesso, si ha l'impressione, incrimina per calunnia chi si lamenta di aver subito angherie da parte dei pubblici poteri. Appare strano che ogni adunata sia sediziosa, che i cortei, le proteste di massa, sane e vitali manifestazioni di ogni vera democrazia, finiscano regolarmente sul banco degli imputati. Con accuse gravi per giunta: resistenza, oltraggio, istigazione a delinquere, blocco stradale... Eh sì! resistenza a che cosa? alle manganellate? oltraggio a un poliziotto che allenta dei calci? istigazione a delinquere perché si incitano i cittadini a non farsi sopraffare dalle bastonate, anche se si tratta di bastonate di pubblici ufficiali? blocco stradale perché un gruppo di studenti o di operai si siede per terra per protestare contro qualcosa? » (pag. 736). Queste e altre simili cose è bene che siano state scritte, perché è bene aver la certezza di quel che bolle nella pentola dei « progressisti »: ma sarebbe ingiusto giudicare del movimento sulla base di questi barriti, così sarebbe irragionevole recriminare. Per questo non insisto nelle citazioni, che potrebbero es-

sere più copiose ed edificanti: e non cito neppure i nomi degli autori, come si vede, non solo perché non interessano, ma perché nel medesimo articolo si possono incontrare esplosioni ideologiche e cose oggettivamente pertinenti, non dovendosi dimenticare che chi scrive è pur sempre un giudice, quindi naturalmente portato a non superare i limiti di quella che non per nulla si chiama giurisprudenza.

2. - Liberato il campo di questi elementi di confusione, vediamo se ci riesce di presentare in sintesi le posizioni intellettuali dei magistrati democratici, con le relative istanze di carattere pratico, per controllarne la validità.

Il fondo del discorso è la insoddisfazione, e quindi la critica del giudizio. Questo punto non ha nulla di specifico, perché non credo vi sia alcuna persona sensibile che approvi il giudizio, così come esso viene oggi inteso e realizzato. Ma è bene che questa critica sia stata anche genericamente formulata, perché gli insensibili non mancano, sia tra i giudici che tra i professori universitari: direi anzi che costituiscono la maggioranza, per ossequio alla scienza e alla grazia ricevute. Il problema è però quello di fissare i termini della critica, di mettere sulla carta le ragioni della insoddisfazione. Dalla lettura dei testi si rileva che il giudizio viene comunemente censurato per la sua non aderenza alla realtà: ma anche questa è poco più che una approssimazione, uno spostamento dei termini del problema, poiché si tratta di stabilire che cosa è la realtà. Realtà è ad es. la norma, anzi per il giurista non vi è né vi può essere altra realtà. Eppure nessuno di questi giudici si appaga di questa « realtà » che si traduce o può tradursi in mero gioco logico formale, nel quale egli si sente estraniato, come giudice, dalla creazione del diritto. La ragione è che esso sente che la norma-realtà è una astrazione, mentre in effetti il concretamento dell'ordine giuridico non può avvenire che attraverso la sua mediazione interpretativa. Egli si sente, insomma, creatore del diritto. Il giudizio nella sua tradizionale configurazione, cioè come la scienza l'ha costruito, e i giudici formati

da quella scienza (e non solo da essa, ma dall'intero mondo al quale appartengono: su di che ritorneremo fra breve) ha un carattere, come suol dirsi, dichiarativo, cioè è privo di sostanziale valore, e trascina nel suo vuoto il giudice che lo rende.

La critica, come si vede, comincia a prendere corpo: e Dio sa se io non condivido pienamente l'impostazione, che rivendicherei addirittura come mia, se qualche cosa di « mio » potesse esistere nella scienza. Tutta la mia opera giuridica è fondata su questa premessa, che è anche la conclusione del discorso, e da essa nasce la mia contestata contestazione della scienza ufficiale. Sennonché dalla giusta critica al giudizio formale nasce un altro problema, anzi il problema dei problemi, ed è quello del modo di dar valore al giudizio, cioè del suo contenuto, di ciò che il giudice deve mettervi dentro per renderlo creativo.

È, direi, in questo momento che la raccolta di studi dei magistrati democratici rivela il suo pregio, perché dalla stessa puntualizzazione del problema essi sono finalmente costretti a quella concretezza che finora invano si cercava. Le loro soluzioni vanno pertanto seguite con grande attenzione.

Esse si articolano in due posizioni complementari (v. specialmente pag. 728 e sgg.). La prima è in certo senso teorica o teorizzante: e riguarda la natura della interpretazione che di solito si configura in due opposti tipi: la illuministica o scolastica, che fa del giudice la *bouche de la loi* (bocca come puro organo fisiologico di manifestazione di un pensiero altrui), e la storicistica o romantica, aperta ai principi etico-politici dello Stato, all'equità correttrice della legge etc. Giustamente si ripudia questa contrapposizione, che è fondata su un equivoco, e cioè sulla riduzione del diritto a sistema: l'interpretazione giuridica è e non può essere altro che un'operazione di scelta, simile a quella che il legislatore fa sul piano politico, colla sola differenza che « questi deve cercare di riprodurre idealmente l'intenzione degli elettori (la volontà del popolo), mentre il giudice deve cercare di riprodurre quella del legislatore, ossia lo spirito delle leggi » (pag. 733).

La seconda posizione tende al pratico, ed è ovviamente la più interessante, perché si tratta di penetrare in queste « scelte », le quali non possono avvenire che tra due concreti, anzi concretissimi. E qui si riaffaccia l'idea della politica, che non dovrebbe però essere quella di bassa lega che sopra ci siamo affrettati a eliminare, ma qualcosa di obiettivo, di decantato, di sottratto alle opinioni individuali, più precisamente di « giuridicizzato », cioè accolto nel largo seno del diritto vigente. Per questa via si pensa di sfuggire alla pesante accusa dei magistrati tradizionali di voler introdurre attraverso la interpretazione « storicistica » il diritto libero, e in pratica di aprire il varco alle ideologie di partito: alla quale malamente, e direi senza convinzione, in uno degli studi in esame, di gran lunga il più meditato (pag. 728 e seg.), si replica che « la decantata apoliticità dei fautori della giurisprudenza matematico-equazionistica si manifesta sempre a senso unico, si preoccupa cioè di tener lontano dalla giustizia soltanto le ideologie di determinati partiti politici e non di altri ».

Lo strumento o il talismano che opera la giuridicizzazione della politica è per i magistrati democratici la Costituzione. Questo richiamo alla nostra Magna Charta è implicito in ogni scritto: ma esplicitamente si dice (pag. 725) che il giudizio deve essere costantemente « costituzionalizzato », vale a dire che il giudice deve imparare a domandarsi, nella sua *giurisprudenza quotidiana*, che cosa impongano di metterci l'art. 1, l'art. 2, l'art. 3... della Costituzione. E non è questo che l'aspetto più saliente, e per noi più interessante, del fenomeno, perché in realtà tutto si fa accortamente procedere dalla Costituzione, tutte le riforme sono viste in funzione di questa legge (e perciò tutte le contestazioni delle istituzioni vigenti), a cominciare dal reclutamento dei giudici (la formazione cioè del giudice costituzionalizzato), fino al modo di motivare le sentenze.

3. - Bisogna approfondire maggiormente questo richiamo alla Costituzione, perché esso è il pilastro sul quale si regge tutto il discorso: e buon metodo è farlo soprattutto con l'esposizione

delle conseguenze che se ne traggono, non solo perché l'albero si conosce dai frutti, ma perché ovviamente la Costituzione è il punto di riferimento comune di qualunque giurista e di qualunque giudice, a qualunque « corrente » appartenga.

Nel linguaggio dei democratici il termine Costituzione ha un significato polemico. A leggere i loro scritti sembra che il tempo e il mondo si dividano in due parti, con un taglio ben netto: prima e dopo il 1948, prima e dopo la Costituzione. Ma il prima non è il ventennio fascista, come si potrebbe pensare: è un prima molto più vasto, dal 1865 (se non dalla creazione del mondo) in poi, non essendo il fascismo che un episodio plateale nella universale antistoria. Poche parole qualificano quel mondo: anzi una sola ed è quella di autorità in un significato nettamente classista. Autorità e classe politica sono sinonimi. La Costituzione ha negato non tanto il fascismo, che essendo defunto non incuteva paura, quanto l'autorità (e la classe): e per quel che riguarda il giudice ha voluto il giudice indipendente. Questo della indipendenza è il *leit-motiv* teorico e pratico del movimento. In un primo tempo, l'indipendenza era intesa nel senso classico e comune, che fa capo alla divisione dei poteri, l'indipendenza esterna, in sostanza, dal c. d. governo. Ma una indipendenza di questo genere non costituisce un problema, subito ci si è accorti; vi è una indipendenza interna, che si individua più che positivamente, negativamente, cioè col suo opposto: l'appartenenza a una classe dominante, la formazione *ad usum* di questa classe, l'inserimento in un ordine giudiziario classista, e via dicendo. È questa indipendenza che la Costituzione ha voluto, è questo giudice che essa ha creato, ma si intende sulla carta, che per quanto magna rimane carta, poiché in effetti le cose sono rimaste quelle che erano. E quello che era è rimasto il giudizio, che è anch'esso un giudizio non libero, classista, parziale, dipendente.

Le affermazioni sono gravi per non dire gravissime ed è perciò necessario addurre le prove. Per quel che riguarda il giudizio, che è la cosa più importante, gli accenni che si raccolgono riguardano soprattutto fatti di risonanza giornalistica: si richia-

ma la tendenza della Cassazione a « scegliere fra due possibili interpretazioni della norma quella più favorevole al principio di autorità, anziché quella più rispettosa di tutti i diritti di libertà dei cittadini garantiti dalla Costituzione (casi dell'art. 2 della legge p. s., e delle garanzie della difesa nell'istruzione sommaria) » (pag. 788); si lamenta « il numero relativamente basso di casi di applicazione della norma che, in tema di delitti contro la pubblica amministrazione, garantisce l'impunità del cittadino che reagisca al fatto arbitrario del pubblico ufficiale » (pag. 887); ci si sdegna perché in una sentenza si legge che « non può il diritto primario, cioè garantito dalla Costituzione, non incontrare limiti nella norma penale, la quale è garanzia di sicurezza e tranquillità per tutti i cittadini, perché difende tra l'altro il patrimonio, l'onore, la famiglia, la persona, l'interesse pubblico, sicché molte norme penali rispecchiano precetti costituzionali, cioè principi fondamentali di una società civile » (pag. 888); ci si duole che « molti studenti e operai vengano incriminati per gravi delitti in conseguenza di una concezione autoritaria dello Stato, costituzionalmente illegittima; che certe diffamazioni a mezzo della stampa, pur risultando sostanzialmente inesistenti, vengano punite con motivazioni magari formalmente perfette, ma in fondo riducibili a disquisizioni e sottigliezze giuridiche inappaganti, inattuali in un mondo vivace come il nostro, dove la stampa ha assunto una funzione diversa da quella del passato » (pag. 737); più in generale si rileva « la tendenza comune in larga misura ai giudici italiani di evitare accuratamente la formulazione di giudizi di valore che in qualche modo possano scoprire la loro ideologia » (pag. 886). Completa il quadro di queste prove la critica agli atteggiamenti dei pubblici ministeri (che sono in certo modo giudizi anch'essi) ostili alla nota legge Merlin e propugnatori di misure di polizia, in contrasto con i principi costituzionali della presunzione di innocenza e del diritto alla difesa, e via dicendo.

E vediamo ora le prove della dipendenza o della falsa indipendenza dei giudici. Come si è detto, questa perniciosa situazione della Magistratura è in funzione del suo, consapevole o in-

consapevole, asservimento alla classe politica. Disgraziatamente non risulta molto chiaro (e sarebbe essenziale) che cosa sia questa classe politica: ma sembra, da uno studio diffuso sull'argomento (pag. 749 e segg.), che si tratti dei detentori del potere politico, i quali sarebbero portati fatalmente a prevaricare, tendendo ad amministrativizzare la funzione giurisdizionale. Si richiama in proposito l'art. 68 dello statuto albertino, che faceva emanare la giustizia dal Re e la faceva amministrare in suo nome dai giudici che egli istituiva, lo si contrappone agli artt. 101 e 102 dell'attuale Costituzione. È inutile sottolineare l'ingenuità, oltre che la falsità storica, della contrapposizione: l'importante è quel che si vuol dire, e cioè che la Magistratura, nonostante la democratizzazione proclamata dal costituente, ha mantenuto il suo rapporto « amministrativo » con la classe o col potere politico. Questo si esprimerebbe nella struttura per gradi dell'ufficio giurisdizionale in contrapposizione all'art. 107, terzo comma, per cui i magistrati si distinguono per diversità di funzioni; nella posizione attribuita al P. M.; nel reclutamento dei giudici. Di questi tre fatti o misfatti fondamentali il giudice oggi operante (o non operante) sarebbe il non lodevole risultato.

Cominciando dall'ultimo fatto, il succo che sembra ricavarsi dai discorsi (cfr. specialmente pag. 842 e segg.) è che il problema del reclutamento deve essere posto in termini politici. Ciò significa che non vale la scienza e la coscienza, come si suol dire, ma lo spirito democratico, perché la Costituzione vuole una società democratica, e il giudice deve esserne il garante mediante una interpretazione « aperta a comprendere, al di là del dogma, l'importanza normativa delle idee e dei fatti sociali, il vario indirizzarsi e polarizzarsi dei consensi etc. » (pag. 852). Il misurino di questo spirito democratico (che non si identifica coll'apertura a un certo ceto, in quanto questo verrebbe subito « integrato nel sistema ») non è indicato.

La questione della diversità di funzioni alla quale è radicata la lotta contro la Cassazione, è troppo nota perché qui dobbiamo riesporla. Ci torneremo appresso in sede di valutazione: ora no-

tiamo che affiora la distinzione tra cassazione vertice dell'interpretazione della norma e cassazione vertice gerarchico. Il primo è ammesso, il secondo negato, ed è già un progresso.

Il Pubblico Ministero infine è oggetto di particolare attenzione, per l'origine storica e i legami con l'esecutivo che gli si attribuiscono. Si assume che la Costituzione lo ha democratizzato, nel senso che ne ha fatto un organo autonomo e indipendente, alla pari del magistrato-giudice, che vigila sull'attuazione della Costituzione. È il solito filo conduttore: ma ciò che importa sottolineare, per avere il quadro reale e ideale nello stesso tempo della Magistratura democratica, è che l'indipendenza del P. M. e delle sue scelte, lo scioglimento del vincolo funzionaristico e burocratico, dovrebbe portare alla c.d. personalizzazione e responsabilizzazione delle funzioni, cioè alla totale autonomia delle scelte da parte dei singoli, al di fuori di ogni organizzazione in ufficio. Il che vale naturalmente anche per i giudici.

II

4. - Credo di aver riportato obbiettivamente le istanze fondamentali dei magistrati democratici. Me ne dà affidamento la totale consonanza dei sentimenti nella critica dell'ordine, o del disordine, vigente. E questo stesso fatto mi assicura la piena libertà spirituale nella valutazione delle dette istanze, necessaria premessa a quella che ritengo corretta impostazione del problema del giudizio.

Ed entro subito nel vivo del dibattito, investendo il punto di riferimento di tutto il *novus ordo judiciorum*, che sopra abbiamo indicato nella Costituzione. Come si è detto, la nostra Costituzione viene presentata non solo come la tavola di fondazione della democrazia, che sarebbe giusto, se non altro perché lo dice l'art. 1, ma come la « consegna » della democrazia. Si immagina cioè che, accanto e sopra la Costituzione, e la democrazia che essa ha realizzato nelle sue norme, ci sia una specie di democrazia

fluida, inespressa formalmente, ma che vive in tutti noi, e che i giudici devono realizzare nei loro giudizi e non soltanto nei loro giudizi. Questo è il significato della interpretazione come « scelta », della motivazione come « indicazione di valori », della « politicizzazione » dei giudizi.

Ritengo che una siffatta idea della Costituzione (che finisce col risolversi nella imposizione di una super costituzione, o di una costituzione non scritta) sia da ripudiare con tutte le forze, in nome della democrazia e della libertà. Essa sostituisce l'arbitrio alla legge, ed è quindi frutto di una incarnata mentalità autoritaria e fascistica, e se veramente e consapevolmente propugnata finirebbe col rendere illegittima la stessa formula di « Magistratura democratica ». La caratteristica di tutti i regimi totalitari, di destra e di sinistra, sta infatti nella aggettivazione, e quindi nella limitazione, del principio di legalità (v. legalità socialista, etc.). Le parole della relazione del Guardasigilli alla legge sull'ordinamento giudiziario (1941), là dove parla di interpretazione della Cassazione « sorretta da squisita sensibilità giuridica e politica in conformità dello spirito sostanzialmente rinnovatore delle leggi fasciste » si adattano perfettamente alla Costituzione così come si vuole intenderla. È solo questione di nomi.

La Costituzione è una legge come un'altra, e al pari di tutte le leggi ha un suo spirito, che può e deve essere guida nell'interpretazione: ma questo spirito è quello che si è incarnato, è proprio il caso di dire, nelle singole disposizioni, e da esse bisogna trarlo, non da un sentimento politico (e fosse anche quello che animava i costituenti). Ciò che non si può neppure per un istante ammettere è che per via di interpretazione si rovescino le tavole della legge. Per rovesciarle non c'è che un mezzo: la denuncia alla Corte Costituzionale, alla quale del resto si ricorre, e anche troppo si ricorre. Sono cose così ovvie che non dovrebbe esserci bisogno di dirle. Ma gli esempi che abbiamo riportato dagli scritti dei nostri giudici ci fanno pensare che purtroppo è necessario dirle.

Come si è visto, essi sono tutti tratti da violazioni di norme

penali. Si direbbe che le costituzioni siano fatte per proteggere i delinquenti, o che questi siano in cima ai pensieri dei « democratici ». Ma la verità è che il codice penale è la salda barriera che si oppone alla instaurazione di una metacostituzione, cioè, per parlar chiaro, alla risoluzione del diritto in politica, poiché in definitiva a questo fatalmente si ritorna. La morale è tutta qui.

Del resto, stiano attenti i giudici e i giuristi metacostituzionali, perché le loro idee possono trovare inattese applicazioni. Mi è accaduto una volta di dovermi adoperare per la istituzione di una fondazione, voluta da un signore caritatevole passato a vita certamente migliore. Nello statuto era stabilito che gli amministratori prestavano la loro opera gratuitamente. Ottenuto il riconoscimento della personalità giuridica, fu organizzata una piccola cerimonia commemorativa, alla quale assistevano gli amministratori, che erano tutte persone di alta qualificazione. Quando furono ringraziati della gratuità della loro opera, questi fecero strani e concordi segni di dissenso. Che cosa era avvenuto? che in nome della Costituzione, cioè della Repubblica che tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni (art. 35), avevano fatto modificare in sordina lo Statuto, riconoscendosi il diritto al compenso.

5. - Smontato il pilastro teorico che regge tutte le istanze dei giudici democratici, la critica che essi fanno delle istituzioni vigenti mostra la sua inconsistenza sul piano giuridico.

E la prima di queste critiche è quella che attiene alla struttura piramidale o gerarchica della Magistratura: la più nota, come abbiamo detto, perché si concreta nell'assalto alla Cassazione, al Consiglio superiore della magistratura, alla carriera, etc. Queste pretese (a parte l'interesse che possono presentare *de jure condendo*) sono totalmente ingiustificate, in quanto si vogliano far derivare dalla Costituzione e dalla famosa distinzione solo per funzioni. Senza rifare tutta la storia del dibattito, credo che basti osservare che se la formula dell'art. 107, terzo comma, volesse escludere i gradi, la gerarchia, la piramide etc. sarebbe priva di

senso. Che bisogno abbiamo o avevamo che il costituente ci dicesse che i magistrati si distinguono fra loro solo per diversità di funzioni? La diversità di funzione c'è sempre stata, ma come può costituire un segno di distinzione se non in correlazione con qualche altra cosa che può determinare una distinzione? Se, per fare un esempio, il pretore del mio paesello potesse esercitare le funzioni di presidente di Cassazione, che cosa ce ne importerebbe? In realtà non ci sarebbe nemmeno una distinzione di funzione. Questo « qualche altra cosa » non può dunque essere che il grado, la gerarchia, e la norma significa che non vi è dipendenza *nel giudizio* tra grado e grado, pur potendoci essere, senza che la Costituzione ne soffra, una dipendenza amministrativa, disciplinare etc. Insomma la democrazia si può attuare con una magistratura burocratizzata allo stesso modo che con una magistratura senza capo né coda, verrebbe voglia di dire, del resto assai difficile a immaginare, almeno per ora. Quel che conta è vedere quale sistema sia preferibile per il giudizio: sebbene io creda che nessun sistema può surrogare il valore del giudice, come appresso dirò.

È dirò anche appresso del reclutamento del giudice, che più giustamente direi della formazione del giudice: problema gravissimo, che va bene al di là della democrazia politicamente intesa, e la cui soluzione impegna la scuola, la società, tutto l'universo, altro che la Costituzione. Qui mi preme, per concludere questa già lunga parte del discorso, dire due parole sulla profferta soluzione del problema del pubblico ministero.

Questa ambigua figura è nata come *trait-d'union* tra l'esecutivo e la magistratura, e forse quello è il suo vero posto, in una società democratica. Oggi come oggi se ne è fatta una figura astratta, che ha in mano l'azione penale (del civile parleremo in altra sede) cioè il destino degli uomini. Come abbiamo visto, i magistrati democratici si lamentano che il P. M. ora agisca, ora non agisca sempre in nome della super-costituzione, cioè in pratica vorrebbero svincolarlo dal codice penale. E a tal fine credono rispondente alla *magna charta* la personalizzazione del P. M.,

cioè che ogni singola persona, senza controlli interni, pur sempre giudiziari e giuridici, possa agire sotto la sua responsabilità. Non escludo che, *de jure condendo*, possa andar bene. Però ricordo di quando leggevo quel magnifico libro del Fadda sulle azioni popolari (chi lo conosce più?) e apprendevo che si era formata una categoria di ricattatori che trascinavano le persone in giudizio o minacciavano di trascinarle. Certo i tempi sono cambiati, e questo pericolo non c'è più, ma io credo che sia buona regola democratica non fidarsi degli uomini.

Sempre che, s'intende, la posta in gioco sia la democrazia, e non la politica.

III

6. - Ma è giunto il momento di abbandonare le posizioni politiche, e di affrontare il problema del rapporto fra legge e giudice, o più semplicemente del giudizio, che i magistrati democratici hanno il merito incontestabile di aver sollevato e reso, si potrebbe dire, di dominio pubblico. È un problema che si è presentato dottrinariamente in tutti i tempi, ma che ogni tempo presenta in modo diverso. Oggi dobbiamo riconoscere che si pone in termini di politica, e questi termini dobbiamo senza paura accettare. Benissimo ha fatto il congresso dei magistrati (questa volta dell'altra parrocchia) a impostare con franchezza il tema di discussione: *Magistratura e politica.*

Abbiamo visto come i magistrati democratici abbiano con grande accortezza cercato di « giuridicizzare » la politica attraverso la Costituzione. Io credo che il giurista senza aggettivi debba procedere all'operazione inversa: e cioè « politicizzare » il diritto, e col diritto il giudizio.

Si tratta cioè di penetrare l'essenza del giudizio — il suo essere e il suo dover essere — analizzando e puntualizzando la sua componente « politica ». Che cosa si intende con questo nome, che politica segue il giudice, in un mondo che è estremamente politicizzato, in cui le ideologie si incrociano e si avversano, e

ciascuno vede il presente in funzione di un vagheggiato futuro?

A mio modo di vedere, il problema non è esclusivo dei giudici, si pone per tutti, e in particolar modo per l'insegnamento, di qualunque grado. Anche chi fa lezione agli studenti non può dire di non fare politica: la fa necessariamente. Solo che, se è un buon insegnante e non un demagogo, non fa la « sua » politica, non propina cioè le sue ideologie ai giovani, ma fa una politica di diverso e opposto genere. Io la chiamerei, e non so se la formula sia stata già coniata, la « politica dello Stato ». Non è facile, e anzi direi che non è possibile definirla, perché nell'idea dello Stato e nella politica dello Stato si esprime tutto: la *societas* con la sua fede, con la sua morale, con i suoi valori, con la sua verità; tutto quello che forma il patrimonio comune di un popolo. Non si può a priori stabilire che cosa tutto questo sia, e peggio come debba essere: se lo si facesse, si cadrebbe nella autorità, che è la negazione dell'insegnamento. Ma non lo si può stabilire per una ragione più profonda, ed è che chi lo stabilisce è proprio l'insegnante, nella sua autentica libertà, e nello stabilirlo lo crea. Ci penseranno poi i giovani cresciuti liberi a questa scuola, a vedere e creare in altro modo la « politica di Stato », nell'infinito ricambio della storia. Non so se ci siano insegnanti « democratici » come ci sono giudici: se fossi in loro gradirei molto questa impostazione e soluzione del problema, ricordando che gli uomini dalle idee più « democratiche » sono usciti dalle scuole dei preti, anche se poi gli stessi uomini spesso mandano i loro figli alle scuole da cui sono usciti...

Lo stesso ragionamento vale per il giudice, sebbene diverso sia il suo modo di operare. La politica penetra nel giudizio attraverso la interpretazione: che appunto per questo ha quel carattere creativo che ormai tutte le persone un po' illuminate le riconoscono. Arriverei a dire che l'interpretazione non è tale se non è politicamente creativa, e purtroppo questa verità è penetrata scarsamente, come sentimento, negli animi dei giudici, come appresso dirò. Ma quale politica? la risposta non può essere che una sola, la stessa che si è data per l'insegnamento.

È la « politica dello Stato » in nome del quale si giudica, politica senza alcun attributo, neppure quello di democratico, perché lo Stato è quello che è, e non patisce alcuna limitazione. Il senso più profondo di quella formula dai mille sensi « il giudice è soggetto solo alla legge » consiste forse in questo: che la politica del giudice è la legge, perché la legge è la politica dello Stato.

Bisogna naturalmente esplicare questi concetti. Quando si dice legge, non si intende solo quella serie di astratte parole che costituiscono l'astratta norma. Quelle parole sono ovviamente importantissime, essenziali, ma sono meno che nulla se non sono calate nel concreto: e calate nel concreto significa se non sono integrate con l'affermazione di tutti i valori che esse idealmente contengono, in relazione a un fatto reale, di cui si dice col solito linguaggio metaforico o convenzionale che è contenuto nella previsione della norma o corrisponde alla fattispecie legale. In effetti, la norma astratta non contiene e non prevede nulla; essa contiene quello che i giudici ci mettono dentro, a cominciare dal fatto come verità, per finire con la valutazione del fatto, cioè con tutti i valori che il giudice ha ritrovato in sé e fuori di sé (ma si tratta di un dentro e fuori apparenti), e che sono i valori dello Stato, costituiscono la « politica dello Stato ». Contiene, insomma, quel che essa stessa è nel concreto.

Non è altro che una reminiscenza scolastica il concetto delle c. d. norme in bianco, cioè di quelle norme che contengono parole e riferimenti che non hanno in sé e per sé un significato, sono poco più che motti lessicali, perché il significato lo ricevono dal concreto della vita, e non in termini generali, ma caso per caso. Sono le auguste parole di colpa, dolo, buona fede, onerosità, giusto e ingiusto, buon costume, ordine pubblico, arte e così via all'infinito. Nessun legislatore può dare definizione di queste cose, e infatti si guarda bene dal darle, tutt'al più in qualche ipotesi traccia delle delimitazioni, che alla fine sono anche esse in bianco. La verità è che tutte le norme sono in bianco per loro natura: è il giudice che le riempie trovando i valori corrispon-

denti, cioè, come dice la significativa espressione, *valutando* i fatti.

E così egli fa la sua politica, che è indissociabilmente la « politica dello Stato ». L'esempio più clamoroso, per le ripercussioni giornalistiche, è quello dell'oscenità nelle opere d'arte o pretese d'arte, o anche nelle semplici pubblicazioni di cui parla l'articolo 21 u. c. della Costituzione.

Ma vi sono esempi più gravi e più subdoli, come quello dello sciopero, in relazione al quale vi è chi, dalla menzione che ne fa la Costituzione all'art. 40, intende attribuire allo sciopero una estensione inusitata, che comprende qualunque azione a tutela dei lavoratori, senza limitazione ai rapporti economici e alle forme dell'azione (sciopero politico, a singhiozzo, a catena etc.) e all'ingiusto danno dell'impresa: il tutto contro la comune e tradizionale nozione.

Il giudice deve trovare i valori che consentono di risolvere questi problemi: e nulla è più dimostrativo della « politicità » del giudizio. Se non ne fossimo convinti, basterebbe pensare alle fiere reazioni che di solito destano giudizi del genere da parte di portatori di particolari ideologie politiche: ma il giudice, se è veramente tale, non se ne deve preoccupare. Egli può sbagliare, certo, e l'ordinamento appresta i mezzi per correggere per quanto è possibile l'errore: ma a chi lo accusa può sempre rispondere serenamente, non negando la politicità del suo giudizio, ma dicendo che la sua è la « politica dello Stato ».

7. - Bisogna riconoscere che quel che si chiede al giudice, questo ritrovamento e affermazione di valore, ha qualche cosa di sovrumano, né più né meno di quel che il Cardinale Federigo chiedeva a Don Abbondio con tanta semplicità: essere lo Stato, interpretare lo Stato, cioè essere se stesso, e non solo contro tutte le fazioni ma anche contro, se occorre, la maggioranza, perché nei giudizi di valore a torto si invocano quelle evasive forme di morale corrente, di sentimento comune, e via dicendo. Ci sono valori eterni che non cadono mai in desuetudine.

[083]

Questi appelli alla morale corrente, al sentimento comune, e più in generale, alla c. d. evoluzione mi ricordano la triste risposta appunto di Don Abbondio al Cardinale: « ma quelle facce le ho viste io »...

E qui appunto cominciano i lamenti perché si tratta di vedere se il nostro giudice risponda alla sovrumana richiesta, realizzi veramente la « politica dello Stato ». Alle critiche unilaterali dei magistrati democratici io credo che gli altri magistrati, dopo aver stabilito la esatta impostazione teorica, debbano rispondere con una sincera autocritica. Solo in questo modo il vagheggiato colloquio fra persone di buona fede si può stabilire.

Ora io credo che a un quesito di questa portata non si possa rispondere in due parole. A chi professa un irrazionale pessimismo si potrebbero addurre come smentita proprio gli esempi addotti in sede critica dai magistrati democratici quando rimproverano le serene e severe affermazioni della « politica dello Stato » di fronte alle violenze collettive di cui tutti siamo stati vittime e testimoni: è significativo che in questi casi si parli di giudici coraggiosi, perché il coraggio è in fondo un valore e il presupposto di tutti i valori. Ma, a parte la distorsione, la critica fondamentale per cui si sostiene che i magistrati rifuggano dai giudizi di valore (cioè dal loro compito essenziale che solo li fa essere giudici) è tutt'altro che infondata. Vi sono interi settori in cui si può dire che le sentenze siano interamente formali. Si pensi alle pubblicazioni oscene alle quali abbiamo fatto cenno: se è difficile che un P. M. sollevi l'accusa, ancor più difficile è che un giudice condanni, né si può sostenere che le assoluzioni rispondano alla « politica dello Stato », anche se sono materiate di citazioni di filosofi e di critici d'arte. Si pensi ancora al campo dei delitti colposi, la più grave piaga del nostro secolo, in cui il valore della persona umana è sopraffatto dall'interesse economico al risarcimento del danno. Ma più in generale si osserva la tendenza a ridurre la funzione del giudice a un puro lavoro di logica formale, in cui il fatto, che è il vero protagonista del giudizio, passa in seconda linea di fronte alla norma e all'astrattezza della norma.

Qui comincia a manifestarsi l'avvento del formalismo, per cui delle due possibili soluzioni offerte dalla norma si preferisce istintivamente quella che dispensa dal giudizio.

Ma il problema del formalismo è argomento troppo vasto perché possa qui essere trattato. Io credo che i magistrati democratici non abbiano torto a questo proposito, di porre sotto accusa tutto il sistema, e non soltanto quello giudiziario ma quello legislativo, universitario, giuridico in genere, che sembrano avere per comune denominatore il bizantinismo.

8. - Il discorso deve purtroppo finire, e sarebbe il momento di cominciarlo, ma non può concludersi senza che si apra uno spiraglio sull'avvenire.

Dall'ampia critica che i magistrati democratici hanno formulato alle nostre istituzioni giudiziarie, e che noi stessi condividiamo, risulta che tutti i problemi si riducono in definitiva a uno solo: quello della formazione del giudice. Quei magistrati, come abbiamo visto, tendono a sostenere l'esigenza di una personalizzazione del giudice. È o dovrebbe essere la soluzione antitetica al sistema vigente, che è tutto fondato sulla spersonalizzazione: il giudice che esprime lo Stato, che è lo Stato, non deve essere un uomo: e così, al di fuori delle controversie minori (ma che ormai minori non sono più, per la molteplicità e gravità di funzioni attribuite al pretore), il giudice si fa collegio, e il collegio si fa più ampio man mano che si sale la famosa piramide, fino ai quindici personaggi delle sezioni unite. La detestata burocratizzazione delle funzioni giudiziarie, ha nel fondo questa esigenza suprema della spersonalizzazione. Direi anzi che la stessa invenzione della Cassazione risponde a questa idea. Che cosa si deve preferire?

Non c'è dubbio che il sistema vigente presenta gli inconvenienti dei suoi pregi: il giudice spersonalizzato è sottratto alle sue idee personali (almeno può esserlo), ma corre il rischio di essere sottratto a qualunque idea, di diventare un sosia del professore universitario, di estraniarsi alla vita, di essere, se è lecito

dirlo, il giudice della norma e non del fatto. Il giudice personalizzato ci fa correre il rischio non meno grave di alterare il rapporto fra lui e la legge, a suo illegittimo favore. È un pericolo grave.

Ma la verità è che nessun sistema vale se non si ha la materia prima, se cioè non si crea il giudice, se non si fa della persona fisica un giudice. È questa un'impresa eroica, perché bisogna sapere prima quello che la società vuole dal giudice. Fino ad oggi si direbbe che non abbia voluto e che non voglia altro che una laurea e un certificato di buona condotta. Oggi questo non basta più: meglio, occorre sempre il certificato, ma si farebbe a meno della laurea, cioè si richiederebbe sempre meno la conoscenza del diritto, a vantaggio di qualche cosa che leghi più profondamente il giudice alla società, come a dire che si mette in questione il diritto stesso. Lo smarrimento non può essere più generale. Ma il fatto è che, come è stato osservato da un illustre storico francese, ci sono dei momenti nella storia e nella vita dei popoli nei quali non si chiede nulla al giudice, dei momenti in cui gli si chiede tutto, si attende da lui la salvezza della società. Sono questi i momenti meno felici di un popolo, perché segnano la sua decadenza, il venir meno dei valori fondamentali che da soli non riusciamo a conservare. Può darsi che noi viviamo in uno di questi momenti, e perciò tutti chiediamo al giudice quello che egli non può dare, ne facciamo il capro espiatorio dei nostri mali, con l'unico risultato di mettere in crisi venerande istituzioni che sentono l'usura, ma hanno anche il collaudo del tempo.

[086]

COMMEMORAZIONI DEL CODICE DI PROCEDURA CIVILE DEL 1865

Nel 1965 gli italiani — cosa degna di grande encomio in tempi in cui gli uomini non amano rivedersi nel passato e non si preoccupano dell'avvenire, nemmeno ormai di quello ultraterreno — hanno celebrato con varie manifestazioni il centenario della codificazione. Civilisti, amministrativisti, proceduristi si sono alternati sul podio, e ciascuno ha cercato di intendere, dal suo punto di vista, l'importante fenomeno. Un popolo si rispecchia sempre nelle sue leggi, anche quando sembra prenderle in comodato da un altro popolo: e del resto, tutta la storia politica non è altro che una successione di leggi, dalla lex Aebutia alla legge Merlin.

A questa solenne diagnosi non si sottrae il codice del processo, di qualunque processo. È evidente per il codice di procedura penale, e basta a dimostrarlo quel che succede in questi giorni, tra Corte costituzionale e governo intesi a tradurre in norma di legge un'idea di libertà, che, qualunque sia il giudizio che si voglia darne, sarà testimoniata nei secoli da quelle norme (e sarà nello stesso tempo la testimonianza della nostra civiltà, del nostro costume, del nostro impegno vitale: cosa che i legiferanti non dovrebbero mai dimenticare); ma non è meno evidente, anche se richiede una certa preparazione di pensiero, per il codice di procedura civile. Questo misterioso punto di incontro del diritto pubblico e del diritto privato, dello Stato e dell'individuo; questo perenne tentativo di rompere l'indifferenza costituzionale che lo Stato ha per l'individuo in quanto titolare di diritto; questo assoggettarlo al misero individuo con una semplice domanda

(ora che invecchio, capisco l'inconsapevole filosofia di certe ridicole formule scolastiche: la domanda fa nascere nello Stato l'obbligo di giudicare); questo riaffiorare della *societas* nella soverchiante e gelida organizzazione che si chiama Stato, una *societas* che pare riassorba l'individuo e in seno alla quale invece l'individuo trova il massimo della sua esaltazione; questo risolversi del diritto in processo, poiché di questo appunto si tratta, qualunque oziosa definizione si voglia dare della *jurisdictio*, e nel processo il fronteggiarsi del mio e del tuo, che non sono più né mio né tuo, ma tanto più fieramente postulano di esserlo; tutto quello insomma che si riassume nell'idea e nella parola di giustizia civile impegna e rivela la vita di un popolo non meno di quanto faccia la giustizia penale. Direi anzi che è storicamente molto più « documentale » la giustizia civile, perché è, contro le apparenze, meno episodico il contrasto intorno al diritto che la persecuzione penale di una persona: perché altrimenti si studierebbero con tanta meticolosità i morti processi civili delle antiche civiltà, compresa la romana, mentre poco o nessun interesse suscitano i processi penali? E prima ancora perché questo ininterrotto lavorio dei secoli intorno alle forme del processo civile, questo succedersi più che di leggi, di diversi sistemi? E perché l'imponente elaborazione della scienza del processo civile (certamente la più grande esperienza giuridica del secolo) di fronte alla tardiva e lenta costruzione della scienza del processo penale? È lo stesso fenomeno del resto, se pur non ne è il riflesso, della perenne prevalenza del diritto civile su tutti gli altri rami del diritto, se non addirittura della sua identificazione col diritto *tout-court*, che sul piano pratico porta a creare due categorie di giudici, di serie A, si direbbe, e di serie B. La verità sta forse in questo: che il diritto penale non è diritto, o almeno non lo è come il diritto civile, e in ciò sta la sua debolezza, che è però anche la sua forza. Nulla di più errato che ricondurlo alla solita astratta casella.

Ma divago. Il fatto è che, premesse queste meditazioni, molto mi ero meravigliato, nel 1965, quando lessi niente di meno

che nella Rivista che prende il nome di diritto processuale, e nacque come *Rivista di diritto processuale civile*, una noterella del Prof. Liebman nella quale si dice testualmente: « Perciò senza indulgenze di circostanza e a maggior ragione senza rimpianti, ricordiamo il centesimo anniversario di quel codice, soprattutto perché fu un momento e un passaggio di fondamentale importanza nello sviluppo storico del nostro diritto processuale civile ». Strano momento che dura cent'anni, mi son detto. E cosa vuol dire per un codice che si commemora l'indulgenza o il rimpianto? Ma la meraviglia divenne stupore nel 1968, quando mi giunse dalla Calabria, inviatomi non so da chi, un giornaletto professionale *La toga calabrese* (n. 5-6; maggio-giugno 1968), nel quale è contenuto un articolo del Prof. Andrioli sulla riforma del processo civile, dove si legge: « E non abbiamo sentito, lo scorso anno, celebrare il codice di rito civile, che della prima legislazione nazionale era la parte meno illuminata, e sentirne cantare le lodi persino da professori universitari? È invece mia profonda convinzione che il miglior modo di celebrare quel codice era di ignorarlo, ma mi guardo bene dall'aver ragione nell'inutile dibattito ».

Il professore universitario parla sempre *ex cathedra*, più del romano pontefice: e forse più di quest'ultimo è protetto da una specie di immunità giurisdizionale. Ma io credo che non si possano non deplorarne pubblicamente, quando occorre, i suoi atteggiamenti, per il danno che ne viene alla nostra povera scienza e il discredito a chi la coltiva. Io ho personalmente celebrato il codice del 1865 in una solenne riunione nell'aula magna della Cassazione, ma non mi sono sognato né di indulgere né di esprimere deplorazioni. Fosse stato il codice di Hammurabi (dato che lo conoscessi) per me sarebbe stato lo stesso, perché un codice, quando ha retto le sorti di un paese per quasi cent'anni, è un fatto storico, un dato oggettivo che bisogna oggettivamente studiare. Nella specie, poi, molto c'era veramente da studiare, per la connessione di quel codice con la storia fatta e da fare del sorgente paese, per le relazioni con l'economia (basti pensare al

prevalente interesse nell'esecuzione per i crediti ipotecari), con la struttura della società, e non ultimo con la morale: tanto più che l'attuale codificazione ci offriva e ci offre una singolarissima tavola di confronto, sempre sul piano della storia, che illumina la passata legislazione e ce la fa conoscere meglio di quanto non potessimo nella sua vigenza. Che se poi volessimo cedere alla tentazione del postumo biasimo, dovremmo assumere compiute informazioni, e rileggere prima, ad es., quel che riferisce il trascurato libro di Umberto Cao (trascurato perché quell'uomo di singolarissimo ingegno non fu professore): « Torna doveroso e decoroso il rammentare che quel codice fu opera dei più dotti fra i giuristi italiani ed encomiato da chiarissimi giureconsulti stranieri, per i molti e notevoli miglioramenti introdotti in confronto dei codici di altri Stati. Il Troplong, il Bilaut, il Mittermayer fecero pervenire i loro congratulamenti al guardasigilli del tempo; il ministro di grazia e giustizia in Francia, Baroche, trovò il nostro codice così pregevole, che lo sottopose allo studio della Commissione legislativa per la riforma del codice di procedura civile francese; e il dotto Almerico Allard, professore di diritto all'università di Gand, relatore della commissione eletta dal governo belga per preparare la revisione del codice di procedura civile, pubblicando nel 1871 un lavoro critico del nostro codice processuale, ne rilevò i pregi e i difetti, ed invitò i suoi concittadini a studiarlo e per la scienza dei suoi compilatori e per lo spirito liberale che l'informa ».

Sarei del parere che queste notizie abbiano una certa importanza, se qualche cosa ha ormai importanza nel sopraggiunto mondo. La critica del codice fu aspramente condotta in tempi più tardi da Chiovenda, sulla base di astratti principi: ma non per questo gli epigoni debbono sentirsi autorizzati a tramutarne le spoglie a lume spento. Ben più rilevante è per noi la critica delle cose, l'autocritica oggi propriamente si direbbe, che portò a un lungo lavorio di riforma, di cui ha reso conto il Fazzalari nella stessa *Rivista di diritto processuale*; ma peraltro anche lui si è abbandonato a dire che « la ricorrenza del centenario

non ci impegna a una celebrazione ». Quella critica del tempo appartiene alla storia del codice, e vi fu chi notò, al tempo della celebrazione del Codice Napoleone, che dell'originario testo era stato modificato più di un terzo delle disposizioni. Ma i francesi, anche se non conoscono come noi il diritto processuale civile, hanno (o avevano) il senso dell'eleganza: e, come è risaputo, nel festeggiatissimo centenario del loro (e nostro) codice proposero la nomina di una commissione permanente di riforma.

* * *

Lasciamo dunque il codice del 1865 al di là del bene e del male, e cogliamo l'occasione per intenderlo sul piano della storia, illuminati come oggi siamo dal codice che gli è succeduto, e che ci governa.

Dicendo codice del 1865 intendiamo riferirci — è opportuno metterlo bene in chiaro — al procedimento formale da esso accolto come procedimento ordinario. Il procedimento sommario, che pur esso prevedeva, e che aveva finito col prevalere sull'altro, interessa relativamente, appartiene già in qualche modo alla critica, è un anticipo del futuro.

Orbene, in che cosa consisteva quel procedimento formale? Le sue linee essenziali si possono così stabilire: *a*) la citazione non era a udienza fissa; l'attore indicava il termine entro cui il convenuto doveva comparire; *b*) entro quel termine attore e convenuto dovevano costituirsi; *c*) entro quindici giorni dalla scadenza del termine (se non l'aveva fatto prima con la costituzione) il convenuto faceva notificare la comparsa di risposta, alla quale poteva seguire la replica dell'attore, la controreplica del convenuto, e così via: una attività diretta insomma, preparatoria del giudizio; *d*) il dialogo epistolare poteva essere concluso bruscamente dalla parte che lo riteneva sufficiente (salvo una riapertura su cui qui sorvoliamo) mediante la iscrizione a ruolo della causa. Era questo il primo passo verso l'intervento del giudice; *e*) seguiva, entro brevi termini, la notifica della com-

parsa conclusionale (la sola ammessa, avendo la iscrizione effetti preclusivi, meno che per la delazione del giuramento), e infine il decreto del presidente che disponeva intorno all'udienza, tra l'altro stabilendo se la relazione dovesse essere fatta dalle parti o da un relatore che nominava; *f*) l'udienza veniva fissata e pubblicata, e si svolgeva nei modi consueti. Notevole che le parti potevano in udienza difendersi da sé.

Era questa, ovviamente, la previsione di un procedimento normale, e se si vuole ideale, in cui non occorresse istruttoria, non si contestasse la validità degli atti, non si sollevassero particolari eccezioni. Tutti questi casi davano luogo a « incidenti » cioè si apriva una causa nella causa, con citazione a udienza fissa davanti al presidente, il quale nel disaccordo delle parti rimetteva le parti ad altra udienza, pure fissa, per la risoluzione dell'incidente « o anche nel merito » (art. 181).

A noi non interessa minimamente in questa sede prospettare le degenerazioni che nella pratica aveva subito il procedimento formale, tanto da essere soppiantato prima di fatto e poi di diritto dal procedimento sommario: sul piano storico sono i sistemi, e l'idea in essi espressa, che contano, altrimenti non si scriverebbe la storia del processo romano, né in generale la storia di qualunque morto processo. Il fatto è che il processo fu concepito dai nostri padri in quel modo, e questo modo bisogna spiegarsi anche se i contemporanei, naturalmente volti alle esigenze pratiche, non ne ebbero coscienza come noi invece possiamo averla. Ciò posto, a me sembra che nel procedimento formale si manifesti anzitutto il sentimento profondo della importanza del giudizio, che ebbero i compilatori del codice, a qualunque modello si siano essi ispirati. La formulazione del procedimento ha sempre questo valore (anche in penale, sebbene ovviamente si tratti di cose diverse), allo stesso modo come quel sentimento si attenua nel procedimento sommario, termine questo ultimo sconveniente al giudizio, salvo naturalmente che non si tratti di procedimenti speciali. (Del resto io credo che forma e processo siano addirittura sinonimi, se per forma non

si intende la mera esteriorità di un atto, che non ha mai importanza, ma la legge interiore dell'atto, o l'atto stesso in quanto si fa legge: ma di questo non facile argomento tratteremo altra volta).

Nel sentimento di cui parliamo, che è ben si capisce il frutto di una infinità di elementi, tutti riassunti nella storia, trovano la loro spiegazione le due componenti del processo formale: la prima quella del dialogo preliminare tra le parti, perché le parti sono le protagoniste del giudizio, e devono l'una all'altra la verità; la seconda, la procedura incidentale, cioè la risoluzione di tutti gli incidenti con sentenza (e nel processo di esecuzione la serie di sentenze attraverso le quali si giungeva alla espropriazione del bene immobile). Il giudice parlava e doveva parlare per sentenze, perché questo era il suo modo direi naturale di esprimersi, e questo era il linguaggio dovuto alle parti, e che le parti si attendevano da lui, dato che gli avevano chiesto un giudizio. (Che in ciò vi fosse una certa razionalità è del resto dimostrato dagli sforzi che oggi la giurisprudenza è costretta a fare per riportare all'art. 111 della Costituzione i più disparati provvedimenti).

Nella prospettiva liberale in cui il procedimento formale deve essere considerato tutto trova la sua giustificazione: e si spuntano le frecce che contro di esso vennero successivamente tirate, in nome di una pretesa non partecipazione del giudice al processo, allo stesso modo come si rivela priva di valore la qualificazione di processo scritto, e quindi deteriore, in contrapposto al processo orale di un auspicato avvenire. La verità è che il giudice partecipava al processo come doveva partecipare e non è affatto sicuro che la sua partecipazione fosse minore di quella che i censori desideravano e anche oggi pretendono. Era semplicemente diversa, e con ciò è detto tutto, perché per lo storico non esiste né il meglio né il peggio. Quel che si può dire è che il processo formale (come tutte le idee liberali) riposava su un fondo di utopia, l'utopia della legge che esaurisce la realtà nel regolarla, l'utopia degli uomini astrattamente con-

cepiti. Forse si può precisare notando che nel procedimento formale la legge è più vicina alla legge sostanziale che a quella processuale, e di qui può darsi abbiano avuto origine le trattazioni pandettistiche del diritto processuale. Comunque è certo che il procedimento formale aveva in sé tutte le premesse per diventare formalistico, e in effetti lo diventò; ma questa è malizia di uomini, che del resto non mancò di esplicarsi (e come!) nel prevalente e prevalso procedimento sommario, regolato poi dalla legge del 1901, come tutti ricordiamo con senso di fastidio.

Bisogna insomma riconoscere che il severo giudizio di Chiovenda (ripreso con asprezza dal Mendelsohn-Bartholdy) era un giudizio politico, di politica legislativa, in tale sede pienamente valido, ma che oggi solo superficialmente operando gli epigoni possono riprendere e mantenere in sede storica. La riprova più singolare di quel che diciamo si trae dall'osservazione del codice vigente. Si può pensare tutto quel che si vuole di questo codice, che tutti abbiamo appassionatamente difeso al suo apparire, per reazione ai misoneisti, perché realizzava così come poteva le idee della nuova scuola; ma se guardiamo bene, in sostanza, su che cosa esso era imperniato? Né più né meno che su una ripresa del procedimento formale, con l'abolizione della citazione a udienza fissa e le scritture preparatorie (citazione, comparsa di risposta). È abolito il rito degli incidenti, ma in modo del tutto formale, perché il giudice istruttore può sempre deferire al collegio per la decisione con sentenza le questioni preliminari e pregiudiziali; e la derivazione del procedimento formale è così palese che, come questo consentiva al presidente di risolvere in via di urgenza quelle questioni, cioè di fare quel che oggi fa il giudice istruttore, così gli imponeva di rinviare al collegio anche per il merito, con una norma (art. 181) in tutto corrispondente all'attuale art. 189. E allora? Cosa sono queste denigrazioni?

Due risposte sono prevedibili. La prima è che il codice vigente non realizza appieno il processo orale: questa obbiezione non val nulla, perché il processo orale è una opinione, e non si mette a raffronto la storia con le opinioni. La seconda è più per-

tinente, perché si fonda sul fatto che il nuovo codice avrebbe ricalcato il procedimento formale, ma avendo di mira l'istruzione del giudice e quindi la sua partecipazione immediata e diretta al processo.

Allora però bisogna mettere sul piano della storia anche questo nostro codice, lasciando da parte ogni sentimento o sentimentalismo. Che cosa ha significato e significa storicamente il codice del 1940 o 42 che sia? La risposta, se vogliamo essere sinceri, non può essere che una: esso è sì l'antitesi del procedimento formale, ma in due sensi che sono, se si vuol giudicare e sinceramente giudicare, entrambi negativi:

1) il nuovo codice esprime anzitutto la progressiva svalutazione del giudizio, storicamente determinata da infiniti fattori, che si possono ricondurre, nonostante tutta l'ipocrisia della costituzione, alla progressiva svalutazione dell'individuo. L'esaltazione del giudice nel processo coincide sempre con una svalutazione del giudizio. Sembra un paradosso, ma è così. E ciò, insisto a dire, non sostengo che sia bene o che sia male: è semplicemente così;

2) la formula dell'istruzione preparatoria che si fa per il giudice, della partecipazione del giudice al processo etc. etc. è, nella migliore delle ipotesi, un luogo comune. La verità è che il codice vigente, nato sotto un regime autoritario, è (e non poteva non essere, anche se gli ispiratori avessero voluto fare altrimenti) un codice autoritario. Il giudice che ne è venuto fuori è un giudice, più che istruito, prepotente (insisto a dire che parlo del codice, non delle sue in questo caso felici deformazioni pratiche), che comanda più di quanto non giudichi, e al quale della causa in sé e per sé, cioè degli uomini, interessa ben poco. Perché altrimenti tutta quella selva di preclusioni, di estinzioni, di decadenze, che hanno fatto del rito un monumento di formalismo? Questo è tanto vero, che voltata la pagina della storia, si è dovuti tornare indietro, e introdurre modificazioni (con la legge del 1950), che hanno fatto versare lacrime accademiche della

cui legittimità è lecito dubitare, e comunque non cambiano la realtà. Si può aggiungere che in questa luce di illiberalità, nel senso più deteriore, va considerata la restaurazione fatta dal legislatore del pubblico ministero nel processo civile, che, come è ben noto, una legge del 1875, modificatrice dell'art. 346, aveva cacciato fuori dai piedi. Il nuovo codice (e del resto non solo quello di procedura, ma il codice civile e molte leggi speciali) ha rivalutato sulla carta il p. m., con l'unica conseguenza di aumentare inutilmente i motivi di nullità.

Oggi il codice autoritario continua a governare il nostro rito: si capisce, astrattamente, perché in concreto le cose vanno come vanno, cioè come il legislatore non pensava che andassero, ma questo, ho detto e ripeto, non fa parte della storia. La quale giudicherà poi delle conseguenze di questo codice su un piano più vasto, e così si chiederà se anch'esso non abbia contribuito a generare in molti giudici quella immodestia che, certo con altri complessi fattori, è alla base delle attuali vaghe, e perciò penose, contestazioni che travagliano la magistratura italiana.

* * *

Ma, ripeto, non si tratta di giudicare, e neppure di proporre riforme. Anche le riforme hanno bisogno del tempo adatto, come ogni opera dello spirito, e il nostro non è il tempo propizio. Ogni *reformatio* sarebbe in *peius*. L'argomento potrà essere trattato altra volta. Per ora mi limito ad accennare a qualche mio convincimento. Il giudizio non dipende se non in minima parte dalla struttura del procedimento. Oralità e scrittura sono quisquilie, e la famosa immediatezza, anche a ritenerla realizzabile, avrebbe un limitato raggio di azione, tenuto conto del ridotto impiego della prova testimoniale. A mio modo di vedere la crisi del processo è una crisi del principio di legalità, che, così come è inteso, si riduce a un rapporto meramente formale tra norma e fatto. Nella realtà la fattispecie astratta non esiste, perché il fatto presenta infinite complicazioni soggettive e ogget-

tive: l'opera del giudice si riduce quasi sempre a un lavoro di Procuste, così che il giudizio ne risulta spesso falsato. La quantità di ricorsi, e di vani ricorsi, in Cassazione per la violazione di cui all'art. 360 n. 5 c. p. c. ne è la prova. Liberare il giudice da questa idea erronea di legalità non è facile, ovviamente, perché si tratta di una struttura mentale derivata da secoli di astratta dottrina e di astratto insegnamento, e prima ancora di astratta legislazione. Due cose ad ogni modo si possono dire: la prima è che la riforma del processo si fa anzitutto nel codice civile (indico questo per brevità). Bisogna umanizzare questo codice, che è nato e vive all'insegna della certezza del diritto (falsa, perché astratta certezza), introducendo delle valvole di sicurezza, che consentano al giudice di tener conto di tutte le circostanze soggettive e oggettive senza avere l'impressione di violare la legge.

La seconda, coordinata alla prima, è che il giudice *bon à tout faire* è un autentico anacronismo. Un giudice può conoscere tutto lo scibile giuridico, ma non avrà mai ad es. quella esperienza di vita di affari in base alla quale si può stabilire il torto o la ragione. Di qui nasce la pratica degli arbitrati (parlo di quelli di diritto, non di equità), ma lo stesso discorso si può fare per altri importantissimi gruppi di contese, come quelle familiari, marittime, del lavoro etc.

L'ordinamento cerca di rimediare a questa assurda situazione creando processi speciali (su cui v. da ultimo Schima, *R.T.D.P.*, 1967, 296), ma non si tratta di processi, si tratta di uomini, del *right man in the right place*, di trovarlo in qualunque modo rinunciando a tutte le concezioni teoriche sulla giurisdizione. Se si pensa che oggi il giudice tutto-fare passa tranquillamente dal civile al penale, e viceversa, a seconda delle esigenze burocratiche (o anche personali) vien fatto di rabbrividire e per chi invoca la tutela del suo diritto e per chi attende di essere giudicato.

Ma si tratta di cose ardue, se non di sogni. E continuando il sogno, per quel che riguarda il codice di procedura, se si fa

quel che si deve fare, non c'è molto da aggiungere. Bisogna, e forse non occorre altro, abolire tutte quelle nullità, decadenze, estinzioni che perpetuano le liti, impedire che la norma processuale diventi essa l'oggetto del giudizio. Per l'ordine del processo basteranno opportuni poteri discrezionali concessi al giudice. Credo che questa sia la cosa più difficile da realizzare. Io non posso dimenticare che in una delle tante commissioni di riforma alle quali presi parte, proposi di togliere di mezzo le balorde norme sulla procura, lasciando che il giudice, in ogni momento, anche d'ufficio, disponesse l'esibizione. I più fieri oppositori furono i magistrati, e le cose rimasero com'erano, come sono e forse come saranno.

Comunque, se si farà su queste basi un nuovo codice, vedremo tra cento anni se sarà il caso di commemorarlo.

GIURISPRUDENZA

CRITICA DEL GIUDIZIO COSTITUZIONALE

Dico subito che col termine giudizio costituzionale intendo riferirmi a tutto il complesso iter per cui si giunge, secondo i dettami della legge, alla pronuncia di legittimità costituzionale, questa compresa: e particolarmente a quella valutazione di fondatezza che compiono i giudici di merito, finora abbastanza negletta, tranne che per qualche questione di carattere formale. Un istituto come la Corte Costituzionale non può, a mio avviso, essere considerato soltanto su un piano strettamente o astrattamente giuridico: la magna carta ha messo nelle mani di questi giudici il nostro destino, assai più di quanto non fosse nelle intenzioni dei costituenti; vale a dire ne ha fatto dei legislatori, anzi dei superlegislatori. E di questo crisma le successive leggi costituzionali han fatto partecipare i giudici di merito, fino all'ultimo conciliatore, con effetti psicologici che è facile immaginare. Bisognerà dunque in questi *Quaderni*, che vogliono essere un punto di incontro del diritto con l'*Histoire contemporaine*, riservare un posticino all'osservazione dell'importante fenomeno.

Ho sul mio tavolo tre fresche sentenze della Corte, in varia materia, che non possono essere passate sotto silenzio. La prima è la n. 87 del 1968 che dichiara « l'illegittimità costituzionale dell'art. 713, primo comma, secondo periodo, del codice di procedura civile, nella parte in cui permette al tribunale di rigettare senz'altro, e cioè senza istituire contraddittorio con la parte istante, la domanda di interdizione o inabilitazione ove il pubblico ministero ne faccia richiesta ». La seconda è la n. 110 del 1968 che dichiara « l'illegittimità costituzionale dell'art. 708 del codice penale, limitatamente alla parte in cui fa richiamo alle condizioni personali di condannato per mendicità, di ammonito,

di sottoposto a misura di sicurezza personale o a cauzione di buona condotta ». La terza è la n. 86 del 1968, notissima e popolare sentenza che dichiara « l'illegittimità costituzionale degli artt. 225 e 232 c. p. p. nella parte in cui rendono possibile nelle indagini di polizia giudiziaria ivi previste, il compimento di atti istruttori senza l'applicazione degli artt. 390 e 304 bis, ter, quater c. p. p., cioè praticamente quelli che richiedono l'assistenza del difensore fin dal primo atto del procedimento.

Non sono le sole: ma poiché le altre sono meno recenti, mi limiterò a ricordarle nel corso della mia osservazione.

I

Sull'incostituzionalità (parziale) dell'art. 713 c. p. c.

Non vorrei essere troppo assoluto, poiché qualche sentenza potrebbe essermi sfuggita, ma io sono di avviso che tutte le volte che il giudizio costituzionale si è appuntato sulle norme del codice di procedura civile ha commesso dei guai. Ho in mente la riprovazione dell'art. 98, e cioè della *cautio pro expensis*, con la quale si è legittimata la « libertà » di gravare di spese un povero diavolo istituendo contro di lui giudizi infondati, senza possibilità economica di ripetizione. Di questa non recente sentenza ho parlato in altra sede, e non intendo ripetermi (v. *Giurisprudenza costituzionale*, 1961, pag. 852); la richiamo soltanto perché essa corre sullo stesso filo, meglio è appesa allo stesso filo, poiché non corre affatto, delle decisioni qui illustrate. Ho pure in mente la più vicina espulsione dal codice dell'art. 622, che « pone limiti alla opposizione della moglie del debitore all'espropriazione forzata dei beni di questo ». Questa decisione (n. 143 del 1967) è veramente quanto di più paradossale si possa immaginare, e non so se sia stato notato. Come si sa l'art. 622 dichiara improponibile l'opposizione della moglie del debitore relativamente ai beni mobili pignorati nella casa di lui. La dottrina aveva subito rilevato la non concordanza della disposizione con

l'art. 69 della legge fallimentare, che sancisce la famosa presunzione muciana con riferimento ad entrambi i coniugi. La sentenza ha cura di ricordare altre disposizioni, come quella della legge fiscale, che mettono sullo stesso piano moglie e marito, e lo stesso art. 621 del codice relativo alle pretese dei creditori sui beni pignorati. Orbene, che cosa ne deduce la Corte? Niente di meno che questo: non essere giusto che la moglie sia trattata diversamente dal marito. Se una norma, come quella dell'art. 622, questo fa, viola il principio costituzionale del pari trattamento, che d'ora in avanti si dovrà chiamare del pari maltrattamento.

Sarebbe bastato un po' di umorismo per evitare simili storture, e, in mancanza di umorismo, considerare che chi faceva le spese della lacuna della legge era un terzo, il povero creditore, che con la Costituzione e con i rapporti coniugali non aveva nulla a che fare. Penserà ad ogni modo il legislatore, in ossequio alla Corte, a dare alla moglie il diritto di rappresaglia contro il marito. Il guaio è che la Corte, nel setacciare il codice di procedura, ha trovato ora un altro articolo, precisamente questo 713 di cui *ex professo* vogliamo occuparci. Si tratta, come si è visto, di quella specie di diritto di archiviazione delle domande di interdizione che la norma attribuisce al presidente, oggi su richiesta del pubblico ministero, nella vigenza del codice 1865 *ex officio* (v. in proposito il mio *Commentario*, vol. IV, parte I, pag. 337).

La Corte ha ritenuto l'incostituzionalità della norma, per violazione, come vedremo, del diritto di difesa. Ma prima di esprimere il nostro avviso sulla decisione, rileviamo che la questione è stata sollevata d'ufficio dal presidente del tribunale di Milano, fatto sociologicamente assai importante, perché è chiaro che quel presidente, se riteneva la richiesta del P. M. non giusta, in quanto ravvisava elementi di fondatezza nel ricorso per interdizione, poteva disporre per lo svolgimento del processo. Se non lo riteneva, perché non ha archiviato la pratica, e ha suscitato questo tanto augusto quanto inutile giudizio, tanto inutile che il ricorrente non si è nemmeno costituito? La domanda sembra, per un

giurista, illegittima: ma io credo che se i giuristi, invece di teorizzare a vuoto, proponessero queste e altre simili domande, aiuterebbero a risolvere la crisi della giustizia, che si aggrava sempre più, e vanifica tutti i nostri sforzi di studiosi e di insegnanti.

La risposta sta forse nel famoso guazzabuglio del cuore umano. Ma, tornando al diritto, il motivo del rinvio alla Corte che la Corte ha fatto proprio starebbe nella violazione del contraddittorio, e quindi del diritto di difesa della parte istante, dato che, non essendole comunicata la richiesta del P. M. essa viene privata del potere di esporre ragioni e prove ulteriori.

Qui entriamo nel vivo dell'argomento.

Sul piano strettamente tecnico (ma è tecnico solo in apparenza) mi duole di dover muovere alla Corte il rimprovero di non aver ponderato, prima di decidere, la natura del processo di interdizione, quale ormai pacificamente è stabilita attraverso gli studi processualistici e pubblicistici in generale. Se lo avesse fatto, avrebbe rilevato che il processo di interdizione ha, per usare una nota formula, carattere volontario, un carattere che conserva nonostante le forme parzialmente contenziose (v. da ultimo il mio citato *Commentario*, IV, I, pag. 329 e *supra*, pag. 21). Rilevato questo, avrebbe agevolmente riconosciuto che nel processo in questione, come in tutti i processi volontari, non hanno valore assoluto il principio del contraddittorio e il diritto della difesa, perché sono in ballo, ed in primissima linea, interessi di natura pubblica, anche se connessi a una posizione particolare del soggetto, che devono essere salvaguardati; si può più incisivamente dire perché il soggetto (l'essere soggetto, e non in astratto, ma nella sua piena concretezza) è — ci si perdoni il bisticcio — oggetto di pubblica cura. Svolgendo queste premesse, la Corte sarebbe arrivata dritta dritta alla conclusione che non stride affatto col sistema, anzi è in piena armonia con esso, che la tutela del soggetto comporti, in queste condizioni, l'archiviazione del ricorso per la sua interdizione, quando si riveli *prima facie* infondata, cioè sulla base del semplice esame dello stesso ricorso.

Il ragionamento che rimproveriamo alla Corte di non aver

fatto non vale solo per l'art. 713. Esso vale per casi di pari se non di maggiore gravità, che pure si sono presentati alla Corte e che essa ha con troppa facilità risolto. Alludiamo alla espulsione dal codice civile, sotto il pretesto di illegittimità, del giudizio preliminare di ammissibilità previsto dall'art. 274 per le azioni di dichiarazione di paternità. Anche qui è stato tirato in questione l'art. 24 della Cost. per la limitazione, che dal giudizio di ammissibilità deriverebbe, della libertà di agire in giudizio: e anche qui devesi lamentare la poca esperienza del processo e della dottrina del processo, poiché non ci può essere dubbio che anche il giudizio di dichiarazione di paternità, come tutti i giudizi di stato, ha elementi essenziali di volontarietà (v. in questo volume, l'articolo *La giurisdizione volontaria nell'unità dell'ordinamento*). Se di questo la Corte avesse tenuto conto, certamente sarebbe andata in contrario avviso.

Ma la Corte non solo non ne ha tenuto conto, ma (facile profezia) non ne terrà conto, e così io già presento, come fra Cristoforo, che verrà il giorno in cui espungeranno dal codice anche l'art. 313 là dove dice che « La Corte, in camera di consiglio... senza esprimere motivi pronunzia in questi termini: *si fa luogo o non si fa luogo all'adozione* ».

Anche qui si invocheranno i diritti della difesa, l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, etc., e non si ricorderanno le nozioni più elementari in tema di giurisdizione volontaria.

Orbene, e qui lasciamo il diritto, perché io credo che la conoscenza tecnica del diritto sia l'elemento meno importante nella costituzione del giudice, mi sembra lecito pensare che le decisioni della Corte sopra elencate avrebbero potuto e dovuto essere evitate anche in base a considerazioni di buon senso. Le disposizioni ritenute illegittime (art. 913 c. p. c. e 274 c. c.) sono il retaggio di una antica tradizione e di una antica esperienza: norme venerande, le quali tendono alla difesa del soggetto contro le aggressioni delle false madri, dei cacciatori di eredità attraverso l'interdizione o di illeciti profitti attraverso l'adozione. Le condizioni

storiche e sociali che hanno dato origine a quelle norme non sono affatto mutate, onde la loro legittimità sostanziale, la loro « opportunità » è fuori discussione. La loro contraddizione al diritto alla difesa, o alla libertà di agire è assolutamente inesistente; in realtà ciò che la Corte ha sancito con il suo ostracismo è il diritto all'offesa: offesa dell'uomo, del suo stato, con l'arma più pericolosa che esista, perché si fodera appunto di libertà, e cioè con l'azione giudiziaria.

Registrato il palese equivoco della Corte, il giurista deve chiedersi come essa, che pur è composta di uomini probi, sia giunta a tanto. I motivi secondo me sono i seguenti, e sono molto importanti ai fini di un giudizio generale sull'atteggiamento della Corte:

1) Come si è accennato, l'attribuzione del potere di giudicare sulla legittimità delle leggi porta con sé una tendenza a legiferare, cioè a sostituirsi a quelle che sono le vere ed esclusive funzioni del parlamento.

2) La posizione di principi astratti e generici come sono in genere quelli contenuti nella magna charta e la creazione di un organo al quale è demandato di farli osservare induce naturalmente gli investiti dell'officio a credere che quei principi non ci siano mai stati, e che i nostri e loro padri fossero dei reazionari. Cosa ovviamente antistorica e assurda, essendo vero proprio il contrario, e cioè che quei principi furono, in generale, sempre sentiti e sempre severamente applicati. Prima quindi di giudicare delle norme consolidate dall'esperienza, bene farebbe la Corte a penetrare di esse le profonde, universali ragioni.

3) Collegato col primo di questi motivi è l'altro e più decisivo. Le leggi votate da un parlamento (soprattutto se non perseguono fini particolari od obbediscono a indirizzi di governo contingenti: ma proprio allora, ahimè, il controllo di legittimità diventa di solito problematico, per le scelte politiche che comporta) hanno un contenuto realistico, cioè tengono conto del mondo e dell'uomo come è, attraverso il gioco delle forze che

concorrono a formarle. La Corte costituzionale riceve dalla genericità e dall'assolutezza dei principi espressi nella carta l'idea di un uomo astratto, una specie di *homunculus* di Paracelso, quindi irreale, e alla sua stregua essa concreta, cioè mantiene astratti quei principi, distruggendo le leggi vigenti che astratte né sono né possono essere. Si possono fare mille esempi, e via via li faremo. Intanto per quel che riguarda le fattispecie in esame, la Corte sembra spinta a pensare che nessuno agisce per ricatto, e perciò la libertà di agire non possa essere legislativamente vigilata. Con quanto realismo non è il caso di dire.

Vi è infine un'altra osservazione da fare, che non riguarda solo la Corte, ma anche i giudici di merito. La norma in questione, e ancor più quella dell'art. 274 c. c., hanno come loro presupposto e giustificazione la fiducia nel magistrato. Il legislatore ha in definitiva pensato che si poteva consentire al magistrato, al di qua e al di fuori del giudizio, una delibazione che assicurasse la non distorsione della domanda dal suo fine, in materia che, abbiamo visto, è naturalmente pericolosa. Ora, considerate nella loro vera portata, l'ordinanza presidenziale e la decisione della Corte sono frutto della sfiducia nel giudice, o almeno la rivelano. È lo stesso fenomeno che si manifesta nei confronti dell'amministrazione in generale: ed è cosa gravissima come indice di civiltà. So bene che la risposta è pronta, e sarà che le norme devono essere astrattamente considerate: ma è appunto questo che si deve risolutamente negare; perché non era astratto il legislatore dell'art. 718 e dell'art. 274, e se diventa astratto il giudizio costituzionale ciò significa proprio che la Corte non ha fiducia nel giudice, e il giudice non ha fiducia in se stesso.

II

SULL'INCOSTITUZIONALITÀ (PARZIALE) DELL'ART. 708 C. P.

L'art. 707 del cod. pen. punisce come contravvenzione concernente la prevenzione di delitti contro il patrimonio « chiun-

que, essendo stato condannato per delitti determinati da motivi di lavoro, o per contravvenzioni concernenti la prevenzione di delitti contro il patrimonio, o per mendicità o essendo ammonito, o sottoposto a una misura di sicurezza personale, è colto in possesso di chiavi alterate o contraffatte ovvero di chiavi genuine o di strumenti atti ad aprire o a forzare le serrature, dei quali non giustifichi l'attuale destinazione ». L'art. 708 poi punisce « chiunque, trovandosi nelle condizioni personali indicate nell'articolo precedente è colto in possesso di danaro o di oggetti di valore o di altre cose non confacenti al suo stato ».

Orbene, si sono trovati due giudici, l'istruttore del Tribunale di Torino e il pretore di Bologna, che hanno contestato la legittimità costituzionale del secondo articolo. Per la verità il motivo addotto dal giudice torinese è più che altro un cavillo, perché egli intende l'art. 708, là dove dice « altre cose non confacenti al suo stato » come se si riferisse a persone diverse da quelle colte in possesso di danaro, cioè ai (più o meno) pregiudicati. È però un cavillo un po' sospetto, perché a nessuna persona spregiudicata verrebbe in mente di pensare che il legislatore abbia voluto, con quella modesta norma contravvenzionale, restaurare la distinzione tra nobili e plebei. Ma dove il sospetto diventa certezza è nel leggere i motivi dell'ordinanza pretorile, lunghissima ordinanza nella quale apertamente si accusa la norma in quanto « si rifarebbe a criteri di disparità sociale per il fatto di riferirsi a cose non confacenti alle condizioni di censo, sociali e professionali del possessore »; e ancora la si censura perché introdurrebbe una inversione dell'onere della prova fondato su una presunzione di colpevolezza in contrasto con l'art. 27 della costituzione.

Se l'uomo della strada (quello, per intenderci, che paga le imposte, e quindi indirettamente i giudici) avesse notizia di queste cose (ma non ce l'ha, perché non è tanto civile da interessarsi delle cose che nominativamente non lo riguardano) si chiederebbe se i nostri giudici, fra tanta criminalità e corruzione, han tempo da perdere. Ma credo che sbaglierebbe, perché alla base di

queste quisquilie costituzionali sta, oltre il sopra illustrato bisogno di darsi importanza, un impegno politico, intendendo con ciò non che il giudice sia un partitante (sarebbe forse meglio che fosse così), ma che si rende portatore, per le funzioni che gli sono affidate, di una non assimilata democrazia, e cioè si configura una realtà astratta, come dire una non realtà, della quale fa le spese lui, l'uomo della strada, l'uomo reale. Questo spiega perché i birboni e parabirboni di cui all'art. 707 siano stati messi dal giudice sullo stesso piano delle persone (almeno formalmente) perbene, cioè si sia vagheggiata una disparità di trattamento tra gli uni e le altre. E purtroppo questo è vero in termini generali, perché negli albori della democrazia, prima cioè che quella seria e severa cosa che è la democrazia abbia foggiato gli individui e il popolo, della medesima profittano i delinquenti, che infatti sono i primi ad apprendere e sbandierare, come di recente si è visto, le sentenze costituzionali. Del resto, non aveva detto LISTZ che il codice penale è la magna charta del delinquente?

La Corte costituzionale ha fatto giustizia di molte fantasie dei giudici di merito, e bisogna riconoscere che ha avuto buone intuizioni giuridiche, particolarmente nel rigettare la pretesa inversione dell'onere della prova relativamente alla provenienza delle cose possedute. In realtà, bastava che il giudice si fosse chiesto come si comporterebbe se un suo figliolo, *infantia minor*, gli tornasse a casa con un pacchetto di marenghi per intendere come funziona l'onere della prova, anche senza aver letto il libro di Micheli. Sennonché la Corte non si è fermata alla negazione, ha voluto concedere qualche cosa e ha fatto questo discorso: tra gli illustri personaggi indicati nell'art. 707 (e nel 708 per richiamo) ce ne sono alcuni nei cui confronti il reato di sospetto va bene. Questi sono precisamente coloro che sono stati condannati per delitti determinati da motivi di lucro, o per contravvenzioni concernenti la prevenzione di delitti contro il patrimonio (le prime due ipotesi). Ma il reato non va più bene per i condannati per mendicità, o per soggetti sottoposti a misure di sicurezza personale o a cauzione di buona condotta, o per i sor-

vegliati speciali. La norma quindi che istituisce il reato viola il principio di uguaglianza in relazione alla nozione di stato del possessore degli oggetti di valore e delle cose indicate nell'art. 708, che diventa incostituzionale.

È difficile immaginare una prova più convincente di tutti i vizi radicali che affettano il giudizio della Corte, e che nel numero precedente abbiamo elencato. Da un punto di vista strettamente giuridico si potrebbe anzitutto osservare che la Corte ha dimenticato che i reati in questione costituiscono un atto di benevolenza del legislatore verso le nominate persone, perché la vera rubricazione sarebbe quella di furto o di ricettazione. Ma lasciamo andare. Quel che interessa è l'iter mentale della Corte, che, all'insegna della nuovissima *égalité*, ha messo in un fascio chi si guadagna onestamente la vita, e perciò non porta addosso somme e oggetti di valore, e i condannati (si badi bene, condannati, quali forse non ce n'è mai stati) per mendicità e i sorvegliati speciali, carichi di danaro o di preziosi. Ecco costruito e messo su un piedistallo l'uomo astratto, l'*homunculus* di cui dicevamo. Che tutti gli uomini siano uguali di fronte a Dio, è indiscutibile, ma qui si tratta di legge, e la legge ha pieno diritto di distinguere il mendicante o il sorvegliato speciale dal lavoratore, e chiedere la coerenza col proprio stato, poiché in sostanza di questo si tratta. Se il mendicante nasconde in casa un quadro di Tiziano, meglio ancora di Guttuso, e non sa dire dove lo ha preso, la legge, impotente a punirlo come ladro, gli infligge una modesta sanzione contravvenzionale, quasi per memoria, come si scrive nei bilanci. Dov'è l'incostituzionalità? Chi si favorisce, a danno del mendicante, con questa norma?

Ma l'astrazione ha operato su ben altra scala nei giudizi costituzionali, come subito vedremo.

III

Sull'incostituzionalità degli artt. 225 e 232 c. p. p.

Ho lasciata per ultima questa decisione, che è di gran lunga la più importante, perché essa investe il problema generale della giustizia penale, e perché il nuovo governo ha annunciato una riforma del processo, che assorbe il tema particolare, e che mi darà occasione di fare un completo discorso. Qui voglio solo analizzare la sentenza della Corte sotto il profilo delle sue componenti logiche e psicologiche, come ho fatto per le precedenti.

Il giudizio pratico lo hanno dato, secondo quanto si è appreso dai giornali, i detenuti del carcere di Milano, che hanno organizzato una mezza rivolta reclamando l'applicazione della sentenza della Corte e la riforma del processo penale, e quel gentiluomo che, invitato dagli agenti ad abbassare la radio in seguito alle proteste dei vicini, li ha fatti scendere dalle scale con i piedi in avanti urlando che voleva la presenza di un avvocato. Ma queste sono le disavventure di Candide, e non entrano nel conto della fede e del diritto. Quel che invece ha una certa importanza è notare anzitutto se la decisione regge sul piano giuridico: e qui, ragionando al modo dei trapassati, dovrei dire francamente di no. Come si evince dalla massima del dispositivo, si tratta di quelle indagini di polizia giudiziaria che il procuratore della repubblica può disporre prima dell'istruzione sommaria, o della richiesta di istruzione formale, o che gli stessi ufficiali di polizia giudiziaria possono compiere in casi ben determinati dalla legge (flagranza, urgenza di raccogliere prove, o conservare le tracce del reato): le c. d. indagini preliminari, insomma. Anche qui, dice la Corte, la difesa deve essere assicurata. Si può obbiettare che l'art. 24 della Costituzione parla di assicurazione della difesa in ogni stato e grado del procedimento: e qui non siamo affatto nel procedimento. La Corte si è posta l'obbiezione, e l'ha superata dicendo che essa ha carattere formalistico, ed è contraddetta dalla partecipazione del magistrato agli atti. È chia-

ro che la Corte, così argomentando, non si è posto il problema profondo dell'inquisitorietà che costituisce l'essenza del processo penale (v. *Commentario*, vol. II, I, pag. 4) e che nessuna struttura accusatoria può eliminare. Io non ho particolari simpatie per la polizia, sebbene comprenda perfettamente lo spirito di quel personaggio di Graham Green nel *Nostro agente all'Avana* che si sentiva protetto dai poliziotti anche quando lo bastonavano: ma non riesco a capire come si possa negare la legittimità delle indagini preliminari, che, appunto perché preliminari, non possono far parte del processo nel senso proprio della parola. Io vorrei chiedere all'amico Branca se ricorda, come certo ricorda, il processo di Giusta, nella ricostruzione fatta da Arangio Ruiz; ma più banalmente vorrei chiedergli se non sa che ogni privato il quale abbia intenzione di promuovere una causa cerca prima di raccogliere gli elementi probatori, che naturalmente dovrà rendere « processuali » se vorrà che abbiano qualche valore. E perché questo non dovrebbe farlo il funzionario, magistrato o non magistrato che sia, ovviamente con le cautele che le norme espulse non mancano di prevedere? Che queste norme fossero suscettibili di miglioramenti, è indiscutibile; ma di qui alla incostituzionalità c'è un salto, non un grado o un passo.

Ho l'impressione che la stessa sentenza abbia sentito l'equilibrio instabile della sua posizione, perché ci sono argomentazioni che lasciano smarriti. Si legge a un certo punto: « basti pensare a ispezioni non facilmente ripetibili, a ricognizioni compiute nell'ansia di individuare rapidamente il colpevole, a interrogatori condotti fabbrilmente nel clima dell'allarme cagionato dal delitto ». Come? La non ripetibilità dell'ispezione diventa un motivo di illegittimità dell'ispezione? L'ansia di indovinare il colpevole è un motivo di riprovazione, anziché di apprezzamento? E il clima d'allarme, se certo non giova al giudizio, non è naturale, e comunque sperabile che ci sia? Non basta. Si prosegue: « Il modo come le indagini vengono eseguite, gli strumenti dei quali è costretto a servirsi l'inquirente, l'assenza di vera collaborazione da parte dell'indiziato (se c'è) e di chi lo

assiste possono compromettere irrimediabilmente le parti del giudizio ». Quella collaborazione da parte dell'indiziato prevista come regola nelle indagini preliminari è un sentimento alla De Amicis, e tanto più lo diventa nelle previsioni che l'indiziato non ci sia. Le altre ragioni sono di puro fatto, e non dovrebbero riguardare il giudizio costituzionale. Ma quel che appare estremamente serio è il punto dove la Corte parla dell'inquirente portato dalla natura delle sue stesse funzioni ad allungare talvolta la fase preliminare, in confronto con quella istruttoria, aggiungendo: « il che ha avvertito esattamente l'ordinanza di rinvio ». Punto, che è poi ribadito con ancor più gravi parole per la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 225.

Ecco, io spero di non cadere nel crimenlese (tutto è possibile), ma parole di questo genere non dovrebbero leggersi in nessuna sentenza, ma soprattutto in una sentenza della Corte costituzionale. Non è possibile elevare a sospetto magistrati e polizia, e funzionari in genere, e, *sub specie juris*, incriminare una norma perché viene male — in ipotesi — applicata. In questo nostro paese, disgraziato o fortunato che sia, non c'è rispetto per le istituzioni (nessuna esclusa, badi bene la Corte): mi sembra inverosimile che chi è proposto alle maggiori responsabilità nello Stato non debba tutelarle. Vero è che, come dice la sentenza, l'ordinanza di rinvio aveva sentito le cose che la Corte ha sentito: ma questo è il meraviglioso, che un giudice istruttore abbia avuto di questi sentimenti, al punto da mettere in moto la macchina del giudizio costituzionale. Qui riaffiorano e si rendono applicabili tutte le osservazioni che abbiamo fatto intorno a questo giudizio, considerato nella sua intera struttura, e ad esse rimandiamo il lettore.

Lasciamo il diritto, e veniamo alla valutazione semifilosofica della decisione, che in fondo è quella che importa, dato che la sentenza è un fatto compiuto e non è riparabile. Veniamo cioè all'indagine eziologica della sentenza.

Non mi pare che ci sia il minimo dubbio che essa confermi la diagnosi precedentemente fatta, e cioè che alla sua origine stia

una concezione astratta, e quindi irreale, dell'elemento umano al quale essa si riferisce. Si direbbe, a leggere la prosa della Corte, che le indagini preliminari si facciano a caso, e non sulla base di eventi concreti, e di persone che, in un modo o nell'altro, sono « implicate » nell'affare; più propriamente sulla persona uomo in quanto uomo, e non su individui che, se pur presunti innocenti fino a quando non sono condannati, tuttavia non lo sono come potrei essere io, ad es., o anche i giudici della Corte, che non abbiamo bisogno di presunzioni di nessun genere. Ma il guaio è che nella specie la Corte pecca di una duplice astrazione: l'astrazione dell'inquisito e l'astrazione dell'avvocato. Il suo ragionamento sarebbe perfetto in un mondo ideale in cui i delinquenti fossero onesti e onesti tutti i loro avvocati, un mondo simile a quello di Fra Cristoforo, senza bastonati né bastonatori. Ma la realtà è ben diversa. Il mondo nel quale viviamo registra (anzi non registra affatto, nelle edulcorate statistiche) una spaventosa e crescente criminalità e in questa criminalità, accanto ad avvocati perbene, pullula una caterva di avvocati che non hanno davvero alcuna intenzione di « collaborare » per la giustizia. Io sono d'avviso che giuridicamente (dico giuridicamente) la Corte Costituzionale deve valutare le leggi tenendo conto di questa realtà, della quale ha tenuto conto il legislatore, altrimenti si avrà non un giudizio sulla legge, ma un'abrogazione della legge, che è cosa diversa e opposta, e le stesse norme costituzionali, come l'art. 24, ne risultano falsate.

Che questo sia vero lo dimostra la stessa sentenza, la quale verso la fine si pone il dubbio sul modo « come la disciplina dell'istruzione e il precetto dell'art. 390 si possono realizzare, soprattutto nell'eventualità che il prevenuto non risponda all'invito di scegliersi un difensore », e dice: « ad ogni modo, anche se risultasse che di regola occorrerà l'intervento del magistrato, l'inconveniente, a giudicare dall'esperienza di altri paesi, non sarebbe di eccessiva gravità: il diritto di difesa, in un ordinamento che vieta di considerare colpevole chi non abbia subito una condanna definitiva, val bene il sacrificio d'una maggior spe-

ditezza delle indagini ». Questo richiamo all'esperienza di altri paesi conferma quel che sopra dicevamo, sull'astrattezza della decisione. Ma esso esprime qualcosa di più: una vocazione legislativa nella Corte, che volentieri vedrebbe sostituito un tipo di processo a un altro, e tende, anche inconsciamente, a crearne le condizioni. Ora questo è assolutamente illegittimo, vorrei dire incostituzionale, perché nulla è più deleterio per l'ordine sociale che il sovvertire le competenze. Un governo consapevole di questo dovrebbe protestare, e invece pare che ubbidisca, pensando di introdurre un processo accusatorio, che sarà quel che sarà, ma dovrebbe prima essere profondamente meditato in tutti i suoi infiniti presupposti, e anche sulla base dell'esperienza di quei paesi nei quali è realizzato, che non è affatto univoca.

Questo il mio pensiero sulla grave decisione della Corte: la quale è anche pericolosa dal punto di vista dell'uguaglianza che tanto sta a cuore, e giustamente, ai nostri massimi giudici, poiché si potrebbe determinare una categoria di persone che, come i gangster italo-americani, viaggiano sempre con l'avvocato alle costole, di fronte a un'altra categoria di poverelli che l'avvocato non possono concederselo. Una giustizia di classe a rovescio.

CRITICA DEL GIUDIZIO DI CASSAZIONE

In un'opera come questa, che ha un'impostazione essenzialmente critica, l'esame della giurisprudenza non può essere condotto con gli stessi criteri delle riviste giuridiche, che sono sempre di informazione, anche quando alla pubblicazione del testo di una sentenza segua una nota di assenso e di dissenso. Per la critica giuridica, o per la critica *tout-court*, l'opera dei giudici è prima di tutto un fatto sociale, uno degli aspetti che caratterizzano l'orientamento o il disorientamento spirituale di un popolo. Si fa un gran parlare, e se ne parla ampiamente anche in quest'opera, dei contrasti interni che dividono i magistrati (la categoria dei magistrati), dei quali alcuni sono censurati come conservatori, altri mal guardati come progressisti (e molte volte ci sembrano simili a quelle schiere opposte di avari e di prodighi nell'inferno dantesco, rinfacciantisi con alte grida « perché tieni? » e « perché burli? »: Inf. VII, 30); si leggono fino alla sazietà attacchi del nuovissimo quarto stato, che sarebbero i cinquemila giudici inferiori, contro i pochi e privilegiati giudici superiori, cioè contro la Cassazione; ma, politica a parte, una precisa individuazione dei problemi della giustizia non si riesce a vederla, per la semplice ragione che non si individuano, cioè non si confessano, i mali ai quali si vorrebbe porre rimedio.

Io credo che la via migliore per risolvere questo preliminare e pregiudiziale problema sia quello di procedere pazientemente all'analisi dei giudizi che i magistrati, e particolarmente quelli della Cassazione, vanno man mano rendendo. Non si tratta di impelagarsi in questioni astrattamente giuridiche, che si concludono con un giusto o sbagliato alla stregua della interpretazione di una norma, o del ritrovamento della norma più o meno adatta

al caso: questo lavoro, che si è sempre fatto e si fa, e che è utilissimo, non è in sostanza che la continuazione del lavoro del giudice, sullo stesso piano concettuale. Si tratta invece di valutare il giudizio nelle sue componenti, sia positivamente che negativamente, cioè negli elementi del fatto che il giudice ha rilevato e in quelli che non ha rilevato (e volutamente non rilevato, considerandoli estranei al suo officio di dicitore del diritto). Solo questo esame, che richiede naturalmente una grande esperienza, dà una misura per la qualificazione del giudice, e, generalizzando, della giustizia: se risponde alla realtà o non risponde, se è sostanziale o formale, se è statica o dinamica. E oserei dire che solo questo esame consente una conclusione di giusto o sbagliato, perché mentre la valutazione meramente razionale finisce con l'essere un contrasto (o consenso) di opinioni, al di là del vero o del falso, la valutazione analitica porta a un'approvazione o a una riprovazione sul piano degli interessi: che è, si badi bene, un piano strettamente giuridico, perché è da escludere che sia giusto *sub specie juris* un giudizio che non abbia tenuto conto di certi elementi, li abbia considerati estranei alla fattispecie.

È in definitiva l'eterno problema del formalismo giudiziale che si presenta in questi concreti termini. E tra parentesi, io penso che gli studi sul formalismo dovrebbero essere indirizzati proprio per questa via. Il formalismo come è studiato in genere dai docenti di filosofia del diritto è un'altra cosa, e a noi giuristi questo studio non serve. Cfr. solo per un esempio la voce del Cammarata, nella *Enciclopedia del diritto* (vol. XVII, pag. 1012) tutta materiata di « valutazione nomotelica » o « teleonomica », di « chiasma assiologico », di « scopo ortonomico » e via dicendo. In altre parole si tratta di reperire il formalismo là dove si genera, e costruire il suo volto, quasi si direbbe l'identikit attraverso i dati che l'opera concreta del giudice ci fornisce. E sarà bene avvertire subito due cose: la prima è che non si tratta di una ricerca di massa, come oggi la si intende. Ogni sentenza sta a sé, col suo bene e col suo male, e quindi non occorre in assoluto molto materiale, quasi si trattasse di fare una stati-

stica. Vero è solo che dal complesso del lavoro (che in un certo senso è senza fine) si può trarre qualche orientamento di carattere generale, specie sul piano psicologico. La seconda è che il formalismo non si può definire frettolosamente come un peccato comune a tutte le sentenze: ci sono giudici formalisti e giudici non formalisti, e noi anche l'opera di questi ultimi avremo cura di mettere in luce, quando ci accadrà, come contrasto e come conforto. Anzi inizieremo l'impresa proprio con una sentenza, anzi con due parallele sentenze, che a nostro avviso non avrebbero potuto essere emanate se non si fossero superate le barriere opposte dal formalismo.

I

Impugnabilità del decreto di ammissione alla procedura di amministrazione controllata, a' sensi dell'art. 111 della Costituzione.

Chiunque abbia anche una modesta esperienza dei procedimenti concorsuali conosce la fortuna (o la sfortuna) di quello fra i medesimi che prende il nome di amministrazione controllata. È una delle tante deviazioni che l'astuzia umana impone al fine proprio degli istituti: fenomeno che varrebbe la pena di studiare attentamente, e che invece viene trascurato dai giuristi, paghi della astratta realtà che offre la norma. Si pensi alle costituzioni di dote fatte per frodare i creditori, alle adozioni per assicurare diritti che si perderebbero in mancanza di figli, ai mezzi cautelari, alle amministrazioni giudiziarie usate come mezzi di coercizione, e via dicendo: qualcosa che ricorda in qualche modo il negozio indiretto e per la quale bisognerebbe creare un nome corrispondente. Nella specie dell'amministrazione controllata, la buona e ingenua intenzione del legislatore era quella di venire incontro a vagheggiati casi di temporanea difficoltà dell'impresa, e in funzione di questo presupposto era stata creata la disciplina normativa, altrimenti palesemente assurda. Nel giro

di una stagione debitori ultradecotti, si sono impadroniti del nuovo strumento, e se ne sono serviti per ritardare la dichiarazione del fallimento, con tutte le conseguenze che questo fatto comporta.

Sono cose dette già tante volte, e non vale la pena di insistere. Quel che per la nostra indagine interessa è notare che i giudici di merito rimangono solitamente insensibili al fenomeno, e continuano a valutare i fatti col metro delle esercitazioni accademiche. È possibile, o anche probabile, che *rebus sic stantibus* non si possa fare diversamente, che cioè i reconditi motivi non abbiano ingresso nel mondo della legalità. Una cosa è però sicura: che in molti casi i fini illegittimi si possono realizzare soltanto perché i giudici (di merito) non fanno il loro dovere, cioè infrangono per primi il principio di legalità, lasciando aperto l'adito a sollecitazioni estranee al rigore del giudizio. È appunto quel che accade per l'amministrazione controllata, che viene concessa con giuridica leggerezza, per ragioni di carattere sociale che infallibilmente si ritorcono, dopo un anno di pseudo esperimenti, contro coloro che si vogliono favorire, contro i creditori, e contro l'economia generale. Siamo (o, come spero, eravamo) arrivati a un punto che si ammettono gli imprenditori all'amministrazione con una specie di formula stereotipata, senza alcuna motivazione specifica, quasi con un timbro di gomma.

La gravità di questo scandaloso procedere è dovuta particolarmente al fatto che i creditori privilegiati (e nelle grosse aziende costituiscono di solito la maggioranza almeno quantitativa per via dei finanziamenti a lungo termine) non sono ammessi al voto nell'adunanza dei creditori, così che teoricamente basta un creditore privilegiato per una lira a determinare il consenso: con questo in più, che, attraverso la c. d. amministrazione, l'insorgere di nuovi crediti che vengano considerati di massa può svuotare di contenuto il privilegio! Ora, il fatto è questo: che l'assurda situazione non è affatto assurda secondo la legge, perché questa ha avuto di mira lo stato di temporanea difficoltà:

assurda diventa con la deviazione dal fine, quando cioè si fa passare per temporanea difficoltà una effettiva insolvenza.

Appunto per la corrispondenza formale alla legge, sembrava che non dovesse sussistere alcun rimedio (si sa che i giudici sono soggetti solo alla legge). Ed ecco che invece nell'interno del giudizio il rimedio è stato trovato. Con la sentenza n. 2253 del 5 luglio 1968, la Cassazione, pres. Pece, est. Della Valle (sentenza seguita da altra n. 3416 del 23 ottobre 1968, pres. Pece, est. Belarducci) ha ammesso il processo a' sensi dell'art. 111 della Costituzione contro il decreto di ammissione all'amministrazione controllata, considerandolo come una sentenza.

Dopo aver premesso che, secondo una nozione ormai accolta pacificamente dalla giurisprudenza, col termine sentenza l'art. 111 ha inteso riferirsi a qualunque provvedimento giurisdizionale suscettibile indipendentemente dalla forma assunta e dal nome attribuitogli dalla legge e dalla dottrina di recare « per l'ingiustizia » della decisione contenuta un pregiudizio irreparabile a un diritto soggettivo altrui, le citate sentenze non esitano a riconoscere che il decreto di cui all'art. 88 l. fall. pregiudica anzitutto la posizione giuridica dei creditori privilegiati che, pur non potendo discuterne in alcun modo l'opportunità e la convenienza in quanto esclusi dal voto in assemblea, sono costretti tuttavia a subirne le conseguenze e a veder postergati i propri ai crediti che sorgessero a favore di altri nell'esercizio del controllo gestorio; pregiudica poi il creditore che ha proposto istanza di fallimento, contestualmente alla domanda dell'imprenditore di essere ammesso alla procedura di amministrazione controllata, e per effetto dell'accoglimento di quest'ultima si vede quanto meno implicitamente rigettata l'istanza stessa, con la privazione della facoltà di reclamo che gli sarebbe spettata se il rigetto fosse avvenuto col normale decreto di cui all'art. 22 legge fall.; pregiudica infine tutti i creditori, oltre che per il pericolo derivante dall'insorgenza di nuovi crediti soddisfacibili in via di prededuzione, per l'obbligo che viene loro imposto della dilazione della riscossione dei loro crediti.

Tralasciamo per brevità la parte che riguarda la definitività del decreto, e aggiungiamo che dopo questa pregiudiziale decisione, la Cassazione ha annullato per difetto di motivazione il decreto impugnato, affermando che, affinché possa ritenersi adeguatamente assolto l'obbligo della motivazione, il provvedimento di cui all'art. 188 deve indicare gli elementi contabili e di fatto, che inducono a far ritenere soltanto temporaneo e non definitivo e irreparabile il disagio finanziario denunziato dall'imprenditore e a far fondatamente sapere che nel termine massimo di un anno l'impresa riesca a trovare dal suo stesso esercizio i mezzi occorrenti per uscire dalla crisi che l'affligge; non solo, ma deve anche dare atto della ricorrenza delle singole condizioni elencate nei numeri 1, 2, 3 dell'art. 160 ed enunciare i motivi per i quali l'imprenditore è da ritenere meritevole del beneficio invocato.

È sperabile che i giudici di merito sentano la lezione della Suprema Corte; quel che però a noi interessa è il fatto che la lezione sia data, cioè che la Cassazione si sia indotta ad ammettere il ricorso di cui all'art. 111 della Cost. ravvisando nel decreto una sentenza.

È ben noto che nell'interpretazione di questo articolo sono sorti parecchi dissensi in dottrina (v. da ultimo Mandrioli, *L'assorbimento dell'azione civile di nullità e l'art. 111 della Cost.*, pag. 35 sgg., e Giannozzi, *Il reclamo nel processo civile*, pag. 239 e sgg., anche per la bibliografia), mentre la giurisprudenza è stata in genere di tendenze liberali, come era, a nostro avviso, rispondente allo spirito della norma. Dobbiamo però riconoscere, ed esserne lieti, che non era facile ammettere il ricorso nel caso in esame. Il decreto di cui all'art. 188 era indubbiamente stato concepito come decreto, e nello spirito di un istituto che non avrebbe dovuto incidere sui diritti soggettivi. È stata la prassi a rilevarne l'interna contraddizione, il celato nucleo di espropriazione che esso contiene. Perché la Cassazione potesse ricondurlo alla previsione costituzionale occorreva un giudice sensibile alla realtà del fenomeno, che considerasse l'istituto non nella sua astratta disciplina, ma nella sua accettata de-

generazione. Non era, ripetiamo, facile, anzi lo si sarebbe detto impossibile, pensando al consueto trincerarsi, in simili casi, del giudice dietro il legislatore. Invece no. La Cassazione non ha avuto paura di dare al legislatore un altro pensiero, il proprio pensiero, di dirgli, poiché in fondo di questo si tratta, che in luogo di un decreto doveva disporre una sentenza, con tutto ciò che ne consegue. Poteva dirglielo in forma eversiva la Corte Costituzionale; glielo ha detto la Cassazione con quella forma più sottomessa e pudica che si è convenuto chiamare interpretazione.

II

a) Conflitto di interessi nella rappresentanza processuale (Cass. 24 maggio 1968, n. 1569).

b) Inesistenza di clausola compromissoria (Cass. 23 aprile 1968, n. 1247).

Abbiamo di fronte due sentenze, in materie del tutto diverse, ma che sono tristemente legate da quella pece formalistica che abbiamo cercato di individuare nella premessa a questa rubrica, e sulla quale ci proponiamo di tornare con un apposito studio. Descriviamo i fatti:

A) Nel 1963 alcuni soci convengono in giudizio la società per azioni X esponendo che in una assemblea straordinaria la stessa società aveva deliberato un aumento di capitale, e una parte di questo aumento aveva riservato alla società per azioni contro il conferimento di una grossa partecipazione azionaria. Da notare che dell'una e dell'altra società era presidente la stessa persona, che chiameremo Tizio. I soci impugnavano la delibera sociale per una infinità di motivi di forma e di merito, che qui non interessano: e a tal fine citavano la società X in persona del suo presidente Tizio.

Come risulta dalla sentenza, la causa ebbe un lunghissimo svolgimento, che portò a una decisione del Tribunale di reie-

zione dell'impugnativa, e poi nel 1966 a una decisione della Corte d'Appello che confermava *in toto* la precedente, rigettando le infinite eccezioni sollevate dagli attori e tenacemente contrastate dalla convenuta.

A questo punto avviene il fatto che ci interessa direttamente: perché gli sconfitti ricorrono per cassazione e deducono per la prima volta il difetto di legittimazione processuale di Tizio per la esistenza di conflitto di interessi tra lo stesso e la Società rappresentata in ordine alla conservazione della deliberazione impugnata. Con la sentenza del 24 maggio 1968, dopo cinque anni di battaglie giudiziarie, e tutto quello che questo comporta, la Cassazione ha annullato l'intero giudizio, mandando le parti a ricominciare da capo.

Ecco uno dei classici casi in cui l'uomo della strada rimane sbalordito, e non riesce a comprendere come ci possono essere giudici che egli paga per giudicare che emettano di queste sentenze; e se i giudici gli dicessero che questa è la legge, ed essi sono la bocca della legge, non riuscirebbe a comprendere come ci siano dei legislatori che egli elegge (e paga) che facciano una simile legge. Ma vediamo di assolvere al nostro compito, e di analizzare il giudizio, che poi, per bravura, considereremo anche dal lato, come suol dirsi, e chissà cosa vuol dire, rigorosamente giuridico.

E osserviamo subito che fra le tante ragioni addotte dalla sentenza manca la considerazione di un fatto, che è quello che invece l'uomo semplice immediatamente rileva, e forse solo considera: l'attore si è scelto da sé il rappresentante processuale del convenuto, nei suoi confronti ha diretto formalmente le sue istanze processuali, le sue offese e le sue difese, e dopo cinque anni di giudizio, quando ha perduto la causa, impugna la rappresentanza della persona che ha scelto per conflitto di interessi, sussistente o non sussistente che sia, qui non importa. Orbene, si domanda, è questo un fatto giuridicamente rilevante, o è « estraneo alla fattispecie »? Il problema del formalismo è tutto qui, in questo e in altri simili esempi. Se non si considera questo

fatto noi dobbiamo rassegnarci a considerare il processo come un gioco privo di ogni valore, e mi permetto di dire come un gioco tutto il diritto. E allora si possono fare tutti gli astratti ragionamenti che in nome del diritto si fanno, e non fermarsi mai, perché le astrazioni hanno appunto questo di bello, che come non dovevano avere principio così non necessitano di una fine. Per contro, considerando quel fatto, bastano tre righe per motivare, con risparmio di tempo, a tutto vantaggio della sollecita giustizia.

La Cassazione, invece di scrivere queste tre righe, ha cominciato col richiamare il sacro principio per cui il difetto di *legitimatio ad processum* può essere rilevato dal giudice *ex officio* in ogni stato e grado della causa. Ora, mi dispiace di doverlo dire, questo principio preso isolatamente, cioè avulso dalla complessità del concreto (il *tota re perspecta* può avere anche questo significato) è un non senso. Prima di tutto devo richiamare quanto ho detto nel *Manuale* (VII ed., pagg. 72, 115), e che mi appare sempre più esatto, e cioè che il difetto di *legitimatio ad processum* in tanto è pensabile in quanto si risolva in un difetto di *legitimatio ad causam*: tra le due legittimazioni non c'è né ci può essere distinzione. In secondo luogo ritengo si debba decisamente ammettere che anche il rilievo del difetto è condizionato al c. d. interesse ad agire o ad eccepire; diciamo meglio, con riferimento al rilievo *ex officio*, anche il giudice deve vedere se il difetto abbia prodotto una sfavorevole conseguenza alla parte mal rappresentata. Se, in povere parole, quest'ultima ha vinto la causa, nonostante il difetto, il rilievo si potrebbe dire un atto gratuito, se non costasse lacrime e sangue. È proprio quel che è avvenuto nella fattispecie oggetto del nostro esame: il processo è diventato fine a se stesso, un *actus trium personarum*, ma di tre persone astratte, che fanno solo il processo! L'inamidato *Zivilprozessrecht* può essere soddisfatto: vedremo in virtù dei suoi dotti insegnanti che un minore citato in giudizio personalmente, anziché nella persona del rappresentante, sarà rinviato al primo giudice anche quando è rimasto vincitore nel giudizio. Come chi

dicesse che un viaggiatore giunto a destinazione deve essere rimandato al punto di partenza perché il pilota doveva essere un altro.

Dunque: tardività dell'eccezione, irrilevanza del rilievo o superamento in relazione alla conclusione del processo. Sennonché la Cassazione, rifiutando formalisticamente questi dati, e ponendo, come si è visto, dei presupposti astratti al suo ragionamento, ha dovuto imbarcarsi nell'indagine sul conflitto di interessi fra Tizio e la società. E qui si prospetta la valutazione della sentenza *sub specie juris*, come avevamo promesso.

Che cosa ha detto in sostanza la Corte (e non è la prima volta) attraverso tante parole? Ecco la sua massima: « Anche nell'ipotesi del legale rappresentante di una società che difenda in giudizio la deliberazione assembleare, adottata dalla maggioranza dei soci, contro il socio dissenziente che impugni la validità di tale deliberazione, può verificarsi nella persona e nella volontà del rappresentante stesso quel conflitto di interessi con il soggetto rappresentato che, ai sensi del capoverso dell'art. 78 c. p. c., rende necessaria la sua sostituzione con un curatore speciale nominato nei modi previsti dagli artt. 79 e 80 del medesimo codice ».

Non occorre molto per intendere che questa proposizione è frutto del più schietto spirito formalistico: il giudice cioè, svolgendo la solita scissione del diritto dal processo, ha immaginato che esistano due società, l'una che delibera e l'altra che opera in giudizio, con conseguente possibilità di conflitto di interessi. Se queste cose non fossero frutto della formalistica dottrina, potremmo scagliare la prima pietra, ma dobbiamo star zitti. Un libero ragionamento (ma è una libertà da troppo tempo perduta e non so se si potrà riconquistarla) porta a osservare semplicemente che le società (l'unica società) che ha preso una deliberazione la deve difendere in giudizio, e se il rappresentante è colui che appartiene, come è ovvio, alla maggioranza, è lui che naturalmente sostiene la deliberazione in giudizio. Lungi quindi dal conflitto di interessi c'è una costante, indefettibile coincidenza

di interessi: il che si può esprimere in termini più generali e assoluti dicendo che l'art. 78 c. p. c. non riguarda mai le società, perché queste provvedono internamente alla tutela dei loro interessi. Ciò ho anche detto nel *Manuale*, al n. 55. Il processo non è la sede della tutela delle minoranze: queste possono ricorrere all'art. 2409 c. c. se ritengono che sussistano le condizioni richieste da questo articolo.

Del resto, si ragioni alla buona, come sempre si dovrebbe fare. Che cosa si pretende in pratica denunciando un conflitto di interessi tra rappresentante della società e società in ordine a una deliberazione impugnata, e reclamando la sostituzione del rappresentante con un curatore? Solo questo: si lamenta che il rappresentante sostenga la deliberazione impugnata invece di riconoscere la validità, e dar ragione all'attore, e si pretende che si nomini un curatore che l'invalidità riconosca (altrimenti *à quoi bon* nominarlo?). Siamo come si vede nella scapigliatura giuridica, che è possibile (e logicamente anche giustificabile per chi abbia il gusto di una simile logica) solo in quanto la realtà della vita e del diritto ceda alla lusinga del formalismo.

Dal che vien fatto di dedurre che le sentenze « formalistiche » sono anche giuridicamente sbagliate.

B) La seconda delle intestate sentenze è ancor più dimostrativa, e io credo che dovrebbe essere offerta alla meditazione di quella *cupida legum juventus* cui si riferisce l'ignaro Giustiniano, assai più delle sue Istituzioni e del suo Digesto.

C'è una società, che chiameremo *X*, il cui consiglio di amministrazione è costituito da tre persone, che chiameremo *A*, *B*, *C*. Questa società, cioè il detto consiglio, delibera la costruzione di una nave, e a tal fine dà mandato disgiuntivo a due degli stessi consiglieri, *A* e *B*, di sottoscrivere il contratto di appalto con la società che chiameremo *Y*, conferendo loro sempre disgiuntamente tutti i poteri relativi, « compreso quello di variare il prezzo, i disegni, le specifiche, pagare, esigere quietanze, ordinare lavori extra, prendere in consegna le navi; e fare tutto

quanto altro necessario, nulla escluso o eccettuato, per l'esplicazione del mandato ». *A* sottoscrive il contratto di appalto, nel quale è inserita una clausola compromissoria. Si deve a questo punto tener presente che nello statuto della società *X* era stabilito che il Consiglio di amministrazione (*A*, *B*, *C*) aveva il potere di « delegare a uno o più dei suoi membri le sue attribuzioni per un determinato affare o per più e per tutte le seguenti operazioni: transigere, compromettere anche con arbitri amichevoli compositori, acquistare vendere permutare beni mobili e immobili, eseguire qualunque operazione bancaria e finanziaria » etc. etc.

Orbene nel 1964 la società *X*, essendo sorte questioni con la società *Y* che qui non interessano, chiede la convocazione del collegio arbitrale. Il giudizio si svolge con imponenti difese e deduzioni di entrambe le parti, essendo la società *X* rappresentata e assistita nel giudizio stesso da uno dei consiglieri, e anzi presidente del consiglio, *B*, il quale aveva provveduto anche a concedere le proroghe dei termini di pronuncia del lodo. Alla fine dell'istruttoria, e quando, come si legge nella sentenza, « il collegio aveva provveduto, in ripetute riunioni, a decidere molteplici punti della controversia », la società *X*, in persona di *B*, eccepisce la nullità della clausola compromissoria perché il consigliere *A* che aveva firmato il contratto e il consigliere *B* che aveva concesso le proroghe non avevano il potere di stipularle, essendo necessaria, secondo la clausola su riferita, la delega del Consiglio di Amministrazione, cioè di *A*, *B*, e *C*.

Gli arbitri respinsero l'eccezione, e uguale decisione fu data dalla Corte di Appello. La Cassazione, con la sentenza in esame, ha dichiarato la nullità, e anzi l'insistenza della clausola, cassando senza rinvio, cioè mettendo nel nulla un lunghissimo e laboriosissimo giudizio arbitrale, che, come si è visto, la stessa parte contestante aveva promosso.

Le proposizioni sulle quali si articola il ragionamento della Cassazione sono le seguenti:

1) La questione sulla nullità della clausola compromissoria incide sulla discriminazione di competenza tra gli arbitri e il giudice ordinario (onde la Cassazione, come in tutti gli *errores in procedendo*, è giudice del fatto).

2) La clausola compromissoria, secondo la costante giurisprudenza, è autonoma rispetto al negozio sostanziale cui è adietta. Quindi il mandato a concludere un affare non comprende quello di stipulare la clausola.

3) Nella specie la formula contenuta nel mandato « fare tutto quanto è necessario etc. » non comprende la facoltà di stipulare la causola, perché all'implicito inserimento è di ostacolo la rilevata autonomia, la quale richiede che il potere risulti distintamente e specificamente, cioè in modo espresso, conferito.

4) Infine il comportamento tenuto dopo la stipulazione del contratto da *A* e *B* non è rilevante, perché si è tradotto in manifestazioni di volontà provenienti da mandatari privi del necessario potere.

A proposito di quest'ultimo punto è opportuno avvertire che dal suo pulpito il rappresentante del P. M. disse testualmente che *A* e *B* erano moralmente condannabili, ma questo non riguarda il diritto: cosa che mi indurrà in uno dei prossimi quaderni a guardare un po' più a fondo di quel che sia stato fatto finora in questo nostro originale istituto. Ma, accettando la distinzione senza discuterla, quello che a me preme notare è, sotto il profilo formalistico, l'incredibile fatto che una società (e una qualunque parte) possa, dopo aver richiesto la convocazione del collegio arbitrale, e dopo aver concorso allo svolgimento del giudizio, sollevare l'eccezione di invalidità della clausola. Nella specie il grottesco è stato spinto al punto che due dei tre amministratori che avrebbero dovuto concorrere a conferire il mandato a stipulare la clausola erano le persone che avevano rispettivamente sottoscritto il contratto e promosso il giudizio, e da queste stesse persone proveniva la postuma contestazione: onde si avrebbe questa ottava meraviglia del nostro mondo giuridico,

che un giudizio non vale perché due degli amministratori, cioè la maggioranza, non hanno conferito il mandato a se stessi. Siamo di fronte a una tale frattura del rapporto giudice-realtà che c'è da domandarsi se non abbiano ragione i c. d. giudici democratici nell'*escalation* contro la Cassazione. E purtroppo la sconsolante risposta è che non hanno ragione solo perché essi, generalmente parlando, non farebbero certo di meglio, intinti come sono nella stessa pece.

Ora io dico che la sentenza (errata come vedremo anche secondo il tradizionale rigore giuridico) è formalistica perché ha stabilito anzitutto una opposizione tra giudice ordinario e giudice arbitrale che è niente altro che un arbitrario preconcetto. Questa superfetazione del giudice ordinario, che si traduce in una specie di elevazione sugli altari del primo, con una conseguente tinta di eresia per il giudice scelto dalle parti, sarebbe tempo che finisse: l'arbitrato esiste da che mondo è mondo, ed è anzi alle origini del giudizio. Solo il servile autoritarismo in cui si converte purtroppo la concezione dello Stato può far assumere questo atteggiamento di degnazione, che dà luogo alle preposizioni stereotipate della esigenza di formule quasi mistiche per ravvisare la volontà delle parti di far luogo al giudizio arbitrale. La verità è che le parti preferiscono un giudice a un altro, e questa loro preferenza può risultare in tutti i modi possibili, né implica affatto una specie di abiura: tanto che statisticamente ogni contratto o gruppo di rapporti negoziali di una certa importanza va sempre a finire nelle mani degli arbitri e non dei giudici.

Ma ugualmente formalistica è la sentenza perché non ha dato rilevanza al fatto della invocazione del giudizio arbitrale e del postumo rinnegamento. Questo è il punto sul quale io più metterei l'accento. Non è possibile che nelle pieghe (o nella piena ostensione) dell'ordinamento giuridico non vi sia un principio che dia rilevanza a questo fatto: il valore del diritto romano sta forse proprio in queste regole del sentire che quei grandi antichi sono stati capaci di enucleare e di fissare come regole giuridiche, e così ad esempio (può essere il caso nostro) *nemo auditur tur-*

pitudinem suam allegans. La nostra sventura è che, avendole apprese a memoria, ce le siamo dimenticate. Né vale obbiettare, come, sempre più formalisticamente, dice la Cassazione, che colui che ha invocato il giudizio arbitrale e ha concesso le proroghe esprime una volontà proveniente da un mandatario privo del necessario potere, poiché è indiscutibile che la società ha rilasciato la procura a chi ha promosso il giudizio, e quindi la volontà è direttamente imputabile a lei. In termini generali si può e si deve affermare che se Tizio ha rilasciato una procura a farsi rappresentare in un giudizio arbitrale, anche se nessuna clausola compromissoria fosse stata stipulata, non può essere ammesso, successivamente alla accettazione (poiché di vera accettazione si tratta), a eccepire il difetto della clausola compromissoria.

Queste semplici cose non entrano nella mente del giudice formalista, per il quale l'arbitrato non è cosa di questo mondo. È entrata invece l'idea che la clausola compromissoria è autonoma rispetto al contratto al quale aderisce. Ma come vi è entrata? L'avventura di questa autonomia è veramente straordinaria, perché essa è il prodotto di uno spirito antiformalistico, essendo stata inventata per salvare il giudizio arbitrale, e cioè per attribuire agli arbitri la cognizione della eccepita nullità del contratto. Orbene, da questa sentenza appare che l'autonomia è invocata per distruggere la clausola, cioè come criterio di interpretazione restrittivo del mandato a stipulare il contratto nel quale la clausola è entrata. È un pentimento molto significativo, dal punto di vista del formalismo: perché senza questa triste guida non avrebbe potuto aver luogo. « Quei che espiò di gloria un breve fallo », verrebbe voglia di dire con Giuseppe Giusti.

E così in questo come nel caso del conflitto di interesse precedentemente illustrato, i disgraziati clienti della giustizia sono invitati a ricominciare tutto da capo, *Oleum et operam perdidi*.

LETTURE

[133]

SULL'ANALOGIA

(MELANDRI: *È logicamente corretto l'uso dell'analogia?*, « Riv. trim. dir. e proc. civile », 1968, I).

C'è un'apostrofe napoletana che si rivolge a chi usa nel suo linguaggio parole difficili: « parla comme mamma t'ha fatto ». È l'apostrofe, o meglio l'esortazione, che io mentalmente rivolgo ai giuristi o aspiranti giuristi di cui mi accade di leggere i libri infarciti di termini (credo) filosofici, di formule (credo) matematiche, e di leggerli ovviamente senza comprenderli.

> *Egregiamente*
> *tu parlerai, se ad ogni passo ne le*
> *favole conte un ellenismo piova,*

diceva, traducendo, Carducci. Ma non si tratta di ellenismi. La moda è oggi dettata dagli studiosi americani, allo stesso modo come nel secolo scorso e nel primo quarto del presente era dettata dagli studiosi germanici. Gente serissima gli uni e gli altri perché pensano e pensavano in casa loro col loro cervello: meno seria nella trasposizione in casa nostra, come non sono serie le scimmiottature. Per questo vizio ci siamo riempiti di uno sterile concettualismo, così alieno dalla nostra latina natura; e oggi non so di che cosa ci riempiamo, se non di strane parole. Può darsi naturalmente che abbia torto, e che dietro queste parole ci sia un pensiero, o un metapensiero, o un metametapensiero. Non lo saprò mai, perché le parole difficili hanno per me un irresistibile effetto: quello di farmi chiudere il libro alla prima che incontro.

L'ultimo scritto che mi ha fatto venire sulle labbra l'imperativo napoletano è stato un articolo del primo fascicolo della

trimestrale, a firma di Enzo Melandri, dal titolo: *È logicamente corretto l'uso dell'analogia nel diritto?* Non so se il Melandri sia un giurista: il tipo di rivista, l'argomento e le conclusioni a cui arriva mi fanno pensare di sì. E allora io, che sono un giurista, e ho i doveri ma anche i diritti del medesimo, gli dico di parlare come vogliono a Napoli, e di non scrivere ad es. quanto segue: « Non possiamo generalizzare la nozione di predicato relazionale e considerare il normale predicato attributivo un suo caso particolare o addirittura degenerato in senso matematico senza con ciò rendere impossibile la chiusura di ogni proposizione e quindi il giudizio stesso. Se infatti un predicato monadico è un caso degenerato di uno diadico, con lo stesso argomento si può dire che questo lo è di uno tetradico, e a sua volta..., *in infinitum*, fino a ricomprendere in ogni predicato tutto l'universo di discorso. In tal modo ogni proposizione degenera inevitabilmente in ellissi, allusione, anacoluto ». E risparmio al lettore quel che precede queste frasi e quel che vien dopo.

Ora, io so benissimo da chi e dove si parla in questo modo, e non ho legittimazione a interloquire: ma contesto nel modo più assoluto che si possa introdurre questo discorso nella (vera) scienza giuridica, e, nella specie, nel tema severo dell'analogia. Mi conforta in questa convinzione la rilettura alla quale ho subito riproceduto della voce *Analogia* del povero Caiani, nell'*Enciclopedia del diritto*: opera di un filosofo che mi ha fatto piangere ancora che egli si sia reso ingiusto contro se stesso e contro di noi, voce esauriente nella esposizione della problematica e nella critica, conclusiva, intelligibile a quell'analfabeta che è e deve essere il giurista, e quindi utilissima alle sue speculazioni teoriche e pratiche. E più ancora di quella voce mi ha confortato un opuscolo del giudice Zapparoli, che sotto il titolo *Storia del giudice positivo* raccoglie tre articoletti pubblicati in un oscuro giornale « Orientamenti: problemi della giustizia » tra il 1965 e il 1966. In questo articolo lo Zapparoli tratta del problema dell'analogia, e non solo di questo, ma ne tratta con tale vastità di orizzonte, e con tale esperienza della filosofia,

della storia, della fisica, della matematica, che induce a deplorare ancora una volta l'assurdo sistema di reclutamento dei professori universitari, sulla base (in generale) di un tema svolto. E anche questo libriccino è di una cristallina chiarezza, non ha bisogno di particolari competenze per essere compreso, come è di tutti i libri degni del nome.

Ma, tornando al nostro autore, la parte comprensibile, cioè giuridica, del suo scritto, mi lascia molto dubitoso. A prescindere dalla lògica e dai suoi rapporti con l'analogia, che mi pare un problema di lana caprina, tanto più quando si comincia a parlare di logica in senso stretto e logica in senso lato, mi sembra che la tendenza del Melandri sia quella di comprendere nell'analogia la interpretazione che contraddice alla legge. A questo proposito egli adduce, come esempio, sulle orme di Tarello, il diritto del lavoro che si sarebbe sviluppato sulla base del principio costituzionale che riconosce a ogni cittadino il diritto al lavoro, in contrapposizione metodologica e ideologica con il diritto civile. Non si capisce che cosa c'entri con questo l'analogia e la contraddizione. La creazione giurisprudenziale del diritto (e prescindo dalle c. d. giurisdizioni speciali) è cosa vecchia quanto il mondo, ed è anzi il legislatore che spessissimo accoglie e fissa in norme di legge ciò che l'esperienza giudiziaria è venuta storicamente elaborando: allo stesso modo come il legislatore rinuncia a una eteroregolazione di determinati settori dell'esperienza (se pur non sono questi a non voler essere eteroregolati). L'idea poi di una dottrina civilistica « ormai rinserrata in una problematica di esasperato formalismo interpretativo » è, nella sua generalizzazione, del tutto soggettiva e arbitraria. Ma forse la chiave di tutto questo discorso, nella parte per il giurista incomprensibile e in quella comprensibile, sta nelle ultime parole dello scritto, là dove predicatoriamente si dice: « L'analogia nel diritto ammette non solo un'interpretazione conservatrice, ma anche una progressiva. E proprio il giurista deve farne uso, e un uso consapevole: allo scopo cioè di corrodere dall'interno, insinuandovi delle contraddizioni, l'ordinamento giuridico che razio-

nalizza il potere esistente e gli serve da copertura ideologica. L'analogia può essere sovversiva ». Parole in libertà, che avrebbero fatto piacere a Hitler, e ai giuristi che prosperavano sotto di lui.

* * *

Il problema dell'analogia è un problema molto serio, che va, a mio avviso, ripensato nel quadro di un totale ripensamento dell'ordine giuridico. Qui non posso indicare se non le linee direttive del ragionamento che, a mio giudizio, si deve fare.

Il punto di partenza deve essere l'art. 1 delle disposizioni sulla legge in generale, quell'articolo che dice: Le fonti del diritto sono: 1) le leggi etc. Ho cercato di intendere altrove (v. *Commentario*, vol. I, pag. 18) il significato di « fonte del diritto »: qui aggiungo che (sebbene il plurale voglia fare riferimento alle leggi in senso formale) si impone la determinazione del significato di legge, dato che tutte le disposizioni di cui parliamo hanno come oggetto « la legge », con un singolare che è molto più intenso e comprensivo del suo plurale, e come dimostra il titolo del capo secondo (« dell'applicazione della legge in generale »).

Ciò posto, il significato di legge non può che risultare dall'art. 12 delle disposizioni, dedicato all'interpretazione della legge. Si può convenire che la formula applicazione della legge è del tutto metaforica, perché si riferisce a una « volontà » esteriore, della legge e del legislatore è la stessa cosa, che in realtà di esteriore non ha proprio nulla. Allo stesso modo il termine interpretazione, nella rubrica e nel contenuto dell'art. 12, non deve trarre in inganno: sotto la specie della interpretazione (e del comando interpretativo) definisce se stessa. È come se la legge dicesse: io sono la parola (nel suo contesto e nel suo spirito: la connessione e l'intenzione), sono anche l'analogia, sono anche i principi generali. Sotto questo aspetto, per quanto espressivo, è improprio parlare di autointegrazione della legge (Carnelutti) perché la legge è sempre *tota*, dal momento in cui si genera. Si

può anche aggiungere che la legge definisce se stessa anche negativamente, come quando o gradua e condiziona le sue componenti (precisa disposizione, casi simili, materie analoghe, principi) o esclude alcune delle sue componenti (art. 14: leggi penali ed eccezionali) o provvede intorno alla sua vigenza (abrogazione: art. 15).

Il punto è che mentre la legge come lettera, precisa disposizione, si presenta obbiettivata, un vero e proprio dato, così che solo essa sembra configurarsi come legge, ad essa si pensa quando si parla di legge; la legge come analogia, principi generali etc. non si vede affatto, e si è pertanto portati a farne opera del giudice, attribuendo a lui una autentica creazione in luogo della semplice interpretazione della legge. Questo è quello che, con varie formulazioni, generalmente si dice. Sennonché il dualismo legge-giudice è ormai sfatato, e quindi il carattere intrinsecamente creativo dell'opera del giudice, qualunque essa sia, è universalmente riconosciuto, onde nessuna differenza si può fare sotto questo aspetto tra interpretazione letterale e analogica. Il giudice che riconosce l'identità della fattispecie a lui sottoposta con quella prevista nella legge non fa nulla di diverso di quando riconosce la somiglianza, cioè procede analogicamente. Il problema vero e solo è quello di stabilire quando vi sia la somiglianza (cioè quando la legge sia anche la legge del caso simile, tenuto conto dei noti divieti dell'analogia). Che cosa vuol dire simile? È una domanda che *sub specie juris* mette paura, perché la somiglianza sembra che dipenda da un *quid commune*, il quale per essere appunto comune sembra a sua volta fuoriuscire dalla norma: e così è stato in generale sentito, onde il ricorso, nei millenari sforzi che si sono fatti, all'idea di una *ratio* della norma, che in vari modi si è cercato di determinare identificandola coi principi generali del diritto o distinguendola da essi. Qui naturalmente non si può entrare nel vivo della questione e delle sottoquestioni che essa comporta (ad es. la necessità dell'autorizzazione legislativa per l'analogia, che io non credo necessaria: necessario è il divieto, come bene mette in luce il citato

Cajani, logicamente e giuridicamente giustificandolo): mi limito soltanto a esprimere l'opinione che il problema del « simile » è a priori insolubile, perché è il problema stesso del giudizio. La singolarità sembra stia in questo, che la norma attraverso la analogia, appare dipendente dal giudizio. Ma è veramente una apparenza, perché sempre la norma, nel concreto, dipende dal giudizio: e il giudice la ritrova nel testo (formale) della legge, nella storia, nella politica, nel passato e nel presente, addirittura nel futuro, ma in definitiva in se stesso, onde la c. d. *ratio*, come i principi generali, ha la inalienabile soggettività di tutti i giudizi. Il mitico (ma anche storico) legislatore questo lo sa benissimo, e perciò tenta di non farsi detronizzare: perciò detta le norme sull'analogia e sui principi generali, che sono norme reazionarie, in quanto limitano o tendono a limitare la libertà del giudice e del giudizio. Si capisce che non ci riesce, perché, per riuscire, dovrebbe sopprimere il giudizio (lo stesso discorso si può fare per le norme processuali in genere): ma poiché questo non è possibile, il legislatore deve rassegnarsi a essere in ultima analisi così come il giudice lo farà, svolgendo ben inteso il suo ruolo, quale è sempre stato nei secoli, e senza scomodare per questo Marcuse, Herr o Mister che sia.

[139]

DIRITTO DI SCIOPERO

(GHEZZI: *Diritto di sciopero e attività creatrice dei suoi interpreti*, « Riv. trim. dir. e proc. civile », 1968).

Il titolo di un articolo apparso nella Trimestrale (*Diritto di sciopero e attività creatrice dei suoi interpreti*, del Prof. Giorgio Ghezzi) ha attirato la mia attenzione. Non mi sono mai occupato *ex professo* dello sciopero, ma l'« attività creatrice » è sempre stata la mia piccola cura, e al lume di essa ho cercato di rivedere criticamente i sistemi giuridici tradizionali. Peccato che le persone dotte (parlo in generale) siano affette da presbiopia, cioè riescano a leggere attraverso l'oceano i libri americani ma non a vedere le cose nostre. Bisogna che rifletta su questo fenomeno, che deve essere effetto della cultura settoriale, come si usa dire, cioè della non cultura, ed è comunque sociologicamente assai interessante. Orbene, con tristezza (poiché il Ghezzi, se ha scelto questo tema per la sua prolusione, dovrebbe avere un certo afflato) ho dovuto rilevare fin dalle prime parole dello scritto che siamo alle solite: l'autore, anziché partire da se stesso, parte da un « teorico del diritto » che raccomanda di « evitare attraverso definizioni stipulative di impiegare la tecnica delle definizioni persuasive », e parla di « capacità di stipulazione emotiva dei termini chiamati a comporre le proposizioni prime ». O che è questo linguaggio? La stipulazione è una cosa estremamente seria, come sanno i mercanti, ma la definizione stipulativa è una cosa senza senso, perché per stipulare bisogna essere in due, e l'attività definitoria è essenzialmente solitaria. Lasciamo andare, e parliamo come mamma ci ha fatto (vedi *supra*), altrimenti sì che l'oscurità o la stranezza della parola è « persuasiva » a noi

stessi di un nostro valore, cioè diventa semplicemente un vuoto orgoglio.

Naturalmente io ho capito benissimo che cosa si vuol dire con la riferita terminologia, che è in aderenza a un certo dominante filosofare che sarebbe meglio per i giuristi lasciare da parte; e lo capisco perché lo stesso autore ce lo spiega nella programmazione del suo studio o dei suoi studi, là dove dice che si propone di osservare « la pressoché ineliminabile immanenza del momento ideologico », nelle definizioni stipulative dello sciopero che danno i giuristi. La mia idea è che se in una definizione c'è un immanente momento ideologico, chi la propone è semplicemente un non giurista; e il discorso del Ghezzi e di chiunque altro non può che concludersi a questo punto. Ma poiché, come dicevo, non si tratta di fenomeno isolato, ma di una tendenza o una moda, vediamo le definizioni che i nuovi scienziati propongono come modelli giuridicamente puri. Lo sciopero sarebbe « una fattispecie produttiva dell'effetto giuridico di esimere una particolare categoria di debitori (debitori di lavoro) dalla responsabilità per l'inadempimento della prestazione che non sia determinato dalla impossibilità della prestazione stessa derivante da causa loro non imputabile: effetti che consistono quindi nella sottrazione di una categoria di cittadini al diritto comune delle obbligazioni e dei contratti ». « Alle tradizionali e classiche *causae excusationis* dell'obbligato », precisa l'autore, « un'altra se ne aggiunge, configurata però quale disciplina speciale ».

Torneremo subito su questo, che è il centro del discorso: ma prima aggiungiamo che a conforto della proposta definizione non emotiva dello sciopero, il nostro A. richiama la definizione data da un altro giurista della persona giuridica, testualmente dicendo che « la più moderna concezione delle persone giuridiche può riassumersi nella proposizione secondo la quale riconoscere al gruppo la personalità giuridica significa, tecnicamente, concedere ai suoi membri l'esenzione dal diritto comune, cioè nel caso della illimitata responsabilità patrimoniale ». Non so (o meglio lo so

benissimo) per quali vie la « più moderna concezione » si sia formata: quel che è certo è che, almeno così come è riferita dal Ghezzi, il lastricato di quelle esotiche vie è la leggerezza, se non l'ignoranza. Basti dire che tra le persone giuridiche vi sono le fondazioni, per le quali non si vede in che cosa consista l'anglico privilegio della esenzione dal diritto comune dei suoi membri; che il medesimo privilegio spetta ai partecipanti alle associazioni non riconosciute, quindi non persone giuridiche; che sotto il vecchio codice si riconosceva ampiamente la personalità giuridica a tutte le società commerciali. Sul serio si può far credito a definizioni che non tengono conto di tutto questo, e di mille altre cose ancora? Ma l'obbiezione è più radicale, e investe tutto il metodo o pseudo metodo: come si può circoscrivere in una dizione così ristretta, che rivela un orizzonte più stretto ancora, l'immenso fenomeno della personalità giuridica, di questa stupenda creazione umana, a proposito della quale almeno avessero letto il Ghezzi e i suoi danti causa le stupende ragioni di Capograssi (vedile riportate nel mio discorso *Il giurista Capograssi*, in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Cedam, 1968, pag. 439), prima di proporre definizioni stipulative o non stipulative!

E lo stesso discorso si deve fare, col resto di cui fra poco diremo, per la sopra riferita definizione dello sciopero. Prima di tutto sul piano tecnico-giuridico, non ha senso parlare di diritto comune e di diritto speciale in materia di inadempimento delle obbligazioni, e configurare una speciale categoria di cittadini che si sottraggono a quel supposto diritto comune. La legge positiva è quella che è, e disciplina come crede ogni singolo rapporto. Inoltre, gli inventori della nuova formula dimenticano che l'impossibilità non imputabile della prestazione porta alla estinzione dell'obbligazione (art. 1256 c. c.), quindi lo sciopero, se messo sullo stesso piano, dovrebbe portare allo scioglimento del rapporto di lavoro, cosa che evidentemente non pensano di volere, almeno si spera: né possono rispondere che il rapporto di lavoro è, come la famosa aranciata, un'altra cosa, poiché allora dovrebbero inquadrare lo sciopero in una generale configurazione del

mondo del lavoro (che è del resto quel che si deve fare), e il diritto comune non c'entra per nulla.

Ma quel che più impressiona, in questa pura definizione, è la meschinità alla quale si riduce uno dei fenomeni più imponenti del mondo moderno, e non solo moderno: una causa non imputabile al debitore di impossibilità della prestazione. Così il giurista vede dal buco della serratura questo strumento di lotta sociale. Io credo che se i lavoratori leggessero queste cose (ma per fortuna non le immaginano neppure) riderebbero di cuore, e direbbero: ma che impossibilità, io non voglio eseguire la mia prestazione, che potrei benissimo eseguire. E aggiungerebbero in sordina: né consento che altri, i crumiri, eseguano la loro, perché « je meno », come dicono a Roma. Dal che i nuovi definitori sarebbero portati a richiamarsi alla violenza, non credo con molto compiacimento.

* * *

Ma lasciamo perdere queste cose, che sono prive di ogni consistenza; e non dubito che il Ghezzi se ne renda conto perfettamente. La ragione infatti per la quale egli propone la definizione che abbiamo visto è quella di sostituire la definizione corrente, secondo lui « persuasiva », cioè ideologicamente impegnata, dello sciopero come « astensione concertata dal lavoro per la tutela di un interesse professionale collettivo ». Questa intrusione dell'« interesse professionale » è quello che lo turba (e non soltanto lui) perché essa comporterebbe la esclusione dalla legittimità dello sciopero politico, ma lo turba anche la « astensione dal lavoro » perché con la medesima si renderebbero illegittimi i noti espedienti dello sciopero a singhiozzo, bianco, a scacchiera. Altri problemi ne risulterebbero pregiudicati, come quello del danno ingiusto, e via dicendo. Io non mi intendo di sciopero (né voglio intendermene), ma mi intendo un poco di diritto, cioè di quel che voglia dire ragionare giuridicamente. E allora chiedo al Ghezzi di spiegarmi come non sia persuasiva o ideologicamente impegnata la sua definizione, quando sono in essa necessariamente

implicite le opposte conseguenze che egli ne trae, in relazione agli accennati problemi. Egli è costretto a parlare di fattispecie, come si è visto: ma fattispecie è termine vuoto, che bisogna riempire con un contenuto che consenta quelle conseguenze, o anche semplicemente quella minima conseguenza nella quale fa consistere il famoso privilegio del lavoratore di non adempiere. Dunque, ideologia nell'una e nell'altra definizione, onde per il giurista l'una vale l'altra, cioè le rifiuta, deve rifiutarle entrambe, cioè non deve perdere il tempo a definire. L'antico aforisma *omnis definitio in jure periculosa* va opposto a tutte le chiacchiere delle definizioni stipulatorie o persuasive.

E qui si apre il grande problema del rapporto tra l'art. 40 della Costituzione, il quale stabilisce che il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano, e la normazione positiva dello sciopero, dato che quelle leggi sono rimaste *in mente dei*, e gli scioperi si fanno nonostante la « carenza legislativa ». Tralascio le proposizioni generiche di cui è intriso lo scritto del Ghezzi, come quella che i giuristi si sono sforzati di colmare la lacuna per « individuare, con iniziativa propria e per proprio conto (!), i presupposti di applicazione della speciale disciplina in che consiste lo sciopero, dei quali tace la legge, allo scopo di disapplicare la disciplina stessa e restituire vigore al diritto comune delle obbligazioni e dei contratti ». Queste sono parole in libertà, appena giustificabili in un bollettino parrocchiale, non certo in una rivista giuridica. E lascio da parte anche i richiami all'analogia, che con la presente questione non ha nulla a che fare, così come trascuro i richiami metodologici, che non sono frutto di ponderate meditazioni, ma di recenti letture, e comunque sono assolutamente superflui in una indagine positiva. Il nucleo delle idee del Ghezzi sembra essere questo: che non avendo il legislatore provveduto a disciplinare lo sciopero, la norma costituzionale che ammette il diritto di sciopero deve costituire il faro dell'interprete, e poiché quella norma ha legittimato l'inadempimento del lavoratore, essa ha anche ripudiato, per la materia, il sacro principio *pacta sunt servanda*, i criteri di

buona fede e correttezza contrattuale, e via dicendo. La carenza legislativa quindi si riempie non con il riferimento a questi disvalori, ma all'interesse e al comportamento del lavoratore stesso, insomma al suo utile, con la conseguente riprovazione di tutte le soluzioni accolte dalle questioni sopra indicate. Spero di aver riferito esattamente queste cose, che del resto non sono nuove, e si riallacciano all'idea dello sciopero come tutela della personalità etc. Non prendo partito sulla soluzione delle questioni, perché non è di mia competenza. Osservo, sul piano del metodo e del rigore giuridico:

1) l'autore non tiene conto che la pretesa « carenza legislativa » non è da imputare al nostro povero legislatore, ma risponde a una precisa volontà e a una precisa tattica dei lavoratori, di cui il giurista deve prendere atto nelle sue elucubrazioni. È la stessa tattica che induce a preferire la conciliazione alle sentenze nelle controversie individuali, come ho notato nel *Commentario*, vol. II, 2, pag. 380;

2) l'autore e gli altri con lui, riducono lo sciopero a un fatto privatistico, a una incidenza nel regime del singolo rapporto di lavoro, dimenticando una piccola cosa, che lo sciopero è un fenomeno essenzialmente collettivo, al quale i singoli lavoratori non sono neppure legittimati. Nulla è più meschino e più immiserente di questo, perché impedisce di considerare il fatto nella sua prospettiva sostanzialmente pubblicistica (se questi termini hanno un significato) che coinvolge e travolge il rapporto di lavoro come rapporto (esclusivamente) privato. Studiare lo sciopero senza saldi concetti sul contratto di lavoro, e viceversa, è mancare al proprio compito di giurista;

3) l'autore non considera che la carenza legislativa non è né può essere riempita da giudici e da giuristi, qualunque definizione stipulatoria essi adottino. I lavoratori rifiutano sacrosantamente gli uni e gli altri, come rifiutano il legislatore. Alla carenza vogliono rimediare essi stessi, con le loro armi, perché di lotta, e non di chiacchiere, si tratta. Quindi niente « creazione

dell'interprete » in questa materia, perché l'interprete è solo chi sciopera, e così come riesce a scioperare. Anche lo sciopero, preso « metodologicamente » sottogamba, non è una cosa semplice;

4) l'autore crede di risolvere i problemi derivanti dal diritto di sciopero contrapponendo al diritto comune due criteri. Il primo è quello del comportamento dei lavoratori. In astratto è, come or ora si è detto, giusto: ma egli dimentica che non esiste un comportamento univoco, perché ci sono più sindacati che possono essere e sono in conflitto su molte cose, ed è incivile dare la preferenza nel giudizio teorico e pratico all'uno piuttosto che all'altro. Il secondo è quello dell'utilità dei lavoratori. E sia. Ma che cosa è l'utilità dei lavoratori? Che si mangino il grano quando è in seme, distruggendo l'azienda, o che contemperino l'interesse particolare con l'interesse generale? Qui si apre un problema dalle immense prospettive, come è facile intendere, perché l'interesse generale non è quello privato del datore del lavoro, ma l'interesse di tutti, lavoratori compresi (per questo nei regimi totalitari, e specialmente nei comunisti, il diritto di sciopero non esiste). Inutile dire la rilevanza che questo profilo, allegramente trascurato, ha sulla soluzione del c. d. danno ingiusto.

Ma il bello è che se questo profilo è trascurato dai giuristi, non è trascurato dai lavoratori, i quali provvedono a colmare la famosa carenza legislativa con importantissimi accordi, dei quali ci dà notizia nello stesso fascicolo della *Trimestrale* un articolo, ben altrimenti ponderato, sebbene non immune dai lamentati vizi logici, del Montuschi. Il fenomeno non può essere ignorato dal giurista anche su un piano generale. Perché c'è poco da discutere, la lacuna si riempie per questa via. Si dirà, ma e se o là dove non ci sono questi accordi che cosa deve fare il giudice? Io credo che non vi sia altra soluzione giuridica che quella di ricorrere, non al detestato diritto comune, ma alla storia, alle consuetudini, all'esperienza della vita. Saranno soluzioni di attesa, ma saranno soluzioni giuridiche. Non sarà del resto inutile

ricordare che su questi problemi fin dal 1908 aveva detto la sua parola Redenti (v. *Scritti giuridici*, II, 674), in uno studio che conserva, nel suo semplice e umano ragionare, piena attualità.

Il discorso deve finire. Come si è visto, la ragione di esso è determinata soltanto dal diritto, e da tutto ciò che in questa parola si comprende. Credano, il Ghezzi e gli altri ai quali lui si appella, quello del giurista è il mestiere più difficile che ci sia, e ci vuole molto più coraggio a essere giurista che ad andare « dietro al dittatore », per dirla con parole dantesche. Del resto io credo che se i lavoratori sentissero che per loro *pacta non sunt servanda* e che sono autorizzati a venir meno alle regole di correttezza, reagirebbero da veri e seri lavoratori, cioè direbbero ai giuristi « impegnati » che chi non rispetta i patti sono i datori di lavoro, quei patti che non sono mai conclusi, nel senso letterale della parola, perché non vivono nel passato ma nel presente, e ad ogni istante si rinnovano, come l'esperienza dimostra; e quanto alla esenzione dalla correttezza in nome del diritto di sciopero risponderebbero semplicemente che essi sono persone perbene.

RES LITIGIOSA

(FRANCA DE MARINI AVONZO: *I limiti alla disponibilità della « res litigiosa » nel diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1967, pagg. 412).

A pag. 177 di questo libro, tra gli studiosi moderni che hanno considerato l'art. 111 del codice di procedura civile con riferimento alle vicende storiche della sua formazione è nominato C. M. De Marini, per il suo volume *La successione nel diritto controverso*, Roma, 1953. De Marini fu lo sposo dell'autrice, e morì non ancora trentenne, alla vigilia di conseguire il premio della sua breve ma intensa vita di lavoro. Nel deserto della esistenza, la signora De Marini concepì l'idea di studiare nel diritto romano il tema che C. M. De Marini aveva con tanto amore trattato nel diritto moderno: e dopo dieci anni di ricerche, questo libro concreta il suo proponimento. È facile pensare che siano stati dieci anni di silenzioso colloquio, e che questa sia l'intima offerta di una sposa devota. Ma di tutto questo amore nulla traspare nel volume: neppure una parola di dedica, come sarebbe stato addirittura naturale. Carlo Maria De Marini è un semplice richiamo bibliografico, a pag. 177. Vi è in ciò qualche cosa di sublime, e bisogna dirlo sommessamente a nostro conforto.

È appena il caso di accennare che, non essendo io specialista, e di una materia ormai così specializzata, non posso fare quel che si dice una recensione del libro. Ma avendolo letto tutto, mi sia concesso esprimere alcune mie impressioni, di carattere generico e di carattere tecnico.

L'impressione generica è quella di una grande rara onestà. È un libro, voglio dire, che si capisce tutto, anche e particolarmente da un profano (che poi è il vero lettore): ma è pure, cosa non

meno insolita, un libro che l'autrice ha voluto che si capisse, perché non restasse il minimo dubbio sul suo pensiero, il che è come un bruciare i ponti dietro di sé, un evitare di arroccarsi dietro la beata oscurità di fronte alla critica. Questa sensazione ho provato dopo la lettura, per me certo non agevole, di ogni capitolo, alla fine del quale l'autrice riassume in poche, limpidissime proposizioni i risultati, paragrafo per paragrafo, delle sue ricerche; e così all'ultimo, là dove in altrettanto limpide proposizioni, riassume tutta l'opera. Quel che ho trovato è questo, sembra dire: se sia giusto o sbagliato, giudicatelo voi. *Sancta simplicitas!*

Purtroppo io non posso formulare questo giudizio. Posso solo mettere in luce alcuni punti che sono rilevanti per la moderna disciplina della successione a titolo particolare nel diritto controverso. È questo un problema che noi senz'altro giudichiamo come di schietto diritto processuale: problema cioè di assicurare la continuità delle parti indipendentemente dalle vicende sostanziali della *res litigiosa*, cioè della sua alienazione. Ora, il curioso è che questa impostazione processualistica del problema (cui han concorso le teorizzazioni sull'azione, sull'interesse, sul rapporto processuale etc.) pare abbia la sua origine (pag. 175) in quel *Fragmentum de jure fisci*, cioè nei fogli ritrovati nel 1816 dal Niebuhr, in cui si dà notizia del divieto stabilito da Augusto dell'acquisto dei fondi italici posti in vendita dall'attore in un processo di rivendica. Di qui la « teoria dell'influenza dell'inizio del procedimento sul rapporto giuridico materiale », e poi, con riferimento al ritrovato Gaio, « l'effetto sostanziale della *litis contestatio* », « la fissazione delle posizioni dell'attore e del convenuto » etc. etc. Acutamente nota l'autrice che non si può stabilire con certezza se veramente, come i giuristi ritenevano, le fonti antiche avessero suggerito loro la soluzione processualistica (oggi accolta dal c. p. c. come già dalla Z.P.O.), o se non sia stata l'esigenza pratica di giungere a quella soluzione a determinare l'interpretazione delle fonti. Osservazione di cui non può sfuggire l'importanza metodologica, tanto più che non senza

umorismo l'autrice fa notare che « se fossero esatte le riportate affermazioni sugli effetti sostanziali della *litis contestatio* risulterebbe priva di ogni significato la norma augustea » cioè il divieto di compravendita della cosa litigiosa, che non poteva avere alcun effetto sul processo.

Per suo conto l'autrice sostiene che il divieto di acquisto della cosa litigiosa (come già quello della *dedicatio in sacrum*, che esamina nella prima parte dell'opera in relazione alla tormentata legge delle XII tavole cui si riferisce un frammento gaiano del Digesto) deve essere inteso in relazione alle condizioni storiche e politiche del momento in cui i divieti vennero stabiliti, onde la ovvia conseguenza che tali decreti avessero carattere schiettamente sostanziale, essendo le preoccupazioni sistematiche moderne estranee alla mentalità dei romani (e io penso di qualunque legislatore « originale »). Modestamente io sono tratto a pensare — ed è un riflesso della lettura del libro — che il problema dell'alienazione della *res litigiosa* è sempre un problema sostanziale, e cioè di tutela di interessi o particolari o generali. Penso ad es. al c. d. retratto litigioso previsto dal vecchio codice civile: anche questo era un modo di risolvere il problema, o quanto meno di considerarlo dal punto di vista della politica legislativa. L'aspetto processuale è forse addirittura secondario, e non è detto che la soluzione accolta dalla pandettistica tedesca prima e poi dai codici germanico e italiano sia la migliore: più semplice forse sarebbe stato consentire all'acquirente di sostituirsi senz'altro al venditore, salva la responsabilità di costui, ben inteso, tanto più che si ammette che l'acquirente anche non intervenuto possa appellare. La giustificazione che si legge nelle fonti (*ne liceat eo modo duriorem adversarii condicionem facere; si potentiorem nobis opposuerit adversarium durior nostra condicio fit etc.*) a me sembra strana, e chissà come va intesa, perché, almeno al lume dell'esperienza moderna, i potenti agiscono anche e soprattutto dietro le quinte del processo... Insomma, l'unico interesse che mi sembra degno di tutela è che colui contro il quale è stata fatta l'alienazione (come

si esprimeva l'articolo 1546 cod. civ. 1865) non sia costretto a rivolgere l'azione contro l'acquirente, data sopra tutto l'abolizione del retratto litigioso.

Ma queste sono divagazioni di un postero. Storicamente, secondo le originali ricerche dell'autrice, la disciplina dell'alienazione della *res litigiosa* nel senso schiettamente processuale si troverebbe in una costituzione emanata da Costantino (v. pag. 331 e sgg.), che viene intesa nel quadro di un editto di argomento processuale molto più ampio, di cui si riconoscono sette brani. In sintesi col divieto di vendere la cosa litigiosa Costantino avrebbe stabilito l'obbligo di prosecuzione del processo tra le parti che lo avevano iniziato indipendentemente dai mutamenti nella titolarità del diritto (*lite nihilominus peragenda*): e ciò in correlazione all'impostazione pubblicistica data al processo. Questo obbligo di prosecuzione sarebbe poi stato mantenuto e razionalizzato da Giustiniano, che avrebbe esplicitamente espresso il divieto di alienazione (pur non illimitato) a entrambe le parti, a differenza della *Interpretatio* che lo riferiva al solo possessore.

Nell'animo del lettore moderno rimane il dubbio sulla connessione del regime della c. l. con l'impostazione pubblicistica del processo, e poi sulla conciliabilità del divieto di alienazione con l'obbligo di prosecuzione per le parti originarie; quindi sulla mera processualità del divieto. L'autrice stessa, che non per nulla è anch'essa lettrice moderna, si propone il dubbio (pag. 387) risolvendolo nel senso che il divieto avrebbe un valore rafforzativo piuttosto che sostitutivo rispetto all'obbligo di *litem peragere*.

Del resto le fonti sono quello che sono, e l'*ars divinandi* non è concessa a chi non ha familiarità con esse: anzi costui neppure può esercitare l'*ars ignorandi* che Pugliese dice familiare a ogni romanista (pag. 51, nota 91). Egli non può che ammirare chi dall'indagine delle fonti dia al suo limitato orizzonte un po' di luce. Ipotesi non comune, ma che si realizza pienamente nel libro della De Marini Avonzo.

TESTIMONIANZA

(ANDRIOLI VIRGILIO: *Prova testimoniale*, voce del « Nuovissimo Digesto Italiano », vol. XIV, pag. 329).

Più volte nei miei studi, e da ultimo diffusamente nel *Commentario*, vol. II, 2, pag. 252 e nel *Manuale*, pag. 286, mi sono posto il problema affascinante del testimone, e ho cercato di fissare, anche e soprattutto su un piano storico, il profondo e misterioso rapporto della parte col gruppo, che si manifesta nell'apparire sulla scena giuridica di questo terzo, per definizione estraneo e indifferente. Brevemente riassumendo il mio pensiero (che poi non è affatto mio) ho detto nei citati libri che l'atto, la volontà del singolo sono assunti come atto e volontà del gruppo attraverso la dichiarazione testimoniale, e in questo trovano la loro giuridicità. « Solo così può spiegarsi, precisavo, come un terzo, per definizione estraneo al rapporto, possa e debba ingerirsi in esso: possa, nel senso che egli senta la testimonianza come un proprio dovere; debba, nel senso che la testimonianza sia sentita come un dovere del gruppo. Si direbbe che il singolo senza il testimone sia nulla, col testimone sia tutto: e non solo il singolo, ma la stessa divinità che ha i suoi testimoni (martiri), così come essa ricambia, invocata, la sua testimonianza ». Aggiungevo che « con l'organizzarsi della vita giuridica e del giudizio, e con la differenziazione essenzialmente dialettica della parte del testimone e del giudice, la testimonianza in certo qual modo si banalizza, cioè si inquadra nel concetto di prova » etc.

In uno degli ultimi volumi del N. D. I. il prof. Andrioli, trattando della prova testimoniale, mostra di non gradir troppo queste indagini, e io non ho nulla da dire perché il gusto o l'in-

teresse speculativo è del tutto personale, e si può fare il giurista in tanti modi, come del resto il medico o l'ingegnere. Sennonché, lo stesso autore si avventura proprio sul piano speculativo, perché accenna, sulle supposte orme del Lévy-Brühl (*La preuve judiciaire,* Paris, 1964, 47, 121), alla testimonianza strumentale, cioè in parole più usuali, ai testi fidefacienti, e dice che forse sono questi (gente « di riguardo, per aver giurato con l'imputato, o per ragioni di considerazione sociale, non strettamente attinenti alla logica del giudizio, di cui erano circondati nell'ambiente sociale in cui poi si celebrava il processo ») quelli ai quali io alludo nel mio discorso.

In nota, l'autore soggiunge che io mi riferisco a quel tempo della prova che il Lévy-Brühl definisce arcaico, e più precisamente irrazionale, in cui prevalevano l'ordalia e il duello come mezzo di decisione e non di eliminazione della controversia: « ma che la testimonianza dei tempi medesimi abbia a spartire qualcosa con la considerazione del testimone, come del Dio omerico che discende dall'Olimpo ad affiancare l'eroe, o del campione ingaggiato per far risolvere a favore di chi l'assolda la controversia, e che si possa col Satta scrivere che l'organizzarsi della vita giuridica e del giudizio la testimonianza si banalizza sono correlazioni nelle quali non si può consentire ». Il rapporto tra la parte e il testimone, conclude, « non era un mistero nel sistema delle prove irrazionali così come non lo è nell'attuale sistema razionale: allora era diretta a provocare i lumi della divinità, così come oggi serve a formare il convincimento del giudice; allora i testi congiuratori e in genere i fidefacienti si affiancavano alle ordalie e ai duelli, così come oggi i testi, che non sono né congiuratori né fidefacienti, si affiancano ai documenti e agli altri mezzi istruttori atti a formare il convincimento del giudice ».

Bisogna fare, in questa prosa, la debita parte alla poca comprensibilità. Ma per quel che a me pare, il nucleo della critica è dato da questo, che quel che io dico si attaglierebbe piuttosto alla testimonianza strumentale o dei fidefacienti, che non alla

giudiziaria. Come ho accennato la critica è derivata dalla lettura di un libro del Lévy-Brühl sulla prova, che per altro non consente affatto la illazione che se ne vuol trarre, dato che mai questo egregio giurista ha fatto l'assurda commistione tra prove irrazionali e testimonianza. Basta ricordare da un lato quanto egli scrive nell'articolo *La preuve chez les "primitifs"*, nei « Recueils de la société Jean Bodin », vol. XVIII, pag. 11, dove esplicitamente fa riferimento alla solidarietà dei membri del gruppo (sebbene non la ritenga costante), dall'altro il riconoscimento che lo stesso Lévy-Brühl fa in tante altre sue opere (v. *Le témoignage instrumentaire en droit romain* etc.) dell'assurgere del teste strumentale, spesso in quanto il solo legittimato, a ruolo di testimone in giudizio. E accanto al citato autore, o al citato libro, si doveva, in questo argomento di cui non può sfuggire la grandiosità, tenere presente tra gli infiniti altri il Pringsheim (*Le témoignage dans la Grèce et Rome archaiques*, RIDA, 1951), l'importantissimo Gernet (*La diamartyrie, procédure ancienne du droit athénien*), o più da vicino i nostri Broggini e Pugliese (in « Jus », 1960, poi riprodotti nei citati « Recueil Jean Bodin »): dai quali scrittori emerge la tematica unica della testimonianza. Non solo questo: ma l'ammonimento che non si devono studiare le originarie esperienze della prova testimoniale con la mentalità (e con i concetti) di chi studia la disciplina positiva del codice vigente (cfr. Orestano, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, e in genere tutta l'opera di questo scrittore), perché, così autolimitandosi, non si riesce a comprendere l'importantissimo fenomeno che ho, sia pure pittorescamente, qualificato come banalizzazione.

Si può lasciare ad ogni modo da parte tutto questo, e semplicemente osservare il linguaggio attuale, che rivela le tracce della più remota storia in parole che oggi si pronunciano comunemente senza che più se ne avverta il veramente misterioso senso. Contestare, attestare, detestare, testamento sono parole rivelatrici, che dànno la chiave del testimone e della testimonianza, a chi naturalmente abbia voglia di aprire quella porta

(il che, ripeto, non è affatto necessario: basta non occuparsene): parole che esprimono il rapporto fra la parte e il gruppo, e solo in questo trovano spiegazione. Ma quel che a me sembra più grave è che si possa introdurre una opposizione tra testimonianza strumentale e giudiziale, tra il teste fidefaciente e il teste giudiziale. Come si può sfiorare la figura del teste fidefaciente, senza intuire che la ragione di costui non è esaurita nella indicazione di uno che assiste all'atto nel suo compiersi (così che in seguito possa testimoniare in giudizio), ma deve essere cercata proprio nel fatto che assiste, e nella interpretazione di questo fatto? Ha mai pensato l'autore a quell'inverosimile regola per cui l'atto pubblico è ricevuto dal notaio in presenza di due testimoni? O che non basta il depositario della fede pubblica? O che l'ordinamento non si fidi di lui? Tutto può essere: ma chi ha gli occhiali del giurista, per rubare una felice formula a Jemolo, vede in questi due personaggi, ora ridotti a simboli, e talora professionali simboli, proprio il legame della parte col gruppo, senza il quale la testimonianza e il testimone rimangono inspiegabili. E lo stesso, e a maggior ragione, può dirsi per il matrimonio, ricordando, magari per riposare lo spirito, la formula che Renzo Tramaglino aveva gettato addosso allo spaurito don Abbondio: Signor curato, in presenza di questi testimoni, questa è mia moglie...

L'oblio di questo legame, e il risolversi della testimonianza nella generale organizzazione della prova, han portato a quella banalizzazione di cui ho immaginosamente parlato, e che non pare vada a genio all'autore, il quale dice, come si è visto, che come nel sistema delle prove irrazionali il testimone era diretto a provocare i lumi della divinità, così oggi serve a formare il convincimento del giudice, e si affianca così ai documenti e agli altri mezzi istruttori. Lasciando da parte la divinità, che non si capisce che c'entri, io vorrei chiedere, a costo di far venire le vertigini speculative (ma niente paura: non si cade molto dall'alto) se non sia il caso di guardare con la lente questa espressione « convincimento del giudice ». Siamo proprio sicuri che

il rapporto tra giudice e testimone sia un rapporto di convincimento, ossia di prova? Certo il giudice fa la sentenza, e certo c'è un largo margine alla sua esercitazione logica. Ma si pensi che venga un testimone, non sospetto, il quale dica, in modo assolutamente inequivoco, che è avvenuto un certo fatto. Che cosa può fare il giudice se non prendere atto della testimonianza? E allora chi sarà il vero giudice, il testimone o il magistrato che stende formalmente la sentenza? Cose da meditare anche sotto il profilo del metodo. E la domanda mette in una luce alla quale non avevo pensato la norma che stabilisce che il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti. Allo stesso modo come sotto questa luce si intende forse perché si sia data nei tempi la preminenza assoluta alla testimonianza sui documenti e sugli altri mezzi di prova, alla *vox viva* sulla *vox mortua*. Quest'ultima in sostanza è il solo vero mezzo di prova (e di questo, tra la congerie delle parole, c'è un'intuizione nella distinzione tra dichiarazione ricettizia e non ricettizia che fa Carnelutti, *Lez. di proc. penale*, I, 215, e *Prova civile*, 2ª ed., 291) se si fa riferimento al giudizio e al convincimento del giudice. La testimonianza non è tanto qualcosa di più, quanto qualcosa di diverso, come il giuramento di parte. È o meglio era, naturalmente, prima che tutto « si banalizzasse »...

RILETTURE

DIRITTO E PROCESSO

(FRANCESCO CARNELUTTI, *Diritto e processo*).

Mi è accaduta una cosa curiosa. Questo libro di Carnelutti mostrava da dodici anni il suo lucido dorso nella mia libreria, e mai mi era venuto il desiderio di invitarlo a scendere sul mio tavolo. Qualche giorno fa, spinto dalla tentazione di questa rubrica, ho voluto riprenderlo in mano, e ho avuto la sorpresa di vederne spuntare fuori due paginette ingiallite dal tempo. Erano l'inizio di una recensione che evidentemente avevo avuto in animo di fare e alla quale, chissà perché, non avevo dato sèguito. È probabile che mi avesse infastidito lo stile omeliaco del maestro, ignaro che ben altri maestri e ben altre omelie si sarebbero forgiate nella grande officina universitaria. O è stato piuttosto un disegno provvidenziale che ha voluto frapporre tra me e l'opera ultima di Carnelutti la morte e il tempo. Ecco quello che allora scrivevo:

DIRITTO E PROCESSO

(meditazione intorno a Carnelutti)

Tante volte, alla fine della mia lunga giornata, mi chiedo se mai poserà questa penna, che da sette lustri fila e intreccia parole. C'è, in fondo all'animo, una segreta nostalgia di vecchiaia: di un'età favolosa come la fanciullezza, in cui, sciolti da tutte le cose, si ricomponga nel silenzio la propria innocenza. Ahi, che gli uomini, con le loro trappolerie, hanno contraffatto la misura provvidenziale del tempo, e non si sa più dove un'età cominci e l'altra finisca. Con questo « prolungamento della durata media della vita umana » (evento più grave della scomposizione dell'atomo e delle conquiste spaziali) tra pochi anni saremo tutti giovani e tutti vecchi: ed io già sento che,

salvi infortuni *in itinere*, mi accadrà come a Varrone Reatino, di cui dice Marchesi che a novant'anni finì di vivere e di scrivere.

Non a novanta, ma ottanta anni, che sono ancora una età rispettabile, Carnelutti offre un mirabile esempio di questa vittoria sul tempo, pubblicando un libro col titolo *Diritto e processo*. Esempio mirabile per molte ragioni: perché si tratta di un libro di 413 pagine, fittissime di stampa, e bisogna avere la voglia e la forza fisica di scriverlo; perché l'edizione è bellissima, segno dell'importanza che l'autore ancora attribuisce alle cose che si scrivono; perché il libro è il primo volume, e quasi la prefazione, di un trattato di diritto processuale civile, da formare in collaborazione, e ci vuole una fede più che giovanile per credere che un trattato di diritto processuale si possa scrivere in collaborazione, o, come dice Carnelutti, in *équipe*; perché nel libro si tratta dei rapporti tra diritto e processo, con una professione di dommatismo che è da sola un programma di giovinezza, o magari di eternità; ma sopra tutto perché Carnelutti, quasi mettendo le mani avanti, giustifica il nuovo libro col cristiano bisogno di correggere i propri errori, senza che il dubbio lo assalga di poterne commettere degli altri...

Scherzi a parte (e credo che Carnelutti non si dorrà dello scherzo), noi dobbiamo essere grati a quest'uomo che, quando avrebbe il diritto di riposare, ripropone a se stesso e a noi gli eterni problemi del processo. E noi abbiamo il dovere di leggere il libro che egli ci dona, di comprenderlo, ma soprattutto di comprendere nel libro l'autore: perché un libro di Carnelutti non si può valutare come un qualunque altro libro di diritto (un libro ad es. del Satta), altrimenti si corre il rischio di cadere in quel singolare paradosso di Albertario, il quale diceva che se Cicerone si fosse presentato alla docenza in diritto romano egli non avrebbe esitato a bocciarlo.

* * *

Il discorso finisce qui, ed è, ripeto, giusto che sia finito qui. Lo riprendo ora, dopo aver riletto il libro (con altra voce omai, con altro vello: *Par.* 25, 7), non più per punzecchiare il maestro immortale, ma per vedere ciò che rimane del maestro morto.

Come già accennavo dodici anni fa, la singolarità di questo nostro scrittore, è che egli sta sempre al centro del racconto: la

sua è una continua scoperta di se stesso, le sue meditazioni intorno al diritto sono meditazioni intorno a se stesso, la sua opera si può qualificare una via della perfezione, ma di una perfezione non in Dio, ma in se stesso. L'esempio più incredibile è dato io credo dalla nota a pag. 120, se tutta l'opera non fosse un incredibile esempio. Tutto questo ha o può avere importanza sul piano psicologico: non ne ha sul piano della scienza, salvo che per i riflessi che un simile atteggiamento non manca di avere sul rigore speculativo, e in definitiva sulla serietà dell'indagine. Il senso di scoperta del soggetto (di Francesco Carnelutti) trova il suo corrispondente oggettivo nel senso di « scoperta » del diritto, che costituisce il caratteristico atteggiamento della sua descrizione del fenomeno giuridico: il diritto è qualche cosa di misterioso, anche nelle sue più modeste manifestazioni, che lo mette in uno stato d'animo di meraviglia e quasi di stupore, anch'esso poco confacente alla severità speculativa.

Tutto questo è cosa ormai indifferente, o potrà interessare un ipotetico biografo. Quel che invece si può dire, con attualità, è che, secondo il mio giudizio, a questo modo di essere dell'autore si devono imputare le contraddizioni di cui il libro è intessuto: poiché mai in nessun autore si è vista una così schietta apertura alla realtà e nello stesso tempo una così perfetta chiusura. Si direbbe che due uomini e non uno abbiano composto il libro: un Carnelutti che si fa guidare dall'esperienza (e quale esperienza!) e un Carnelutti che l'esperienza rifiuta, e si diletta solo di concetti e concettini.

Guardiamo subito al primo Carnelutti, che del resto per me è il solo autentico, e mettiamo in rilievo quello che è il vero e solo apporto dell'opera, e, nelle multiformi espressioni, di tutta la sua opera. Si tratta della rispettiva posizione del diritto e del processo, cioè praticamente del concetto di giurisdizione. A pag. 19 Carnelutti scrive: « Il comando, per essere comando, dev'essere concreto, non astratto; non ipotetico, ma attuale. Ecco perché lo *jus*, a rigore, non è *dictum* fino a che il giudice, accertato il fatto e la sua conformità alla fattispecie, non

lo dichiara ». E in nota, per soprammercato: « Per lo meno non è detto ufficialmente, onde non v'è *jurisdictio* da parte di un organo dello Stato; ma ciò non significa che non vi sia *jus* anche fuori dal processo: appunto perché il giudizio intorno alla fattispecie legale si fa anche dal *subditus*, la legge opera anche senza l'intervento del giudice; essa opera in tal caso con la collaborazione del privato, così che la *dictio juris* avviene per la attività combinata del *conditor* e del *subditus legis* ». E del resto, più immaginosamente, a pag. 4 aveva detto: « il rapporto tra *jus* e *judicium* è il medesimo che fra il pensiero e le parole: un rapporto circolare. *Judicium* è incarnazione di *jus*: ma il diritto non esiste se non è incarnato ».

Un uomo che ha pensato queste semplici cose (le quali si ritrovano con diverse formule in Mortara: v. *Colloqui e soliloqui di un giurista*, pag. 459) non poteva non capire che esse esaurivano tutto il tema del « Diritto e processo », e non c'era bisogno di scrivere altro. Il libro era, almeno concettualmente, finito. Ma ecco spuntare il sosia, per non dire la « simia » di quell'uomo, il secondo Carnelutti, il quale si dimentica del primo, e comincia a stupirsi e a stupire. Un esempio lo offre la prima pagina, addirittura, là dove lo pungola il bisogno di stabilire un assurdo parallelismo fra diritto e processo: essendo cioè il processo un procedere, una via, un « metodo » per giudicare gli uomini, anche il diritto gli diventa un metodo, e precisamente un metodo per mettere ordine tra gli uomini mediante il comando ». Un metodo il diritto? Ma allora anche l'arte, la morale e via dicendo sono dei metodi: cose alle quali nessuno può attribuire un senso, salvo a divertirsi a creare un linguaggio e una realtà convenzionali.

Il primo Carnelutti di quando in quando riappare con laconiche, ma importanti affermazioni: e così con la critica alla famosa tripartizione dei poteri o delle funzioni, là dove osserva il valore eversivo che ha la c. d. legge formale rispetto al vecchio criterio differenziale tra legislazione e giurisdizione (pag. 20). Ma il secondo Carnelutti, che vuole scrivere il li-

bro, prende sempre il sopravvento, e così, dopo che il primo ha detto le cose sopra riferite, subito si mette a immaginare una promessa dello Stato, che costituirebbe « la essenza più vera della legge giuridica » di « fornire ai *sudditi* i mezzi per superare l'incertezza intorno alla sua portata ». « Quando lo Stato, per mezzo dei suoi giudici, dà torto a chi ha torto e ragione ha chi ha ragione, mantiene la sua promessa verso l'uno e verso l'altro. Affiora così il concetto del processo come *adempimento della legge* ». Cose che lasciano perplessi, evidentemente, anche con riferimento alla preliminare impostazione, e che il primo Carnelutti non avrebbe lasciato scrivere, perché come prima cosa si sarebbe chiesto che cosa è lo Stato, e ne avrebbe tratto le facili conseguenze: opinione questa nostra tanto più probabile in quanto il medesimo (pag. 84) non mancherà di osservare che la potestà giurisdizionale non appartiene originariamente allo Stato, come dimostra il fatto che la giustizia è resa in nome del popolo.

Si potrà obbiettare che alla fin fine questo è un linguaggio figurato, che non fa né bene né male, e peggio per chi lo prende sul serio. Ma tanto figurato non è quello che il Carnelutti II adopera quando definisce l'azione come un diritto verso il giudice che deve faticare a rendere la sentenza, e ne farebbe volentieri a meno; o quando insistendo su questo concetto, per stabilire i rapporti fra giurisdizione e azione dice (pag. 114) con enfasi che la giurisdizione è il supremo dei poteri che finisce col mettere l'uomo al posto di Dio; onde il « diritto, affinché le cose vadano come devono andare, reagisce contro questo pericolo, e l'azione è il mezzo per far abbassare la testa al giudice: tu mi puoi giudicare, ma mi devi ascoltare »!

Naturalmente il primo Carnelutti, che sa il fatto suo, vigila sul secondo, e gli addita gli ostacoli su questo fantasioso cammino, uno dei quali, il più immediato, è quello sulla legittimazione: non tutti invero possono far abbassare la testa al giudice, ma solo determinate persone. Ma Carnelutti secondo non teme ostacoli: ed ecco che immagina un obbligo del giudice di giudi-

care (che certo esiste, ma come per tutti i funzionari: art. 328 c. p.) che sarebbe il corrispondente del diritto della parte, cioè dell'azione, insieme formanti un rapporto giuridico. Donde nasce quest'obbligo? Né più né meno che dal contratto (pubblico) di impiego, come dal contratto (privato) nasce l'obbligo degli arbitri.

Ma bada bene, dice Carnelutti primo, che l'obbligo del giudice è più esteso del diritto della parte verso di lui, perché il giudice deve giudicare anche per dire alla parte che non ha la legittimazione. Carnelutti secondo: giusto, ma l'obbligo di giudicare nel merito sussiste di fronte alla parte, l'obbligo di giudicare che non si può giudicare sussiste di fronte allo Stato (e sempre in questo ordine di idee si veda la incredibile soluzione del problema della lealtà e probità processuale nella nota a pag. 123).

Si potrebbe continuare all'infinito, perché non c'è pagina o istituto nel quale non si ravvisi questo alternarsi dei due Carnelutti, questo dialogo surrealistico tra il corpo e l'ombra. Basti pensare al processo volontario, alle prove e in particolare alla cosa giudicata, ricchi di concrete intuizioni e di vuoto filosofare. È appena il caso di dire che l'unico autentico Carnelutti è il primo, nelle poche pagine o poche proposizioni in cui si tramanda a noi; come è appena il caso di dire che quel che ha trovato e ancor trova credito e ripetitori è il Carnelutti secondo. Ma non ha importanza: ciò è nell'ordine naturale delle cose. Resta da chiedersi perché un uomo di tanto ingegno, e di una capacità così evidente, ha in gran parte sciupato il suo talento, e ha optato per la parte peggiore di se stesso. La risposta si trova forse nel titolo di una commedia di Pirandello: Quando si è qualcuno. E allora bisogna trovare il modo perché, nella vita degli studi, chi ha il grande ingegno di Carnelutti non diventi qualcuno.

IL POTERE DISCREZIONALE

(ALESSANDRO RASELLI, *Il potere discrezionale del giudice civile*).

Non si può pensare al potere discrezionale del giudice senza pensare ad Alessandro Raselli. Il libro che mi sta davanti reca la data del 1927, cioè di oltre quarant'anni fa: da allora, per quel che io ne sappia, nessuno ha più affrontato l'argomento, così che questo resta legato al suo nome. Ho sentito dire che qualcuno pensa a una riedizione dell'opera: sarà ben fatto, ma io resterò affezionato a questa vecchia stampa, che sa ancora di ottocento, perché mi ricorda la mia giovinezza, e mi pare rifletta la composta, serena personalità dell'autore. Obbiettivamente, del resto, io credo che le ristampe di un vecchio libro gli tolgano qualche cosa, e in questo vi è nella bibliografilia una profonda intuizione. Probabilmente, attenuano il senso di originalità, e turbano il giudizio, che è legato anche alla materialità dell'opera, costringendo il lettore a un difficile, e per tanti versi impossibile, sforzo di retroattività. Si veda ad es. la benemerita ristampa della pregiudizialità di Menestrina. Come vedere quell'antico uomo, dalla nobile barba, di lievemente esotica sapienza, che subito balzava agli occhi in quella prima, e credo unica, edizione, nelle nuove, eleganti, ma gelide e strumentali pagine della ristampa fiorentina? Forse si potrebbero conciliare tutte le esigenze con la riproduzione fotostatica, come in altri casi si fa. Lancio l'idea all'amico Micheli.

Ma Raselli è vivo e vegeto, e potrà ristampare lui il suo libro, che sarà allora un libro nuovo, anche se non muterà una riga, perché in esso egli sarà ancora, e così come è oggi presente. Io

spero che lo faccia, cioè che egli, vincendo la sua signorile pigrizia, si rilegga, e ci dia le impressioni della sua rilettura. È quel che faccio io oggi, e provo un senso quasi di gioia nel seguire questa prosa nitida, che si lascia comprendere senza la minima difficoltà, che corre, bisogna dire, il rischio di essere compresa, in una materia nella quale il *fumus mali juris* fa parte dell'istinto di conservazione... Il giovine allievo di Calamandrei ha sentito la vastità del problema, poiché il potere discrezionale del giudice non si può ricercare senza ricercare il potere discrezionale là dove è nato, cioè nell'esperienza amministrativa: e a questa esigenza ha corrisposto con una compiutezza di indagine alla quale è pari la modestia, cioè la resistenza alla tentazione, già allora affiorante, oggi divenuta di moda, di fare sfoggio di tutto lo scibile. Direi che Raselli non ha scritto una parola più del necessario.

Ora, nella problematica della discrezionalità, il giovane autore si muove con la perspicacia che nasce dalle molte letture e dalla severa meditazione. Lo stesso Carnelutti, recensendo nella *Rivista di diritto processuale civile* (1927, I, 251) il volume, non ha potuto fare a meno di rilevarlo, anche se lamenta un certo difetto di proporzioni, che in realtà non esiste. Si deve infatti ricordare che il problema della discrezionalità è il problema del giudizio: giustamente quindi Raselli analizza il procedere nel giudizio dell'amministrazione e della stessa legislazione, affrontando poi il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico, dell'interpretazione, come premessa al procedere tipico del giudice nella formazione del giudizio giurisdizionale. Sono tutte cose che, anche se inevitabilmente risentono del tempo, si leggono con profitto. E del resto non credo che negli anni e nei decenni successivi si sia detto — almeno da coloro che si sono mantenuti nella grande tradizione — nulla di più.

Appunto per questo, dopo la rilettura del libro, il pensiero, acutamente stimolato, comincia ad agitarsi, e una fiera domanda si pone e si ripropone al critico giurista: questo potere discrezionale, che Raselli individua in ogni funzione dello Stato, esiste

davvero? Domanda invero mal posta, perché il potere discrezionale se è stato inventato, vuol dire che a qualche realtà corrisponde: quel che bisogna vedere è se esso abbia una oggettiva consistenza, o se sia un espediente, per limitare l'impugnabilità del giudizio. Il dubbio nasce da ciò, che senza il riferimento a un determinato soggetto, che può essere in qualunque modo pregiudicato dall'atto, non ha alcun significato parlare di discrezionalità; cosa vuol dire, infatti, che la pubblica amministrazione discrezionalmente stabilisce di fare o non fare un ponte, costruire una strada etc. etc.; o che, come si legge in Chiovenda, *Principi*, 337, l'amministrazione è obbligata a fare ciò che crede opportuno, e così via? Alla discrezionalità corrisponde qui soggettivamente il c. d. interesse semplice, che è meno che nulla, *sub specie juris*. Il potere discrezionale non ha possibilità di essere configurato per la semplice ragione che non ha né può avere un termine antitetico. Quando invece l'atto della p. a. ha una specifica direzione verso un determinato soggetto, e così ad es. nel classico caso dell'ordine di demolizione di un edificio pericolante, ben si comprende come accanto alla legittimità dell'atto si profili una diversa considerazione dell'atto, che investe sia l'esistenza del pericolo, sia la demolizione, in rapporto ad altri possibili rimedi contro il pericolo. Sennonché questa considerazione non avrebbe ragione di essere senza il riferimento alla impugnazione dell'atto, onde non è che essa metta in luce un particolare potere dell'amministrazione, ma semplicemente una contrapposizione con la legittimità e la relativa impugnazione.

Questo dubbio non è nuovo, certamente. In fondo basta leggere le prime parole del famoso libro di Presutti sui *Limiti del sindacato di legittimità*, che è del 1910, per vedere che l'impostazione del problema è proprio questa. Ma allora dovrebbe discenderne, mi sembra, che non ha senso un'indagine ontologica della discrezionalità. Sotto questo nome si vuole introdurre una distinzione in seno al giudizio che non ha ragion d'essere, perché il giudizio è « discrezione » esso stesso (lo è per sua essenza), qualunque sia il suo contenuto, di diritto, di fatto, di

accertamento o costitutivo o dispositivo, in relazione alla norma che per il giudizio si concreta.

Parlando di giudizio intendiamo naturalmente qualunque giudizio, di qualunque organo, che è appunto quel che fa Raselli. Ma è nel giudizio giurisdizionale che la vaghezza della discrezionalità si manifesta, perché qui il giudizio è essenzialmente opzione tra due possibili, ma non sul piano della volontà, ma della rispondenza alla norma. Probabilmente la stessa latitudine che Raselli attribuisce alla discrezionalità viene a coincidere (gli estremi si toccano) con la negazione della discrezionalità. Ma sopra tutto induce a ritenere che Raselli abbia avuto il senso di questa realtà quando ha accuratamente fissato il principio, che mi pare decisivo, per cui il potere discrezionale in generale « riguarda il criterio e non la volontà, nel senso che la volontà dell'organo non è libera di determinarsi ed è sempre regolata da una norma giuridica ». Credo che l'uomo di oggi Raselli porterebbe a diverse conseguenze questa intuizione del giovane Raselli, nella quale sta veramente il nocciolo della questione.

Io ritengo che una conferma del dubbio che la rilettura mi ha sollevato si possa trovare nella posizione del giudice di fronte alle prove, e in genere di fronte alla dispositività del processo. Raselli analizza molto tutta questa parte, che è veramente fondamentale, e direi rivelatrice, perché in sostanza l'apparente discrezionalità deriva dalla esclusione di un diritto delle parti in ordine all'istruzione, e quindi di una impugnabilità del provvedimento in sede di legittimità.

Che è quel che abbiamo, come si è visto, sospettato: e che il sospetto sia nato sotto l'impulso di questa tarda rilettura, è certo segno della costante vitalità dell'opera.

Raselli ha di recente chiuso il suo ciclo accademico, che si è interamente svolto in una piccola università, senza ambizioni e senza rinunce, cioè restando fedele a se stesso. Non so se il precetto in cui si suol concretare il potere discrezionale « adempi

nel modo più opportuno la funzione pubblica che ti è demandata » sia, come ritiene il caro amico, e non lui soltanto, giuridico: certo egli lo ha mirabilmente osservato, dimostrando con l'intera sua vita che l'opportunità, nelle pubbliche funzioni, e sopra tutto nell'insegnamento, lascia poco margine alle scelte discrezionali...

CRONACHE

EMILIO BETTI

Apprendo dal giornale la notizia della morte di Emilio Betti, e sento il bisogno di fermare il pensiero su questo studioso, così diverso dal tempo che fu suo. È possibile, è probabile che proprio per questa diversità i sopravvissuti si sentano dispensati da una commemorazione: ma per la stessa ragione io voglio che di lui rimanga una traccia in questi quaderni.

Non posso dire di aver avuto con lui una grande dimestichezza: direi anzi che i nostri rari incontri furono piuttosto scontri, perché dovevo sempre difendere qualcuno contro di lui, o piuttosto contro il personaggio che egli aveva fatto di se stesso. Non mi era neppure congeniale l'immensità della cultura, che io credo, entro certi limiti, nociva al giurista, e alla sua fredda passionalità di erudito opponevo istintivamente, e quasi a salvarmi, la mia passionale freddezza di contemplatore della vita. Ma c'era in lui qualcosa di nuovo e di antico, che me lo faceva distinguere nella uniforme palude della scienza ufficiale, e parlava al mio sentimento. Ora che la sua vita si è compiuta, mi par di capire. Al di là del bene e del male egli era l'ultimo dei giuristi romantici, quelle rare figure che fanno del diritto una fede, e dei quali si può veramente dire che la vita è un sogno. Il penultimo fu Lorenzo Mossa. S'intende, con tutte le differenze possibili, perché il mediterraneo Mossa aveva qualcosa di solare, che lo rendeva poeta, e in versi avrebbe cantato la Cambiale, se appena avesse potuto...

Scientificamente, l'apertura di Betti fu romanistica: e il diritto romano egli professò fino alla fine della sua carriera accademica. Ma le opere che egli scrisse in quel campo degli studi non possono qualificarsi propriamente romanistiche: sono monumenti di sapere universale, ai quali attingemmo tutti, quando apparivano, qualunque fosse il limitato settore dei nostri interessi. Era allora impossibile studiare le obbligazioni senza aver meditato sulle pagine della *Struttura dell'obbligazione romana,* o affrontare gli studi del processo

senza conoscere *I limiti soggettivi della cosa giudicata*: e voglio dire non soltanto per noi giovani, ma per i maestri consacrati dal successo, come Carnelutti, il cui famoso scritto nel volume in onore di Chiovenda ha sicuramente le radici nell'opera di Betti. Ma più di tutti, vorrei dire, attinse alla sua opera lo stesso Betti, poiché dai suoi studi romanistici, fatti con così larga visione, fu tratto a dettare opere che svolgessero in ogni campo il suo originario pensiero, e così nel diritto processuale civile, nel diritto internazionale, nel diritto civile.

Nell'ultimo periodo della Sua vita, il suo sogno si polarizzò, come è noto, nella teoria dell'interpretazione: e tra la realtà e il sogno aprì una vera scuola, nel senso antico, esercitando una enorme influenza sui giovani. Nella comunione della scuola, nell'esaltazione del sapere e dell'apprendere, cominciò a vagheggiare qualcosa come un Istituto dell'interpretazione, al quale avrebbe lasciato tutti i suoi libri, convenientemente dotandolo. Era una cosa astrattamente bellissima, ma era una frattura con la realtà, soprattutto con la realtà della vita accademica, che è fatta di piccole esigenze, magari una stanza o una chiave, difficilmente conciliabili con le grandi che i sogni comportano.

Come in tutte le vite che si svolgono nel sogno, il dramma di Emilio Betti furono gli altri: dramma o tragedia, perché « gli altri » non sono disposti a perdonare gli errori che commette chi sogna, e ripagano questi errori con autentiche ingiustizie (penso specialmente al rifiuto oppostogli dagli accademici dei Lincei di accoglierlo come socio nazionale!). Che abbia di questo immensamente e fieramente sofferto è indiscutibile: ma non credo che queste sofferenze lo abbiano mai svegliato dal sogno. Penso anzi che gli altri veramente non esistessero per lui. Lo ricordo nelle discussioni di laurea, quando dimentico di avere di fronte un malcapitato aspirante a un titolo puramente formale, come purtroppo è la regola, si imbarcava in profonde disquisizioni romanistiche, parlando in tedesco e pronunciando al modo « classico » il latino, infuriandosi contro un immaginario contraddittore di cui il candidato non era che il terrorizzato sostituto. Quando fu sopraggiunto dai limiti di età, io ero preside della facoltà di Roma. Egli non sapeva, io credo, di avere tanti anni, perché era robusto come una quercia. E cominciò a tempestarmi di lettere e di proteste, perché non riusciva a rendersi conto — egli, che

era giurista in tutto il suo essere — che un uomo come lui potesse essere messo a riposo, quando non aveva né voglia né bisogno di riposarsi.

In questo distacco dalla realtà, o da quel che nel bene e nel male chiamiamo realtà, devono essere considerate le posizioni storicamente sbagliate che Emilio Betti fu indotto ad assumere e che gli fecero correre terribili rischi. Ingiusto sarebbe, *post fata*, ogni giudizio, perché il giudizio umano è condizionato a dimensioni di tempo e di spazio che egli non conosceva. Anche per morire ha scelto il tempo e il luogo meno adatti: una giornata della grande estate, quando i colleghi in riposo sono lontani dal pensiero della morte, una casa di campagna quasi inaccessibile a chi non è spinto da un profondo affetto.

Perciò se ne è andato quasi solo al cimitero del borgo marchigiano dove era nato. Ma noi, pur non avendolo, nel più profondo rispetto, amato, deponiamo un fiore sulla sua tomba per le sue grandi doti di mente e di cuore, per tutto ciò che egli è stato e anche per quello che non è stato.

(Agosto 1968).

IL PREMIO BIGIAVI

Nello scritto « Considerazioni sullo stato presente della scuola e della scienza giuridica in Italia », pubblicato nei *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Cedam, 1968, pag. 323, avevo espresso pateticamente il mio disappunto per il fatto che alcuni professori universitari avessero presentato domanda per conseguire un premio di quattro milioni offerto dal Ministero dell'Istruzione e affidato per l'amministrazione all'Accademia dei Lincei. Mi era sembrato, e continua a sembrarmi, che un professore universitario non può senza venir meno a una certa consapevolezza dell'essere suo, presentare domande di questo genere. Torto o ragione? Difficile dirlo. Certo disgrazia grande è stata per me che tra i postulanti ci fosse l'amico Bigiavi, e che proprio lui conseguisse il premio. Me lo ha detto ieri, negli ambulacri della Cassazione, mostrandosi cordialmente offeso e chiedendo riparazione.

Che l'amico meritasse i quattro milioni della cornucopia ministeriale è fuori discussione, e del mio gliene aggiungo quaranta, o quarantasei per far cifra tonda. Bigiavi è uno dei pochissimi giuristi reattivi dei nostri tempi, e per me, quando si è detto questo, si è detto tutto. Se dovessi enumerare i suoi difetti, non mi basterebbe un quaderno: ma una sola riga, una sola parola basta a risolvere in pregi questi difetti. È vivo, e della vita ha tutte le divine contraddizioni. Non ha bisogno del bastoncino di Galvani (il Galvani della sua Bologna) per muovere le gambe e tirare calci; ma è capace di dimenticare se stesso per riconoscere un merito altrui (ne ho avuto una personale prova di recente, per la commemorazione di Mortara). Che cosa si vuole di più, nel mondo in cui viviamo? E che cosa posso dirgli di più? L'unico guaio in fondo è che sono vivo anch'io, e di qui dipendono i nostri semisecolari scontri.

Ora, io, nella fattispecie, o *in casu*, come dicono gli ecclesiastici, vorrei potergli dire che con la mia inutile lamentazione ho sbagliato. E certo ho sbagliato, perché i milioni sono stati assegnati a lui: ma non ho sbagliato per l'iter che lo hanno costretto a percorrere, per quella « domanda » che lo hanno costretto a fare, per l'organizzazione insomma del premio che, per il mio gusto, non era a livello universitario ma di ente comunale assistenza. Segno che neppure il Ministro dell'istruzione ha consapevolezza di quel che vuol dire professore universitario (forse perché ne vede troppe incarnazioni nei corridoi e nelle anticamere).

Debbo dire che questo mio puritano atteggiamento non ha convinto qualcuno (fuori dell'Università), perché mi è stato obbiettato che nella pratica di molti premi, anche e specialmente letterari, di risonanza nazionale, si richiede la domanda, e in fondo col presentare la domanda un autore afferma se stesso, cioè, in parole povere, esercita un suo diritto.

Mi sono venute al pensiero alcune cosette che ho scritto sulla domanda, s'intende giudiziale, nell'*Enciclopedia del diritto*, riprodotte in parte nei citati *Soliloqui* (pag. 327). Avevo fatto una scoperta curiosa, e cioè che nel codice 1865 si diceva (art. 35): chi vuol far valere un diritto in giudizio deve proporre *la* domanda davanti l'autorità giudiziaria competente; mentre nel codice attuale, compilato in tempi meno liberi, si dice (art. 99): chi vuol far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda etc. Ecco, osservavo, più

o meno scherzosamente: un semplice articolo esprime l'opposizione tra due concezioni della vita. *La* domanda è diritto e libertà; domanda è elemosina e servitù.

In effetti, qui sta il punto. Io non escludo che vi siano premi illustri che comportino *la* domanda. Di fronte a simili premi, consacrati dalla fama nazionale o internazionale, si può capire che una persona senta altamente di sé, tanto da dire « quel premio è mio », cioè io presento *la* domanda, perché ho *il diritto* di conseguirlo (fosse pure una foglia di alloro). Ma se vi è un premio oscuro, una borsa cospicua, che bisogna andare a scovare nei bandi e tra la miriade di bandi per farselo assegnare, si può parlare della domanda, nel senso libero e antico, o non siamo piuttosto nell'altra non libera ipotesi? Io ho, istintivamente, optato per quest'ultima soluzione, e ne ho tratto la conseguenza che il professore universitario non può concorrere a un simile premio.

L'obbiezione è che questo atteggiamento suppone una figura astratta del professore universitario, tanto più astratta quanto più i quattro milioni sono concreti. E allora, diciamo così: che l'assegnazione a Bigiavi rende senz'altro famoso il premio e che per suo merito, e da oggi in poi, il professore universitario può, senza disdoro, presentare *la* domanda... al premio Bigiavi. Migliore ammenda credo di non poter fare.

(Settembre 1968).

Dopo la licenza delle bozze giunge, fulminea, la notizia della morte di Walter Bigiavi. Credo di poter mantenere questo lieve scritto, che non sarebbe dispiaciuto all'amico di tutta la vita, e mi riprometto di dedicare alla Sua memoria una pagina del prossimo quaderno.

(25 novembre 1968).

CONCORSI UNIVERSITARI E CONSIGLIO SUPERIORE DELL'ISTRUZIONE

In un recente concorso alla cattedra di diritto processuale civile, due giovani candidati sono stati esclusi per gli « evidenti vizi di metodo » che infirmavano la loro opera.

Il Consiglio Superiore della Pubblica Istruzione, chiamato come si sa a dare un giudizio di legittimità sugli atti dei concorsi, ha insolitamente detto nella sua relazione:

« Gli atti appaiono regolari anche se l'accenno ad un difetto di metodo che sarebbe stato riscontrato in alcuni candidati poteva essere espresso in termini diversi da quelli adoperati, che sembrano rivolti più alla scuola dalla quale tali candidati provengono anziché alla produzione degli stessi ».

In un tempo e in un paese in cui le istituzioni sono messe a dura prova dall'indifferenza e dal conformismo, il Consiglio Superiore, che è, come diceva Capograssi nel discorso commemorativo del Presidente Casati, il punto d'incontro tra l'amministrazione e la cultura, e nella sua ideale funzione agisce come un organo di libertà, ha scritto una grande pagina della sua esistenza, che in questi quaderni deve essere ricordata.

(Ottobre 1968).

SALVATORE SATTA

QUADERNI
DEL DIRITTO E DEL PROCESSO CIVILE

Non in legendo sed in intelligendo leges consistunt.
Sir EDWARD COKE

II

PADOVA
CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
1969

IL SECONDO QUADERNO

Il primo Quaderno ha avuto il successo che mi attendevo. Non è stato, e guai se lo fosse stato, un best-seller, né ha ricevuto alcun premio: ma è penetrato in molte anime, specialmente tra i giovani, che hanno trovato nella mia singolare iniziativa quel che speravano e che cercavano. Assentendo o dissentendo, non ha importanza.

Ed ecco il secondo, dopo un intervallo di soli sei mesi, dal quale l'amico lettore può misurare la prodigiosa fatica. Amor addidit, *posso dire rubando un antico* ex libris *dell'editore Milani. Non dovrei aggiungere parole di presentazione, poiché sono riuscito a restare fedele al programma tracciato nel primo Quaderno. Ma vi sono alcune particolarità che è opportuno segnalare.*

La prima, e la più importante, è che tra gli altri scritti, tutti ancora dovuti alla mia penna, figura un articolo di Bernardo Albanese. È, io spero, l'inizio di quella spersonalizzazione dei Quaderni che è nei miei voti, non potendo « il padre fondatore » confidare nelle sue sole forze, e anzi anelando a che altri più valido raccolga presto la successione.

La seconda è che il nuovo Quaderno presenta nella varietà dei temi una unità maggiore di quella del primo: il che dipende dal fatto che unitaria è diventata la vita, nelle sue varie manifestazioni, e dovunque si colpisca, si colpisce sempre nello stesso punto. Il problema della norma e del diritto, trattato nei primi due intensissimi studi, è lo stesso problema del diritto sindacale e prima ancora dei sommovimenti contestativi ai quali abbiamo assistito e assistiamo, della costituzione e della Corte costituzio-

nale, delle pretese sociologiche che si affacciano nel mondo del diritto e della cultura, della Cassazione, e infine del comico o del tragico quotidiano che osservo nelle Cronache. Ne consegue che molti temi relativi a uno stesso istituto (ad es. la Costituzione) sono trattati o profilati in diversi scritti, in apparenza estranei all'argomento, perché così ha voluto l'occasione che me li ha fatti rilevare. È il guaio di chi si esprime in una rivista, ed è il guaio di chi legge, perché (qui volevo arrivare) deve leggere tutto.

Ma spero e auguro che il lettore senta, in ogni pagina, il mio affettuoso colloquio con lui.

DOTTRINA

[003]

NORMA, DIRITTO, GIURISDIZIONE

Gli sforzi che da qualche tempo vado compiendo — vorrei dire da quando sono uscito da quella specie di minorità scientifica che è data dal ragionare secondo i canoni ricevuti — per restituire l'ordinamento alla sua essenziale unità (v. per una descrizione riassuntiva e allo stesso tempo programmatica lo scritto *Il processo nell'unità dell'ordinamento*, in *Soliloqui e colloqui d'un giurista*, pag. 116 e, nel precedente *Quaderno*, pag. 4, *La giurisdizione volontaria nell'unità dell'ordinamento*) mi hanno dato parecchi dispiaceri: e il dispiacere più grosso è che non posso dolermene, visto e considerato che sono andato a cercarmeli. « Chi te lo fa fare », han sempre detto i napoletani, precorrendo di qualche millennio la teoria imperativistica del Thon. E chi me lo fa fare adesso di tornare sui banchi della scuola, quando potrei godermi la sacerdotale immobilità di maestro, e chiedere ai libri di allora e di oggi che cosa sia la norma? Gli è che nella solitaria battaglia anticoncettualistica, la norma, così come viene intesa, è veramente il nemico pubblico n. 1, perché è quella che più ha acquistato di realtà, e più ha contribuito a quella surrogazione del concetto alla realtà che è stato il primo movente della mia reazione. E si capisce perché: per il giurista di tutti i tempi e di tutti i luoghi, in principio era la norma, e se la norma è, se si pone la norma come un dato, necessariamente statico, nel fenomeno giuridico, è semplicemente utopia configurare l'unità dell'ordinamento, che non può essere concepita che su un piano dinamico.

Che le cose stiano proprio così è dimostrato da uno dei più dichiarati normativisti nel suo libro puntualmente intitolato *Teoria della norma giuridica*, vogliamo dire il Bobbio, là dove

riconduce alla norma e alla concezione normativa tutte le altre, e in particolare le teorie del diritto come istituzione, o del diritto come rapporto intersoggettivo. Ed è dimostrato dal fatto che la norma (giuridica) è stata sempre posta nei secoli, ma tanto più ora, sul tavolo anatomico del giurista o del filosofo, e analizzata nelle sue reali o ipotizzate componenti, dando luogo alle famose distinzioni tra precetto e sanzione, tra norma secondaria e norma primaria, ben s'intende secondaria quella che è primaria per gli altri e viceversa, e alle relative costruzioni sulla natura della norma giuridica in contrapposto alla norma morale, per non parlare dei grandi e vacui problemi sulla forza, sui destinatari delle norme giuridiche e via dicendo.

Debbo perciò dire che con vivo compiacimento ho letto in un libro abbastanza recente, che pur non arriva, a mio avviso, alla radice del problema (né poteva arrivarci, per il suo stesso titolo: *Norme primarie e norme secondarie*, del Gavazzi, Torino, 1967) parole come queste: « Una buona soluzione è quella di liberarsi dall'abitudine di parlare e sopra tutto di pensare " la " norma giuridica come fosse un fatto descrivibile, quasi si trattasse di una *res* alla quale il concetto deve adeguarsi pena la falsità ed erroneità del concetto medesimo. Nel mondo non c'è niente che corrisponda alla norma: non c'è un concetto di norma più vero di un altro: o per essere più precisi non c'è un concetto di norma che possa dirsi *vero* ». Sante parole. Ma a me viene il dubbio che la critica debba essere spinta assai più a fondo, e cioè appuntarsi direttamente e immediatamente sul concetto di norma.

Sarà quel che cercherò di fare nelle seguenti note.

* * *

È appena il caso di dire che, per accostarsi all'argomento, io ho voluto leggere o rileggere libri illustri ed oscuri, vecchi e nuovi di quella che si chiama scolasticamente filosofia del diritto. Il frutto che ne ho tratto è che come prima cosa bisogna

mettere a posto il linguaggio. Se si riesce a questo si è fatta per lo meno metà della strada.

Apro Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*. Pag. 3: un ordinamento sociale che cerca di ottenere il comportamento desiderato mediante sanzioni è un ordinamento coercitivo... Pag. 21: il diritto vieta l'uso della forza; il diritto pone certe condizioni all'uso della forza; permette una condotta che in tutt'altre circostanze è da considerarsi vietata... Pag. 25 e sgg. in replica a Ehrlich: il diritto è un ordinamento che assegna a ogni membro della comunità i suoi doveri e quindi la sua posizione nella comunità per mezzo di una tecnica specifica, e cioè disponendo una sanzione contro chi non adempie... Pag. 28: una regola è una regola giuridica perché dispone una sanzione... Pag. 50: le sanzioni sono disposte dall'ordinamento giuridico per ottenere un dato comportamento umano... Pag. 53: l'illecito non è violazione del diritto o negazione del diritto: è una condizione determinata dal diritto... Pag. 61: il carattere del diritto quale ordinamento coercitivo che stabilisce delle sanzioni; il diritto è la norma primaria che stabilisce la sanzione... Pag. 80: quando il legislatore obbliga un individuo a comportarsi in una data maniera verso un altro individuo: il legislatore dà al creditore un diritto alla restituzione del suo danaro..., assume che gli uomini in date condizioni abbiano dati interessi e intende proteggere alcuni di questi... Pag. 136: ogni atto creativo di diritto deve venir determinato dall'ordinamento giuridico...

Potrei continuare all'infinito, ma per il creatore della teoria pura del diritto, che, come prima cosa, dovrebbe purificare il suo linguaggio, mi pare che basti. E del resto Kelsen potrebbe invocare a sua difesa gli infiniti Turpini della scienza giuridica, da Jhering (« non vedo come il diritto avrebbe potuto fondare il suo regno », etc.; « tutte le norme giuridiche sono rivolte in primo luogo all'autorità » etc.) a Thon (« per mezzo del diritto l'ordinamento giuridico tende » etc.), a Ross (« l'effettivo contenuto di una norma di condotta consiste in una direttiva

per il giudice » etc.), a Olivecrona (« il diritto è garantito dalla forza »), allo Hart (« il potere conferito agli individui di foggiare i loro rapporti giuridici mediante contratti è uno dei più grandi contributi del diritto alla vita sociale... Vi sono classi di norme che impongono ordini sostenuti da minacce; altre che esercitano una funzione tutta diversa » etc.), a Perassi (« il potere giuridico significa la volontà che dal diritto è additata a produrre » etc.), a tutti noi, infine, e a tutto il nostro linguaggio che è sempre uguale e sempre intinto della stessa pece.

Poiché non può evidentemente sfuggire a nessuno che nelle frasi su riferite, a mero titolo di campione, si osserva il singolarissimo fenomeno di una « animazione » del diritto, della regola, della norma, per cui essi diventano autentiche persone che si agitano, fanno, dispongono, comandano non si sa bene a chi (i famosi destinatari!), comunque tirano i fili, come fantomatici burattinai, ai quali sono appesi i sudditi, o gli organi, o gli uni e gli altri a piacimento. E concedo subito che questo fenomeno è dentro certi limiti un inevitabile prodotto della nostra struttura mentale, che ricorre all'immagine per salvarsi dallo sforzo, e diciamo pure dal tedio del pensiero: onde chi è senza peccato, cioè chi non ha mai nella sua vita personificato o indicato con l'O maiuscola l'ordinamento, scagli la prima pietra. Ma quel che occorre è che chi scrive, e soprattutto chi scrive diritto, sia avvertito di questo: altrimenti si illude di far della scienza, e pone i problemi invece di risolverli, o peggio ancora crea a sé e agli altri inutili e falsi problemi.

Cerco una prova di questo, e la trovo nel citato libro di Bobbio, la cui lettura del resto mi è stata utilissima. « Un rapporto è giuridico, egli esordisce, perché è regolato da una norma giuridica... Rapporto giuridico è quello che, qualunque sia il contenuto, è preso in considerazione da una norma giuridica, è sussunto in un ordinamento giuridico, è qualificato da una o più norme appartenenti a un ordinamento giuridico... Nessun rapporto è *naturaliter* giuridico: sino a che non è preso in considerazione dal diritto è un rapporto di fatto ». Ecco dove con-

duce l'immaginazione: a non accorgersi dell'incredibile giro vizioso che è in queste formule, le quali solo possono acquistare un significato se si fa del diritto un « signor diritto », un essere estraneo ed esterno che componga l'umanità come un meccano. A questo punto l'equivoco cessa di essere una deviazione del linguaggio, per diventare un vizio di metodo che impedisce la visione del diritto, e compromette la legittimità della indagine scientifica. Il signor diritto è infatti un signore che vuol essere tale sino in fondo, cioè sino alle più lontane, e più assurde implicazioni. Il diritto, concludiamo con una immagine, può essere concepito come un signore, ma con la S maiuscola, cioè come Dio. Il signor diritto è soltanto un *deux ex machina.*

* * *

Liberati dall'incantesimo del linguaggio, quel fenomeno che chiamiamo diritto, e che poi non è affatto un fenomeno, se non nel senso che la vita stessa è un fenomeno, ci si presenta all'osservazione nei suoi termini reali. Che cosa è il diritto? Non si tratta di definire, perché l'infinito non ammette definizioni. Si tratta di cogliere certi dati, forse un dato solo, che la realtà ci offre, e niente altro. Coglierlo vuol dire infatti comprenderlo.

Per aprirci la strada, conviene seguire le orme dei grandi che ci hanno preceduto. E, non perché sia il più grande, ma perché è il padrone di più larga fama, e il responsabile della fama di tanti altri, riapriamo anzitutto Kelsen. « Il diritto è un ordinamento del comportamento umano ». Questa è la frase solenne con la quale si apre la *Teoria generale del diritto e dello stato*, e sulla quale si erge il non meno solenne edificio della teoria pura del diritto, costruito di qua e di là dall'Oceano dal Kelsen. Credo che su ciò si sia tutti d'accordo, perché la formula esprime programmaticamente la concezione normativa che ispira tutta l'opera: ma allora bisogna subito riconoscere che l'edificio poggia sopra un errore. Dire che il diritto è un ordinamento del comportamento umano non è altro che servirsi di

una immagine, dar luogo a una retorica animazione pericolosissima perché introduce una arbitraria e logicamente ineccepibile opposizione tra ordinamento e comportamento (infatti il titolo del capitolo è: « il comportamento umano come oggetto di regole »). Il diritto sta in ciò: che il comportamento umano è regolato. Questo è il dato dal quale ogni scienza giuridica che assuma di essere pura (e non so che cosa possa essere se non pura la scienza giuridica ed ogni scienza) deve partire: ed è un dato sperimentale, di quella sperimentalità propria delle scienze morali, che si identifica con l'assoluto, perché il dato non è altro che la vita stessa, considerata in quella proiezione che chiamiamo giuridica.

Adamo ed Eva si comportano in un certo modo che a distanza di qualche miliardo d'anni si potrebbe qualificare come coniugale. A parte il serpente, che pure ha un'importanza giuridica immensa, sembrano soli. Eppure non lo sono. Si è stabilito fra loro un rapporto, cioè si è determinata una realtà, che noi oggi stemperiamo e immeschiniamo in una infinità di concetti (diritto, dovere, obbligo, potere e via all'infinito), ma che in questo momento ci interessa soltanto come realtà. Mi viene in mente una stupenda frase di Pietro Colletta (che è un vero peccato che Kelsen non abbia letto prima di scrivere i suoi libri): « Il matrimonio era nel codice Napoleone un vincolo naturale, insito all'umana specie, non fortuito, non fugace, ma pensato dai coniugi e durevole » (*Storia del reame di Napoli*, Milano, Tipografia patriotica Borroni e Scotto, 1848, pag. 381).

La realtà del matrimonio — e questo vale per qualunque altro rapporto — è il diritto. Come già da molti anni avevo intuito (v. *Il diritto, questo sconosciuto*, nei *Soliloqui*, pag. 62) il diritto non è altro che l'essere del rapporto umano, il rapporto in quanto è. È un essere assoluto, necessitato, in quanto la vita nasce ordinata: un essere che non può neppure per un istante ammettere il non essere, tanto che gli uomini l'hanno potuto pensare solo miticamente, nella grande lacuna anteriore

alla creazione, nella *terra inanis et vacua* della Bibbia, in una parola nel caos.

Chiedersi la ragione di questo essere (portare a questo limite la domanda, pienamente legittima, che cosa è il diritto) è proporsi la più oziosa e, se mi è concesso, la più stupida delle questioni, perché tanto varrebbe chiedersi la ragione della vita. Se c'è un mondo nel quale bisogna stare contenti al quia, questo è il mondo del diritto, il mondo in quanto diritto. Piuttosto si deve dire, perché è della massima importanza, che incidendo l'essere in un rapporto, anzi identificandosi nel rapporto, di cui costituisce la realtà, si svolge naturalmente in dover essere, nel senso, ed è il solo possibile, che l'essere deve *ex necessitate* concretarsi nell'azione umana. Di qui l'idea della norma, della regola alla quale gli uomini, i soggetti del rapporto sono tenuti a conformarsi.

Quest'idea non è assolutamente illegittima, ma a una sola condizione: che si riconosca che è una idea, un modo di concepire e « costruire » la realtà, con la quale pertanto si identifica. Cessa di essere legittima, e diventa un errore, se, come appunto fa il Kelsen, e come fan tutti, si stacca la regola dalla realtà, la si rende esterna al rapporto, la si pone come una frusta nelle mani di un legislatore, mitico, ma non abbastanza da non essere incarnato in qualcuno che non è o non sono i soggetti del rapporto, il signor Stato ad esempio, rispetto al quale il soggetto diventa immediatamente oggetto della regola o della frusta, o dell'una e dell'altra insieme.

La radice dell'errore, e di tutti gli errori che infirmano buona parte della teorica del diritto, sta proprio qui. E che sia un errore si può dimostrare in molteplici modi. Il più generale di questi è la storia del diritto, del diritto studiato cioè come storia: non vi può essere dubbio infatti che nella storia il diritto ci appare come un essere, l'essere di un popolo in un determinato momento, non avendo più senso nel passato il dover essere: mai come nella storia la norma ci appare come un mero concetto, e una pura o impura immagine lo studio della storia

come uno studio di norme. Ma più particolarmente e direttamente la dimostrazione si trae dalla logica della stessa avversata costruzione, e in primo luogo dalla necessità in cui i normativisti, e il normativista per eccellenza Kelsen, si trovano di ricercare una norma fondamentale, che sorregga tutto il loro castello. È semplicemente incredibile che non si sia abbastanza rilevata la contraddizione da cui è viziato il sistema normativo, sia esso staticamente o dinamicamente concepito, per effetto di questa famosa, troppo famosa *Grundnorm*. Come si sa, nel sistema statico la norma fondamentale sarebbe quella che giustifica o legittima tutte le norme con riferimento al loro contenuto, e viene indicata, sia pure con un certo margine di ipotesi (ma è difficile che a questo livello si possa parlare di ipotesi), come il vivere in armonia con l'universo (pag. 113 dell'ed. italiana, 112 dell'ed. originale); nel sistema dinamico, la norma fondamentale, che giustifica tutte le altre con riferimento alla loro validità, sarebbe una norma « presupposta valida », frutto non di intelletto ma di volontà, e più precisamente di autorità, di una autorità indiscussa ma soprattutto indiscutibile, quale potrebbe essere Dio.

È a tutti nota la ragione per la quale il Kelsen architetti questa costruzione, perché costituisce il leit-motiv della sua opera: l'aspirazione a dare una definizione scientifica del diritto, bandendo da essa ogni giudizio di valore morale o politico. Il concetto del diritto, egli proclama a ogni passo, non ha alcun significato morale. Il diritto non è né giusto né ingiusto. La giustizia è un giudizio soggettivo di valore, implica un fine ultimo che è irrazionale, variabile, storicamente condizionato, quindi fuori del diritto. La sola giustizia pensabile per il diritto è la sua legalità, cioè il mantenimento dell' ordinamento giuridico mediante la sua coscienziosa applicazione, il solo giudizio è quello oggettivo di valore etc. etc. In definitiva il diritto designa una tecnica specifica di organizzazione sociale. Lasciando da parte quest'ultimo punto, sul quale torneremo, tutte queste scoperte che hanno commosso il mondo, e hanno fatto conseguire al Kel-

sen non indifferenti vantaggi pratici, appaiono come autentici truismi, e ricordano quel predicatore di Voltaire che divideva con somma eloquenza cose che nessuno aveva mai pensato di unire, e univa cose che mai nessuno aveva pensato di separare. Prima di Kelsen almeno Socrate aveva detto coi fatti che bisognava ubbidire alle leggi anche e sopra tutto quando sono ingiuste; e assai più profondamente di Kelsen lo ha detto Capograssi in una meravigliosa e ignorata noticina sugli obiettori di coscienza (*Opere*, IV, pag. 199). Comunque sia, per quel che qui interessa, mi pare chiaro che il famoso « presupposto » della norma fondamentale (« valida perché presupposta valida, perché senza tale presupposto nessun atto giuridico potrebbe essere interpretato come un atto giuridico » etc. etc.) non è altro che il portato di un pensiero riflesso, nasce dalla organizzazione che si è costruita Kelsen. Per ogni persona che ragioni umanamente e non per schemi, il « presupposto » cioè la norma fondamentale non sta al di là della cima della scala del diritto, come un gradino supplementare campato in aria, esso è semplicemente il diritto, e sta all'origine della scala, perché, come abbiamo detto, è l'essere del rapporto umano, il rapporto umano in quanto è. Ritenere il contrario è comunque invischiarsi in una insanabile contraddizione, perché non si può logicamente costruire una scienza sulla base di un presupposto che sta fuori della scienza.

Ma non basta. La contraddizione è ancora più intima, l'errore più viscerale. L'idea del dover essere infatti, e quindi di norma, se non si vuole ridurla a una espressione verbale, presuppone necessariamente l'essere. Una cosa deve essere perché è: questa è la formula del diritto. Si tratterà di vedere che cosa questo essere significhi, e lo vedremo tra breve, quando lo immergeremo nella storia; ma intanto si deve preliminarmente affermare che nel mondo dello spirito, nulla può essere che già non sia. Quando il legislatore ha posto una legge solo in termini formali ha posto un dover essere: in realtà ha stabilito un essere, di cui il dover essere non è che il pratico riflesso.

Che questo sia vero, e sia quindi illusoria la riduzione del diritto a dover essere, lo prova anche un altro fatto: ed è che il dover essere non è che un comando, e in comando si risolve infatti la norma. Ma lo stesso Kelsen (in critica ad Austin) ha cura di rilevare che la norma è un comando depsicologizzato (*non sub homine, sed sub lege*), che altra volontà non esiste se non quella della norma. Ma se così è, non ne trae le dovute conseguenze, e cioè non ne desume la vanità della sua costruzione. Perché comando depsicologizzato, volontà della norma etc., altro non vogliono dire che affermazione dell'essere, se si vuole volontà dell'essere, e l'essere non ha bisogno di norme fondamentali, non ha bisogno di giustificazione.

* * *

Probabilmente, anche sotto questo profilo, farebbe bene al Kelsen la lettura di un giurista nostrano come Redenti, di quella sua tarda (1959) parola « *Variazioni sul tema del verbo comandare* », che peraltro farebbero prima bene a meditare i nostri colti processualisti. Ma, come è a tutti noto, la critica al normativismo come pure all'imperativismo è stata fatta da una infinità di autori e di scuole e di scuolette, specialmente nel mondo anglosassone, oggi di moda presso i nostri scrittori, e poiché basta aprire un libro dei medesimi per prenderne conoscenza mi sembra inutile ai fini che qui mi sono proposto ripercorrerne le vie. La mia impressione è che qual più qual meno tutte queste costruzioni, del resto interessantissime, sono viziate dal fatto che considerano il diritto come un fenomeno esteriore o esterno, lo prendono per così dire allo stato adulto (ben s'intende, questa è una mera immagine), anziché coglierlo nel suo nascimento (e anche questa è un'immagine). Basta prendere una per una le teorie sociologiche del diritto, quelle del realismo americano o scandinavo, o qualunque altra teoria più o meno innominata per convincersene. E da questo difetto a tutti comune sono nati gli infiniti falsi problemi che aduggiano la no-

stra mente fin dai banchi della scuola, primo fra tutti quello della forza, se il diritto si identifichi con la forza, o quale sia il rapporto tra forza e diritto. È veramente incredibile che si sia potuto immaginare un dualismo di questo genere, se non si pensasse alla solita « animazione » che abbiamo denunciato in principio. Il diritto è la forza: ma questa forza non è qualcosa di esterno, quale ci può apparire nel carabiniere o nel giudice, se ci limitiamo a osservarli superficialmente, è lo stesso essere del rapporto umano, che non potendo non essere si manifesta come *vis*. Si potrà obbiettare che la forza presuppone necessariamente un esterno apparato, e quindi diventa esterna anch'essa (e il diritto è in quanto vi è l'apparato); ma sarebbe obbiezione fallace, prima di tutto perché ciò che conta è il fatto che si riconosce *ab origine* l'essere (e in questo vi è più di una intuizione, sia pure distorta, in certi sociologi del diritto, per es. l'Ehrlich), e ad esso ci si adegua; in secondo luogo perché gli uomini, nella loro primitività, non hanno bisogno di un terzo che impersoni la forza, ma provvedono essi stessi a obbiettivarla, se così si può dire, ed è ad es. pensabile che l'origine del pegno stia proprio qui.

Apro una parentesi per far notare a titolo di curiosità l'aberrazione a cui arriva la falsa logica di Kelsen. Trattando della consuetudine, egli dice che gli individui che con la loro condotta dànno vita alla consuetudine creativa di diritto non considerano i loro atti come determinati da una regola giuridica, perché allora agirebbero per errore, ma da una regola qualsiasi (pag. 119). È ovviamente costretto a pensare così, ma questo dimostra la sua totale estraneità alla pratica della vita, e non a questa soltanto. Chiusa la parentesi.

Ma non si tratta solo del diritto e della forza. I falsi problemi sono come le ciliege: l'uno tira l'altro. E così si è posto e si pone il problema della distinzione tra precetto e sanzione, tra norma primaria e norma secondaria (falsità già denunciata dai vari modi di intendere la prima e la seconda), dei destinatari delle norme giuridiche, che ogni tanto si cerca di rinverdire, no-

nostante gli « imperativi indipendenti o impersonali », della norma come criterio di valutazione, in contrapposto alla norma-comando, e poi, ma non infine, del diritto come previsione di ciò che faranno i giudici, con un assurdo distacco dei giudici dal diritto, e viceversa.

* * *

Io credo che quanto si è detto sia sufficiente a mettere in luce l'equivoco che si cela nell'idea o meglio nell'oggettivazione dell'idea di norma. Si potrebbero leggere tutti i volumi che si sono scritti intorno al concetto di diritto, e poi scriverne uno da aggiungere ad essi, ma il risultato non potrebbe mutare. Quel che chiamiamo diritto (e se vogliamo norma, nel senso che abbiamo precisato, cioè come derivazione) è l'essere del rapporto umano, col che resta esclusa, o meglio ridotta ai suoi modesti termini, la concezione formalistica del diritto. È appena il caso di precisare che dicendo « essere » non si fa riferimento alcuno al c. d. contenuto del diritto, come se esistesse o si pretendesse che esista un diritto *A* e un diritto *B*: questa impostazione è uno dei tanti falsi problemi che si trascina appresso il normativismo. Il contenuto (e la forma insieme) del rapporto giuridico è l'essere, *tout court*. Questa posizione non può essere chiarita in miglior modo che leggendo quel che, con perfetta logica, assume Bobbio nel citato libro sulla *Teoria della norma* (pag. 32): « Non esiste un rapporto che sia di per se stesso, cioè *ratione materiae*, giuridico: ci sono rapporti economici, sociali, morali, culturali, religiosi, vi sono rapporti di amicizia, di indifferenza, di inimicizia, vi sono rapporti di coordinazione, di subordinazione, di integrazione. Ma nessuno di questi rapporti è *naturaliter* giuridico. Rapporto giuridico è quello che, qualunque sia il suo contenuto è preso in considerazione da una norma giuridica ». A parte quest'ultimo giro vizioso, già denunciato in queste pagine, è veramente sorprendente che si possano dire le cose riferite dopo l'impostazione e la soluzione del problema data da Capograssi, dopo l'individuazione che egli ha fatto della

« legge costitutiva, che costituisce uno dei principi costruttivi del mondo umano, che dà vita all'esperienza giuridica nella sua peculiarità » (vedi in proposito il mio discorso *Il giurista Capograssi*, in *Soliloqui e colloqui*, pag. 433).

Il solo, il vero problema che sorge dalla identificazione del diritto con l'essere del rapporto umano è quello della socialità, il fatto cioè che questo essere è, come suol dirsi con una brutta parola, calato nella *societas*. Adamo ed Eva sono una realtà solo nel mito delle origini: in effetti essi si sono moltiplicati, come era nei piani prestabiliti, e oggi il diritto deve essere osservato nella società alla quale hanno dato luogo. Ora, la prima cosa che si deve affermare è che la proiezione nella società non influisce minimamente sull'essere che abbiamo colto all'origine. Non influisce né può influire perché l'essere non conosce né modificazioni né evoluzioni. *Ego sum qui sum. Sicut erat in principio*. Onde legittimamente possiamo dire che l' osservazione dell'ipotizzato rapporto umano *in vitro* ha risolto il problema del diritto anche nella realtà della vita associata, e il compito è solo quello di allargare il campo dell'osservazione, di individuare l'essere del rapporto umano nella società, o più semplicemente nella società.

Una differenza colpisce subito, ed è fondamentale. Se infatti nell'isolamento *in vitro* il particolare e l'universale si presentano indifferenziati e indifferenziabili (il particolare è l'universale, e l'universale è il particolare), nella vita associata, cioè nella realtà, il particolare e l'universale sembrano scindersi, e addirittura opporsi l'uno all'altro. Sembra cioè che il particolare (il singolo rapporto) non abbia un suo essere, se non di riflesso dall'universale, che è il depositario dell'essere, e come tale condiziona il particolare. È per questa via, e in questo preciso punto, che sorge l'idea della norma, l'idea di qualcosa di esterno al particolare (al rapporto concreto e al soggetto), che si imponga ad esso come un comando, qualcosa che fatalmente si soggettivizza in qualcuno, il legislatore, lo Stato, Dio. Ma, dopo il cammino che abbiamo percorso, noi non abbiamo più ragione di co-

struirci questi idoli, oggettivi e soggettivi. Noi sappiamo che in sostanza quel che chiamiamo *societas* è l'uomo stesso nella sua vivente realtà, e quindi è il suo essere, l'universale nel quale egli soltanto esiste. Ma esiste veramente, bisogna dire e ripetere fino allo spasimo, perché vuole esistere, perché quell'universale è il frutto della sua volontà, non un esteriore e quindi cieco comando.

* * *

Sennonché, l'essere del rapporto umano non è un'astrazione: è quanto di più concreto si possa immaginare, anzi è il concreto stesso, il solo concreto pensabile. Questo significa che l'essere ha bisogno di riconoscimento o se si vuole di determinazione (i due termini non sono molto differenti l'uno dall'altro). Nel rapporto isolato, *in vitro*, il problema non si pone neppure. Si pone, o sembra porsi, ma in fondo è un'apparenza, nella società. È a questo punto che la società si presenta come organizzazione, cioè nasce lo Stato (v. Quaderno n. 1, *La giurisdizione volontaria nell'unità dell'ordinamento*, pag. 3 e sgg.).

Bisogna subito dire che lo Stato nasce come giurisdizione. Ciò è vero storicamente, a quel che si dice, ma è vero, ed è quel che importa, logicamente. In fondo quelle teorie anglosassoni, di cui i nostri libri rigurgitano, che considerano il diritto come la profezia di ciò che faranno i tribunali, o che sostengono che se si vuole conoscere il diritto bisogna prestare attenzione all'uomo cattivo (Holmes) o al perplesso (Hart), contengono nella loro ingenuità, e a parte l'errore delle illazioni, una profonda intuizione: vogliono cioè riconoscere, o riconoscono anche se non vogliono, che non vi è opposizione tra particolare e universale, che il giudice afferma l'universale in quanto l'uomo (cattivo) non ha voluto, l'uomo (perplesso) non ha saputo affermarlo: ma la fonte è sempre una e una sola. Il giudice *jus dicit*, cioè afferma l'essere, il concreto, nei due momenti inscindibili, se pure di due momenti si può parlare, del fatto e del diritto. Il diritto è veramente ciò che il giudice dice essere diritto. Que-

sta potente frase, che si trova, ed è tutto dire, anche in Chiovenda, esprime non lo sciocco scetticismo sui giudizi umani, ma l'esigenza che l'universale deve essere riconosciuto e affermato (da chi solo può farlo, in seno alla organizzazione sociale. Si sa del resto che la frase non è in tutto esatta, perché bisogna tener conto del processo, e quindi delle parti, nella più alta esperienza giuridica che sia dato vivere all'uomo). E se così è appare subito tutta l'assurdità che c'è nella concezione esterna della norma, o nella norma tout-court, con la banalità del suo dover essere. Chi ha parlato di dover essere, mi permetto di dire, non ha mai varcato la soglia di un tribunale, a meno che per dover essere non si intenda l'esigenza che l'essere sia affermato, al medesimo intrinseca, perché allora è questione di parole: ma non è quel che si vuol dire quando si parla di dover essere.

Da questa individuazione del momento della giurisdizione si capisce come si sia detto che la pronuncia del giudice abbia carattere creativo. Sarebbe veramente inconcepibile il contrario, ma l'obbiettività, e addirittura la serenità, della speculazione è stata alterata dal fatto che si è intesa la creatività della giurisprudenza come una usurpazione della (esclusiva) creatività della legge, e quindi come una concessione al c. d. diritto libero. Questo è uno dei tanti perniciosi effetti della concezione esterna della norma, del normativismo quale sopra lo abbiamo descritto. Vero è che lo stesso Kelsen nella sua famosa Nomodinamica considera l'atto giudiziale come grado del processo di creazione del diritto, e riconosce apertamente che la funzione giurisdizionale non ha affatto carattere dichiarativo, ma costitutivo, perché le leggi formali sono prodotti semilavorati che vengono finiti attraverso la decisione giurisdizionale e la sua esecuzione. Ma di questa dinamica c'è poco da fidarsi, perché in realtà si risolve in una successione di norme o comandi esterni, come dimostra la « corretta » formulazione della regola di diritto che Kelsen propone: se un organo ha accertato nella dovuta forma che un soggetto ha commesso un illecito, allora un organo deve applicare la sanzione. La creatività « essenziale »

della giurisdizione è ben altra cosa che questo gioco di concetti e concettini come precetto, sanzione, organo.

La creatività è proprio l'affermazione dell'essere di fronte alla sua negazione (il giudizio): affermazione che è sempre autentica creazione, indipendentemente dai suoi rapporti con la legge di cui fra poco diremo. E poiché il discorso ci ha portato ad accennare al precetto, alla sanzione, all'organo, non sarà inutile spendere due parole per ribadire la inanità di questi concetti quando vengono assunti come rappresentativi della realtà e sostitutivi di essa. Precetto e sanzione non sono due cose, ma una sola, se vogliamo conservare questi nomi come simboli. La sanzione non è una norma né primaria né secondaria, allo stesso modo del precetto: essa è l'affermazione dell'essere nella sua concretezza, il solo modo in cui l'essere può essere pensato. Il « chi uccide » senza l'« è punito » è men che nulla (ed è appena il caso di dire che non si tratta dell'espressione formale, che può anche teoricamente mancare, come nel decalogo), e men che nulla è l'« è punito » senza il « chi uccide » (e infatti Kelsen è costretto dalla sua logica a immaginare l'illecito come una condizione della sanzione: 53 e sgg.). Lo stesso discorso si deve fare per l'organo. Anche questa parola può essere legittimamente usata per concettualizzare, secondo certi criteri, il fenomeno giuridico: ma bisogna avere ben chiaro nella mente che nella realtà il signor organo non esiste, esistono persone che « devono » fare qualche cosa. Questo dovere è quello che bisogna analizzare, perché esso non ha nulla di personale o personalizzato, nulla che si possa condurre a una norma nel senso Kelseniano o anche semplicemente comune e tradizionale. La riconosciuta indipendenza del comando dal lato attivo porta ineluttabilmente con sé l'indipendenza del comando dal lato passivo. Una persona è organo in quanto fa qualche cosa, non fa qualche cosa in quanto è organo: onde perde senso la citata definizione del diritto che propone Kelsen. La verità è che tutti i personaggi che operano nel diritto (nella vita in quanto diritto) non vogliono assolutamente nulla, o, ciò che è lo stesso, vogliono assolu-

tamente tutto: concretano l'essere, che non può non essere. La famosa formula del primo articolo del codice di procedura penale: « l'azione penale è pubblica », non vuol dire altro che questo: e questo vogliono dire gli infiniti deve, devono di cui sono costellate le leggi, assolutamente parlando il dovere. Per non avere inteso queste semplici cose Kelsen nella sua costruzione ha dovuto praticamente rinnegare se stesso ed introdurre nel sistema di norme quello strano, ma logico limite iniziale e finale di una norma che non è applicazione del diritto (la norma fondamentale) e di un'applicazione del diritto che non è norma, cioè l'applicazione di una sanzione. Dove si tocca con mano il carattere del tutto intellettualistico del sistema, e la risoluzione in una immagine (applicazione del diritto) del momento supremo del concretamento dell'essere.

* * *

Vero è che per il Kelsen e per i suoi seguaci il diritto non è che una « tecnica specifica di organizzazione sociale ». Ma lasciando da parte ormai queste vacuità, concentriamo l'attenzione sul passaggio dalla giurisdizione alla legislazione. Come abbiamo detto la giurisdizione segna, nell'organizzazione sociale, il momento della affermazione dell'essere. Teoricamente, potrebbe essere il solo esauriente momento: e del resto lo studio della formazione del diritto inglese ci offre un esempio storico di subordinazione della legge al giudizio, che chi si occupa di questi argomenti dovrebbe tenere sempre presente. Come dice con grande efficacia il Jackson, nel suo libro riassuntivo *The machinery of Justice in England*, V[a] ed., pag. 14: « I giudici ritenevano (fino al Reform Act del 1832) che il diritto costituito dai precedenti era il vero corpo del diritto, e che le leggi fossero una specie di escrescenza che, sebbene utile, sfigurava l'armoniosa forma del loro sistema », onde si ammetteva consuetudinariamente un potere del giudice di disapplicare la legge. Ma nell'organizzazione attuale della società, cioè nello Stato

quale oggi generalmente ci appare, il rapporto tra giurisdizione e legislazione sembra capovolto, e la prima ridotta a mera applicazione della seconda. L'idea della norma nasce proprio di qui, della norma esterna, avulsa dall'esperienza, del comando ai giudici o ai sudditi o a entrambi, come sopra abbiamo visto.

La verità è ben diversa, e per scoprirla basta forse cogliere il senso profondo della formula costituzionale: i giudici sono soggetti soltanto alla legge. La legge, che è qualche cosa di ben diverso dalle leggi. Nella visione unitaria dell'ordinamento, che è quella che sola si deve perseguire, la legislazione implica che la società determina e organizza il proprio essere non soltanto attraverso i giudici, ma anche attraverso altri soggetti (il principe, il parlamento etc.), che non sono, come induce a credere una falsa prospettiva, in posizione di principale a subordinato, ma sono in assoluta parità, svolgendo ciascuno il suo ruolo nella determinazione dell'essere. L'apparente supremazia della legge deriva da ciò, che la legge, per la sua generalità, si pone come un dato rispetto al giudizio: ma è un'apparenza, perché con quest'ultima frase si vuole soltanto constatare un fatto: e cioè che il giudice non può fare affermazioni generali, in quanto afferma l'essere nel particolare; quindi si fa luogo a un vero e proprio giro vizioso nel creare un'assurda gerarchia. Così, per fare un esempio grossolano, il giudice non può, in un giudizio di revindica, negare la proprietà privata, perché non può negarla, non essendo il suo officio, in termini generali, cioè nei confronti di tutti. Deve invece affermarla in quanto in termini generali è stata riconosciuta da chi solo poteva farlo. Ciò non significa che il giudizio, nella sua particolarità, non implichi una vera e propria generalità: solo che questa è indiretta, opera attraverso il precedente, dando vita al c. d. diritto giudiziario, che poi trova spesso il suo naturale sbocco in una legge formale.

Si tratta insomma di un vero e proprio « gioco delle parti » che nell'unità dell'azione si svolge in ordine all'affermazione e al riconoscimento dell'essere. Torneremo fra poco sull'analisi del ruolo della giurisdizione in questa azione. Ora ci sembra

di poter concludere sul punto che più ci preme, e per cui queste pagine sono state scritte: non vi è posto nel grande dramma della creazione del diritto per la norma. Essa è una parola il cui uso può essere mantenuto se non pretende di esprimere qualcosa di esterno al diritto, tra l'altro creando un assurdo doppione; solo cioè se è un'immagine che nasce dal dover essere che è intrinseco all'essere, come sopra abbiamo spiegato. Se invece dovesse continuare ad adoperarsi per indicare una realtà oggettivamente e soggettivamente prestabilita (se dovesse essere altra cosa che un concetto), e si dovesse attribuire una effettività a formule come attuazione della norma, esecuzione della norma e via dicendo, noi siamo d'avviso che sarebbe assolutamente necessario bandirla da un linguaggio rigorosamente giuridico.

* * *

Giunti a questa conclusione, si aprono due grandi capitoli, che dovrebbero essere autonomamente trattati, e con maggior competenza di quanto io non possa purtroppo disporre. Ma qualcosa bisogna pur fare, perché gli interrogativi sorgono da quel che s'è detto, e non possono restare senza almeno un abbozzo di risposta.

Il primo problema è quello che potremmo chiamare della fonte del diritto. Riconosciuto cioè il diritto come l'essere del rapporto umano, analizzata la determinazione di questo essere attraverso la giurisprudenza e la legislazione, si domanda in base a che cosa si può riconoscere l'« autorità » che legittima quella determinazione. È in sostanza la questione della « validità della norma » a cui Kelsen riconduce tutto il diritto; è comunque la questione del potere e della legittimità del potere, che continuamente ricorre.

Bisogna prima di tutto delimitare bene il campo dell'indagine, per evitare facili confusioni. Di potere infatti si parla nella scienza giuridica a ogni pié sospinto, e particolarmente con riferimento alle singole situazioni attive nelle quali l'essere si

concreta. L'esempio più chiaro è quello del potere del genitore (*patria potestas*: la potestà non è che il potere staticamente considerato); ma vi è il potere del proprietario, del creditore, o gli svariati poteri di cui questi soggetti dispongono, per non parlare del potere del giudice, e degli infiniti organi pubblici. Non crediamo di sbagliare dicendo che sotto questo profilo il potere è un concetto, e con esso non si fa che esprimere l'essere stesso del rapporto (la norma, se vogliamo usare, ora che ne comprendiamo il significato, questa parola). Quando si dice essere si dice anche potere, come si dice dovere, che è anch'esso niente altro che un concetto. Tutto quel che si può ammettere è che considerando l'essere nel suo dinamismo (poiché l'essere, come la vita medesima dalla quale non si distingue, è necessariamente dinamico: anzi dinamica e statica non sono che due modi di pensare, non due diverse realtà) si possa parlare di poteri, così come si parla di atti e via dicendo, senza però dar luogo ad assurde e pericolose ipostatizzazioni.

Non è di questo potere, cioè di questo concetto, che qui ci preoccupiamo. Il potere che rileva per il nostro argomento è quello che generalmente si chiama potere politico, manifestandosi con ciò apertamente, anche nel comune linguaggio, il suo carattere pregiuridico, l'origine del diritto, di ciò che noi chiamiamo essere del rapporto umano: in definitiva quella « norma fondamentale » che Kelsen andava disperatamente cercando. Poiché non c'è dubbio che l'esperienza ci mostra tutto un succedersi di eventi, e tra gli eventi, di instaurazioni di governi che ora appaiono legittimi, ora illegittimi, di usurpazioni e di restaurazioni, e più in generale di rivoluzioni, anzi ormai di uno stato permanente di rivoluzione. Si capisce come il giurista provi un certo smarrimento, come il suo « essere » così faticosamente conquistato gli appaia una vuota forma, a disposizione del primo ribaldo che si profila nella storia.

A me sembra che il problema, così come è posto, non esista, e le preoccupazioni siano infondate. Esse procedono da un'errata visione dell'essere in che il diritto consiste, e precisamente

da una « politicizzazione » dell'essere, da una sua identificazione con una determinata ideologia, e in genere quella che si suol chiamare liberale, e più in generale ancora giustizia, nel senso vago ed emotivo di diritto giusto. Questo è assurdo, perché sarebbe come dire che il diritto nega la storia. Il diritto è nella storia, il diritto è la storia: e per questo mentre da un lato è antistorico proporsi il problema delle sue origini, dall'altro esso assiste impassibile alle umane vicende, che tutte condiziona con la sua presenza.

Se dovessimo davvero prendere sul serio questo inesistente problema non potremmo, per risolverlo, che riprodurre le mirabili parole di Tucidide: « Dato quel che si può immaginare degli dei e quello che si sa con certezza degli uomini, noi crediamo che gli uni e gli altri obbediscano necessariamente ad una legge di natura che li spinge a dominare gli altri ogni volta che sono più forti. E questa legge non l'abbiamo fatta noi né noi siamo stati i primi ad applicarla. Altri ce l'hanno trasmessa, e noi obbediamo, e così faranno tutti coloro che verranno dopo di noi ».

Se si penetra il profondo senso di queste parole, si sfugge alla facile impressione che la forza che spinge al dominio sia l'episodica, l'egoistica e insignificante violenza. Se così fosse, essa si esaurirebbe rapidamente, con un appagamento storicamente e umanamente irrilevante. In realtà questa forza, che non abbiamo fatta noi, che ci è stata trasmessa e alla quale « obbediamo » (nulla è più stupendo di questa parola) è la stessa forza di cui si parla per individuare, magari credendo di degradarlo, il diritto, pone se stessa come diritto, è già, suo malgrado, si potrebbe dire, diritto. Il più atroce dei dittatori, quali abbiamo visto nel breve corso della nostra vita, non si potrà mai confondere col brigante della strada. Alla base della ferocia sta l'utopia, e questo spiega come i più folli regimi siano stati anche i più complicati generatori di costruzioni giuridiche. Si può del resto immaginare un demonio che crei intorno a sé la morte e il deserto, che faccia di se stesso la legge e il tribunale; egli

creerà il diritto senza saperlo, proprio perché sarà la legge e il tribunale, e non potrà mai eliminare da sé questi due eterni momenti, anche se dal di fuori possano apparire contrassegnati sinistramente dalla volontà che sta in luogo della ragione.

La controprova di questa verità si può ottenerla considerando nei suoi esordi l'unica vera rivoluzione « filosofica » del nostro tempo, quella che ha dato luogo al regime sovietico. È un dato positivo, ma sul quale non si è abbastanza riflettuto, che nello slancio verso l'avvenire, il primo e fondamentale ostacolo che si è profilato in sede teorica (ma la teoria ha una sua cupa applicazione pratica, o è senz'altro una maschera della pratica, nei periodi rivoluzionari) è stata la Legge. Non si tratta della solita bardatura propagandistica, per cui il diritto, la Legge vengono presentati come feticci borghesi, strumenti di oppressione capitalistica e via dicendo: queste cose si ritrovano abbondantemente in tutti gli scritti del tempo, ma non hanno rilevanza. Il punto centrale è che quei filosofi dichiaravano con piena consapevolezza che non intendevano (né si doveva) sostituire la legge borghese con una legge proletaria, era la Legge in assoluto che bisognava abolire, perché incompatibile con « la società socialista senza classi ». Si sa quale sorte abbiano avuto queste idee in generale, e quale tragica sorte sia stata riserbata nello sviluppo del processo storico in particolare ai sostenitori di esse, e in testa a tutti al Pasukanis: ma non è questo che importa. Il fatto è che Pasukanis e i suoi seguaci avevano perfettamente ragione: la Legge è il nemico, e non la legge esterna, ma la sola, vera legge che l'azione porta con sé, ed è proprio un ostacolo, l'unico ostacolo che l'azione (e il soggetto che la compie) trova nel suo cammino. Quegli estremisti furono in seguito sconfessati, e per bocca di Visinskij il regime esaltò la Legge come unico *fundamentum regni*, separata dalla economia e dalla politica: ma ciò non impedì che accanto al regno della legge si instaurasse il regno del terrore, e che cioè la pratica desse ragione ai vari Pasukanis.

Quello a cui costoro pensavano era in sostanza la sostitu-

zione della legge col piano, cioè in parole schiette una generale amministrativizzazione della società e della vita, in cui non essendovi luogo per il diritto non vi sarebbe neppure stato luogo per la giustizia, surrogata dalla convenienza sociale ed economica. « Le liti, si diceva, saranno risolte sul posto ». Come se il piano non fosse una legge, e la più ferrea di tutte le leggi. Piuttosto la domanda è se, nella concezione del diritto come essere, esistono dei confini tra ciò che è diritto e ciò che non è diritto, che non siano (come non possono essere) meramente formali, cioè di mera validità. La risposta, logicamente, non deve essere cercata in quello che si chiama giudizio di valore, o nella politica, e nell'ideologia. Il diritto non ha bisogno di tutto questo: ha il suo criterio in se stesso, cioè ha il suo valore in se stesso, ed è il più alto, forse il solo valore obbiettivamente pensabile. La sua non Kelseniana purezza sta in questo.

Vogliamo dire con ciò che nessun sistema politico può rivendicare come sua esclusiva il diritto, che esso non è privilegio di alcuna organizzazione della società, anzi non è affatto privilegio, ma condiziona qualunque organizzazione. Solo un sistema politico che neghi l'essere si pone fuori del diritto. Questo sistema in assoluto non può esistere, se si riconosce per vero quel che abbiamo detto: vi possono essere nel processo storico e vitale delle grandi eclissi, che si manifestano nella società e negli individui, ed è allora che si parla di crisi del diritto, se non addirittura di morte del diritto. Non sono, si badi, i momenti della rivoluzione o della usurpazione del potere, che hanno in fondo sempre qualcosa di positivo, fanno parte della perenne determinazione dell'essere (sono momenti politici, e la politica si può qualificare un fatto « pregiuridico » a tutti i livelli): sono piuttosto i momenti in cui la *societas* perde il senso di se stessa, in cui, come oggi si dice, non esiste più lo Stato, i momenti dell'abbandono e della rilassatezza, quando l'organizzazione si riduce a vuota forma, l'essere non è più affermato da chi ha il compito istituzionale di affermarlo, e tutto sembra procedere alla deriva. In questi momenti è la giurisprudenza che

mostra più chiaramente il suo ruolo nella determinazione dell'essere, onde siamo naturalmente giunti al secondo dei due grandi problemi cui abbiamo accennato.

* * *

Il problema dei rapporti tra legge e giurisprudenza ha dato luogo in tempi recenti al rinascere di una specie di giusnaturalismo, in relazione ai giudizi c. d. retroattivi, che si sono intentati contro coloro che hanno applicato le leggi naziste, ritenute moralmente inique, e come tali da chiunque riconoscibili e quindi non applicabili. Si tratta ovviamente di questione molto complessa, che non si può risolvere con leggerezza. Ma a me sembra in generale che essa non sia bene impostata. Quando si parla di retroattività in questa fattispecie si cade in un palese equivoco: il rifiuto in blocco di un intero ordinamento, quale quello creato dal tiranno, non implica un conflitto astratto tra legge morale e legge immorale, è un atto squisitamente politico, che potrebbe anche teoricamente non assumere la forma di legge (e del resto non l'assume quando si procede a diretti ammazzamenti nel momento della restaurazione). I giudici del tiranno, come il tiranno stesso, e i suoi infiniti adepti, non vengono giudicati in base a una legge nuova, ma in base alla legge che essi non hanno osservato, la legge che l'ordine del tiranno non ha avuto il potere di abrogare. Questa valutazione sul piano giuridico è avvalorata dal fatto che in generale i giudici che vengono riprovati sono giudici straordinari, o speciali, cioè quanto meno dubbi giudici (v. *Il mistero del processo*, in *Soliloqui e colloqui*, pag. 3 e sgg.). Non per questo il diritto del tiranno non è diritto: si potrà dire che non lo è solo entro un grande arco della storia, cioè quando il tiranno non ci sarà più, se sarà stato rovesciato (ma dalla storia non si potrà espellerlo).

Il vero problema, della legge e della giurisprudenza o più semplicemente del diritto, si pone in altro modo, meno clamoroso, ma molto più serio: esso cioè si riallaccia a quel che ab-

biamo detto in principio sulla determinazione dell'essere che la giurisprudenza fa nel concreto. Abbiamo descritto il fenomeno della inserzione del rapporto umano nella *societas*, l'avvento dell'essere come essere della *societas*. Ora, il problema nasce dall'organizzazione di questa *societas*, e non in astratto, ma in concreto, cioè dal modo di operare della organizzazione negli uomini che la compongono.

Se dovessimo formulare in rigidi termini questo problema, diremmo che si tratta del rapporto tra la *societas* e la sua organizzazione, se cioè l'essere affermato dall'organizzazione è veramente l'essere della *societas*. La questione esiste già per le leggi, ma è poco evidente, perché finisce col risolversi nella politica. Chiara invece è nella giurisdizione, che essendo per definizione estranea alla politica, avendo superato il momento politico, dovrebbe solo affermare l'essere cristallizzato nella legge. Non esiste utopia più grande di questa, e, come tante volte abbiamo dimostrato, errore più grande di questo. Ma, a parte questa speculazione astratta, nella quale la creatività della legge e la creatività della giurisprudenza trovano il giusto equilibrio, nella pratica avviene che la politica preme in tutti i modi sulla giurisprudenza, e penetra attraverso il caso concreto. La forma più aperta è quella in cui la pressione avviene dall'esterno, inducendo nella tentazione di introdurre vere e proprie modificazioni formali alla legge vigente, per favorire o anche solo legittimare tendenze più o meno eversive.

Questa sollecitazione politica, sebbene condivisa da molti giudici, come abbiamo potuto vedere nel primo *Quaderno* (pag. 66 e sgg.) non presenta pericoli almeno per ora, e si può trascurarla. Assai più importante è la forma occulta, interna, che si manifesta nel mancato esercizio dell'azione o nell'assoluzione, in casi di manifesta violazione della legge, come ad es. nei processi relativi a pubblicazioni oscene. I giornali sono pieni di queste penose sentenze. Né è escluso che, sotto altro profilo, lo stesso rilievo debba farsi per taluni atteggiamenti della Corte Costituzionale. Nell'opinione comune si parla in tutti questi casi

di una occulta e più o meno consapevole erosione delle istituzioni che si opera attraverso la giurisprudenza, magari sotto il manto dell'interpretazione evolutiva, e compresa fra le istituzioni la stessa magistratura, in preda a una voluttà di autodissoluzione.

Il problema giuridico che si pone di fronte a questa « degringolade » è difficilissimo anche da impostare, non che da risolvere. Si tratta di vedere anzitutto se il diritto, l'essere del rapporto umano, debba ricercarsi, e trovarsi, in questa giurisprudenza. E qui, storicamente, la risposta non può essere che positiva: sarebbe davvero un ingenuo lo storico futuro che credesse di trovare il diritto solo nelle nostre leggi. Ma noi che viviamo nel tempo, che nelle sentenze troviamo il *nostro* essere, che cosa dobbiamo pensare, che cosa dobbiamo dire? L'interrogativo è psicologicamente giustificato dal fatto che sulle sentenze, sul giudizio, incide il costume, e mai vorremmo ammettere che il nostro essere sia determinato dal costume. C'è anzi nel fondo del nostro animo una pretesa che le posizioni debbano essere invertite, e il giudice, portatore dell'essere, lo imponga, vittoriosamente, al costume. Disgraziatamente questo non è e non può avvenire. Il nostro essere è proprio quello che il giudice dice che sia, la sua corruzione è la nostra corruzione. Nessuna norma può essere fuori di noi. Se vogliamo mutarla, se vogliamo « essere » diversi da quel che si afferma nel giudizio, non ci resta che operare sul piano politico, perché quel giudice, come quel legislatore, siano rovesciati, come il tiranno. Perché il problema è perfettamente identico; e non è senza un profondo significato, sul piano della storia e del diritto, che dopo la restaurazione della libertà (la tirannia della libertà) si senta invocare, come oggi avviene, il ritorno della tirannia (la libertà della tirannia).

24 dicembre 1968.

[029]

CHIOSE

Nel libro *The concept of Law* (1961), tradotto anche in italiano dal Cattaneo (1965) « per consiglio di Noberto Bobbio » (così sta scritto), il prof. Hart esordisce osservando che nessuna questione è stata posta nei secoli con tanta insistenza come la questione « che cosa è il diritto ». La situazione, prosegue il prof. Hart, non ha eguali in nessun'altra materia studiata in modo sistematico come disciplina accademica a sé. Non esiste un'ampia letteratura dedicata alla risoluzione del problema « Che cosa è la chimica », oppure « Che cosa è la medicina ».

Peccato che il prof. Hart, come tutti gli altri suoi colleghi anglosassoni i cui nomi costituiscono l'ultima piattaforma di lancio verso la nostra declinante carriera universitaria, ignori completamente che esiste una letteratura italiana, o quanto meno che c'è in Italia qualche « ombra che pensa ». Se lo avesse saputo, o qualche impensabile meteco nostrano glielo avesse detto, avrebbe scoperto una pagina di Capograssi, nella quale si pone il suo problema, e lo si risolve in un modo che certamente avrebbe influito sul suo ragionamento. La pagina si trova nel volume *Il problema della scienza del diritto*, ed è riporodotta nel vol. II, pagg. 520-521 delle *Opere*:

« Il problema della conoscenza per la scienza del diritto non si pone nella posizione tradizionale come si pone per la scienza della natura e un poco per le scienze dello spirito come *adaequatio rei et intellectus*. Così sembra veramente nella trattazione scientifica, nella rappresentazione che lo scienziato si forma della sua stessa posizione di fronte all'oggetto: sembra che i concetti della scienza non facciano che rappresentare la realtà che è fuori di essa e che la realtà costituisca il riscontro e la misura di quei concetti: posizione di esteriorità per cui si tratta per così dire di aggiustare cosa a cosa, comparare concetto ad oggetto. Ma la posizione che si è delineata dalla scienza del diritto nella esperienza, la posizione di inerenza della scienza nell'esperienza dimostra che il problema della conoscenza per

essa non si può porre così. Poiché la scienza fa parte, e non parte esteriore ma parte integrale dell'esperienza, poiché la scienza è l'esperienza stessa in un suo momento, conoscere l'esperienza significa adeguare l'esperienza a sé stessa e perciò si tratta per la scienza non di mettersi di fronte all'esperienza staccandosi da essa, ma di rimanere nell'esperienza, di restare nell'atto vitale dell'esperienza, di restare nell'azione e portare l'esperienza, l'atto vitale dell'azione giuridica, il movimento stesso dal quale risulta il mondo dell'esperienza giuridica, alla determinazione degli elementi dei quali risulta, alla rivelazione per così dire della sua struttura, alla trasparenza di sé stessa. L'essenziale esigenza di questo pensiero è proprio il non staccarsi dall'esperienza, il non ridursi nella posizione o dell'osservazione esteriore o della creazione autonoma e meramente formalistica nelle quali la scienza del diritto cesserebbe di essere sé stessa ».

Questa è la ragione per la quale il giurista, ogni giurista degno di questo nome, si pone la domanda che meraviglia il prof. Hart, e se non se la pone esplicitamente opera nel presupposto di una sua implicita risoluzione. E questa è la giustificazione del mio scritto che trae per altro l'immediata occasione da qualche sommaria critica che è stata fatta alla mia impostazione dello studio del processo, dall'accusa che mi si rivolge di svalutare o annullare la norma, di ridurre tutto il diritto al processo.

Che questa critica sia immeritata, direi che non occorre dimostrare: e sarebbe un vero e immodesto ripetersi il ricordare che il mio è stato solo un ragionevole sforzo per richiamare la scienza all'unità dell'ordinamento, e distrarla così da quella falsa sistematica nella quale si era rinchiusa. Tuttavia ogni critica è utile, perché è uno stimolo allo studio, e lo studio puntualmente rivela dei grandi vuoti nel ragionamento, che si sente il bisogno irresistibile di colmare.

1. - Come spero di essere riuscito a esprimere chiaramente, la norma (e la teoria normativistica) contro la quale ho diretto le mie critiche è la norma esterna, cioè praticamente il comando. Il diritto non è norma e non è comando perché nella vita, la quale *sub specie juris* non può essere considerata che nella sua totalità, non ci possono essere né comandanti né comandati. Il comando, nell'aspetto attivo e passivo, non può essere che episodico, e come tale non può avere che un valore riflesso, essere il riflesso di qualche cosa che

appunto chiamiamo diritto. Del resto io non escludo che, quando lo stesso Kelsen risolve il problema in termini formali di validità della norma, non finisca col dire, sia pure inconsapevolmente, la stessa cosa: ma questo richiederebbe un lungo discorso. Piuttosto bisogna dire che la critica della norma come comando mi ha fatto lasciare in ombra l'altro profilo, sotto il quale la norma viene considerata, e cioè quello del giudizio. Questa qualificazione della norma come giudizio si ricollega a tutta la ben nota problematica dei giudizi di valore, nella quale non abbiamo alcuna ragione di prendere posizione. Un notevole riesame critico si ritrova in un bell'articolo del DI ROBILANT (*Osservazioni sulla concezione della norma giuridica come giudizio di valore*, in « Riv. trim. dir. proc. », 1957, pag. 1377 e sgg.) che giunge a risultati negativi, escludendo che l'eventuale giudizio di valore (cioè l'approvazione o disapprovazione di un comportamento) faccia parte della struttura della norma, in quanto questa si limita ad attribuire rilevanza giuridica a un comportamento o a un intervento: il giudizio di valore condiziona (pag. 1440) la norma, cioè appartiene al momento politico della sua funzione, così come la norma condiziona a sua volta il giudizio di valore, ponendosi come criterio di giudizio per l'interprete, e in particolare per il giudice. Vedi a questo proposito anche le importanti pagine del CAJANI, *Formalismo ed empirismo nella scienza del diritto*, nella stessa Rivista, 1953, pag. 109, su cui ritorneremo più avanti. Per quel che interessa il mio discorso, parmi di dover dire che qualificando la norma come giudizio (o valutazione che dir si voglia) si compie lo stesso errore che si commette quando la si qualifica come comando (dover essere). Anche qui, cioè, si introduce nel diritto (norma giuridica non può che voler dire diritto) il giudizio come un elemento esterno, tanto esterno che anche soggettivamente lo si attribuisce a un essere, mitico quanto si vuole, ma sempre un essere, che sarebbe il legislatore. Le due posizioni concettuali sono perfettamente identiche, e quindi sono soggette alla medesima contestazione. Ma la contestazione, a mio avviso, va ancora più in là, incide sulle radici della speculazione, e cioè sulla legittimità di qualunque analisi strutturale della c. d. norma. Anche quando si dice che nella norma si ha solo una attribuzione di rilevanza giuridica (se è *A* deve essere *B*) si commette sempre lo stesso errore: perché in sostanza si fa sempre una specie di personalizza-

zione, se si vuole della stessa norma, si distacca dal diritto la norma, come se fosse un'entità autonoma, distinta dal diritto.

Questa rettifica è una logica conseguenza della negazione della norma (o per meglio dire del feticcio della norma) che abbiamo fatto nel testo. In definitiva, la contrastata problematica, con la vasta letteratura cui ha dato luogo, non fa altro che riprodurre e perpetuare su più vasta scala l'oziosa questione che si faceva per la sentenza, se sia atto di volontà o di giudizio, e che oggi sembra per fortuna perenta. Conviene ad ogni modo precisare, per evitare equivoci, che tutte queste negazioni si fanno su un piano metodologico, hanno per oggetto la qualificazione della norma o della sentenza: che poi il diritto si risolva in giudizio, e il giudizio possa analizzarsi nelle sue varie componenti è cosa che noi abbiamo costantemente ritenuto e in concreto operato. E così abbiamo parlato di giudizi di valore che il giudice formula ad ogni momento (cfr. *Commentario*, II, 2, pag. 194), ma che non sono valutazioni esterne, sono l'affermazione dell'essere, l'essere che si afferma nella parola (e nell'opinione) del giudice e del legislatore, inscindibilmente. È probabile che, tenuto conto di questo chiarimento, abbia ragione il citato Di Robilant quando dice che la formula giudizio di valore dovrebbe essere esclusa dal linguaggio giuridico come generatrice di confusione (ma egli si riferisce solo alle norme, mentre l'esclusione potrebbe essere totale, dal nostro punto di vista).

2. - La posizione critica che abbiamo assunto nei confronti della norma-giudizio di valore vale anche e a maggior ragione per quegli atteggiamenti dottrinali che risolvono il problema della scienza giuridica in analisi del linguaggio, e si intende del linguaggio del legislatore, rigorosamente interpretato. Si tratta, come è noto, di un vasto movimento di carattere filosofico, sulla cui legittimità in generale noi non abbiamo né ragione né interesse in questo momento a prendere posizione. Per quel che riguarda il diritto, vedi lo scritto citato del Cajani, il quale ci sembra che abbia messo in luce nel modo più chiaro possibile la irriducibilità della interpretazione della legge ad analisi linguistica (specie pagg. 107 e sgg.). Quel che invece preme notare, in relazione all'idea fondamentale del nostro scritto, è che tutto il discorso analitico viene a perdere la sua stessa base se si riconosce la inconsistenza della norma, quindi dello stesso termine di

linguaggio giuridico. Il diritto non ha un dato (sia esso la norma o sia il comportamento) sul quale si possa esercitare l'analisi del giurista, scienziato o giudice che sia: e se è vero che materialmente esistono le leggi e i codici, o anche più generalmente la parola, perché non occorre certo che il diritto sia scritto, questa parola non vale per se stessa, ma solo in quanto è un tentativo di fissare l'essere in che il diritto consiste. Tentativo ovviamente impossibile, perché l'essere non si lascia fissare neppure quando è ridotto a storia, perché la parola nasce, se ci è lecito usare questa immagine, nel momento stesso in cui la si legge. CAJANI aveva perfettamente ragione: « come l'elemento emozionale, o ideologico valutativo, è implicito nella stessa struttura obbiettiva della norma, così anche l'atto rivolto alla sua interpretazione è impegnato in un giudizio di valore che tende a riesprimere ciò che la mera letteralità della legge, come del resto ogni altro segno o documento dell'attività umana, non può dare che in forma evocativa o simbolica ». La verità è che il giurista, lungi dall'analizzare un linguaggio, non fa che aggiungere parole a parole: lo fa anche quando crede di ricercare o ritrovare se stesso in un linguaggio altrui (del legislatore) o quando, anzi soprattutto quando, erige a sistema questo linguaggio. Quel che non può fare è di ignorare questo linguaggio (e per questo sembra che esso gli si ponga davanti come un dato): ma è naturalmente un divieto per modo di dire, tanto è vero che colui che ha usato questo linguaggio è costretto a dettare le regole della sua lettura, le norme sulla sua interpretazione, cioè della sua « trasformazione ».

Non è il caso di aggiungere altro, in questa sede. Volevamo e dovevamo solo mettere in evidenza lo sviluppo al quale porta la eliminazione, o più modestamente, il ridimensionamento che abbiamo tentato della norma.

3. - L'insoddisfazione per le concezioni normativistiche del diritto, e per il distacco che esse inevitabilmente comportano dalla realtà, ha dato luogo, come è noto, a nuovi orientamenti, e in ispecie nel mondo anglo-sassone o da questo influenzato. Non è certamente questa la sede — né sarebbe mio compito — per sottoporre a indagine critica tali orientamenti: ciò che solo è opportuno fare è vedere se e quali corrispondenze ci siano fra di essi e le idee che qui sono sostenute. Il pensiero corre anzitutto a quel movimento che si è delineato

specialmente fra le due guerre, e che è conosciuto col nome di realismo giuridico americano. In Italia esso ha trovato il suo espositore e il suo interprete nel Tarello, *Il realismo giuridico americano* (Milano, 1962), al quale rimandiamo. Comunque si voglia giudicare di questo movimento, a parte l'ispirazione anticoncettualistica, e lo scetticismo sulla astrattezza delle regole e sulla stessa certezza del diritto, ci sembra che esso proceda da esigenze particolari e profondamente diverse. In sostanza la problematica del realismo è data più che altro dalla individuazione del ruolo che svolge la giurisprudenza nella determinazione della regola giuridica e in generale nella evoluzione del diritto, il tutto con riferimento alla erosione del principio tradizionale dello *stare decisis*, cioè del valore assoluto del precedente. Che questa indagine sia legittima, non c'è ragione di dubitare, sebbene a noi sembri che il ruolo della giurisprudenza non sia almeno in astratto molto diverso da quello che essa svolge in qualunque paese del mondo. La differenza sta nella civiltà e nel costume. Perciò ci sembra discutibile la conclusione che vede nella giurisprudenza americana una sorta di ideologia politica che si contrappone all'ideologia della indipendenza del giudice (Tarello, in fine). In definitiva, *mutatis mutandis*, risultati come quello della evoluzione o trasformazione operata dalla giurisprudenza americana nei diritti (costituzionalmente fissati) di libertà e di proprietà sono stati raggiunti anche dalla nostra giurisprudenza, alla quale si devono addirittura creazioni di intere branche del diritto, come ad es. il diritto del lavoro. Il problema che costituisce il tormento di queste pagine non è quello agitato dal c. d. realismo: è quello della realtà del diritto, del diritto come realtà. Se non si risolve questo problema, tutti gli altri rimangono campati in aria, o si riducono a quella « *social engineering* » che, qualunque siano le concrete istanze di cui variamente si riveste, dispensa dall'onere di pensare, perché riduce il diritto a un semplice strumento. Se si arriva a riconoscere che il diritto è una realtà (è l'essere), allora sorge il grande problema della sua individuazione, che è come dire il problema della sua storia. Che non è un problema *solo* di giudici, è un problema *anche* di giudici, come è un problema di legislatore, di amministratore, di scienziato, più semplicemente e generalmente di uomo, poiché l'uomo fa il suo diritto così come fa la sua storia.

Per queste stesse ragioni l'essere di cui noi parliamo e nel quale

identifichiamo il diritto non può essere confuso con l'effettivo comportamento degli uomini, al quale si richiamano le dottrine sociologiche, e neppure può tollerare che lo si risolva nella famosa previsione di ciò che i giudici faranno. Un discorso a parte meriterebbe forse l'atteggiamento di alcuni giuristi nordeuropei, che viene qualificato col nome di realismo giuridico scandinavo (v. la recente traduzione italiana del libro di OLIVECRONA, *Il diritto come fatto*, Milano, 1967). Senza voler dare un affrettato giudizio su questo movimento (ci riserviamo di farne un'attenta analisi in altra sede), ci sembra che esso abbia un valore essenzialmente critico, abbia cioè contribuito a rivelare, ciò che del resto noi già sapevamo, il carattere puramente « immaginario » dei concetti giuridici, come forza vincolante del diritto, diritto soggettivo, dovere, potere etc. È una legittima demitizzazione del diritto, il quale non ha bisogno di appigli sovrannaturali, perché ha il mito in se stesso, nel fatto cioè di esistere, di essere una componente essenziale della vita. Sotto questo profilo la meditazione di questi nordici filosofi farebbe bene ai giuristi nostrani, che si ostinano (e *pour cause*!) a rimestare nel calderone dei concetti o falsi concetti per trarne dei libri. Ma ugualmente bene farebbero quei filosofi a meditare gli apporti del nostro autentico pensiero, perché mi sembra che sia frutto di superficialità quel loro ridurre il diritto a fatto sociale, e probabilmente intenderebbero in tutta la sua reale portata quella formula abbastanza felice di « imperativi indipendenti » con la quale essi qualificano le norme giuridiche, senza risolverle in una relazione psicologica o in una « suggestione ».

Pur con questa premessa, che dovrebbe eliminare ogni equivoco e sopra tutto evitare l'accusa di pretenziosità, non possiamo fare a meno di richiamare tutta l'imponente indagine che si è fatta e si fa intorno ai gruppi che si affermano come realtà nello Stato, cioè in quel gruppo più vasto o più forte detentore della c. d. sovranità, e anche contro lo Stato, in quanto mirano a conquistare la sovranità, a farsi Stato. Poiché anche noi parliamo di gruppo, o di *societas*, che fa lo stesso, dobbiamo prendere posizione intorno a questi problemi, ma solo sul piano strettamente speculativo intorno al concetto di diritto. E diremo che la analisi dell'aggregato sociale nelle sue varie componenti (v. in proposito da ultimo il suggestivo libro di DE FINA, *Stato e istituzione*) non è affatto illegittima: saremmo del resto in contraddizione con noi stessi, se ciò sostenessimo, dato che abbiamo

affermato che la *societas* non può essere avulsa dalla storia. Ma quel che in generale si intende per gruppo (in senso cioè associativo e più o meno volontaristico) a noi pare che, appartenendo alla sociologia, possa essere trascurato nell'analisi del diritto: meglio, interessi l'analisi del diritto solo in quanto, nell'ambito dell'universale *societas*, l'essere si affermi attraverso il gruppo, come certo è possibile. Non è da escludere che la polarizzazione dell'indagine sul gruppo derivi dalla entificazione dello Stato, alla quale è difficile rinunciare, ma che non è perciò meno una entificazione: di qui la ricorrente descrizione delle lotte tra i gruppi per la conquista dello Stato, della identificazione del governo dello Stato col governo di un gruppo, e via dicendo. A questo stesso difetto è da ascriversi la c. d. sovranità, se con essa si vuole esprimere altro che non sia una semplice qualificazione verbale della totalità della *societas*, e della sua naturale organizzazione, ma un potere esterno ad essa, e da essa acquistato. I gruppi, e le lotte dei gruppi in seno alla *societas*, sono la sua storia, e non possono quindi essere opposti ad essa. Dal nostro punto di vista mi pare sia nel giusto Piovani, quando parla di collettività come « società di tutti e di nessuno » (*Normatività e società*, pag. 138). Certo, entificando lo Stato, è giusto dire con Mortati che i partiti politici sono le strumento di inserzione del popolo nello Stato (cioè della conquista della sovranità da parte della maggioranza), ma io credo che queste cose, storicamente vere, col problema del diritto non abbiano niente a che fare. Se mai appartengono, come detto nel testo, alla determinazione (storica) dell'essere. Concludo osservando che i gruppi di cui parlo sopra, mettendo in rilievo la loro totalitarietà, e quindi la loro autonomia, anche sotto certi aspetti relativa, non hanno a che vedere coi gruppi sociologicamente considerati; e perciò non si può considerare come gruppo neppure la famiglia, che esprime un essere nella totalità, se si vuole un essere della totalità, comunque lo si voglia costruire sul piano positivo.

4. - Per la sorte del diritto nella rivoluzione sovietica è consigliabile la lettura del riassuntivo libro del Berman, *La giustizia nell'U.R.S.S.*, trad. it. Milano, 1965. Il libro del Jackson sulla giustizia inglese, citato nel testo, ne costituisce il parallelo ideale, e lo stimolo per il pensiero che ne deriva è veramente notevole. Il Berman è certamente uomo di più profonde esperienze, e sono da segnalare,

nei margini delle nostre ricerche, alcune brevi pagine nelle quali compendia il processo di formazione del diritto russo, in paragone con la tradizione giuridica dell'occidente (pagg. 177 e sgg.). Un punto che ci ha colpito, e che vorremmo segnalare all'attenzione degli studiosi, anche per il debito controllo, è quello che concerne l'origine del concettualismo che ha informato la scienza giuridica germanica, e quelle che, come la nostra, su di essa si sono foggiate. La ricezione del diritto romano, in concomitanza con la riforma, dice il BERMAN, condusse alla « esaltazione del giurista e dell'amministratore dotti, che foggiano la legge in termini di principi e di concetti. Casi concreti da decidere, ad esempio, venivano sottoposti a professori di diritto tedeschi, intesi come collegio. Questo affidamento sui professori, sui consiglieri di stato e del principe ebbe implicazioni non soltanto per lo Stato burocratico "*razionale*" che stava emergendo, ma per lo stesso diritto privato. Rese possibile lo sviluppo di astrazioni legali, come il contratto, la proprietà, l'eredità » (pag. 184).

5. - L'identificazione del diritto con l'essere, l'aver riconosciuto la realtà del diritto, e d'altra parte l'aver immerso il diritto nella storia, vanifica, abbiamo detto nel testo, molti problemi, e alcuni dei massimi problemi che i filosofi si siano proposti. Il primo tra questi è quello dell'origine del diritto, cioè praticamente del potere. Sull'argomento v. il bel libro del DE STEFANO, *Il problema del potere*, Milano, 1962. Insistiamo a dire che crediamo impossibile trovare l'origine del diritto fuori della storia, e allora quel che falsamente chiamiamo origine è sempre il risultato di una lotta politica, o di un accordo politico, o se si vuole di un atto di forza, ma forza che nell'atto stesso di affermarsi giuridicamente cessa di essere tale. Sotto questo profilo, si può dire senza timore che l'alternativa tra il potere che fonda la legge e la legge che fonda il potere si risolve nell'unica proposizione giuridicamente sensata: il potere fonda se stesso. Nessuno potrebbe dire che quello della repubblica di Salò non fosse diritto, quando c'è voluta tutta una legislazione speciale per regolare i rapporti fra quel diritto e quello dello Stato sopraggiunto o, se si vuole, ricostituito.

6. - Quest'ultimo accenno ci porta a dire qualcosa della statalità del diritto: quel pochissimo che serve a completare il discorso fatto

nel testo. Poiché per noi lo Stato non è che l'organizzazione della *societas* il problema praticamente non esiste. Esiste un problema di individuazione della *societas* (che afferma il suo essere attraverso la sua organizzazione), ma questo è un problema storico, che non ammette quindi soluzioni a priori. Quel che si può dire è che col termine di *societas* si intende tutta la popolazione vivente in un determinato territorio: tutta, cioè con esclusione di « particolarità » incompatibili con la totalità, nella quale sta in sostanza la sovranità.

Come è ovvio queste idee devono essere, anch'esse, calate nella storia, e nelle sue molteplici esperienze, di cui il giurista non può non tener conto. La stessa *societas* non è un concetto astratto, è quello che è storicamente: e così può avvenire che, senza venir meno alla totalità, ci sia una pluralità di componenti, di cui ciascuna afferma il suo essere. Pensiamo ai territori stabilmente occupati, alla colonia e via dicendo. E poi c'è come un'altra faccia della *societas*, un'autentica totalità che afferma il suo essere, e si organizza in assoluta autonomia, vogliamo dire si organizza a Chiesa e non a Stato. Sono tutte immense esperienze che ovviamente non possiamo neppure sfiorare in questa sede: se ne parla solo perché l'indagine sulla norma ci ha condotto necessariamente a proporci il problema (falso problema) della nascita o della fonte prima del diritto, e con la speranza che altri possa approfondirle al di fuori di ogni tradizionale pregiudizio.

7. - E purtroppo, sempre sotto il profilo esclusivo della nostra posizione concettuale (poiché altrimenti non oseremmo certo trattarne) due parole dobbiamo aggiungere sul diritto internazionale, che potrebbe essere opposto come smentita alla concezione del diritto come essere. Qui infatti l'esperienza ci mostra una pluralità di Stati, che sembra una contraddizione nei termini, e in effetti lo è perché lo Stato è un assoluto e come Dio non può avere altro Stato al di fuori di sé. Che non si tratti del resto di una fantasia, lo dimostrano i ricorrenti tentativi nella storia di assoggettare il mondo a un unico imperio, e assai meglio ancora la presente tendenza a risolvere, più o meno sinceramente, lo Stato in una universale ideologia. La pluralità di Stati porta come logica conseguenza alla guerra, cioè alla negazione dell'essere, e quindi del diritto. E invece un diritto si forma anche qui, cioè si afferma un essere, la cui prima manifestazione è nel riconoscimento della pluralità, che esso necessariamente compor-

ta. Prima manifestazione, in quanto è il presupposto di tutte le altre, che dànno vita proprio al diritto internazionale. Gli argomenti che si sono opposti contro la qualificazione del diritto internazionale come diritto sono frutto di preconcetti: in particolare quello che si fonda sulla stessa pretesa mancanza di sanzione. È chiaro che così ragionando si trasferisce una nozione o un concetto creato per il diritto interno a un mondo totalmente diverso. Se di sanzione nei rapporti internazionali si dovesse parlare questa non dovrebbe ravvisarsi che in un ritorno all'origine (impensabile nel diritto interno, che non ha origine), cioè nella negazione dell'essere, cioè in ultima analisi nella guerra.

Naturalmente questi rapidissimi cenni appaiono temerari e addirittura irriverenti a chi abbia presente l'immensa elaborazione scientifica sui problemi del diritto internazionale (rimandiamo per chi voglia rendersene conto alla originale polemica trattazione fattane dal QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, IV^a^ ed., specialmente pagg. 26 e sgg). In genere si pone il centro del problema nella esistenza o meno di una comunità internazionale, concetto questo che a noi pare, a prescindere dalla sua vaghezza, superfluo, allo stesso modo come ci appare superflua, e fonte di confusioni, la ricerca e l'affermazione della c. d. norma base. A nostro modo di vedere, il diritto internazionale nasce dal fatto (puro fatto, e per giunta necessitato) che ogni Stato riconosce (deve tener conto) che ci sono altri Stati, una pluralità, del resto variabilissima; cosa che non ha rispondenza, se non in configurazioni mitiche, come ad es. il contratto sociale, negli individui singolarmente considerati. Ammesso questo, ed è una realtà storica che non ha bisogno di alcun concetto metagiuridico che la sorregga, il diritto si è già formato, e lo si chiama internazionale non perché stia sopra o sotto il diritto « statale », come pur si discute, ma perché si pone tra soggetti che sono i singoli Stati. Come poi questi operino, a quali atti e fatti diano luogo, a quali organizzazioni, come il diritto internazionale reagisca sul diritto interno e viceversa, è ciò che forma la positività del diritto internazionale, che qui non interessa. In relazione a questi fondamenti deve essere valutato, come si è accennato, il problema che falsamente si chiama delle sanzioni. È assurdo costruire il diritto internazionale con gli schemi del diritto interno, prefigurando un'autorità che non esiste e non può esistere (s'intende *sub specie iuris*, altrimenti si può concepire come autorità

la prevalenza del pesce grosso sul pesce piccolo; e del resto nella storia del mondo il pesce piccolo è forse quello che più ha contribuito a fare la storia, che è un fatto spirituale e non materiale), per ricondurre a questa autorità le sanzioni, e, una volta riconosciuta, come si ammette da molti, la guerra come sanzione, sofisticare sulla guerra giusta o ingiusta (sul problema, v. il citato Quadri, pag. 238, che lo risolve, a nostro avviso, con molta esattezza). Questo problema fa il paio con quello della sentenza giusta o ingiusta. La guerra è quello che è, è la logica conseguenza del carattere internazionale del diritto, che, per quanto deprecabile possa essere, è quello che lo rende da un lato il più labile, ma dall'altro il più stabile diritto che esista. Ci sarà dato modo di riprendere questo importante discorso in altra sede.

8. - Non sarà, infine, inutile accennare che l'idea dell'essere nel diritto non è né potrebbe qualificarsi assolutamente nuova. Direi anzi che in generale se n'è avuta una certa intuizione anche da parte di normativisti. Ad es. nello stesso Carnelutti si leggono frasi di questo genere: « solo ciò che è deve essere, e non deve essere ciò che non è » (*Teoria generale del diritto*, 1951, pag. 70). Ma si tratta di affermazioni interessanti e sintomatiche, non seguite da uno sviluppo logico conseguenziale, anzi spesso in contraddizione col sistema in cui si trovano fuggevolmente introdotte. A nostro modo di vedere la limpidità e la semplicità della visione è stata compromessa (e questo tanto per i normativisti quanto per gli istituzionalisti) dalla intrusione dell'elemento sociale, con uno sbocco fatale nel dualismo società-diritto, e dell'elemento Stato, che ha dato luogo ad autentici doppioni e alla posizione di falsi problemi, come tali insolubili. Nostro convincimento è che il diritto non ha bisogno di nulla per essere compreso nella sua essenza: esso è, le forme del suo essere sono date dalla storia, sono la storia. Sotto questo aspetto è importante l'opera del Piovani, *Il significato del principio di effettività*, Milano, 1953, le cui conclusioni sono nel profondo coincidenti con le nostre. Probabilmente l'ostacolo alla identificazione è dato dal parlare in termini di Stato. Ad ogni modo, ritengo che il principio di effettività non abbia parte nel problema sulla natura o sul concetto del diritto: infatti

esso è stato praticamente creato o utilizzato nel diritto internazionale, cioè per identificare i singoli Stati. Ma per lo Stato nella sua assolutezza l'effettività non si distingue dall'essere, di cui sarebbe un inutile doppione. Quanto all'individuazione della *societas*, di cui abbiamo detto, i problemi relativi si risolvono sul piano storico, e non può essere dato un criterio a priori di individuazione.

[042]

VERBA TENE, RES SEQUENTUR

1. - Pure a chi si occupa di diritto può accadere — dopo anni arrovellati spesi sugli scritti e gli schemi altrui (innumerevoli) o propri (poca cosa) — di avvertire il timore d'esser rimasto, quanto all'essenziale, a mani vuote, d'aver edificato sulla sabbia. Anzi, la sabbia può apparire materia meno labile, meno fragile della carta.

E vengono i momenti — talvolta fugaci, talvolta lunghi, talvolta definitivi (così si spiegano certi improvvisi silenzi di studiosi, prima fecondi) — nei quali suona dentro, ed è dono, una parola che illumina ben più vasta realtà interiore che non quella, parziale, del giurista: « Se uno non nasce di nuovo, non può vedere... ».

Nascere di nuovo, in questa umile applicazione, non è certo il traguardo impossibile di dire cose nuove, cose nostre. Tutto, probabilmente, è stato già detto; tutto, certamente, è almeno implicito, più o meno oscuramente, in ciò che è stato detto prima; e non vi è mai nulla di interamente nostro e di interamente altrui: nel pensiero e nella vita si constata una specie di ineliminabile comunione di beni.

Nascere di nuovo vuol significare solo questo: cercare di liberarsi dal vizio di considerare l'oggetto ultimo del nostro lavoro — il diritto — esclusivamente nell'ambito della « letteratura », con i relativi crismi rigorosi delle etichette, delle citazioni, delle adesioni e dei dissensi puntuali. Tentare di vedere il diritto con occhi non del tutto condizionati, una volta almeno, dall'abito professionale.

E se uno si lascia andare alla tentazione di siffatta diserzione dalla regolare milizia, avrà conseguito, almeno, un risultato

positivo: quello di assecondare in sé un impulso di libertà. Non è poco, in un tempo in cui più che mai vera sembra l'antica sentenza secondo la quale due sono le forze fondamentali che muovono l'uomo: lo spirito di imitazione e lo spirito di contraddizione: schiavitù l'uno e l'altro.

In ogni caso, quando l'impulso di cui parlo viene, qualcosa nel profondo ci dice che « fallo fora non fare a suo senno », anche se le strade che si aprono, proprio per esser più libere, sono certamente più esposte (ogni lettore dirà, a ragione, che un romanista dovrebbe limitarsi a fare il romanista, etc.).

2. - La strada, esposta, che oggi son tentato di seguire è assai semplice: quella che parte dal tentativo di penetrare « dentro » la parola che esprime ciò che ho or ora chiamato l'oggetto ultimo del nostro lavoro, e cioè, dentro la parola: diritto.

Con buona pace degli « analisti del linguaggio » e di certi recenti formalisti della semantica (non ignoro, ma non condivido le loro ragioni, quando siano, come accade, esasperate), penso che le parole rappresentano talora una specie di filosofia prima, una filosofia penetrante, intuitiva, collettiva: il fatto che, a un dato momento, tutti accettino e usino una stessa parola per indicare un'esperienza vitale comune può costituire (p u ò , dico) una seria garanzia che ci si trova di fronte ad un'avvertenza comune e valida — sia pure a livello precritico — del senso della « cosa » cui la parola si riferisce. Il linguaggio (*logos*) può essere anche divinazione; e lo sanno bene i teologi.

3. - Nella nostra parola « diritto » — il discorso vale per tutte le lingue (neolatine e non) nelle quali si ha una parola equivalente dal punto di vista etimologico — si perpetua, come è notissimo, con minime modificazioni fonetiche, un sostantivo « *directum* » entrato nell'uso volgare nel Medioevo, in progressiva sostituzione dell'antico *ius*, che resta tenace nel linguaggio culto.

Non è senza significato — come vedremo meglio — la diffe-

renza radicale tra il mondo latino (*ius*) e il mondo volgare medioevale (*directum*): si vede che il fenomeno giuridico subisce, nelle due diverse sfere culturali e vitali, una interpretazione profondamente differente. Torneremo su ciò, e sul fenomeno strettamente connesso della scomparsa, salvo che in parole composte, della radice di *ius* nel linguaggio contemporaneo, sia culto o volgare.

Per ora, è più utile venir subito alla rilevazione sommaria del fondamentale valore incluso nella parola *directum*, precedente immediato della nostra parola: diritto.

4. - *Directum* è participio perfetto neutro da *dirigere*, sostantivato. Il valore che vi si chiude appare, già a prima vista, connesso ad un *quid* di comandato, o meglio di guidato. *Dirigere* (da *regere*, a sua volta) è, infatti, un comandare tutto particolare. Non *imperare* o *iubere* che rinviano ad un comando tale che i destinatari di esso son considerati solo esecutori, passivi quasi, in un contesto autoritario e di forza. Piuttosto, nel *dirigere* si coglie una realtà diversa: un'attività nella quale prevale l'aspetto del « guidare », dell'« orientare », del sollecitare un comportamento libero anche se conforme. E ciò fa emergere, nel diritto, un valore di ordine umano, illuminato e illuminante, in contrasto con ogni arbitrio coercitivo, cieco e disumanizzante. I soggetti del diritto sono assunti, nella filosofia implicita espressa dalla parola che ci interessa, come esseri liberi, per definizione, nella pienezza della loro umanità.

5. - Ma non è direttamente il valore dell'attività di guida e di orientamento e di sollecitazione di cui si è detto, che si coglie guardando dentro alla parola *directum*-diritto. *Directum* è un participio perfetto sostantivato. Vi si manifesta, dunque, più che l'attività causale, l'effetto causato: qualcosa di realizzato, di « perfetto », appunto. Il *directum* è il risultato, dinamico naturalmente, del *dirigere*. È un assetto, dunque, che, in

relazione al senso veduto del *dirigere*, dobbiamo pensare come umano, armonico, libero.

Non basta: la lingua corrente ci soccorre al fine di precisar meglio. *Directum* corrisponde anche a « retto ». E « retto », nella sua accezione più interessante per noi (tra le tante altre, a partire da quella geometrica), ci rinvia ad un valore di « giusto », di « non torto ». Il diritto si qualifica, già nella sua radice terminologica, come un *quid* inscindibile da una valutazione umanamente positiva: un assetto giusto che si determina nelle relazioni di coloro cui è volta l'attività del *dirigere*.

6. - Se ora ci volgiamo un momento a considerare l'uso corrente della nostra parola, ci imbattiamo subito e necessariamente nel notissimo, trito, ma non per questo meno importante e meno sorprendente fenomeno della doppia accezione oggettiva e soggettiva del termine « diritto ».

Tale fenomeno è da noi tutti accettato, ma forse senza sufficiente riflessione. Qui, vale la pena di proporci, al riguardo, solo una domanda.

Se per diritto oggettivo si intende — come si fa di solito — l'intero « ordinamento », l'intero « sistema », la « *norma agendi* », etc., come mai poi — nel linguaggio tecnico ed in quello comune — si intende per diritto soggettivo solo il « potere » attribuito dal diritto oggettivo ad un soggetto? Diritto oggettivo e diritto soggettivo sono espressioni che hanno in comune il sostantivo e si distinguono solo per l'aggettivo qualificativo. Logica vorrebbe che la differenza tra le realtà significate da quelle due espressioni si facesse consistere solo in un diverso punto di vista dal quale osservare l'identico fenomeno: il diritto, appunto. E tuttavia, non può non vedersi come nella locuzione « diritto soggettivo » si esprima una realtà fortemente limitata rispetto a quella (inclusiva di comandi, divieti, conferimento di poteri, imposizione di doveri, etc.) espressa dalla locuzione « diritto oggettivo »: e precisamente, una realtà inclusiva solo di attribuzioni positive, vantaggiose, ad un soggetto.

L'incoerenza è stata già rilevata; io stesso, altra volta (in alcune pagine dedicate ad Arturo Carlo Jemolo), accennai ad una spiegazione storica di questa « illogicità » del linguaggio. Non credo che le ragioni storiche allora delineate (sostanzialmente: la derivazione dello schema concettuale moderno del diritto soggettivo dallo schema romano dell'*actio*) fossero false. Ma credo che il discorso debba essere integrato alquanto — anche se sempre sommariamente — sullo stesso piano delle spiegazioni storiche.

7. - Occorre, infatti, credo, tener conto anche di un altro punto. Vi è, nel nostro uso, tecnico e corrente, della parola « diritto », se la consideriamo in relazione alla sua matrice « *directum* », una illogicità altrettanto grave di quella che si rinviene nella non compiuta coincidenza di piani tra le espressioni « diritto oggettivo » e « diritto soggettivo ».

Precisamente: oggi, diritto (nella sua accezione oggettiva) è assunto con il valore di fattore causale (norme, precetti, comandi, ordinamento, etc.), per lo più; e non già, come sarebbe più consono alle radici terminologiche, con il valore di fenomeno causato, di risultato.

Sarebbe interessante poter rispondere esaurientemente alla domanda che sorge spontanea da questa constatazione: come mai si è verificato questo mutamento di valore dal *directum* (= assetto) al diritto (= causa dell'assetto)?

La questione trascende, ovviamente, la mera filologia. Si tratta, nientemeno, che di rinvenire le radici dell'imporsi di una concezione unilateralmente normativa del diritto, al posto di una concezione più antica, e più complessa. Ma, proprio per questa sua straordinaria portata, la questione accennata non può certo trovare risposta piena in queste poche pagine. Occorrerebbe, tra l'altro, un'indagine diretta e specifica su difficili testi medioevali e di età successiva, che io non potrei né saprei svolgere.

Posso solo fare un cenno alle mie, non certo però arbitrarie,

impressioni. Il mutamento linguistico che segna il prevalere delle concezioni unilateralmente normative mi pare sicuramente collegato al mutamento delle strutture politiche; e, più precisamente, all'affermarsi degli stati nel senso moderno della parola, e al conseguente formarsi delle legislazioni nazionali in progressiva sostituzione del diritto comune a radice prevalentemente romano-giustinianea, consuetudinaria, giurisprudenziale. Ma c'è, in connessione al mutamento linguistico (e ideologico) di cui stiamo discorrendo, da tenere conto di un altro fattore — storico pur esso, certo, ma di ordine diverso — attinente specificamente alla storia del pensiero occidentale.

Mi pare, infatti, che, nel passaggio da *directum* a diritto — come passaggio dal fenomeno causato al fenomeno causante —, abbia operato una tendenza sempre più tipica ed incisiva d'un certo spirito moderno. Precisamente, la tendenza verso l'astrazione e, più ancora, verso la sostantivazione, l'ipostasi. Chi ha un ricordo delle famose, vecchie dispute sugli *universalia*, nella prima Scolastica, intende bene a quali profonde radici del pensiero occidentale io voglia riferirmi con questi accenni.

Credo, in definitiva, che, mentre, nell'ambito di un modo di pensare ancora non prevalentemente astrattizzante e ipostatizzante, il fenomeno giuridico poté ben essere qualificato *directum* con attenzione dominante alla realtà effettuale, il sempre più dilagante modo di pensare in termini di astrazione e di ipostasi pose le premesse per considerare il *directum* — che si veniva trasformando linguisticamente nel nostro « diritto » — come un *quid*, e anzi un ente, causale.

Sarebbe temerario dire di più, al riguardo, in questa sede. E anzi, è già temerario aver buttato giù i precedenti accenni.

Il nostro fine, comunque, non era quello di indagare sulla ragion d'essere della « illogicità » ulteriore sulla quale ci eravamo fermati; bensì quello, più modesto, di constatarne l'esistenza, e di rilevare, in connessione a quella « illogicità », una singolarità che non è senza peso per il discorso che stiamo svolgendo.

La singolarità che vogliamo rilevare si può enunziare nel modo seguente.

8. - Il nostro termine diritto, proprio perché trova la sua origine nel vecchio termine *directum*, non ha perduto del tutto — pur nel mutamento semantico che abbiamo visto condurre alla « illogicità » della quale abbiamo per ultimo parlato — i più rilevanti caratteri che inerivano alla sua matrice.

In altre parole, il fenomeno di astrazione e di ipostasi rilevato non ha cancellato del tutto — né l'avrebbe potuto fare, è il caso di dire, per forza di cose — le note caratteristiche dell'intuizione di partenza. Si è, sì, mutata la prospettiva dall'effetto alla causa, ma si è conservata in parte l'intuizione centrale originaria della sostanza del fenomeno, che ad un certo momento cominciò ad esser pensato, nel Medioevo, come *directum*.

Né l'intuizione di un *quid* connesso all'idea di *dirigere* (con il valore segnalato più su), né l'intuizione di un *quid* connesso all'idea di « retto » come contrapposto a « torto » sono venute meno del tutto. Queste intuizioni integrano necessariamente anche il nostro concetto di diritto.

Se quanto affermiamo non fosse vero, il linguaggio avrebbe trovato un diverso termine per designare il fenomeno giuridico, non diversamente da quel che si realizzò, nell'uso corrente, allorché il termine *ius* (carico, come si accennerà, di valori ormai non sentiti) venne gradualmente soppiantato dal termine *directum*. Una frattura qualitativa, come è quella denunziata dalla s o s t i t u z i o n e di *directum* a *ius*, non si è realizzata allorquando nel linguaggio avvenne la t r a d u z i o n e (o, se si vuole, la deformazione fonetica) di *directum* con diritto.

9. - In attesa di riflettere su questa continuità concettuale di fondo tra *directum* e il nostro « diritto », è forse opportuno sviluppare subito, un po' meno scarnamente, il punto che più volte, e anche or ora, abbiamo accennato: la discontinuità, al

contrario, e cioè il salto qualitativo, tra *ius* e *directum* (e « diritto »).

Non vogliamo naturalmente, qui, dar conto dei risultati — del resto, tutt'altro che concordanti — raggiunti dagli specialisti (filologi e romanisti, soprattutto), intorno al valore unitario più antico di *ius* nel mondo giuridico romano. Per conto mio, sia detto per inciso, ritengo che tale valore sia connesso, *grosso modo*, ad un'idea di stabilità e di approvazione, predicabile, in termini originariamente sacrali, in relazione a persone, a collettività, a cose, a comportamenti umani. In tal modo, trovo possibile spiegarmi senza artificio espressioni così disparate come possono apparire quelle dei seguenti tipi: *ius mihi est eundi, ius debiti, succedere in ius, personae sui iuris aut alieni iuris*; o *ius civile, ius gentium*; o *ius fundi, iura praediorum*; o *ius feci, ius dicere, ita ius esto*; etc.

Quel che più importa, qui, è notare come in nessuna delle svariate spiegazioni oggi accettate per il più antico valore unitario di *ius* ricorrano le due intuizioni dell'« assetto risultante da un *dirigere* » e del « retto » (come contrapposto al « torto »), che abbiamo visto caratteristiche del medioevale *directum* (e che abbiamo accennato essere ancora in parte presenti nell'attuale « diritto »). Per evitare ai non specialisti possibilità di errori, al riguardo, gioverà forse dire che ogni connessione etimologica tra *ius* e *iubeo* è oggi universalmente disattesa; e che la connessione, innegabile, tra *ius* e *iustitia, iustus*, etc., non solo è nel senso di una derivazione di *iustitia* e simili da *ius*, e non viceversa, ma inoltre si iscrive in un contesto semantico, tipico del latino « puro » (e cioè, prima delle mutazioni, anche linguistiche, indotte da influssi cristiani), nel quale i valori di *iustitia, iustus*, etc. rinviano ad un'idea di conformità a riti o a forme, e quindi ad una idea assai lontana da quella cui si connettono oggi i termini « giustizia », « giusto », etc. (quantunque, si badi, anche oggi, nei termini riferiti or ora, sia presente una sfumatura di valori rigoristici e formali tutta latina: si pensi al contrapposto usuale tra giustizia ed equità, tra giustizia e misericordia; e si pensi ancora

all'uso di « giusto » come sinonimo di « esatto »; questa permanenza degli antichi valori rigoristici e formali illumina — è opportuno accennarlo, anche per completare un accenno che facemmo più su — il sopravvivere, nelle lingue moderne, delle antiche parole derivate da *ius*, mentre *ius* è scomparso del tutto: « giudicare », « giudizio », « giurisprudenza », « giurisdizione », « giuridico », ad esempio, sono tutte parole, sopravvissute al vecchio *ius*, perché in esse permane, più o meno marcata, una sfumatura di formalismo e di rigorismo; ma il tema andrebbe notevolmente approfondito, naturalmente).

Ius, dunque, appartiene ad un universo mentale diverso da quello cui appartengono *directum* e diritto. Questi due ultimi termini implicano, in radice, valori estranei alla più vera e antica sfera del *ius*.

Un cenno basterà qui per quel che riguarda la lunghissima e complessa storia del *ius*: prima, un lungo travaglio di trasformazione interna provocato da potenti fattori eversivi (qui, sarà sufficiente ricordare l'*aequitas* pretoria, la *bona fides*, gli influssi dell'ultima filosofia greca, l'impatto decisivo del pensiero cristiano); poi, un lungo sopravvivere del termine quasi per forza d'inerzia, e sempre più relegato nel recinto del linguaggio culto; ancora, successivamente, il subentrare ad esso del volgare *directum*, che, infine, trionfa completamente. Attraverso le tappe linguistiche qui così rozzamente accennate, si è snodato un cammino sostanziale imponente, e un nuovo mondo si è sostituito all'antico.

Dobbiamo volgerci, allora, a questo nuovo mondo, e restarvi, per proseguire il nostro breve discorso.

10. - Una osservazione, intanto, va fatta subito per concludere il tema che abbiamo lasciato interrotto: quello — si ricorderà — della prima « illogicità », rappresentata dalla non coincidenza tra le sfere concettuali del diritto oggettivo e del diritto soggettivo. Infatti, siamo ormai in possesso di altri dati utili per

comprendere bene la genesi della singolare nozione corrente di diritto soggettivo.

Il pensiero giuridico romano non isolò mai, come elemento sistematico, per quel che sappiamo, un'accezione soggettiva esclusiva di *ius* equiparabile o paragonabile all'attuale nozione di diritto soggettivo.

Nella più tarda esperienza, invece, allorché a *ius* si sostituisce *directum*, quel valore, che abbiamo avuto cura di isolare esplicitamente, di « retto » (contrapposto a « torto »), rende ben presto del tutto naturale un'applicazione del termine *directum*, in senso soggettivo, e cioè quale attribuzione di un soggetto, del tutto equivalente a quella oggi corrente. Già in carte medioevali molto antiche si incontra l'uso di *directum* (o simili, come *derectum, directura*, etc.) proprio nell'accezione soggettiva di attribuzione di vantaggio, e s o l t a n t o di vantaggio. La lingua stessa, forzata, si potrebbe dire, dalla sua opzione per il termine *directum* in senso oggettivo e per i valori di assetto umano e di rettitudine contenuti in quel termine, conduce ad una netta limitazione (al solo lato del vantaggio, dell'aver ragione, dell'essere nel retto e non nel torto) dell'accezione soggettiva di *directum*, nei confronti della nozione, necessariamente integrale, dello stesso termine in accezione oggettiva. Quel che era impossibile nell'universo concettuale del *ius* — e cioè, uno sfasamento tra le accezioni oggettiva e soggettiva — diventa possibile e facile nell'universo concettuale del *directum*.

Sull'accennato sfondo concettuale e terminologico, sono ben più comprensibili di quanto non mi sia apparso prima le ragioni di politica generale e le sollecitazioni ideologiche, già individuate egregiamente da illustri studiosi, le quali determinarono, a partire dagli inizi del XV secolo, e forse anche da prima, e via via sempre più intensamente, una prospettazione soggettiva del fenomeno giuridico, che ha la sua base nell'isolamento e nell'utilizzazione sistematica del profilo vantaggioso della situazione giuridica soggettiva. Accenniamo, è chiaro, ai fermenti di libertà individuale che reagiscono contro le prime strutture statali a ca-

rattere tendenzialmente oppressivo, alle istanze teologiche e filosofiche che fanno emergere, accanto al diritto (oggettivo) naturale, i diritti (soggettivi) naturali, innati, non conculcabili. È il mondo moderno — quello nel quale ancora (finora) noi viviamo — che si impone gradualmente, per quel che ci riguarda, attraverso la sostituzione di *directum* a *ius* e attraverso la creazione della categoria del diritto soggettivo, inteso solo come attribuzione di vantaggio.

È appena il caso di notare che questa emersione della nozione (ancora corrente) del diritto soggettivo con portata limitata — e quindi « illogica » — rispetto a quella del diritto oggettivo non si limitò al territorio, per così dire, d'applicazione della nuova terminologia (*directum*, e simili): essa si manifestò, facendo forza a quella che era stata la genuina tradizione romana, anche nel territorio, sempre più riservato al linguaggio culto però, d'applicazione della vecchia terminologia (quella del *ius*, cioè). E così toccò alla lingua latina scientifica, dal Rinascimento in poi, la sorte di isolare un *ius subiective positum* in un senso limitato (attribuzione di vantaggio) ignoto ai Romani.

La « illogicità » non è più tale se la si consideri storicamente, dunque. E tuttavia, non si può non ammirare la maggior coerenza della lingua inglese che, come è notissimo, riserva il termine « *right* » al diritto soggettivo, ed evita, in tal modo, lo sfasamento curioso tra le sfere del diritto oggettivo e di quello soggettivo, esistente nella nostra lingua ed in tante altre.

Come che sia, a noi basta concludere, su questo punto, con il rilievo che le considerazioni ora abbozzate vengono ad integrare il tentativo di spiegazione già fatto in altra sede: la corrente nozione di diritto soggettivo ha due radici. Una, esteriore, è costituita dal precedente rappresentato dallo schema delle *actiones* romane; l'altra, più intrinseca, è costituita dall'emersione del valore di « retto » imposta, nei concetti e nel linguaggio, dalla sostituzione del mondo del *directum* al mondo antico del *ius*.

11. - Abbiamo, con le pagine fin qui proposte, delineato in qualche modo il quadro storico necessario al nostro discorso. Tale quadro, in sostanza, può così riassumersi: *a*) nella nozione di diritto oggettivo da noi utilizzata persistono — malgrado le differenze imposte dal passaggio, per via d'astrazione, dal piano dell'effetto a quello della causa — le note del *dirigere* e del *rectum* che erano componenti essenziali della nozione nuova di *directum* sostituitasi, nel discorrere corrente, alla nozione di *ius*; *b*) l'odierna nozione di diritto soggettivo è frutto delicato e complesso di un lungo svolgimento storico, sul piano sistematico, sul piano sostanziale e sul piano terminologico.

Dobbiamo procedere ora nel vagheggiato nostro tentativo di vedere il diritto con occhi non del tutto condizionati dall'abito professionale. E ci riferiremo, ormai, soltanto al diritto oggettivo, dato che è necessario e sufficiente considerare esso, che è concetto primario, per dir così, in quanto è un « in sé », laddove il diritto soggettivo è concetto secondario e derivato da quello di diritto oggettivo.

12. - Viene, su tal via, spontaneo il rilievo seguente: le concezioni oggi correnti, riguardo all'essenza del diritto (oggettivo), finiscono per dimenticare o l'una o l'altra delle caratteristiche, che, ponendosi sul piano della « filosofia implicita » del linguaggio, pare necessario tenere inscindibilmente presenti.

Se si pensa, ad esempio, alla tradizionale concezione normativa e alle sue numerose reincarnazioni (come potrebbero essere quella storicistica o quella kelseniana), non è difficile vedere una prevalenza pressoché esclusiva del *dirigere*. Peggio: del *dirigere* originario, autentico, umano, si è quasi perduta l'orma. Al *dirigere* si è sostituito, nelle prospettive normative, il comandare, spesso nel suo senso più grezzo e più cieco. In ogni caso, e nella migliore ipotesi, resta lo smarrimento del *rectum*. I più raffinati normativisti considererebbero, addirittura, ogni ancoraggio del diritto al *rectum* come una pericolosa « impurità », per dirla col Kelsen.

Gli istituzionalisti, invece, ed anche sostanzialmente i neorealisti scandinavi o anglosassoni, che pure hanno il merito di aver rovesciato la tendenza astrattizzante e ipostatizzante di cui parlammo, rivalutando l'aspetto di « assetto » nel concetto di diritto, hanno finito per negare del tutto, o quasi, la nota del *dirigere,* impegnati come erano, e sono, nella giusta lotta contro le astrazioni normativistiche. Non basta, c'è di peggio anche in questa linea: i rappresentanti di essa, solleciti di non esser meno realisti, meno positivisti, meno sociologisti dei loro avversari, hanno voluto rivendicare anch'essi, pur senza usare la relativa parola, la loro « purezza » del diritto. E per far ciò, naturalmente, non han trovato di meglio che tentar d'espungere del tutto, come impura appunto, la vecchia nota del *rectum*, dell'ideale di giustizia.

A questa nota, invece, sono, e lodevolmente, rimasti attaccati i neogiusnaturalisti. Senonché, essi son per lo più ancorati alle astrattezze dei normativisti, astrattezze che anzi essi aggravano nel timore di cedere al realismo e al positivismo dei normativisti, degli istituzionalisti e dei neorealisti.

Si potrebbe continuare in accenni del genere. Ma non è neppure utile. La conclusione sarebbe sempre la stessa: sembra che il nostro tempo, almeno speculativamente (ma si sa che le posizioni speculative hanno sempre un aggancio saldo con la pratica, anche se non sempre gli autori della speculazione ne son consapevoli), vada smarrendo quel sentimento sintetico del diritto che si rispecchiava nella creazione, e nella rapida accettazione universale, in altri tempi, della parola *directum*.

13. - E allora viene spontanea una domanda: esiste, oggi, un modo di tradurre l'intero contenuto radicale del termine diritto in una concezione non unilaterale e mutila?

La risposta, in sede teoretica, è facilmente positiva, e cercheremo di dimostrarlo. Le difficoltà, enormi, sorgono in altra sede, in sede pratica, e vedremo anche questo.

Cominciamo con la teoria. Io credo — né penso di essere

affatto originale — che, concettualmente, una formulazione del diritto tale da salvare, astrattamente, tutte le note originarie caratteristiche all'intuizione di *directum* può essere agevolmente realizzata attraverso l'utilizzazione della nozione di « ordine ».

Il diritto, dunque, concepito come ordine. Più precisamente, come ordine specifico di una società storicamente determinata. Sono molteplici, infatti, gli ordini pensabili; ma quando si dice: ordine specifico, si vuol dire che il diritto si distingue da tutti gli altri ordini pensabili, in quanto è necessario e sufficiente alla sussistenza della società storicamente identificata alla quale si riferisce. Meglio: l'ordine che è il diritto ha la proprietà unica, specifica, di costituire la società. *Ubi ius, ibi societas*, in sostanza: la correlazione è logicamente necessaria. Tale ordine, che è il diritto, si profila, sotto l'aspetto di cui abbiamo parlato fin qui, essenzialmente come fenomeno causale: per riconnetterci al discorso precedente, si profila come *dirigere*. E non è un caso che, nel linguaggio corrente, ordine significhi, tra l'altro, comando: « io do un ordine ad un dipendente ». Quel tanto di vero che si può cogliere nelle diverse teorie normativistiche sussiste intatto nella concettualizzazione del diritto come ordine, nel senso accennato.

Ma ordine, nel linguaggio corrente, non significa soltanto comando, è notissimo (ed è stato rilevato). Ordine significa anche assetto armonico di più entità, che sono in ordine, appunto, quando le loro reciproche relazioni si compongono in forme stabili, armoniche. Se intendiamo in questo secondo, e inseparabile dal primo, significato, la parola ordine nella formulazione per cui il diritto è l'ordine specifico di una società storicamente determinata, un'altra realtà si profila, accanto a quella del *dirigere* (e della quota di vero delle dottrine normativistiche). Precisamente, la realtà antica e puntuale del *directum*, inteso come fenomeno causato, non come astratto ente causante. Né basta: dato che il diritto è fenomeno storicamente umano, e dato quindi che le entità che realizzano nelle loro reciproche relazioni l'armonia dell'assetto, l'ordine appunto nel suo secondo significato,

sono gli uomini, è palese che il diritto inteso come ordine specifico di una società storicamente determinata deve, per la sua stessa essenza, postulare, almeno tendenzialmente (e cioè, tenendo conto realisticamente di quel tanto di disumano che, purtroppo, è nell'uomo: e non è contraddizione in termini), relazioni ordinate tra esseri liberi e dotati di razionalità. Si recuperano, in tal modo, altri valori del diritto, altrimenti sacrificati: e, in primo luogo, quel *rectum*, contrapposto al distorto, all'ingiusto, che costituisce come l'anima stessa del diritto; ma poi anche quella dimensione istituzionale e storica che, insufficiente e sbagliata da sola, è, accompagnata dalla dimensione normativa, preziosa per una intuizione sintetica del diritto.

In conclusione, il pensare il diritto come ordine — sempre che non si separino i due valori che la parola in questione ha in sé (ed è facile capire perché quei due valori siano effettivamente inseparabili: l'uno non è letteralmente pensabile senza l'altro) — permette di conferire, concettualmente, al diritto oggettivo quella pienezza di profili che già ineriva all'antico *directum*: il *dirigere*, l'assetto risultante dal *dirigere* ed il valore tendenziale e ideale del *rectum*.

14. - Concettualmente, in sede teoretica, insistiamo, una considerazione del diritto del tipo di quella ora proposta dovrebbe valere ad eliminare in radice ogni pericolo di mutilazioni del genere riscontrato in altre concezioni.

Per di più, ma sempre in sede teoretica, la considerazione proposta offre la possibilità di superare le « illogicità » di cui abbiamo parlato. Per quanto riguarda la nozione di diritto oggettivo, infatti, non c'è più da temere, sul piano logico adottato, il rischio di un'indebita ipostatizzazione, in quanto l'ordine come assetto è ben una realtà concreta, storica, e non un vano ente astratto quale potrebbe essere il mero ordine come comando. Per quanto riguarda, poi, la nozione di diritto soggettivo, si potrebbe superare la rilevata non coincidenza di esso con il diritto oggettivo. Infatti, se per diritto si intende ordine (nel senso com-

plesso rilevato), per diritto soggettivo si dovrà intendere l'ordine che spetta ad un soggetto nell'ambito di una società storicamente determinata. E allora, dovrebbe apparire scorretto limitare il diritto soggettivo alla sola attribuzione di vantaggio, e occorrerebbe includere in esso anche l'attribuzione dello svantaggio: al potere si aggiungerebbe, nel cuore stesso del diritto soggettivo, il dovere.

Tutto questo, però, e anche tanto altro dello stesso genere che si potrebbe dire, ha un limite che abbiamo insistentemente sottolineato. Rischia, cioè, di rimanere soltanto sul piano teorico. Enormi difficoltà nascono, l'abbiamo detto già, nella pratica.

Per rendersi conto meglio del rischio e delle difficoltà in questione, non v'è miglior via, crediamo, che quella costituita dallo sforzo di capire perché, in pratica, sono nate e si sono affermate e ancor s'affermano, quelle concezioni unilaterali del diritto alle quali accennammo, e che, tutte, hanno finito con l'impoverire quello che abbiamo chiamato il sentimento sintetico del diritto che si rispecchiava nel termine *directum.*

15. - Occorre, al fine propostoci, richiamare l'attenzione, a guisa di premessa, sulla notevole complessità che caratterizza il concetto che abbiamo creduto di dover individuare alla base del moto culturale che, per la prima volta, elaborò e diffuse il termine *directum*; e che continua a caratterizzare, a nostro parere, il concetto che la nostra cultura esprime con il termine diritto, e che noi abbiamo tentato di tradurre, per maggior chiarezza di analisi e di sintesi, in termini di ordine. Tale complessità risulta, per riassumere ancora una volta, dal convergere in unità dei valori racchiusi nel *dirigere* (attività ordinante), nel *directum* (assetto risultante da quella attività) e nel *rectum* (criterio ideale di giustizia).

Una simile convergenza, estranea nella sua pienezza al mondo romano, poté realizzarsi (anzi, dovette necessariamente realizzarsi) solo in un mondo, come quello medioevale, fecondato in profondità, almeno sul piano culturale, da valori cristiani. In

quel mondo — dominato da una visione teologica e filosofica che rifiuta tanto le soluzioni metafisiche a tipo monistico (materialistico o animistico che sia), quanto le soluzioni metafisiche a tipo dualistico (sia a radice platonica che a radice manichea) — complessità come quella che si rinviene nel concetto di *directum* apparivano del tutto corrispondenti ad una realistica e completa intelligenza del mondo visibile e di quello invisibile: basti pensare agli abituali schemi del tipo forma e sostanza, potenza e atto, anima e corpo, natura umana e natura divina nell'unica persona del Cristo, e così via.

In questo universo mentale, concepire il diritto come un sinolo di essere (l'assetto concreto della società, la storia dei rapporti esistenziali) e di dover essere (il *dirigere* ispirato all'ideale del *rectum*, che trascende infinitamente, senza separarsene dualisticamente, l'assetto concreto e la storia) era il modo più vero, più adeguato, per conoscere l'essenza stessa del diritto.

Il mondo culturale postmedioevale, e specialmente quello dei due ultimi secoli della civiltà occidentale, si è trovato impegnato, per diversissime vie, ad un identico fine (per quanto qui ci preme di mettere in luce): al fine, cioè, di risolvere in concezioni sostanzialmente monistiche (fossero queste di marca empirista, o di marca materialista, o di marca positivista, o di marca idealista, o di marca esistenzialista, o di marca storicista, o di marca realista, e così via, non importa) ogni visione generale del reale.

Era fatale che lo spirito di questo mondo culturale più recente si rivelasse a pieno anche per ciò che attiene alla concezione del diritto. Talché, il diritto appare oggi, se ci è consentita la non bella metafora, come una specie di molecola concettuale particolarmente instabile, proprio a causa della complessità di valori che originariamente sintetizzava e che, ciò è importante, ancor oggi, per molti, racchiude.

Abbiamo già rilevato come il permanere attuale del termine diritto, per rappresentare una realtà che per semplicità (e non spaventandoci della tautologia) chiamiamo giuridica, è già di per sé solo indizio serio del permanere sostanziale del complesso di

valori più volte richiamati. Per di più, abbiamo mostrato come si possa predicare correttamente, ancor oggi, quel complesso di valori in termini di ordine.

Ma, dicevamo, le vicende culturali degli ultimi secoli hanno determinato una estrema instabilità della molecola concettuale diritto. E dovunque è possibile cogliere la tendenza a ridurre il concetto di diritto o al mero fatto o (ma oggi è tendenza passata di moda) all'idea pura di norma. Il difficile equilibrio di valori che sembrò in passato (e sembra, a me almeno, ma certo a molti altri) necessario, e anzi del tutto naturale, per rappresentarsi con realistica pienezza i fenomeni giuridici, difficile equilibrio che si simboleggiò nella parola stessa: diritto, appare a molti un ibrido, un *quid* di impuro, che occorre ridurre a purezza, disintegrandolo.

Ecco, in sintesi, le enormi difficoltà pratiche di cui abbiamo parlato, allorché ci siamo posti la domanda se era possibile, oggi, tradurre l'intero contenuto radicale del termine diritto in una concezione non unilaterale e mutila. Queste difficoltà, in sostanza, nascono dal rifiuto che gran parte del mondo culturale attuale oppone al mondo culturale passato che generò il termine diritto. E non saranno certo le solitarie riflessioni d'uno come me, che crede ancora alla dialettica metafisica dell'uomo che, per dirla con Pascal, sorpassa infinitamente l'uomo, e quindi di un diritto inteso come storia che sorpassa infinitamente la storia (nell'idea di dover essere, implicita nella dimensione totalmente umana, e perciò esclusa da una dimensione t o t a l m e n t e disumana — « cosizzante » l'uomo, per così dire: ma questo sarebbe un lungo discorso che non posso né voglio far qui — del diritto), non saranno certo, dico, le mie riflessioni ad impedire il tramonto — se tramonto deve esserci — del concetto di diritto che si è cercato di cogliere.

Quel che è certo, credo, è che questo tramonto, a dispetto di tutti i monismi aggressivi, non si è ancora consumato: non per nulla, insisto, continuiamo ad usare la parola diritto.

Del resto, si tratterebbe davvero di un melanconico tramon-

to. Un trionfo delle vedute monistiche, d'ogni tipo, sarebbe il trionfo d'una cultura che opta per l'uomo ad una dimensione; il trionfo d'una cultura che delibera di rinunziare a quella speranza (non soffocabile al fondo del cuore umano) che è rappresentata da una interpretazione sacrale della storia umana, e del diritto.

Interpretazione sacrale del diritto, ho detto; ed aggiungo — dato che queste riflessioni sono nate, nella forma presente, come « momento » di un mio lungo discorso con uno studioso che ha illuminato il senso del processo civile — interpretazione sacrale del processo: del fenomeno giuridico, cioè, in cui gli schemi cadono, e resta l'uomo, fragile e immortale.

Togliete la dialettica metafisica al diritto; disintegratene la molecola complessa (e apparentemente contraddittoria, come è complesso e contraddittorio l'uomo stesso, *ni ange ni bête*: ancora Pascal); razionalizzatene (ma c'è niente di più astratto e antistorico di certa « ragione »?) il concetto. Bene (o meglio: male). Ma chi ci garantirà che non si ricadrà, così, in uno di quei patetici paradossi, in uno di quei tragici paradossi che abbiamo già sperimentato? Si pensi, per esempio, all'alto errore del giusnaturalismo classico, che sfocia — partendo dalla unilaterale considerazione dell'ideale — in un razionalismo negatore della storia, che poi fa da matrice al positivismo. Si pensi alla singolare fortuna (sfortuna) della scuola storica tedesca che — partendo dalla riduzione integrale del diritto a fatto storico in senso empirico — finisce per costruire la sua rigida, astorica cattedrale pandettistica. Si pensi (ed è vicenda che abbiamo sofferto amaramente nella nostra generazione) all'incredibile avventura della « dottrina pura del diritto », che — pensata per conferire autonomia alla scienza giuridica, liberandola dal rischio d'esser contaminata dall'impurità delle ideologie — finisce per costituire la più perfetta espressione della forma vuota del comando in cui può correttamente calarsi ogni ideologia, anche la più brutale, anche quella che perseguitò il Kelsen. Si pensi, infine, ed è anche questa esperienza attuale e cocente, al tremendo cammino

della concezione marxista del diritto, che — partendo dal proposito della valorizzazione esclusiva del concreto atteggiarsi dei rapporti socio-economici — sbocca nel rigido e feroce schema formale della « legalità socialista ».

Anche se tramonto deve esserci, ci si lasci ripetere il vecchio detto scolastico: *bonum ex integra causa, malum ex quocumque defectu.* Ogni razionalizzazione monistica del concetto di diritto è un *defectus* che genera *malum.* Accettare l'*integra causa* del diritto, con tutto quello che ha di misterioso, di carico di tensione concretamente storica, è certo un atto di umiltà intellettuale: significa, infatti, ammettere un immenso margine di incomprensibile, di irrazionalizzabile. E, forse, questa umiltà intellettuale (e non solo, né principalmente, intellettuale) è la vera purezza, anche del diritto. Ed è, corrispondentemente, forse, il vero presupposto per una autentica scienza — umana — del diritto. Chi rilegga — faccio un solo esempio, ma significativo — oggi, la famosa sintesi che il Kelsen scrisse nel 1934 (nel 1934, si badi, quando in Germania si stava già imponendo il barbaro ditterio *quod Hitlerio placuit legis habet vigorem*) non può non restare stupefatto di fronte ad un'ostinazione, cieca alla realtà umana, cieca alla storia, e solo sollecita di una presunta scientificità pura.

Il vero è che non vi è nulla di meno « puro » (cioè, di più concretamente dilacerato in una vitale tensione) del diritto, e dell'uomo. Né vi è scienza del diritto se ciò viene disconosciuto.

Accettare questo è, per me, il presupposto per quel « nascere di nuovo » di cui parlavo in principio, e senza il quale è impossibile vedere.

Bernardo Albanese

[062]

NUOVI ASPETTI DELLA LOTTA POLITICO-SINDACALE E RIFLESSI SULLA CONCEZIONE DEL DIRITTO

La contestazione in atto (« parlasia deploratoria » l'avrebbe chiamata D'Annunzio, chiedendo in prestito a Jacopone e a Dante — Inf. XX, 16 — un'antica parola) deve essere considerata con attenzione dal giurista. Egli, se è naturalmente un giurista libero, cioè semplicemente un giurista, è la vera, sconosciuta vittima del permanente disordine, perché, come la Sibilla, vede perdersi al vento la sua sentenza. La sua opera rassomiglia a quella di un geometra pazzo che si ostini a fissare l'*aequor* tra la furia dei cavalloni. E in effetti questa è la sua divina follia: vedere la calma del mare negli scatenati elementi.

Immagini a parte, la presente contestazione che investe tutti i settori della vita associata, scuola, foro, magistratura, lavoro, chiesa e perfino il manicomio, è, nonostante le forme spesso farsesche, sempre pittoresche, un momento ricorrente della lotta per la determinazione dell'essere, se si vuole accettare la formula, e più che la formula il concetto, che abbiamo espresso nel primo articolo di questo stesso quaderno; comunque della lotta per il diritto contro il diritto. Per questo il giurista, se come uomo può trovarsi in stato di smarrimento, o anche di ira e di sdegno, non può restare estraneo agli eventi, come l'offeso custode di una verità assoluta, ma deve considerarli nella storia, e quindi nel diritto. Solo chi identifichi il diritto col parto di una assemblea legislativa può accogliere questa baraonda con un'alzata di spalle: ma se non altro alcuni aspetti del diritto del lavoro e del diritto sindacale dimostrano l'angustia di una simile posizione mentale. Il giurista degno del nome deve essere sempre pronto a dire come

Goethe dopo la battaglia di Valmy: oggi da questo luogo comincia una novella storia.

Per questo io penso che, nell'attesa di vedere se queste grandi parole si debbano dire, sia conveniente documentare il futuro: cioè vedere nei fatti come si articoli la lotta, quali nuovi schieramenti si vadano formando, che cosa comporti in concreto questo singolare verbo contestare, che paradossalmente è stato fatto diventare intransitivo, privandolo del suo oggetto.

Mi trovo nella fortunata condizione di essere in possesso di non pochi dati raccolti nella quotidiana esperienza da enti profondamente impegnati nella lotta sindacale, e quindi interessati alla verità della situazione. Riferirò quel che so. Farò seguire alla obbiettiva esposizione le considerazioni che se ne devono trarre in ordine al problema generale del diritto.

I

Gli aspetti della lotta

Si deve partire dal dato di fatto che la pressione sindacale ha avuto negli ultimi anni manifestazioni imponenti, che per altro, nonostante gli acuti stati di tensione, giustificabili in relazione agli interessi in gioco (basta pensare alla riforma della previdenza sociale e all'aumento generale delle pensioni) si sono mantenuti in un quadro economico-sindacale definibile come « normale ». Le parti interessate non hanno tuttavia mancato di notare che in certe occasioni la normale dialettica ha subito inusitate deviazioni e turbamenti, che sembravano sfuggire al loro dominio, e che ben presto apparvero determinate da elementi soggettivi « estranei ». Non può sfuggire a nessuno l'importanza di questa qualificazione, che ovviamente presuppone una organizzazione sindacale definita e riconosciuta come legittima, con tutte le sue connessioni ed implicazioni politiche, un processo insomma, o se si vuole una guerra, tradizionalmente regolato almeno sotto il profilo importantissimo delle legittimazioni. Questi elementi sog-

gettivi erano e sono costituiti dalla presenza di gruppi organizzati di orientamento estremistico, che agendo dal di fuori e talora dall'interno delle aziende si sono dimostrati capaci, in occasione di alcuni scioperi o agitazioni sindacali, di esautorare le tradizionali rappresentanze sindacali, le loro direzioni periferiche, aziendali o territoriali, e comunque di influenzarne seriamente le scelte, le tattiche, gli orientamenti. Con la pronta intuizione del linguaggio, questi autentici « non addetti ai lavori » sono stati indicati come la « nuova sinistra ».

Per mettere storicamente a fuoco questo fenomeno, bisogna tenere presente che i gruppi minoritari ultrasinistri sono sempre esistiti ai margini del tradizionale movimento operaio, nelle sue componenti politiche e sindacali. Vi erano, o vi erano stati, i superstiti nuclei di vecchi anarchici, scarsamente influenti e localizzati in pochi centri toscani o romagnoli, di interesse poco men che folcloristico, tanto che a un certo momento furono paradossalmente accolti in seno alla CGIL, conservando una innocua autonomia. Un'altra corrente minoritaria estremista fu quella dei c. d. trotzkisti, la cui attività si limitava per altro a disquisizioni teoriche e a pubblicazioni propagandistiche. Negli anni più recenti — e in relazione alla crisi del comunismo provocata dai fatti d'Ungheria del 1956 — si determinarono, sempre con tendenze sinistrorse, correnti revisionistiche, vagamente intellettuali, che non tardarono a loro volta a farsi assorbire dal PSU o dal PSIUP. In collegamento infine con la crisi del movimento comunista internazionale derivante dal conflitto tra la Cina e l'URSS e col fenomeno del castrismo si sono formate nuove correnti di dissidenti, ora « cinesi », ora « castriste », con una certa influenza in ambienti giovanili e politicizzati: questa dissidenza per altro rimase anch'essa ai margini dell'attività politica e sindacale, né poté incrinare in alcun modo la compattezza del partito comunista e della CGIL, poiché questi riuscirono ad assorbire agevolmente i contraccolpi della crisi mondiale della loro ideologia.

Che a questo permanente filone di sinistrismo, o meglio ultrasinistrismo, possa ricondursi l'odierna situazione, credo si pos-

sa ammettere senz'altro. Ma ciò che costituisce un *novum*, e introduce una profonda eversione nei termini tradizionali, soggettivi e oggettivi, della lotta politica e sindacale, è l'occasione che l'ha determinata, e cioè la esplosione delle agitazioni studentesche tra il 1967 e 1968.

Questa agitazione studentesca (la qualifica è del tutto convenzionale, ma ciò non ha importanza, o ne ha sotto altri riflessi) si presentò fin dagli inizi con istanze di dissidenza nei confronti del partito comunista e dell'organizzazione sindacale da esso controllata, e in breve volgere di tempo, assorbendo i militanti più attivi dei gruppi minoritari situati « alla sinistra del partito comunista » fu in grado di crearsi da sola, con la stessa propria crescita, una organizzazione autonoma. Fu ed è questo il c. d. « movimento studentesco ».

Questo movimento deve essere attentamente studiato, perché si presenta gravido di avvenire.

* * *

Vediamo anzitutto come stanno le cose dal punto di vista organizzativo. La composizione numerica, come si è accennato, è data dal confluire iniziale nel movimento di larghe masse di giovani, autoqualificantisi studenti universitari. Da queste masse emersero rapidamente i dirigenti, che furono o esponenti dei vecchi gruppi minoritari, dotati di preparazione teorica, o elementi giovanili che avevano militato nelle organizzazioni comuniste, e da cui erano stati espulsi per « estremismo », o anche giovani di orientamento « cattolico di sinistra » che si erano distinti in precedenti lotte e occupazioni universitarie.

Articolato negli atenei e nelle facoltà più avanzate (interessante notare come le facoltà di giurisprudenza si tennero generalmente estranee, anche se furono spesso « occupate ») il Movimento studentesco rinnegava le vane dispute teoriche dei precedenti gruppi universitari, impostando una tematica propria, che

ambiva a realizzare una « linea di massa di nuova sinistra » non solo tra gli studenti ma tra i lavoratori.

Questa estensione è ovviamente molto importante, perché dimostra la convenzionalità dei termini alla quale abbiamo sopra accennato. Le forze che si raccolgono sotto i nomi di studenti e di operai ben poco hanno a che vedere con queste categorie, il che del resto è normale nella storia. Si tratta di forze naturalmente eversive, che strumentalizzano le categorie come punti di appoggio o di manovra. Questo è tanto vero che accanto al Movimento studentesco si è posto un altro autonomo movimento chiamato Potere operaio, diretto da un nucleo agguerrito di universitari e operai, che ha iniziato per proprio conto un'azione politica e sindacale sia tra gli studenti che tra gli operai.

Tale la situazione soggettiva e organizzativa. Ma assai più importante è l'analisi della tematica che il Movimento studentesco ha portato avanti, e delle sue implicazioni nel quadro politico, economico, sociale e culturale. L'analisi va condotta su due piani: quello teorico, cioè delle premesse da cui parte per tentare di elaborare, sui problemi sindacali, posizioni proprie, autonome e originali rispetto ai sindacati tradizionali; e quello pratico, cioè degli atteggiamenti concreti che esso è andato assumendo e attuando nel tentativo di collegarsi direttamente con i lavoratori, in implicita ed esplicita polemica con le organizzazioni sindacali.

A) Ecco, sul piano teorico, lo svolgimento logico dell'assunto del movimento:

a) La grave crisi della scuola italiana non è un fatto interno, tecnico, ma il prodotto della più vasta crisi della società, e viceversa. Non si può dunque cambiare la scuola senza cambiare la società. Il mutamento rivoluzionario della società passa per un mutamento rivoluzionario della scuola, e viceversa.

b) Rivelandosi inadeguata e incoerente sia rispetto alle esigenze degli studenti in quanto tali, sia a quelle poste da una società in sviluppo, tecnologicamente avanzata come quella italiana attuale, la scuola è oggi uno degli « anelli più deboli » del-

l'organizzazione sociale italiana: iniziando e sviluppando « qui e ora », nella scuola, la lotta di massa, è possibile estendere questa lotta altrove, e prima di tutto nelle fabbriche.

c) Il carattere di questa lotta di massa non può essere che quello della « contestazione globale e permanente di tutto il sistema »: in primo piano vanno dunque poste le parole d'ordine del « rifiuto », della « rivolta », della « negazione », della condanna di ogni manovra « riformistica » che tenda a risolvere i problemi dall'interno del sistema dato: in realtà il riformismo « ammoderna » — e dunque rende di volta in volta accettabile — il sistema, che invece va distrutto e ricostruito secondo criteri rivoluzionari.

d) Le vecchie « ideologie » non servono più: ciò che conta è la lotta di massa, in quanto capace di creare di continuo momenti di unificazione politica e di sistemazione teorica, non sulla base di principi astratti e di elaborazioni e direttive di istituzioni e di capi carismatici, ma di concrete verifiche pratiche. Va da sé che questa critica e questa negazione dell'« ideologia » si rivolge prima di tutto, oggettivamente, contro l'ideologia della sinistra tradizionale italiana: contro il « revisionismo socialdemocratico e collaborazionista del PSU »; contro il « marxismo sclerotizzato e parlamentaristico » del PCI; contro il « velleitarismo eclettico » del PSIUP, ecc.

e) Ogni tentativo di « mediazione » dei partiti — e in particolare quello che si realizza attraverso gli istituti indotti dall'attuale sistema, in primo luogo il Parlamento — va respinto: il « Movimento Studentesco » deve conquistarsi una propria dimensione politica autonoma, originale e nuova, una linea capace di egemonizzare essa stessa, senza mediazioni di sorta, l'insieme delle proteste contro le attuali strutture del potere politico, economico, culturale, sfuggendo così al pericolo di essere subordinata alla strategia e alla tattica dei partiti e delle istituzioni, con il rischio di essere più o meno stabilmente strumentalizzata.

f) Da soli, gli studenti non potrebbero realizzare gli obiettivi loro propri, specifici, e tanto meno quelli più generali dell'intera società: di qui la necessità di un collegamento ampio, permanente, dinamico con tutte le forze che sono interessate ad un mutamento radicale e rivoluzionario, in primo luogo con la classe operaia. Solo a queste condizioni diventa possibile l'organizzazione di uno scontro generalizzato al livello delle strutture di potere, che investa il sistema nel suo complesso e in ognuna delle sue articolazioni.

Sia detto tra parentesi, basta riflettere su quest'ultimo punto per rendersi conto quanto sia errato il luogo comune — purtroppo largamente diffuso da osservatori superficiali e affrettati, — secondo cui il « Movimento Studentesco » italiano (allo stesso modo dei movimenti consimili sviluppatisi nei paesi americani e dell'Europa occidentale) si ispirerebbe alle teorie di Herbert Marcuse. Il filosofo tedesco americano, al contrario, parte dall'idea che proprio gli strati sociali (compresa la classe operaia) cui si richiama più insistentemente il « Movimento Studentesco » italiano quali possibili artefici della « rivoluzione », sono gli strati più « integrati » nell'attuale sistema e quindi inutilizzabili ai fini del suo rovesciamento.

B) Ed ecco, sul piano pratico, le implicazioni degli assunti ora descritti, specie con riferimento alle questioni sindacali propriamente dette:

a) Prima di tutto, il collegamento che il « Movimento Studentesco » cerca con la classe operaia non deve avvenire mediante « incontri verticistici di pochi burocrati sindacali con altrettanti burocrati di indifferenziate e non qualificate organizzazioni studentesche », né mediante « accordi tattici tra i ' migliori ' studenti e i ' migliori ' operai », bensì attraverso « il legame diretto fra tutti gli studenti e tutti gli operai, al livello delle lotte di massa che gli uni e gli altri sono chiamati a condurre all'unisono ».

b) Ne consegue che i militanti del « Movimento Studentesco » debbono muoversi automaticamente, con proprie iniziative, al fine di realizzare tale « legame diretto », saltando il sindacato e i suoi organi rappresentativi, non necessariamente e sempre in polemica con essi quando si mostrino disposti nella direzione di una « contestazione permanente » del sistema in quanto tale, ma anche contro di essi nella misura in cui rifiutino questa linea e adottino quella tradizionale.

c) È evidente che lo « scontro » con il sindacato diventa a questo punto quasi sempre inevitabile: per definizione, infatti, il sindacato deve cercare il compromesso e l'accordo, firmare contratti, dialogare con la controparte, vincolarvisi, con tutti gli impegni che ne derivano. Tutto ciò viene definito dal « Movimento Studentesco » come « tatticismo riformista », « burocratismo », in definitiva « passiva accettazione delle leggi del sistema ».

* * *

Non può sfuggire a nessuno che queste implicazioni pratiche, ma sopra tutto l'opposizione o, per restare nei termini, la contestazione del sindacato costituisca il dato storico più rilevante, l'autentica novità nella prospettiva non solo politica, ma giuridica. Qualunque sia il giudizio che si voglia dare del fenomeno (ma io credo che la storia si sottragga ad ogni giudizio nel senso volgare del termine, perché è essa stessa giudizio), una cosa è certa, che esso rivela la crisi profonda del sindacato tradizionale e della sua « rappresentanza ». Che di questa crisi le organizzazioni sindacali abbiano la consapevolezza è indubbio; come cerchino disperatamente di riparare ad essa non ha importanza, dal nostro punto di vista. Il famoso timore di essere « scavalcati a sinistra » è la nota dominante della vita sindacale come della vita politica, e il timore è sintomo infallibile di debolezza.

Quel che invece è della massima importanza per il giurista è notare le forme specifiche degli interventi extra-sindacali della nuova sinistra, che naturalmente sono le più varie e le meno

preordinate, ma di cui si possono individuare alcuni caratteristici e ricorrenti tipi, quasi parole d'ordine per la futura azione. Da quel che nel fatto è avvenuto si possono senza errore fissare le seguenti tattiche di azione:

a) Esasperare i contrasti oggettivi tra le parti, specie quando le vertenze riguardano problemi delicati e complicati come quelli della riorganizzazione aziendale, con conseguenti ridimensionamenti, spostamenti, trasferimenti di personale; introduzione di nuovi sistemi di classificazione, di cottimo, di assegnazione del macchinario, di turni di lavoro, ecc., che sensibilizzano l'insieme dei dipendenti. Gli studenti riescono allora a stabilire un contatto più o meno diretto ed efficiente, più o meno persistente, ma sempre di qualche efficacia, con i lavoratori in agitazione.

b) Spingere i lavoratori ad azioni frontali, di forza, prive di prospettive concrete a breve termine, anche scavalcando le direttive dei sindacati, anche provocando lo scontro diretto, di piazza, con i non-scioperanti e con le forze dell'ordine. La funzione del cosiddetto « picchettaggio » davanti alla fabbrica in agitazione o in sciopero si trasforma allora in una privilegiata occasione di disordini, di scontri di strada, dell'« occupazione » temporanea della fabbrica stessa, ecc. Si tende così a creare situazioni di tensione più generale, che superino l'orizzonte relativamente limitato della vertenza e della lotta sindacale e che determinino « fatti politici » di più grande risonanza, evidenza ed emotività. Un'altra occasione di intervento clamoroso può essere offerta dal « comizio sindacale » durante gli scioperi e le agitazioni: al termine di esso si organizzano cortei non autorizzati, o cortei che deviano scientemente dai percorsi « concordati » con le autorità responsabili dell'ordine pubblico, ecc. Viene così raggiunto uno degli obiettivi più importanti e permanenti dei gruppi di « nuova sinistra » inseritisi nella manifestazione: porre in evidenza il cosiddetto « momento repressivo » nei conflitti di lavoro.

L'immagine dei tutori dell'ordine pubblico che agiscono per ristabilire una situazione di normalità viene allora presentata come l'immagine plastica della violenza insita nel « sistema », cui bisogna reagire con altrettanta violenza. La parola d'ordine « No alla repressione », che ha dominato le manifestazioni studentesche della primavera 1968 — e che intendeva far risaltare non solo e non tanto la « violenza fisica » quanto « il carattere permanentemente e organicamente violento dell'attuale assetto economico, politico e sociale » — viene agitata sistematicamente anche nelle manifestazioni operaie, al fine di indurre i lavoratori a reagire con i mezzi tipici della « rivolta di strada ».

c) Condizionare le piattaforme rivendicative contrattuali elaborate dai sindacati — specie a livello aziendale o settoriale — e comunque il loro atteggiamento nel corso delle trattative, per costringerli a giocare continuamente al rialzo. Qui l'intervento « extra-sindacale » diventa più articolato: si utilizza la diffusione tra gli operai interessati di giornaletti e volantini per « denunciare l'arrendevolezza » dei dirigenti sindacali, la loro « rinuncia » a « sviluppare coerentemente fino in fondo le rivendicazioni particolari », caricandole di contenuti « più avanzati », esasperandone la portata, moltiplicandole senza tregua, quantizzandole in modo da renderle praticamente inaccoglibili.

d) Dimostrare, al termine della vertenza, da una parte la pretesa insufficienza e la precarietà dei risultati conseguiti; e dall'altra parte la « carenza congenita, l'incapacità tattica e strategica delle attuali organizzazioni sindacali ». Ciò allo scopo di creare o di accentuare disagio, delusione, malcontento tra i lavoratori, nei confronti degli imprenditori e delle loro organizzazioni rappresentative in campo sindacale, dei pubblici poteri, degli stessi organi di rappresentanza operaia: il « sistema » nel suo complesso.

e) Anche nei confronti degli organismi di fabbrica (commissioni interne, ecc.) la polemica è forte e insistente: tali or-

ganismi sarebbero inefficienti se non inutili, o addirittura « al servizio del padrone ». Emerge qui, concretizzata al livello delle rappresentanze operaie tradizionali nei luoghi di lavoro, la critica distruttiva che la « nuova sinistra » rivolge a qualsiasi tipo di « rappresentanza delegata » di interessi determinati e l'esaltazione invece della « democrazia diretta », dell'« assemblea permanente e sovrana », delle rappresentanze *ad hoc* revocabili in qualsiasi momento, dei « portavoce » che, in luogo di organismi dirigenti esecutivi, possano venire revocati in qualsiasi momento, quando il problema per cui sono sorti è stato superato.

* * *

Giunti a questo punto, la completezza dell'indagine richiederebbe che si desse uno sguardo alle conseguenze di questa azione della nuova sinistra, del successo o dell'insuccesso che ha avuto: elementi importanti, se si trattasse di scrivere la storia di oggi. Ma questa poco ci interessa: questi sono documenti che noi raccogliamo per la storia di domani (per il diritto di domani). E non saremo certo noi a scriverla.

Un dato che si può segnare è che il movimento del quale parliamo tende a rafforzarsi in diretto rapporto col rinnovamento naturale della massa studentesca od operaia. Le recenti agitazioni hanno messo in evidenza l'aumento della partecipazione alle agitazioni dei giovani in posizione di punta: e, quel che più rileva, in posizione critica dell'organizzazione sindacale di qualunque tendenza (e quindi delle corrispondenti organizzazioni politiche), con una maggior radicalizzazione (scomposta e irrazionale, perché priva di una efficiente mediazione) di posizioni personali o di gruppo.

Non è del resto un mistero per nessuno la diminuzione degli iscritti ai sindacati. I quali naturalmente si trovano nelle condizioni di dover correre ai ripari di fronte a questa non certo desiderata attività pratica dei gruppi della nuova sinistra. Sarebbe troppo lungo, e non pertinente, anche se interessante, seguire

gli ondosi moti delle varie reazioni. Basti, per quel che occorre, dire, e del resto sono cose abbastanza note, che la difesa si alterna su due opposte posizioni: quella della più o meno ipocrita solidarietà, e quella altrettanto equivoca della dissociazione. Ma l'ipocrisia e l'equivoco non sono una semplice tattica: essi riflettono l'interna contraddizione che ormai travaglia i sindacati e i partiti, sopra tutto la CGIL e il partito comunista, nelle sue varie correnti. Del resto la nuova sinistra, che mira a inserirsi sempre più intensamente nel gioco delle parti, li ricambia di uguale moneta. Quella che, a nostro avviso, conta è la ferma volontà eversiva del Movimento Studentesco, che respinge nel modo più fermo l'impostazione del partito comunista e della CGIL di conservare una reciproca autonomia, cioè di confinare il Movimento in una sua (limitata) autonomia di azione. Dichiaratamente si qualifica questo come un tentativo di subordinare il Movimento Studentesco alle forze politiche e sindacali tradizionali della sinistra: e si oppone la necessità urgente di unificare le lotte operaie e studentesche, di non rinchiudersi, per il Movimento Studentesco, nell'Università per condurre battaglie di tipo corporativo, ma di aprirsi verso il movimento operaio, mobilitando la base operaia delle grandi fabbriche.

II

Il fenomeno del diritto sindacale

Il discorso, con questa osservazione, sembra finito, e verrebbe voglia di dire che lo proseguirà la storia. Il guaio è che la storia non ha futuro, è un eterno presente, anzi è l'eternità del presente. E allora non possiamo esimerci dall'inserirci nel discorso, se non altro per trarre la morale della favola, che poi è un modo di storicizzarla.

Naturalmente, un inserimento di questo genere non può essere fatto che per (relativamente) piccoli settori. Ed io scelgo quelli che in questo momento più mi stanno a cuore, per i quali,

si può dire, è sorta l'idea stessa dei *Quaderni.* Sono la reazione della storia sulle costruzioni giuridiche e la posizione del giurista di fronte alla storia. Cose immense, ma alle quali darò in questa sede dimensioni microscopiche, riferendole ad alcuni scritti che mi tornano alla memoria, e che mi servono come pietra di paragone. Qualche cosa come appunti per future più vaste meditazioni.

Dunque, la descrizione del fenomeno eversivo della c. d. nuova sinistra, cioè del Movimento Studentesco e del congiunto Potere operaio, mi ha fatto venire alla mente quel grande e arduo capitolo della scienza giuridica che si riassume nel nome di diritto sindacale. Sono totalmente ignorante della materia, ma ho letto qualche libro e qualche articolo, e uno di questi mi è tornato alla mente, anche perché è opera di un giovane amico, Tarello (*Teorie e ideologie del diritto sindacale*, Milano, 1967). Non intendo fare una recensione dell'opera, anche perché con severa competenza l'ha fatta nella *Trimestrale* il Treu (1968, pagg. 1626 e sgg.), ma voglio considerare il volumetto al lume della esperienza in corso, e quindi sotto un profilo necessariamente metodologico.

Il diritto sindacale è certo uno dei « fatti » o delle esperienze più importanti sul piano della speculazione giuridica. Si tratta di questo: che un intero settore della vita associata (o della vita tout-court) è sottratto alla regolamentazione legislativa, non nel senso banale in cui si riconosce ad es. la consuetudine come fonte di diritto, ma nel senso specifico che quel settore rifiuta la regolamentazione legislativa, determina i propri organi di produzione giuridica, che per altro nulla hanno a che fare con gli organi dello Stato, onde improprio è lo stesso termine di produzione giuridica, essendo quegli organi intrinsecamente rivoluzionari, strumenti di lotta formalmente sindacale, ma essenzialmente politica. Ci riferiamo naturalmente ai sindacati dei lavoratori, non ai sindacati dei datori di lavoro: questi coi primi non hanno nulla a che fare, tanto è vero che anche costituzionalmente è previsto il diritto di sciopero e non

quello di serrata, rappresentano il momento statico della proprietà, recitano, anche se nolenti, la parte della vittima. Che le cose stiano così, su un piano ineliminabile storico-politico, non è possibile dubitare. Il dubbio, e il problema, sorge per il giurista, che contempla quella realtà, e vuole e deve trovare in essa quell'altro momento non meno ineliminabile che è il diritto.

Ora, il libro di Tarello parte dalla curiosa constatazione che il diritto sindacale appare come un diritto di formazione prevalentemente extra legislativa (constatazione non sua soltanto, ma generale e diffusa, tanto è vero che si è tenuto perfino un congresso ispirato a questo argomento: v. *Rivista trimestrale*, 1968, pag. 1081 e sgg.), e polemicamente accenna a una certa ritrosia dei giuristi ad ammettere un simile scandalo. Tutto il libro anzi sembra ubbidire a questo leit-motiv, perché l'autore si propone appunto di studiare lo svolgimento del pensiero giuridico intorno al diritto sindacale dopo la Costituzione, dividendone il corso in due parti, o in due periodi all'ingrosso decennali, di cui il primo sarebbe caratterizzato da una specie di ricezione del diritto sindacale nei vasi concettuali tradizionali, l'altro dallo studio del diritto vivente, con l'attribuzione al primo di assunti o pregiudiziali ideologici, in vista di particolari effetti pratici (pag. 31).

Non so se l'amico Tarello si sia reso conto della gravità di questa affermazione, che, se ci fosse un tribunale dei giuristi, lo porterebbe difilato sul banco degli imputati: e denunciante (per diffamazione) sarebbe Santoro Passarelli, che potrebbe invocare a sostegno della sua accusa una incredibile nota 30, dove si dice che l'interesse collettivo configurato dal Santoro senza alcun sostegno legislativo funzionerebbe « come elemento primitivo di una costruzione dottrinale che tende a sovrapporsi alla disciplina legale e a piegarla a finalità perseguite dalla dottrina ». Santoro non ha bisogno della mia difesa, né del resto io accetterei di difenderlo, perché in dottrina non ci sono né accuse né difese; mi sembra però che il suo tentativo di « trovare » il diritto sindacale negli schemi del diritto privato, abbia una note-

vole importanza e costituisca non un ridimensionamento del diritto sindacale, ma una dimostrazione della forza espansiva del diritto privato, una autentica rivelazione del suo significato ideologico, se vogliamo usare questa abusata parola, riferendola però alla sola ideologia possibile per il diritto, che è il diritto stesso. Di questo avremo occasione di riparlare tra breve, e di proposito. Per mio conto, dirò che se un vizio c'è nella privatizzazione del diritto sindacale è nel mancato superamento della distinzione tra diritto privato e pubblico. Per esempio, piuttosto che un interesse collettivo io vedrei nel fenomeno sindacale una tutela collettiva dell'interesse individuale, formula più concreta e più densa di realistici, direi gravi significati, e che certo non trova nel diritto privato termini di comparazione, ma non varca nemmeno la soglia del diritto pubblico. Comunque è certo, ed è noto, che la concezione privatistica è quella che paradossalmente è più gradita ai sindacati, che si sentono per essa tutelati contro la legge (cioè le limitazioni che il diritto pubblico impone), contro la stessa Costituzione, di cui non hanno nessuna voglia certo di chiedere la realizzazione, per la parte che li riguarda (art. 39).

Di fronte a questa realtà veramente non si capisce come possa sorgere il problema teorico della formazione extralegislativa del diritto sindacale, che poi è un problema che non esiste per nessun diritto, salvo per chi identifichi il diritto con la legge in senso formale, ma sarebbe questi più che un ritardatario, un ritardato mentale, come oggi si dice. Il vero, affascinante problema è quello di individuare l'affermarsi della esperienza sindacale come diritto, o meglio il porsi come « essere » di questo fatto intrinsecamente politico e politicamente eversivo che è la lotta sociale.

Non possiamo (anche per la nostra deplorevole incompetenza) che parlare per cenni. Ma diciamo subito che il problema non è nuovo: esso è anzi il problema che ogni giurista si pone, più o meno inconsapevolmente, perciò solo che studia i fenomeni *sub specie juris*. Quando ad es. ci si chiede che cosa è il sindacato, e si risponde che è un'associazione (cioè in generale

quando si incasellano i fenomeni dentro certi schemi giuridici preformati) si riconosce e si afferma il fatto come essere, e istintivamente lo si cerca e lo si trova in un modulo (una forma) che è come l'incarnazione astratta dell'essere. È un procedimento mentale costante, che compiono indifferentemente il teorico, il giudice, il legislatore, senza vincoli gerarchici: ed è un procedimento sotto tanti aspetti legittimo, che non ha nulla di ideologico nel sottofondo, perché è indubbio che l'essere ha in generale certe costanti, che non possono disconoscersi. Ma il punto è che, associazione o non associazione, la c. d. lotta di classe si articola nella espropriazione del singolo lavoratore, e nel trasferimento della sua azione a un ente che la gestisce per lui: e questo è diritto, essere, realtà, irregolabile perché è già regolato, perché quella riflessione che i giuristi credono loro monopolio l'azione se l'è già fatta per conto suo (tra parentesi, a me pare che la Costituzione, con quel pretenzioso art. 39 che tante discussioni ha sollevato, e solleva, faccia di fronte alla realtà soltanto una brutta figura). Ma l'affermarsi dell'essere (della lotta come essere) porta a una serie di conseguenze: apparenti conseguenze, perché in realtà sono elementi costitutivi dell'essere, sono il diritto. Se dovessi riassumere in una battuta o in uno slogan queste conseguenze direi che l'essere si rivolta contro chi lo ha posto, gli impedisce di non essere, lo condiziona nella sua azione. E così ad es. dovrà riconoscersi come organizzazione del mondo del lavoro, con tutto ciò che di statico, di obbligato una organizzazione comporta; dovrà rinunciare ai suoi fini intimi, profondi, eversivi, più semplicemente politici (tanto è vero che dietro ogni sindacato sta un partito, che è caratterizzato da quei fini) per limitarsi alla tutela dei lavoratori la cui azione ha espropriato; peggio ancora, poiché l'essere non è totalitario (col che si annullerebbe) deve riconoscere l'altro come essere, cioè il suo perenne contraddittore, che, ora come ora è il datore di lavoro, e la organizzazione che egli si dà; infine il contratto, collettivo quanto si vuole, ma contratto. S'intende che questo non è che lo scheletro dell'essere, se così si può dire: è l'esperienza che

volta a volta lo riveste della sua carne, ne determina l'azione (il famoso diritto vivente, in cui l'aggettivo è ovviamente di troppo), e così in particolare per quel che riguarda il contratto collettivo la sua coincidenza o divergenza dalla disciplina del contratto comune, la materia regolabile, il suo inserimento nell'organizzazione dello Stato, specie sotto il profilo della giurisdizione. Tutte cose che non ammettono determinazioni giuridiche a priori, salvo il condizionamento di cui abbiamo detto. E questo vale (concludendo così il discorso) per il famoso diritto di sciopero. Si è fatto e si fa un gran parlare, sotto la spinta delle varie ideologie, di questo costituzionale diritto, e si è criticato ad es. il riferimento di esso all'interesse professionale (v. *Quaderno* I, pag. 139). Ma questo riferimento è un necessario portato dalla sua giuridicizzazione, è il riflesso dell'essere, di tutto l'essere che è il c. d. diritto sindacale, che esclude la politica dall'organizzazione; che riconosce il rapporto di lavoro e quindi la bilateralità del rapporto, cioè praticamente il datore di lavoro (proprietario) e i suoi diritti, se si vuole i diritti e gli interessi che si assommano nell'impresa; che accetta la regolamentazione dello sciopero, e pertanto esclude quel che nega praticamente lo sciopero, cioè il c. d. sciopero bianco, sciopero a singhiozzo, a catena, sciopero politico, di simpatia etc.

Sono, come si vede, posizioni molto importanti, e che nelle recenti trattazioni che mi è capitato di vedere, specialmente intorno allo sciopero, non mi sono sembrate messe bene a fuoco. Ma neanche a farlo apposta, ecco che a darmi ragione (e quanto ragione) è giunto tutto quel po' po' di roba che ho descritto nella prima parte di questa indagine. La contestazione studentesca e operaia ha investito, nella sua globalità, particolarmente i sindacati, e i partiti che stanno dietro le loro spalle: così che non sono solo le mitre e corone che tremano, ma proprio le forze organizzate della politica e del lavoro, anche se fanno buon viso a cattivo gioco. E tremano perché sanno che è messo in discussione il loro essere, anzi l'essere in assoluto, il diritto. Non per nulla si sente dire che il partito comunista, i sindacati sono di-

ventati « conservatori ». Orbene il giurista guarda con interesse a queste manifestazioni di disordine: e l'interesse è dato da questo, che esse mettono a nudo la crisi dell'essere, che poi è crisi di « coscienza dell'essere ». Ma il problema è questo: dove il disordine (cioè il momento pregiuridico politico) finisce e diventa ordine, il non essere diventa essere? La domanda sembra ed è paradossale, perché non c'è dubbio che la piazza (cioè i contestatori) è la tipica negazione dell'essere, e non può rientrare in questo neppure attraverso la costituita anarchia. Eppure noi assistiamo a occupazioni di sedi universitarie, che per quanto carnevalesche, hanno interamente paralizzato la vita; assistiamo a una totale inazione di chi dovrebbe affermare l'essere (renderlo dover essere; praticamente ristabilire l'ordine), in prima linea la magistratura; assistiamo a un potere politico che asseconda o cerca di assecondare il disordine, con inverosimili offerte di riforma. Anzi un maligno suggeritore sembra divertirsi a spingere le cose fino all'estremo, ispirando e attuando in fatto il disarmo della polizia, come a dire la subordinazione dello Stato di fronte a chi lo vuole distruggere.

Non sono cose nuove: anzi sono sempre accadute nella storia, e solo se ne possono dolere quei falsi giuristi che le avevano giuridicizzate *ante literam*, con quel facile rivoluzionarismo di cui sono capaci solo i giuristi. Ma noi che attendiamo al nostro silenzioso compito, sia pur umanamente soffrendo, non ci meravigliamo di nulla, e solo ci troviamo nella necessità di spiegare tutte queste cose al lume del diritto, di quell'essere che abbiamo riconosciuto e nel quale ci siamo riconosciuti. La descrizione che or ora abbiamo fatto di un processo storico nel quale siamo integralmente impegnati ci può far credere che l'essere sia il negativo e viceversa, che il diritto sia ad es. l'occupazione dell'università, quella che sopra abbiamo chiamato la piazza; e il ministro, il magistrato, il rettore dell'università, l'organizzazione insomma siano il non essere.

Il dubbio è grave, per chi ci vive in mezzo, ma la soluzione è sicura ed è semplice. Si tratta in sostanza del ricorrente pro-

blema dei rapporti fra diritto e politica. Che questi rapporti, anzi questo rapporto, esista non è possibile negare, senza negare la storia. Quando noi parliamo di diritto come essere cogliamo e affermiamo il suo « eterno », come direbbe Dante (Purg., V, 106) e lo opponiamo a tutti i miserevoli tentativi di strumentalizzazione, anche se fatti da grandi e grossi nomi. Ma il diritto non è un'astrazione, è una realtà, anzi è la realtà che via via acquistano le forze confliggenti della storia, le forze politiche, come suol dirsi. Qualunque queste siano, se vogliano « essere », se vogliono uscire dalla parziarietà per assurgere all'universale, debbono giuridicizzarsi, aver cioè quel tanto di potenza o di prepotenza da soverchiare tutte le altre, e porsi come « il giusto ». Come questo avvenga è impossibile dire a priori (se fosse possibile cesserebbe la storia, e con essa il diritto stesso): si può solo accennare, ma ha un valore del tutto indicativo, che in genere si determinano congegni per cui il giusto sia il sentimento generale o prevalente di un determinato popolo in un determinato tempo, onde l'esatta intuizione del diritto come civiltà o cultura, e via dicendo. Ma quel che conta è che da quel che abbiamo rilevato risulta che non vi è contraddizione tra diritto e politica, anzi questa ne costituisce, per così dire, l'essenza (l'essere dell'essere), nel senso veramente fondamentale, e vorremmo dire, se la parola non si prestasse ad equivoci, sacro, che la politica deve, se vuole essere, giuridicizzarsi. Sarebbe veramente ridicolo dire, e quando lo si è detto è stato solo per la paura delle parole, che vi sia contraddizione od opposizione tra diritto e politica. La contraddizione è fra il diritto (cioè la forza politica giuridicizzata) e le istanze politiche non giuridicizzate, che aspirano ad esserlo, e quindi « contestano ». Ed è appena il caso di aggiungere che la giuridicità della politica si manifesta in quelle che noi chiamiamo convenzionalmente norme, e non solo e non tanto in queste, ma nelle persone che agiscono, e devono agire, quelle che non meno convenzionalmente chiamiamo organi.

Ora, l'esperienza di queste ultime e non esaurite vicende sta in ciò, che gli organi sono stati contestati nel loro complesso, e

la loro azione è stata paralizzata. Le leggi son, ma chi pon mano ad esse. Ecco il processo storico riassunto in un verso diventato popolare, ma di cui non si è penetrato il profondo senso. La paralisi è tale che il giurista è colto dal dubbio, come si è detto: ma a parte il dubbio, essa ci fa assistere al primo segno di quella famosa crisi del diritto per cui gli organi non operano, la pura e semplice inazione. *Sub specie juris* come la si qualifica? È chiaro: gli organi non realizzano la politica giuridicizzata, non fanno quello che devono, non vogliono fare quello che devono (e volontà e dovere sono una cosa sola) perché... per gli infiniti perché della storia, di cui i più comuni sono la paura, e il senso che altre forze politiche avanzano, e si sostituiranno alle presenti, giuridicizzandosi a loro volta, e riducendo le prime a uno stato nostalgico, che del resto è politico anch'esso. Tutto qui. E questo significa che bisogna stare a vedere, per chi è fuori della mischia. Ma il giurista è nella mischia. E allora, che cosa deve fare? Quale è il suo compito?

III

Il diritto e il compito del giurista.

Un fenomeno caratteristico del nostro tempo è quello del moltiplicarsi degli studi sulla funzione del giurista, sulla posizione del giurista di fronte alla società che si trasforma, sulla educazione del giurista, e via dicendo: studi che sono d'altra parte il riflesso di altri ripensamenti sul diritto in genere, voglio dire non di quel pensare che è officio proprio ed eterno del giurista, ma di quel ripensare occasionale, sotto la spinta dei più vari impulsi, e che in sostanza è un non pensare. Per questo io non dò un giudizio positivo dell'accennato fenomeno: esso mi appare un segno di incertezza, e all'insegna dell'incertezza considero nate le intrusioni sociologiche nella scienza del diritto, i neopositivismi, le analisi del linguaggio, le ricercate ideologie, di cui si riempiono la bocca e riempiono le pagine con facile e

oscura dottrina gli odierni cattedratici. È questo un discorso molto serio che i *Quaderni* dovranno riprendere di proposito, se non vorranno mancare al loro scopo: e si dovrà anche parlare per connessione dell'altro concomitante fenomeno delle traduzioni di nordici libri che hanno inondato il paese, contribuendo con la loro pseudo-scienza a corrompere un già in radice corruttibile pensiero.

Ora però dobbiamo accettare le cose come sono, e poiché abbiamo preso a registrare i fatti eversivi di cui abbiamo detto nelle pagine precedenti, e questi ci hanno naturalmente portati a chiarire i rapporti tra politica e diritto, è giocoforza che concludiamo il discorso, e prendiamo in esame questa ricorrente domanda della funzione o della posizione del giurista che tanti autori si pongono. Ho davanti alcuni di questi scritti, e direi che tutti sono dominati da una specie di terrore: quello di scoprire la povertà e l'inutilità del diritto di fronte alla scienza contemporanea e sopra tutto futura (l'uomo e la luna, per rubare il titolo di un bell'articolo di Cassandro nella *Nuova Antologia*), e non solo di fronte alla scienza, ma alla ferinità dei tempi, per la quale il diritto non sembra oggi molto lontano da quello che era per i bravi il latino di Don Abbondio.

Gli scrittori di cui parliamo sono delle più varie tendenze, sul piano filosofico, politico, religioso etc.: ma nell'assegnazione di specifici compiti al giurista si può rilevare una nota comune, ed è quella di escludere che egli debba restare confinato in quella (più o meno mitica) esegesi delle norme, che lo estranierebbe dalla corrente impetuosa della vita. La società si trasforma, e il giurista deve partecipare a questa trasformazione; la civiltà tecnologica soverchia la tradizionale bonaria civiltà nella quale il diritto si era formato, e che si esprimeva nel diritto, e il giurista non può non prenderne atto e dire la sua nuova parola. Ma quale? Si risponde (v. ad es. i lucidi scritti del Cotta) che il giurista deve essere il tecnico di questa imponente trasformazione, nel senso che deve fornire ad essa gli strumenti operativi (normativi), e fin qui poco male: ma si aggiunge che in questa

rivoluzione pacifica e pacificamente sovvertitrice egli deve anche svolgere una funzione politica, deve cioè salvare certi valori che genericamente si chiamano umani, e che sono valori immanenti della società e dell'individuo (il « ricupero umanistico »). D'altra parte, si osserva (v. specialmente Scarpelli, in « Riv. Dir. Proc. », 1968, pag. 4) che nella società industriale si formano centri di potere che determinano un progressivo condizionamento artificiale dell'uomo: onde l'esigenza di una difesa contro il potere condizionante, difesa che si concreta e non può concretarsi che in un « controllo deliberato e razionale dei rapporti sociali », e si intende su un piano nazionale e internazionale. Il diritto sarebbe lo strumento di questo controllo, e i giuristi sarebbero gli specialisti della razionalizzazione sociale.

Non è naturalmente questo che un aspetto della riflessione dei giuristi sopra se stessi: altri ve ne sono di più concreti, che si traducono in autoimposizioni, e quel che è peggio imposizioni agli altri, di determinate ideologie politiche delle quali il giurista nuovo dovrebbe essere il portatore. Si tratta di fenomeni deteriori, che per altro hanno, almeno negativamente, la loro importanza, e non mancheremo di riparlarne. Ora, però, nella logica e nella economia del discorso, ci preme mettere in rilievo il comune difetto di queste specificazioni dei compiti del giurista: ed è quello di andarli a cercare all'esterno, di imporli a se stessi, come giuristi, e al diritto medesimo, quando è chiaro che, se il diritto è un valore (questo è il vero, l'unico problema) il diritto non ha nessun compito, e nessun compito ha il giurista se non quello di essere se stesso, o più semplicemente di essere.

Nelle pagine che precedono abbiamo cercato di fissare il rapporto fra il diritto e politica, che nessuno certo ha mai pensato di negare: e abbiamo detto che il diritto è la giuridicizzazione della politica, di una volontà o tendenza politica, la quale, se vuole essere forza, deve appunto giuridicizzarsi. Questo è il punto di partenza e di arrivo di ogni speculazione giuridica: e questo significa che l'azione umana, che è sempre politica, se vuole esistere deve farsi diritto. Ora, il punto è quello di inten-

dere che cosa significhi questo farsi diritto. E noi siamo convinti di questo: che per rispondere a una simile domanda bisogna liberarsi di ogni istanza che tende a determinare il diritto in un modo o nell'altro, istanza che genericamente si qualifica umana, e si concreta nella moralità, nella libertà, nella razionalità, nella tutela dell'individuo, nel rispetto della persona umana, e via dicendo. Non che queste cose siano estranee al diritto, in quanto lo consideriamo come concreto ordinamento in un dato tempo e in un dato spazio, o in quanto esprimono una certa tendenza o aspirazione, del resto più o meno vaga, dell'umanità: ma esse non sono il diritto, e guai se lo fossero, perché ciò significherebbe che il diritto non è un valore, cioè il valore si trasferirebbe a quelle cose. Il diritto, insistiamo a dire, è (e deve essere) un valore per se stesso, altrimenti è un nulla, e nulla è tutta la vita di cui il diritto è l'essenziale componente, perché nel diritto la vita trova la sua realtà.

È chiaro che la purezza metafisica di questo diritto non ha nulla a che fare con la purezza banale e formale delle concezioni normativistiche di tipo Kelseniano. Ma è anche chiaro che essa può indurre, se non compresa, allo stesso spavento, quello denunciato nelle mirabili pagine di Capograssi che tutti conoscono (vol. V delle *Opere*, pag. 311), e cioè il riconoscimento della giuridicità dei più efferati regimi, e quindi dei più grandi misfatti della storia. In astratto (ma non è tanto astratto) può immaginarsi un isolato tiranno che conquistato in un modo o nell'altro il potere faccia strage dei suoi nemici, senza leggi apparenti, senza giudici, senza processi; e se vogliamo rifarci ancora una volta al mito, possiamo pensare a Minosse che giudica e manda secondo che avvinghia.

Ebbene, per spiacevole che questo possa sembrare, è proprio e solo nel diritto che queste belluine situazioni trovano la loro umanità. Per quanto infatti il margine tra delitto e diritto sembri assottigliarsi fino a diventare evanescente, non si può dubitare che la forza politica, per il solo fatto di assurgere a potere si giuridicizza (potere vuol dire proprio questo), passa

sotto le forche caudine del diritto. Se vogliamo parlare in termini tradizionali, ed è più che opportuno, la forza che diventa potere si pone come norma, cioè autodelimita il suo essere (e quindi afferma l'essere di tutti), e questo non per una volontà nel senso comune della parola, ma per necessità, non con la volontà, ma contro la volontà. Il *sic volo, sic jubeo, stat pro ratione voluntas* non è fuori del diritto, è già diritto, perché la volontà si presenta razionalizzata, non può presentarsi che come tale, e soltanto al paragone con un'altra *ratio*, ovviamente politica, possiamo negarle tale qualità. Svolgendo le ipotesi perigliose che ci siamo proposti, il tiranno che fa strage dei nemici già pone (e sia pure a se stesso, in modo, sia pure, embrionale) una distinzione fra amico e nemico, e amico e nemico vogliono dire lo stabilimento di un assetto sociale, l'umanizzazione di una disumana volontà, la sua universalizzazione che comporta in atto e in potenza un ordinamento giuridico. Minosse che avvinghia pone e accetta la legge dell'avvinghiare, e nel suo colpo di coda non si esprime una cieca e particolare volontà di morte, ma il più solenne e il più vasto di tutti gli ordinamenti, quello dell'inferno, per non dire dell'intero universo. Sembra poco, ma è molto, è tutto, e ad ogni modo è il solo incontrastato valore che la nostra condizione umana possa concepire. Tutto il resto appartiene al mondo dell'opinabile, cioè dell'irreale. Ne vogliamo una prova? Mettiamoci ad opporre a Hitler o a Stalin che perseguitano gli ebrei o i borghesi o i menscevichi che essi offendono la persona umana, e quindi negano (su questa base) il diritto: essi non avranno nessuna difficoltà a rispondere che, con le loro persecuzioni, si costituiscono come i massimi tutori della persona umana che da quegli ebrei o borghesi o menscevichi è, ben inteso a loro giudizio, economicamente conculcata o generalmente impedita nel suo sviluppo. Vogliamo dire che a una nostra politica trionfalmente opporranno la loro politica, e la verità resterà nel pozzo. La sola cosa che Hitler e Stalin non potranno mai contrastare o negare è la legge (e sia pure legge di morte) che con la stessa loro azione hanno posto, cioè il diritto.

A chi opponesse loro la contraddizione alla legge nulla potrebbero dire, perché la legge non è un'opinione.

Naturalmente, con questi esempi ci siamo imposti l'indagine più ardua che si possa immaginare. Ma nella normalità delle situazioni il nostro compito è facilitato dal fatto che obbiettivamente il potere dà luogo a una strutturazione normativa, vale a dire la forza politica acquista la sua giuridicità proprio attraverso la posizione di norme, obbiettivamente riconoscibili, o di istituzioni (giudici etc.), o delle une e delle altre. L'errore grosso che si commette è quello di credere, cedendo a certe apparenze, che le norme siano poste dal potere: al contrario è il potere che si normativizza. Quando si dice che il potere pone le norme si può dire una verità soltanto se ci si riferisce al contenuto storico del diritto (per cui il diritto russo ad es. non è il diritto italiano, quello italiano di ieri non è quello di oggi o di domani), ma nella sua assolutezza è la norma che assoggetta il potere, è il potere che non può essere tale se non si fa norma, come abbiamo già detto, e in questo, in questo soltanto sta il diritto, l'infinito valore del diritto.

A questo punto però bisogna notare un'altra cosa: che quando noi parliamo di essenza e contenuto del diritto compiamo una indispensabile opera di astrazione, senza la quale mai riconosceremo che cosa è il diritto, ma operiamo anche una separazione artificiale, perché il diritto come pura essenza può essere solo pensato, nel concreto è fatto storico, quindi necessariamente contenuto, e contenuto « politico ». *Hoc jure utimur.* Ora qui appunto sorge il perenne problema della individuazione di quel contenuto, e in correlazione ad esso il famoso dovere o compito del giurista.

Come abbiamo accennato, il problema della individuazione presenta molteplici aspetti, e su uno di questi (in relazione ai gruppi che sono isolati nella *societas*) ci siamo soffermati nelle chiose al primo articolo di questo fascicolo. Qui viene in questione invece un altro aspetto che è di più diretto interesse, e cioè quello dell'effettivo contenuto del diritto, cioè dell'essere del

rapporto umano in un dato momento storico. È un problema sconfinato perché, come è evidente, abbraccia tutta la scienza del diritto, ma noi speriamo di ridurlo, per i nostri scopi immediati, a ristretti confini, e sopra tutto a quel rapporto politica-diritto che sopra abbiamo cercato di stabilire con la massima accuratezza.

Cominciamo col dire che il diritto ha piena consapevolezza di questo rapporto, e cioè che esso è integralmente risolto nelle sue norme. Questa consapevolezza si manifesta in due ordini di norme: quelle sulla interpretazione e quelle sull'azione. Sono due per modo di dire, perché in realtà si tratta della stessa cosa. Ma con le regole sull'interpretazione il diritto ha inteso assicurare la *sua* politica (chiediamo scusa di queste immagini, ma le usiamo perché semplificano il discorso, e del resto sono trasparentissime) escludendo l'avvento subdolo di un'*altra* politica. Con le norme sull'azione, il diritto ha inteso realizzarsi, cioè realizzare la *sua* politica, imponendo l'azione pubblica, concedendo l'azione privata, creando gli organi della giurisdizione (e più in generale dell'amministrazione: v. fascicolo I, pag. 16 e sgg.). Che si tratti di politica è indiscutibile, ma è la politica giuridicizzata, nelle norme, scritte e non scritte, o dovunque scritte, e non solo nelle norme ma nelle persone che operano e che giudicano, nella società, se si vuole, quale si è espressa nelle norme che costituiscono il suo essere.

Ora certamente sarebbe un errore considerare come assolutamente statica la politica di cui parliamo. Non vi è nessun inconveniente ad ammettere che essa segue la trasformazione della società, e non soltanto con l'adeguarsi della legislazione formale ad essa, col rinnovarsi cioè delle leggi, ma anche con l'interpretazione delle vecchie leggi, che fa della giurisprudenza il c. d. diritto vivente. Su questo si può essere tutti d'accordo: siamo nella più assoluta fisiologia. Il fatto è però che ben al di là di queste naturali evoluzioni, la politica giuridicizzata, appunto perché politica, non ha vita tranquilla: cioè in parole povere, il potere è sempre insidiato dalle forze che tendono a soverchiarlo.

Che dicendo questo non si dica nulla di nuovo è una cosa sicura: in sostanza non si fa che enunciare il perenne gioco politico di cui è intessuta la storia. Sennonché, nel comune sentimento, l'insidia viene di solito riferita a un determinato tipo di potere, che è il potere assoluto, come quello di cui è più difficile intendere la giuridicizzazione, e anche per il fatto che esiste una istintiva tendenza a fondare il diritto sul giudizio di valore, a sfondo giusnaturalistico. Nell'esperienza attuale invece le posizioni appaiono rovesciate, e nulla è più insidiato della così detta democrazia, di quel potere cioè che si presenta come la sintesi di tutte le forze, con caratteri di conclamata universalità, che accoglie in sé anche il suo contrario, o la possibilità del suo contrario, fino ad apparire, come suol dirsi, neutrale. Anche una simile insidia è costante nella storia entro certi limiti, e i partiti così detti estremistici, di destra o di sinistra, ne danno la prova. Sennonché i partiti sono già giuridicizzati, e cioè fanno parte della normatività del potere, qualunque essi siano: la vera insidia viene dalla rottura del gioco democratico, dall'azione convulsa e inconsulta, che culmina nella contestazione di cui abbiamo descritto documentalmente l'estensione e lo spirito erosivo, e che i partiti stessi, così come i sindacati, guardano con legittimo terrore. È in questi momenti, e dinnanzi a fenomeni così sconcertanti, che sorge il problema del giurista e del suo compito.

È, dopo tutto quello che abbiamo detto, un problema per modo di dire, perché il compito del giurista si identifica puramente e semplicemente col diritto. Si tengano presenti le pagine che sopra abbiamo dedicato alla c. d. inazione di chi deve osservare (e far osservare) il diritto. Se ben siamo riusciti a esprimere la portata del fenomeno, agevolmente se ne trarrà la conclusione che il compito del giurista non può essere che l'opposto della inazione, cioè l'azione. E la sua azione sarà quella di affermare il diritto di fronte a chi non agisce, cioè l'essere che col fatto si nega. Tutto qui: né il prezzo che si paga (la taccia di reazionario) deve spaventare, perché è la taccia di un politico che non si può quindi opporre, per mancanza di omogeneità, al giurista.

Si dirà che questo vale per i regimi democratici, ma non vale per i regimi c. d. totalitari. È un errore, perché il diritto è nell'essenza uno e uno solo. L'inversione del compito è solo apparente: perché in questi regimi il giurista affermerà il diritto di fronte al potere che agisce, negli altri lo affermerà di fronte al potere che non agisce. La differenza non esiste. Se una differenza vi fosse, questa indicherebbe che il giurista ha varcato il suo angusto limite, ed è diventato un politico.

Questo è quello che avviene, più o meno consapevolmente, nei giuristi che non per nulla si chiamano impegnati, che di fronte alla società in trasformazione, come usano dire, parlano di un vecchio e nuovo modello di giurista, dipingendo il vecchio come un indifferente interprete della legge, il nuovo come un « tipo robustamente pragmatico, vivamente cosciente dei fini politici e sociali del diritto, e orientato a intendere e applicare il diritto in vista di tali fini » (v. Scarpelli, *loc. cit.*, pag. 11). Non si illudano costoro: anche se essi si appellano alla Costituzione, come alla loro Magna Charta (e di questo parleremo altra volta) con i loro atteggiamenti mentali hanno varcato la soglia, hanno cessato di essere giuristi e sono diventati politici. Non esistono modelli vecchi e nuovi di giuristi: e mantenersi fedele all'eterno modello è infinitamente più difficile che crearsi un modello nuovo a ogni buona occasione, ora a servizio della libertà, ora a servizio della tirannia, due nomi e una cosa sola, come la storia antica e recente dimostra. Del resto, è la stessa storia che si cura di ricondurre il giurista che travalica alla sua vera realtà, come appunto avviene con la « contestazione » in atto, di fronte alla quale vediamo non pochi di questi personaggi affrettarsi a promuovere un'azione di disconoscimento della paternità, provocando le giuste reazioni dei politici che si sentono traditi in nome di un tradito diritto ([1]).

([1]) Concetti affini a quelli esposti nel testo troviamo in un breve scritto del GROSSO (*La società moderna e la preparazione dei giuristi*, in « Riv. dir. civile », 1968, pag. 501). Ci permettiamo di additarlo allo Scarpelli e alla non esigua fila degli altri che ragionano come lui, cioè si esprimono tanto in frasi

magniloquenti quanto contraddittorie, come sono tutte quelle di ispirazione non giuridica. Se lo Scarpelli avesse ben riflettuto che il problema del giurista non può essere che quello del diritto, si sarebbe risparmiato il panegirico dei « magistrati delle generazioni più giovani » subito corretto dal richiamo alla pericolosità dei medesimi, col risultato di un ragionamento senza contenuto; ma sopra tutto si sarebbe risparmiato l'irriverente accenno a Capograssi e al suo « vago spiritualismo consolatore » di cui « i giuristi pratici, che non hanno né tempo né voglia per le delicate meditazioni sul diritto e l'amore o sul mistero del processo » non avrebbero bisogno: cosa che, se non offende Capograssi, offende certamente i c.d. pratici, che sono aperti, poiché vivono nell'azione, e soffrono dell'azione, alle « meditazioni delicate » assai più di noi. Insistiamo a dire: nessuno vieta al giurista di seguire questa o quella politica, ma la politica, qualunque essa sia, non deve camuffare col diritto. Altrimenti si trova esposto agli strali o al ridicolo della contestazione.

[091]

IN APPENDICE AL "GIUDICE E LA LEGGE" (1)

L'utopia che sta alla base di questi *Quaderni* è quella di spezzare il cordone ombelicale che lega l'Università alla cultura, o meglio di invertirne il rapporto, nel senso che sia la cultura a fornire sangue ossigenato all'Università, e non come oggi l'Università alla cultura. È un'utopia simile a quella che ha ispirato la rivolta contro i baroni del ministro Sullo (sulla quale ritornerò in un altro *Quaderno*) e « al vertice » farà forse la stessa misera fine. Ma debbo dire che tanto utopia non deve essere, se fuori del castello, il primo Quaderno ha suscitato un certo fermento, e anche un certo fervore di iniziative alle quali mi tengo doverosamente estraneo, pur registrandole con attenzione. Ciò che invece interessa sono i dialoghi che si stabiliscono sulla base delle mie solitarie elucubrazioni, spesso in forma di lettere private, e sempre a sfondo liberamente critico. Scopro così, tra l'altro, che il nostro paese è assai più ricco di uomini colti di quanto l'accademia e le riviste non facciano credere, che c'è gente insomma che non scrive e non insegna, ma opera e pensa. Un autentico scambio e ricambio di cultura, che mi induce, col permesso degli interlocutori, a renderne pubblico conto.

Naturalmente il primo incontro è determinato dallo scritto su *Il giudice e la legge negli interni contrasti della magistratura italiana*, perché la grave discussione teorica ha riflessi pratici immediati sia sul piano oggettivo che soggettivo. Tra le reazioni che ha provocato il mio assunto, mi è apparsa molto importante dal punto di vista speculativo quella di un consigliere d'appello di Catanzaro, il dott. Guido Marino, che personalmente non conosco. Egli mi ha indirizzato una lunga lettera, che col suo consenso trascrivo, omesse solo le frasi gentili che mi riguardano personalmente. Farò seguire la mia risposta.

Ho finito ora di leggere e di rileggere la Sua comunicazione dal tema *Il giudice e la legge negli interni contrasti della magistratura italiana.* Poiché sono

(1) Quaderno I, pag. 66.

uno dei magistrati che hanno scritto sul numero speciale de « Il Ponte » (*Magistratura e classe politica*), mi sento autorizzato a scrivere questa lettera con propositi rispettosamente polemici ma non contestativi, nella certezza che vorrà indulgere al disordine e alla ruvidità delle idee e delle rispettive formulazioni.

Devo confessarLe innanzi tutto che a Lei risale prevalentemente la responsabilità del mio atteggiamento in rapporto ai problemi della giustizia. Le pagine dedicate nel Suo Commentario alla giurisdizione e al p. m. costituiscono per me un punto di partenza illuminante. Lei obbietterà che ho fatto malgoverno delle Sue teorie, ma è difficile contestare l'estraneità alla funzione esecutiva dell'interesse all'attuazione della legge; come è difficile contestare la natura giurisdizionale della funzione del p. m., nel quadro di quell'affascinante concezione dell'ordinamento giuridico, che non è realtà astratta ma esiste e vive nella giurisdizione. La purezza di questa posizione del p. m. mi sembra attenuata nella Sua comunicazione; laddove è affermato che il vero posto del p. m. è, forse, quello di fare da *trait d'union* tra l'esecutivo e la magistratura. Temo che per questa via potrebbe riaffiorare l'antica concezione del p. m. dipendente dall'esecutivo, o comunque legato all'esecutivo in nome di un interesse amministrativo posticcio e deformante.

La Sua comunicazione, pur dando atto ai magistrati democratici di avere acquisito il merito di una pubblica denuncia della crisi della giustizia (o meglio, del giudizio), contiene critiche assai severe, suggerite, se non erro, da un occhio rivolto ad alcuni atteggiamenti nei quali sarebbe dato cogliere la tendenza verso una giurisdizione liberamente politicizzata. Altra prospettiva severa sarebbe quella secondo cui gli scritti sarebbero una manifestazione delle lotte interne fra giudici. In ordine a questo secondo punto devo ammettere che, talvolta, la formulazione delle idee non ha compostezza e rigore scientifico, ma non è vero che la iniziativa sia stata concepita ed attuata come espressione di lotta contro i magistrati cosiddetti tradizionali o, peggio ancora, in funzione di posizioni partitiche. L'eventuale nesso con qualche ideologia politica non è obbiettivamente certo e, comunque, ha carattere decisamente accessorio rispetto al contenuto essenziale e all'ispirazione autentica degli scritti, il cui comune denominatore è che la giurisdizione sia organizzata in termini tali da assicurare la conformità del giudizio alla Costituzione. Non riesco perciò a identificare una tendenza metacostituzionale nemmeno negli esempi di alcune violazioni della legge penale, esempi che, a ben guardare, sono piuttosto valutabili in chiave di arretratezza delle corrispondenti istituzioni rispetto a valori costituzionali e non metacostituzionali. E nemmeno ha una saliente significazione politica l'uso del termine « classista », adoperato per enunciare una verità dolente, e cioè che la legge non riesce ad essere eguale per tutti.

Non è dubbio che l'odierno meccanismo della giustizia penale è paurosamente inefficiente. La mia lunga e massiccia esperienza di giudice istruttore, acquisita in una zona ad alto tasso di criminalità come quella della provincia di Reggio Calabria, mi autorizza a proclamare che il metodo di accertamento della verità, imposto dal processo, è del tutto irrazionale. Un metodo fondato essenzialmente sull'impostazione della polizia giudiziaria con la coeva diffusa

latitanza del p. m.; di una polizia giudiziaria che, prescindendo dai casi (in verità non frequenti) di distorsione dolosa dei fatti, è sempre orientata nella sua azione da interessi amministrativi, essendo la sua organizzazione compresa nell'apparato dell'esecutivo; di una polizia giudiziaria che, nella migliore delle ipotesi, non è in grado di procedere all'accertamento degli elementi di fatto in funzione del giudizio. La situazione è molto spesso irrimediabilmente pregiudicata in rapporto all'accertamento del fatto come verità, perché il successivo intervento dell'istruttore non esce, nella maggior parte dei casi, dall'ambito del tema offerto dalla polizia giudiziaria. Non meno inefficiente è lo strumento della giustizia civile, pesante e macchinoso, fatto apposta per alienare i cittadini dal giudizio.

La responsabilità della situazione va attribuita anche agli uomini-giudici, ma io sono convinto che le critiche, se vogliono essere costruttive, devono essere rivolte prima alle istituzioni e poi agli uomini. È per questo che noi propugniamo la riforma delle istituzioni processuali e dell'ordinamento giudiziario, non già per una lotta tra fazioni. La situazione è tale che, oltre tutto, non vi è bisogno di ricorrere a principi metacostituzionali quando ancora non sono attuati quelli costituzionali. Ci sono volute le sentenze della Corte Costituzionale per mettere a fuoco il problema del p. m. intorno al quale ruota tutto il processo penale, dal suo impianto con le indagini di polizia giudiziaria al suo svolgimento in termini di dialettica fra parti contrapposte e ben definite. Rientra nel problema del p. m. quello di rendere effettivo il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, principio che spesso viene eluso per ragioni varie cui potrebbe non essere estraneo un interesse poco apprezzabile perché ha il monopolio incontrollato dell'azione penale. La personalizzazione, con la correlativa attribuzione di responsabilità, non eliminerebbe il rischio di una discrezionalità di fatto incompatibile con il principio costituzionale. Il problema della responsabilità del p. m. non è che un aspetto del problema generale della responsabilità di ogni magistrato, problema che deve avere la sua soluzione istituzionale non essendo concepibile l'esercizio della giurisdizione in condizioni privilegiate di irresponsabilità, condizioni che oggi ricorrono a causa dell'ordinamento vigente.

È vero che tutto si fa procedere dalla Costituzione, ma questa Sua affermazione è qualificata da un avverbio — « accortamente » — che contiene l'attribuzione implicita ai magistrati « democratici » di una posizione di malafede, di speculazione cioè sulla carta costituzionale che verrebbe strumentalizzata per portare avanti istanze eversive magari in funzione partitica. A mio avviso il rilievo sarebbe valido se fosse vero che la Costituzione abbia già realizzato la democrazia. Ma la Costituzione ha soltanto posto le premesse per la realizzazione della democrazia, che non è stata ancora istituzionalizzata, né sul piano processuale né sul piano sostanziale, per colpa del potere politico. Perciò, quando si verificano episodi qualificabili penalisticamente ma legati in qualche modo alla mancata attuazione costituzionale, non vi è bisogno di fare ricorso al concetto di democrazia fluida, formalmente inespressa, esistente accanto e sopra la Costituzione, per decifrare lo spirito dell'atteggiamento dei magistrati o di

chiunque altro voglia rendersi conto delle vere cause di questi fenomeni. Né mi sembra esatto che i magistrati democratici debbano far ricorso alla democrazia fluida per affermare l'esigenza che nei giudizi siano tradotti adeguatamente certi valori politici, quando è certo che questi valori sono già nella Costituzione. Non credo che gli autori degli scritti abbiano significato cosa diversa.

Viene meno così il pericolo della sostituzione dell'arbitrio alla legge, e cade egualmente la sferzante accusa di incarnata mentalità autoritaria e fascistica che, me lo consenta illustre professore, è profondamente ingiusta. Né si può parlare di una qualificazione in chiave totalitaria della legalità, qualificazione autorizzata dalla istanza ad una supercostituzione, poiché codesta istanza non si coglie negli scritti che, sotto questo profilo, Ella ha voluto bollare e incriminare. La legalità democratica è tale perché traduce i valori della Costituzione, valori presenti costantemente negli scritti nonostante certe frange che non offrono un filo conduttore di marca totalitaria e anticostituzionale.

Lei afferma giustamente che lo spirito della Costituzione è quello che si è incarnato nelle singole norme dalle quali bisogna trarlo, e che non si può ammettere il rovesciamento delle tavole della legge in sede di interpretazione, operazione questa attuabile con la denuncia alla Corte costituzionale. Ma tutto ciò non costituisce una impostazione valida soltanto in rapporto a casi singoli, con esclusione del piano istituzionale? Se non è discutibile che il giudice non ha nemmeno ragione di disapplicare la norma costituzionalmente illegittima, essendo obbligato alla denuncia di incostituzionalità, come può essere tollerato — ovviamente su un piano extra giurisdizionale — lo spettacolo del potere politico il quale, per ogni riforma lesiva di posizioni conservatrici (non in senso classista) di un ordine quasi sempre burocratico e arcaico, si comporta come se avesse bisogno del manto protettore di una sentenza della Corte?

La politica penetra nel giudizio attraverso l'interpretazione, che non è tale se non è politicamente creativa; ma si tratta della politica dello Stato, ossia della legge, perché la legge è la politica dello Stato. Queste Sue proposizioni lapidarie presuppongono armonia e coerenza tra ordinamento giuridico e principi costituzionali. In Italia codesto presupposto non esiste nemmeno allo stato tendenziale, e la denuncia di una situazione così abnorme non è necessariamente ispirata da misteriose istanze metacostituzionali.

Condivido entusiasticamente il principio secondo cui la norma vive attraverso l'affermazione dei valori in essa contenuti in relazione a un fatto reale, al fatto acquisito come verità, e in relazione ai valori politici, dello Stato, che nel fatto il giudice deve cogliere. È il compito, che Lei giustamente definisce sovrumano, del giudice, ed io ritengo che il giudice italiano non possieda una formazione autenticamente culturale adeguata. In ogni situazione ha particolare incidenza l'elemento uomo, ma l'uomo si forma anche sotto l'azione dell'ambiente in cui vive e cioè — con particolare riferimento al giudice — delle condizioni istituzionali in cui è chiamato ad operare. Da più di venti anni contribuisce alla formazione del giudice italiano l'ordinamento giudiziario fascista, come contribuiscono le leggi processuali che non consentono, se non con estrema difficoltà, il vivere della norma nel fatto e nella sua valutazione. Perciò il

giudice opera in moltissimi casi come entità burocratica, formalistica, che recepisce ogni vicenda umana come una verità qualsiasi, convenzionale e non reale, come un numero, come una pratica.

Sulla base di questi rilievi ritengo fermamente che il principio gerarchico applicato alla magistratura dia luogo a una contraddizione insanabile, perché è impossibile mantenere su piani diversi l'inserimento in una gerarchia e il principio della soggezione esclusiva alla legge, come la realtà minuta dimostra quando viene penetrata a fondo. Il problema dell'organizzazione giudiziaria si risolve correttamente con l'abbandono definitivo del principio gerarchico e con l'adozione di altri criteri — la specializzazione, la destinazione secondo attitudini collaudate, una efficace e funzionante responsabilizzazione — che sono chiaramente funzionali rispetto alla giurisdizione. Ogni organizzazione è strumentale rispetto a un fine; l'organizzazione gerarchica non è strumentale rispetto al fine della giurisdizione. Gli effetti negativi che nascerebbero dall'abolizione della gerarchia sono immaginari, essendo agganciati ad una realtà, come quella attuale, dominata invece dal principio gerarchico. Che tale principio sia accolto dalla nostra Costituzione è una tesi che, sebbene da Lei autorevolmente affermata, non posso in alcun modo condividere.

Ma l'abolizione della gerarchia non racchiude un attacco contro la cassazione, istituzionalmente intesa. Né si vuole un livellamento dei magistrati al piano delle eccellenze. Si vuole che se un magistrato, di trent'anni ad esempio (non accade tra i professori universitari?), è idoneo al compito di giudice di cassazione, esso sia destinato a tale compito, senza che ciò costituisca titolo di superiorità gerarchica. Se non esiste gerarchia amministrativa tra le varie funzioni giurisdizionali, è irrazionale che i titolari di queste funzioni siano ordinati gerarchicamente. Se, in omaggio al Suo insegnamento, l'interesse all'attuazione della legge non ha nulla di amministrativo, è irrazionale che i magistrati siano organizzati secondo il principio gerarchico che è tipico della funzione amministrativa. Affermare poi, come si legge a pag. 368 della *Rassegna dei magistrati* dove è riportato uno scritto del Malatesta, che la gerarchia è propria dello Stato di diritto ed è negata dai regimi autoritari, è davvero sconcertante, essendo risaputo che nei regimi autoritari, dove la politica dello Stato è dettata dall'ideologia del partito unico, la magistratura è ordinata in termini di ferrea subordinazione gerarchica al potere politico...

Infine, poiché mi sono riconosciuto nella citazione, vorrei pregarLa di chiarirmi l'ingenuità e la falsità storica della contrapposizione tra lo Statuto albertino e la Costituzione. È una preghiera che, mi creda, formulo con tutta umiltà, poiché desidero rivedere certi miei atteggiamenti se sono sbagliati.

Comincio da quest'ultimo punto, che è poco meno che una curiosità, e spiego che l'assoluta indifferenza tra l'espressione dello Statuto albertino (« La giustizia emana dal Re ed è amministrata in suo nome dai giudici che egli istituisce »: art. 68) e quella della vigente Costituzione (« La giustizia è amministrata in nome del popolo »: art. 101)

potrebbe essere dimostrata dalla formula che lo stesso dr. Marino, se anche è solo di media età, avrà usato nelle sue sentenze ante 1948: Re d'Italia per grazia di Dio e per volontà della nazione. Dio pare che sia morto, tanto per il Re quanto per il popolo, e resta fuori questione: ma che la giustizia non venga amministrata in nome del popolo anche quando questo si faccia mediare da un re, mi pare difficile da intendere. E un re del 48 (1848) poi! Se ne valesse la pena direi che il popolo è popolo solo quando si fa mediare giuridicamente da qualcuno, come dimostrano *a contrariis* le repubbliche popolari, in nome delle quali non credo che il mio illustre contraddittore vorrebbe amministrare la giustizia. In ogni caso il primo versetto dell'art. 101 non può essere scisso dal secondo, per cui i giudici sono soggetti soltanto alla legge. Popolo e legge sono la stessa cosa: e questo chiude il discorso.

Altro punto di cui mi vorrei subito sbrigare per venire al sodo è quello della chiamata di correo, se così si può dire, cioè della derivazione delle istanze dei giudici democratici dalle mie idee. Non è una cosa nuova: già ne ho fatto cenno nella prefazione all'ultima edizione del *Manuale*, e recentemente un altro giudice mi ha inviato un suo scritto, del quale avrò occasione di riparlare, accompagnandolo con i versi di Dante: *Facesti come quei che va di notte* etc. etc. Ora io sarei certamente lusingatissimo di aver dato occasione con le mie povere elucubrazioni a un pezzo di storia, di quella misteriosa storia che si crea un principio di causalità a tutto suo uso e consumo: ma essendo io ancora vivo (di solito i profeti sono tutti morti quando si avverano le loro profezie) non posso accettare la paternità del movimento che si autoqualifica democratico per una semplice ragione: che le idee da me espresse sono rigorosamente giuridiche, e le istanze del movimento sono politiche. Non vi è dunque omogeneità fra le due cose, anche se, come ho accennato nello scritto che precede, i colleghi giuristi tendono a confonderle, per svariate e non tutte lodevoli ragioni.

Aggiungo subito che questa distinzione sarà il filo conduttore della mia risposta al Dr. Marino: e per la migliore intelligenza di quel che sto per dire bisognerà leggere tutto il presente *Quaderno*, specie là dove si tratta dei rapporti tra diritto e politica e si spiega come la politica del giurista sia proprio il diritto (v. specialmente pag. 81). Come è facile intendere, anche il Dr. Marino, e gli altri giudici con-

sapevoli con lui, si guardano bene dal contestare formalmente quella distinzione, però aggiungono, e questo mi pare il nucleo centrale del discorso, che il comune denominatore dei loro scritti è che « la giurisdizione sia organizzata in termini tali da assicurare la conformità del giudizio alla Costituzione ».

Ora, dietro a questa formula, che ha tutta l'aria di un'innocente istanza di riforma giudiziaria, come tante se ne sono fatte, si cela un gravissimo equivoco teorico, e non solo teorico, sui rapporti fra giurisdizione e costituzione. Si vuole in sostanza sostenere che la giurisdizione si trova di fronte alla Costituzione come di fronte a una legge che essa deve realizzare anche contro o in contrasto con le leggi vigenti: più semplicemente che la Costituzione è la legge — l'unica legge — valida, e le altre leggi in tanto « esistono » in quanto possono rispecchiarsi nella Costituzione senza arrossire di vergogna per la loro arretratezza.

Io affermo che un linguaggio di questo genere non può essere il linguaggio di un giurista. Qualunque sia il concetto che si voglia avere della Costituzione, di qualunque Costituzione, mi pare indubbio che essa non si possa considerare come la legge, quella legge alla quale soltanto il giudice è soggetto. Se vogliamo parlare in termini tradizionali destinatario della Costituzione non è il giudice, è il legislatore: l'istituzione di una Corte Costituzionale, e il ruolo che nel giudizio costituzionale è attribuito al giudice, secondo il nostro diritto positivo, ne dànno la più sicura conferma. Il giudice pertanto il quale, sulla base o pretesa base della Costituzione, si arroghi il diritto di non applicare una legge, cessa di essere giudice e fa il legislatore, cioè fa il cattivo giudice e il pessimo legislatore, come sempre accade quando si va *ultra crepidam*. Ma sopra tutto va contro la Costituzione, la quale non ha minimamente fatto *tabula rasa* dell'ordinamento vigente, ma lo ha lasciato assolutamente intatto (salvo quei casi in cui ha introdotto norme regolatrici dirette, come l'abolizione della pena di morte o la responsabilità civile dello Stato: ma in questi casi si tratta più che di costituzione di leggi costituzionalizzate), e lasciandolo intatto ne ha riconosciuto la costituzionalità, con la sola valvola di sicurezza del giudizio costituzionale, da promuoversi non in astratto, ma in occasione, ed è assai più che un'occasione, perché è un razionale rigorosissimo limite, di un caso giudiziario concreto.

Di fronte a queste verità, che del resto sono elementari, il giu-

rista non può ragionare in termini di arretratezza delle istituzioni, e in particolare di quelle giurisdizionali di fronte alla Costituzione. Intanto, non lo ha fatto, neppure programmaticamente, la Costituzione (non credo che la distinzione per funzioni abbia questo valore, e mi pare di averlo dimostrato: v. *Soliloqui e colloqui*, pag. 279); comunque nel momento in cui il giurista lo fa, cessa di essere giurista e diventa politico, il che non gli è vietato, purché sappia mantenere accuratamente la distinzione, e non si lasci indurre in tentazione. Il che mi pare accada al Dr. Marino (s'intende al giurista, non al giudice che sicuramente conosce e rispetta i suoi limiti) quando arriva a giustificare, e se non a giustificare a comprendere le violazioni della legge penale da parte dei magistrati o la qualificazione di classista penosamente attribuita da alcuni magistrati alla magistratura. Queste, mi duole ripeterlo, sono cose gravissime, che un giurista non può accettare. Se fossero vere, e non sono, il giurista dovrebbe inferirne che la Costituzione è stata uno scherzo, come sarebbe stato uno scherzo la rivoluzione russa se avesse lasciato al loro posto i funzionari dello Zar. Vero è invece che la nostra Costituzione, con tutta la sua enfasi, è stata rivoluzionaria, proprio perché ha riconosciuto la continuità strutturale e organica col passato, o se si vuole, in questo è costituita la sua intima rivoluzione, che ai falsi giuristi non garba.

Il Dr. Marino si sente ferito dalla mia accusa di democrazia fluida, di metacostituzione e via dicendo (*Quaderni*, I fascicolo, pag. 75), da me rivolto ai magistrati democratici. Ma disgraziatamente sono le sue parole che mi danno ragione: perché quando si « afferma l'esigenza che nei giudizi siano trattati adeguatamente certi valori politici, *quando è certo che questi valori sono già nella Costituzione* » (tanto per richiamare una sola delle frasi contenute nella lettera, in questa « chiave ») ci si fa una costituzione per conto proprio, cioè si fa della democrazia fluida o più semplicemente si cade nella politica, perché i valori della costituzione sono nelle leggi, fino a quando le leggi non sono invalidate da chi di dovere, e bisogna aggiungere come di dovere, perché la verita è che in questa torre di Babele nella quale la storia ci ha cacciato assistiamo a un giudice che si fa Corte Costituzionale e a una Corte Costituzionale che si fa legislatore (v. *Quaderni*, I fascicolo, pag. 101 e sgg.; e appresso, pag. 108).

Certo il Dr. Marino ha ragione quando mette in stato di accusa la magistratura, per le sue tristissime disfunzioni: ma bisogna essere

sinceri fino in fondo, e ricordarsi che molte disfunzioni dipendono proprio dalla « democrazia fluida », cioè praticamente dalla paura di non essere democratici (v. *supra*, pag. 79) e molte o tutte dallo sfacelo della società, della quale a mio sommesso avviso la democrazia fluida fa parte. Ed ecco perché io non credo alle miracolistiche riforme dell'ordinamento giudiziario, alla rivolta contro le gerarchie, cioè contro la Cassazione etc. La rivolta contro la Cassazione la si fa, per me, in un modo solo, e cioè falciandole l'erba sotto i piedi, cioè non dandole occasione di lavoro o di troppo lavoro con sentenze sbagliate.

Si tocca con questo il problema gravissimo della formazione del giudice, che è, niente di meno, il problema della formazione dell'uomo. Per questo ho detto tante volte che non ci sono vere e proprie ricette: dovrebbe provvedere la scuola, ma chi provvede alla scuola? Chi riuscirà a far riconoscere il principio secondo cui la norma vive « attraverso l'affermazione dei valori in essa contenuti » e insegnerà a scoprire questi valori, che sono valori « giuridici », ed esclusivamente giuridici, poiché il diritto è un valore che non ha bisogno di nessun esterno sostegno? Certo non coloro che parlano di legalità democratica che è tale « se traduce i valori della Costituzione ». La legalità non tollera alcun aggettivo, e non può essere cercata in valori che siano esterni ad essa, come diventano questi di una costituzione staccata dalla legge. Creda il Dr. Marino (e del resto egli lo sa per la sua preziosa esperienza) cercare il valore della legge, tutti i valori di cui essa è ricca, e assicurarne il concretamento *ad ogni costo*, è impresa assai più severa di quella che disconosce in nome di una istanza politica (anche, in ipotesi, più giusta) la politica giuridicizzata, quella che ho chiamato politica dello Stato.

* * *

Giunti a questo punto, poiché la serietà dell'interlocutore me lo consente, io vorrei gettare uno sguardo nel concetto stesso di costituzione, e chiedermi se davvero essa merita quella fede che di solito in essa si ripone, se davvero essa contenga nell'attualità della storia quei valori che il legislatore vi ha messo nel momento in cui l'ha formata. Come nascono le costituzioni, perché si tenti di fissare la

vita in certi principi che « costituiscono » il diritto, e che si vogliono inattaccabili da qualunque legislatore futuro, molti l'hanno detto e spiegato, e più profondamente di tutti Capograssi. Mi riferisco specialmente a quel postumo *Frammento sulle costituzioni e le procedure*, pubblicato nel vol. III, pag. 385 delle *Opere*. Ma il problema che affaccia il tempo presente, e nel tempo presente l'attività della Corte Costituzionale, osservata con occhio critico in altra parte dei *Quaderni*, non è di solito considerato nei libri, perché investe in pieno la razionalità delle costituzioni. Non si tratta naturalmente delle costituzioni in astratto, cioè della costituzione come idea, di quella costituzione che è sempre a fondamento di ogni civile convivenza, e come tale non dà luogo a problemi: bensì delle costituzioni formali, che, come la nostra, sono create in un determinato momento storico, il che vuol dire sono condizionate *ex necessitate* a quello stesso momento. A prescindere da ogni contingenza politica, che non interessa, è indubitabile che la costituzione cui si dà vita deve per forza far riferimento alla situazione soggettiva e oggettiva, più in generale alla « composizione » del popolo in quel momento: e nella composizione entrano infiniti fattori, quali ad es. il numero, il grado di civiltà, la distribuzione territoriale, i sentimenti, le aspirazioni e via dicendo. Non ci può essere dubbio che il costituente idealizza il popolo, e questo è fatale (le costituzioni sono tutte una prova di ottimismo), ma il grave è che proprio per questa idealizzazione, non tiene conto della mutevolezza storica della composizione sociale, per cui si deve dire che le costituzioni sono soggette, più di ogni altra legge, o meglio perché non sono una legge, alla usura del tempo. Per dirla chiara, la libertà, con tutte le sue manifestazioni individuali e collettive, ha un senso per gli italiani del 1948, ne ha o ne può avere un altro per gli italiani del 1969, perché si tratta di persone individualmente e collettivamente diverse. Si deve probabilmente a questo se la costituzione non viene sempre attuata in istituzioni concrete dal legislatore, che ha per sua natura la consapevolezza del volgere della storia, e d'altra parte se la protesta contro la mancata attuazione viene specialmente da chi non ha nessun interesse alla libertà, cioè dai partiti estremistici, che nella anacronistica attuazione vedono la via maestra per soffocare la libertà.

Il problema è quello di stabilire se il discorso che qui facciamo

è suscettibile di una versione giuridica (altrimenti sarebbe meramente saggistico). La risposta positiva dipende dal valore che si attribuisce alle norme costituzionali, e s'intende a quelle che enunciano astratti principi, e sono la maggior parte. Questi principi sono certamente « giuridicizzati », nel senso che stabiliscono un orientamente positivo per il legislatore e per il giudice: ma il loro concretamento, attraverso le leggi e la critica delle leggi, deve avvenire fuori della storia, cioè come se si trattasse di una idea filosofica o religiosa, di valore assoluto, magari l'idea dalla quale è mosso o che ha ispirato il costituente? O non deve avvenire con riguardo alla diversa realtà che si è determinata, e che fa sì che la libertà di oggi non sia la libertà di ieri, come la libertà degli inglesi non è la libertà degli italiani o di qualunque altro popolo? È in fondo il problema che più o meno inavvertitamente si pone nell'interpretazione delle leggi comuni. La tendenza è nel senso di fuggire dalla storia, come appare da tante sentenze della Corte Costituzionale, e come in fondo tendono a fare i magistrati democratici: e vedremo, commentando una recente sentenza della Corte (*infra*, pag. 120) che questa tendenza può essere teoricamente sostenuta. Io non credo però che questa tendenza sia esatta, perché la libertà nasce dall'interno dell'uomo, non esiste, come un feticcio, fuori dell'uomo. A questa idea feticistica in fondo si devono i delitti che si compiono in nome della libertà, secondo il famoso detto. Certo, una posizione di questo genere richiede un immenso sforzo, perché si tratta di salvare la costituzione nella storia e dalla storia, quindi di opporsi da un lato a quelle volontà eversive che nell'astratta libertà trovano il loro punto d'appoggio, dall'altro alle non meno eversive volontà di restaurazione, che pure si appoggiano alla astratta libertà. Ma questo è il perpetuo sforzo che fa il giurista, lo sforzo che distingue il politico dal giurista, o che fa se si vuole del politico un giurista.

Si capisce che questi che io faccio sono semplici accenni, che altri, di me più competente, dovrebbe valutare e raccogliere. Quel che è certo è che chi segue la via che io seguo lavora anche per la libertà di chi si fa paladino della libertà. Il giurista non può fare altro che questo. Me ne rendono testimonianza molti miei colleghi universitari che dopo aver fatto i giuristi democratici si sono visti uscire dalla bottiglia il diavolo, il loro diavolo, onde si sono fatti premura

di sconfessarlo, ricevendone in cambio, come è logico, democratici sberleffi. È del resto nella logica delle rivoluzioni che le prime teste che si staccano dal busto sono quelle di coloro che hanno rinnegato il proprio essere, in nome di un vago e fluido dover essere, hanno cioè rinunciato a fare i giuristi.

GIURISPRUDENZA

[105]

CRITICA DEL GIUDIZIO COSTITUZIONALE

I

L'adulterio e la Costituzione.

Come prevedevo nella precedente rassegna la Corte Costituzionale è arrivata, svolgendo il suo compito storico di « mettere il disordine nel così detto ordinamento giuridico » (la definizione non è mia, è fiorita dietro le quinte della stessa Corte, e si tratta naturalmente di una *boutade* all'italiana, italianamente innocente) è arrivata dentro le nostre famiglie. Sollecitata da qualche buona moglie, ha concentrato la sua attenzione sull'art. 29 della Costituzione, ha fatto un bell'inchino al primo comma, per cui « La repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio » (ombra di Carlo Esposito, aiutami tu a comprendere questo enigma: quel che hai scritto su questa terra — *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, pag. 135 — non mi basta), ed è passata a distruggerlo metodicamente con l'interpretazione del secondo, il quale dice che « il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare ».

Il punto di erosione è stato naturalmente l'adulterio, quel *peccadillo* che ha una tradizione di almeno cinquecentomila anni, a giudicare da certi graffiti trovati nel deserto di Gobi, e come tale non manca di mettere una lieve nota di umorismo nel riferito solenne primo comma. Il frivolo Anatole France diceva che il matrimonio è un sacramento e quindi nel novanta per cento dei casi è un sacrilegio: ma non avrebbe immaginato che la sua diagnosi avrebbe avuto una giuridica consacrazione da parte di un altissimo giudice come la nostra Corte. Si tratta in breve di

questo: l'art. 559 del codice penale punisce l'adulterio della moglie: il 560 invece punisce solo il concubinato del marito, cioè la relazione durevole che egli tenga in determinate circostanze con una donna che non sia sua moglie. Per giunta, l'articolo 151, 2° comma, del codice civile considera l'adulterio del marito come causa di separazione coniugale soltanto quando concorrano circostanze tali da rendere il fatto gravemente ingiurioso alla moglie. In nome della parità morale e giuridica dei coniugi, con due sentenze emanate nello stesso giorno del 1968 (nn. 126 e 127: v. *Foro ital.*, 1969, I, pag. 4) la Corte Costituzionale ha ritenuto l'incostituzionalità di entrambe le norme e le ha espunte dal nostro ordinamento. Cessata la gazzarra giornalistica, dobbiamo valutare queste sentenze sull'unico piano possibile, che è quello del diritto.

A) Premetto subito che a me della punibilità o meno dell'adulterio non importa proprio nulla: mi interessa solo il fatto che nella nostra legge l'adulterio è, o era, punito, e con diversa considerazione per l'uomo e rispettivamente per la donna. Si tratta di vedere se questa diversità positiva è incompatibile con la *par condicio* costituzionalmente stabilita, condizione prima e unica perché il giudice costituzionale possa occuparsene. Se manca l'incompatibilità è ovvio che lo stesso giudice si è arbitrato di assumere il ruolo di legislatore, tentazione alla quale secondo me è fieramente esposto, e alla quale più di una volta ha ceduto, creando quel disordine di cui si è detto in principio. Per qual via si giunge a formulare questo non facile giudizio?

Vediamo intanto come ha ragionato la Corte, nella sentenza base n. 126, essendo la 127 dichiaratamente conseguenziale, anche se, a mio avviso, assai più grave, e quindi degna di separata considerazione.

L'esordio della sentenza è di carattere storico-sociologico. « Il principio che il marito possa violare impunemente l'obbligo della fedeltà coniugale, mentre la moglie debba essere punita, più o meno severamente, rimonta ai tempi remoti nei quali la

donna, considerata perfino giuridicamente incapace e privata di molti diritti, si trovava in stato di soggezione alla potestà maritale. Da allora molto è mutato nella vita sociale: la donna ha acquistato pienezza di diritti e la sua partecipazione alla vita economica e sociale della famiglia e della intera collettività è diventata molto più intensa, fino a raggiungere piena parità con l'uomo; mentre il trattamento differenziato in tema di adulterio è rimasto immutato, nonostante che in alcuni stati di avanzata civiltà sia prevalso il principio della non ingerenza del legislatore nella delicata materia ».

Mi dispiace di doverlo dire: questa è letteratura, penosa letteratura. Vero o falso che sia quel che ora abbiamo letto, le trasformazioni sociali riguardano intanto il Parlamento e non la Corte. Fino a quando il Parlamento non le ha « registrate » in una legge, le trasformazioni sociali appartengono alle istanze politiche, che non debbono varcare la soglia, ben guardata dai carabinieri, del palazzo della Consulta. In caso contrario (e salvo solo il timore riverenziale dei preti) si vedrà la Corte introdurre il divorzio nel nostro borbonico ordinamento. Ma quel che abbiamo letto è anche falsissimo, perché non è affatto vero che la punizione differenziata dell'adulterio sia un prodotto di barbari tempi, come non è assolutamente vero che lo sviluppo della donna e la sua posizione nella società o nella famiglia etc. comporti un trattamento indifferenziato in tema di adulterio. Le cose stanno su due piani (cioè riflettono interessi) completamente diversi.

In sede propriamente giuridica, la sentenza imposta in questo modo il problema: dopo aver escluso che nella indagine entri in ballo l'art. 3 della Costituzione, riconosce che il principio dell'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi subisce le limitazioni che la legge impone a garanzia dell'unità familiare, onde si tratta di vedere se il diverso trattamento dell'uomo e della donna in fatto di libertà sessuale sia giustificato dall'unità della famiglia. Quindi soggiunge che « alla stregua dell'attuale realtà sociale la discriminazione, lungi dall'essere utile, è di grande nocumento

alla concordia e all'unità della famiglia. La legge... pone in stato di inferiorità la moglie, la quale viene lesa nella sua dignità, è costretta a sopportare l'infedeltà e l'ingiuria, e non ha alcuna tutela in sede penale. Per l'unità familiare costituisce indubbiamente un pericolo l'adulterio del marito e della moglie, ma quando la legge faccia un differente trattamento questo pericolo assume proporzioni più gravi, sia per i riflessi sul comportamento di entrambi i coniugi, sia per le conseguenze psicologiche sui soggetti ». La Corte conclude pertanto che « la discriminazione non garantisce l'unità familiare, ma sia più che altro un privilegio assicurato al marito, e come tutti i privilegi violi il diritto di parità ».

Tralascio di considerare la logica del ragionamento della Corte, che, avendo ammesso la punibilità in astratto dell'adulterio, assolve uno dei coniugi perché l'altro non è punito. È il nuovissimo principio della parità di maltrattamento che la Corte ha introdotto in vari vasi (v. *Quaderno* I, pag. 103). Vero è che la sentenza mette le mani avanti e dice che la discriminazione è più pericolosa per l'unità familiare: ma qui appunto sta il nocciolo della questione, se rientri nei poteri di una istituzione come la Corte sindacare l'operato del legislatore che, per la tutela dell'unità familiare, ha ritenuto più opportuno o meno nocivo rendere punibile il peccato della donna limitando la punibilità di quello dell'uomo. Se c'è un giudizio che si sottrae a qualunque valutazione di legittimità è proprio questo: e si può perfezionare giuridicamente il discorso dicendo che la Corte, col suo modo di fare, ha inconsapevolmente capovolto il rapporto fra parità e unità, affermando l'unità in funzione della parità, e non, come deve essere, la parità in funzione dell'unità. In più chiari e semplici termini, la Corte ha dimenticato che a comporre l'istituto del matrimonio ha concorso una secolare esperienza, fatta di morale, di religione, di interessi sociali e individuali, consolidandolo in una disciplina che la Costituzione non si è sognata di rifiutare, e ad ogni modo non ha intaccato con l'art. 29. Certo mai come oggi è stato vero il detto di Anatole France: e io mi

attendo serenamente che il legislatore, come è suo diritto, consacri il sacrilegio (ma non è detto che non avvenga il contrario: la storia è bizzarra). Non per questo la Corte è autorizzata a uscire dal seminato, per dare all'istituto il colpo di grazia, in nome di una parità che, come subito vedremo, con l'adulterio non ha nulla a che fare.

E giacché siamo nel discorso, aggiungiamo che la Corte poteva risparmiarsi l'accenno finale al « privilegio » del marito. Il privilegio di farsi mettere dai giudici il berretto a sonagli di pirandelliana memoria. Ma via. Con ben altra serietà in una sentenza del 1961 (n. 64, in « Foro it. », I, 1777), stesa dal mio severo amico Petrocelli, la Corte aveva rigettato l'eccezione di incostituzionalità dell'art. 559. Non si riesce a capire come sia tornata indietro con questa striminzita sentenza. Il fatto è che ci vuole molto più coraggio ad affermare che a negare la costituzionalità di una legge, cioè a consacrare piuttosto che a dissacrare, come oggi si dice, l'ordinamento giuridico.

B) Assai più grave però, come dicevo, è la decisione, di carattere civilistico, che la Corte ha emanato in relazione all'articolo 151, 2° comma del codive civile. Dunque, ora la moglie può chiedere la separazione dal marito per il semplice suo adulterio, anche quando non concorrono circostanze tali che il fatto costituisca ingiuria grave alla moglie.

Prego di credere che io sono di temperamento calvinistico, e non ho alcuna tendenza lassista in favore dei miei colleghi di sesso. Ma, umano come sono, vorrei che la Corte Ecc.ma mandasse una copia della sua sentenza ai marinai delle petroliere che tornano al focolare e all'alcova, una, due volte l'anno; a tutti gli emigranti che lasciano la moglie per procurarsi i mezzi per sostentarsi e per sostentarla; ai militari che vanno in guerra, e così via all'infinito. Non sono argomenti giuridici, ma quando si arriva al grottesco, il buon senso diventa diritto. Tutta questa povera gente (ma forse il diritto non è fatto per i poveri) è almeno *semel in mense* potenzialmente separata.

Sul piano giuridico la sentenza in esame riproduce, come abbiamo detto, gli argomenti addotti per l'aspetto penale dell'adulterio, e pertanto anche noi poco o nulla abbiamo da aggiungere a quanto detto. Insistiamo: la discriminazione è in funzione dell'unità della famiglia, e questa corrispondenza è frutto di un giudizio politico, riservato esclusivamente al legislatore. Ma questa sentenza insinua un ulteriore argomento, che merita di essere considerato, perché completa il discorso. Dice che « la Costituzione afferma il principio di uguaglianza anche morale dei coniugi ed esprime in tal modo una diretta sua valutazione della pari dignità di entrambi, disponendo che a questa debbono ispirarsi le strutture giuridiche del matrimonio: di tal che lo Stato non può avallare o addirittura consolidare col presidio della legge (la quale per altro contribuisce essa stessa in misura rilevante alla formazione della coscienza sociale) un costume che risulta incompatibile con i valori morali verso i quali la Corte costituzionale volle indirizzare la nostra società ».

Sembra incredibile che parole di questo genere siano uscite dalla penna di giuristi in tutto degni di rispetto. Bisogna proprio pensare a quella « inazione » di cui ho parlato a proposito delle lotte sindacali (v. pag. 73 e sgg. del presente volume). Niente di meno uno Stato che avalla con una legge un costume incompatibile con i valori morali etc. etc., come a dire che sta a cuore della Costituzione la *par turpitudo*, o la *turpitudo* purché sia *par*. Ma, giuridicamente, noi contestiamo nel modo più fermo che l'adulterio abbia a che fare con la moralità: dico meglio, la componente morale entra in minima parte, di fronte a tutte quelle componenti che si riassumono nell'unità della famiglia, e più semplicemente nella famiglia. Quindi io nego, che con la formula « uguaglianza morale dei coniugi » l'art. 29 abbia pensato all'adulterio, almeno nell'applicazione che ha voluto farne la Costituzione. Può darsi che anche una sola infrazione del marito alla fedeltà coniugale (che tra parentesi io credo sia anche questa non coincidente affatto con la fedeltà fisica, tanto per intenderci: e anche su questo la Corte avrebbe fatto bene a meditare)

costituisca offesa morale alla moglie: ma questa valutazione è appunto quella che il legislatore ha affidato al giudice ordinario, attuando la costituzione *ante literam*, e imponendogli la severità di un giudizio al quale ora potrà allegramente sottrarsi.

Non ho altro da aggiungere. Noto solo che gli scrittori che si sono occupati dell'argomento (v. specialmente MODUGNO, *L'uguaglianza nell'unità della famiglia*, in « Studi in tema di diritto di famiglia », Milano, 1967, anche per la bibliografia) tendono, con qualche eccezione, a favorire la tesi della incostituzionalità degli articoli qui considerati. Sarebbe interessante sapere quel che ora pensano di queste sentenze, che certo hanno contribuito a determinare.

II

DIRITTO FALLIMENTARE: *a*) ESCLUSIONE DEL FALLITO DAL DIRITTO DI VOTO; *b*) ESTENSIONE DEL FALLIMENTO; *c*) AMMINISTRAZIONE CONTROLLATA.

Nella breve replica al giudice Marini, in questo Quaderno (pag. 91) ho proposto all'esame dei competenti il problema del rapporto fra la costituzione e le modificazioni degli elementi che compongono la società. La Corte d'Appello di Milano deve aver divinato (a rovescio, s'intende) il mio pensiero perché mi cade sotto gli occhi un'ordinanza di remissione alla Corte Costituzionale nella quale si contesta la legittimità dell'art. 2 del testo unico della legge elettorale, che, come è noto, esclude dal diritto di voto i commercianti dichiarati falliti. L'art. 48 della Costituzione dice che il diritto di voto non può essere limitato se non per incapacità civile o per effetto di sentenza penale irrevocabile o nei casi di indegnità morale indicati dalla legge. Ma il fallito, si esclama, non rientra in alcuno di questi casi: evidentemente nei primi due, e quanto all'indegnità morale, questa non è sostenibile secondo il comune sentimento: la incapacità o la sfortuna negli affari non possono essere ritenute riprovevoli a tale punto da portare all'esclusione del fallito dal diritto di voto.

Questo tenero discorso mi fa tornare alla mente quel « diritto di fallire » di cui si discuteva nei miei giovani anni, in relazione alla domanda del proprio fallimento prevista dalla legge. Ma quel che mi piace è il richiamo al comune sentimento per avvalorare la pretesa di incostituzionalità: non c'è dubbio veramente che considerare oggi indegno il fallito, in una società che non ha bisogno di ricerche sociologiche finanziate dal C.N.R. per essere individuata nei suoi tipi di comportamento, è per lo meno anacronistico. Scrissi in qualche luogo che, sul piano processuale, il fallito deve essere considerato organo del fallimento, come ben s'accorge chi frequenti le famose sezioni fallimentari dei nostri maggiori tribunali. Altro che indegnità morale: bisogna proprio bollare col marchio della incostituzionalità il legislatore che ha osato avere questa patologica sensibilità.

Tristi scherzi a parte (e salvo quanto dirò alla fine di questo discorso) bisogna proprio dire che siamo caduti molto in basso per non renderci più conto di quel che significa il fallimento nell'armonia del nostro ordinamento giuridico, e prima ancora nella struttura sociale, che poi è lo stesso. Mi consenta l'altissimo collegio che dovrà giudicare di questa proposta illegittimità, e vorrei giudicasse bene, di ricordargli che i c. d. effetti personali del fallimento (un tempo ben più seri: basti pensare alla gogna) non sono nati dal sadismo di un legislatore. Essi sono in naturale connessione col riconoscimento della autonomia negoziale (v. *Quaderno* I, pag. 16), che è né più né meno che una forma di organizzazione della società. Parlando in termini spiccioli, e tradizionali, il legislatore si affida al privato per la realizzazione dei suoi fini economici: è tutta una concezione liberale, che non ha qui bisogno di essere illustrata o valutata, nel suo bene e nel suo male, ma che sicuramente ha la sua valvola di sicurezza nel fallimento. Questo è il senso augusto di questo istituto, che abbiamo coi nostri studi ridotto a una semplice esecuzione forzata: il fallimento, scrivevo nel luogo citato, pag. 22, non esprime l'inadempimento a uno o mille crediti isolatamente considerati, ma la sconfitta, nel caso singolo, di tutta l'organizza-

zione economica. Ora gli effetti personali sono proprio la manifestazione di questa realtà. L'imprenditore — al quale la società si è affidata, ha fatto materialmente e spiritualmente credito — *non deve* fallire. Se fallisce è moralmente indegno, ben inteso non della irrilevante moralità a senso unico, quale può essere quella dei dieci comandamenti, e in particolare del sesto, anche nelle sue moderne accezioni, ma di quella moralità che investe e informa tutto l'ordinamento, che è anzi l'ordinamento stesso, quale la società lo ha espresso. Perciò è giusto che sia privato di quel massimo bene che è il diritto di concorrere a costruire la società, del diritto di voto. All'esagerazione o agli inconvenienti di questa austera concezione rimediano, come è noto, vari istituti, che vanno dal concordato preventivo alla riabilitazione: e pertanto anche il senso umano della vita è appagato, senza bisogno dei giudici costituzionali.

Tutto ciò a prescindere dal fatto che io ritengo che la indegnità stabilita dalla legge sia, come si dice in Cassazione, un giudizio di merito, sul quale non c'è competenza costituzionale. Piuttosto una seria obbiezione si può fare, ed è quella che si trae da certe degenerazioni della pratica fallimentare, che, se dovessero essere consolidate, veramente darebbero ragione alla incostituzionalità della norma, e di tutte le norme che comportano effetti personali per il fallito. Si tratta della arbitraria applicazione che si fa dell'art. 147 delle legge fall., cioè della estensione del fallimento a soci o società presunti occulti, estensione che nel 99 per cento dei casi ha carattere ricattatorio, come ben sa chi ha pratica di fallimenti, e quindi di curatori e purtroppo di giudici fallimentari. Si capisce che, con questa fonte di illeciti apporti al fallimento che si è scoperta nell'art. 147, appare assurda la qualifica di indegnità morale al disgraziato che ci capita sotto. A questo punto però si indica ben altra e ben più seria questione di costituzionalità, ed è proprio quella che investe l'art. 147, come più volte ho fatto rilevare (cfr. *Soliloqui*, pag. 347).

Non ci può essere a mio avviso dubbio che il procedimento

sommario previsto per la dichiarazione del fallimento del debitore non possa essere applicato all'estensione. In questa si ha la postulazione da parte del curatore (o anche dell'ufficio) della esistenza di una società: si chiede cioè una vera e propria sentenza di accertamento, che per sua natura esclude la sommarietà. Per giunta manca il presupposto dell'insolvenza, anzi sussiste una realtà diametralmente opposta, perché se si vuole far fallire il socio o la società pretesa occulta è perché questi sono solventi. La violazione del diritto di difesa non potrebbe essere più palese. Ed è con vera soddisfazione che abbiamo appreso la notizia della rimessione della questione al giudice costituzionale da parte del Tribunale di Udine (ord. 12 novembre 1968, in *Giur. it.*, I, 2, 199), al quale va tributata una parola di lode, con l'augurio di poterla a suo tempo... estendere alla Corte Costituzionale.

Con l'occasione si deve anche compiacersi del fatto che la Cassazione ha rimesso alla Corte la questione della costituzionalità dell'art. 189 della legge fall., per ciò che attiene all'esclusione dal voto dei creditori privilegiati nella amministrazione controllata. Anche qui la Cassazione ha raccolto un mio antico auspicio, dimostrando una squisita sensibilità per le autentiche violazioni di diritti soggettivi perpetrate dal frettoloso legislatore del fallimento. I motivi della illegittimità costituzionale sono da ricercarsi nel fatto che i creditori privilegiati sono letteralmente espropriati dalla loro posizione sostanziale e processuale da una norma che li mette in balìa di pochi creditori chirografari. Attendiamo il responso della Corte, che metterà — speriamo — la parola fine a un istituto nato con le migliori e più ingenue intenzioni, e sfruttato a fini di evasione dai rigori del fallimento, con la rovina dei creditori. Una situazione analoga e inversa a quella della estensione del fallimento. L'ordinanza della Cassazione reca il n. 113, ed è pubblicata nella G. U. 16 aprile 1969, n. 98.

III

PROCEDURA PENALE: ISTRUZIONE SOMMARIA (ART. 389 C. P. P.).

Con riferimento a quanto ho scritto nel precedente *Quaderno* in questa materia, mi limito a ricordare la notissima sentenza n. 117 del 1968 che ha dichiarato la illegittimità dell'art. 389 c. p. p. il quale stabilisce che il p. m. deve procedere con istruttoria sommaria in quattro casi di cui l'ultimo consiste nella evidenza della prova. È parso che in questa evidenza si concreti un giudizio soggettivo del pubblico ministero, e quindi un suo possibile arbitrio, nel presupposto che il giudice naturale sussista anche nella fase istruttoria del processo: ciò anche in relazione con la mancata previsione di una impugnazione del provvedimento del p. m.

Si sa quali gravi conseguenze abbia prodotto questa decisione nella amministrazione della giustizia, già così compromessa dalla poca fede nella medesima. Leggo ad es. su un quotidiano che ben cento processi tenuti in istruttoria dal procuratore della repubblica di Crema saranno trasmessi al giudice per il proseguimento della istruttoria col rito formale. Ma non è tanto questo che mi interessa (sebbene sia cosa importantissima perché dà una prova dell'astrattismo che continua a imperversare nei nostri giudizi, a qualunque grado, nonostante le velleità del « diritto contemporaneo »: vedi in questo *Quaderno* pag. 135) quanto le posizioni teoriche che sono assunte come proprie dalla Corte. Che cosa è l'istruzione formale? Quale il rapporto con la sommaria? Che cosa è, prima di tutto, il Pubblico ministero al di fuori degli schemi in cui lo abbiamo imprigionato? Domande gravissime che si propongono oggi in forma nuova sotto la spinta degli eventi. Tanto gravi che io penso di dedicare alla risposta o a un tentativo di risposta una parte del prossimo *Quaderno*. E il lettore mi perdoni questo rinvio. Oggi invece mi preme annotare, in calce alla sentenza della Corte, la decisione della Old Bailey (che ho visitato a lungo e vorrò riferire le mie impressioni) nello

spaventevole caso dell'assassinio di Alda Budoni ad opera di un ventiquattrenne maniaco sessuale. Il fatto era avvenuto il 22 ottobre 1968. Resosi confesso, l'assassino fu portato all'Old Bailey il 24 marzo 1969. Dopo 20 minuti dall'ingresso nell'aula l'imputato è stato condannato all'ergastolo. Il P. M. ha riferito i risultati delle indagini e ha letto i passi salienti della deposizione resa dall'imputato all'ispettore di polizia. Niente altro. Dice il giornale dal quale traggo le notizie che « i membri della giuria in casi del genere si limitano ad assolvere a compiti di testimoni ».

Un *match* costituzionale Italia-Inghilterra.

IV

Incostituzionalità della Cassazione (art. 65 ord. giur.).

Le roi s'amuse. Nel precedente *Quaderno* avevo segnalato i riflessi psicologici del potere concesso ai giudici di investire la Corte del giudizio di validità delle leggi. Ecco un tema che i miei amici sociologi dovrebbero raccogliere, e proporre per il finanziamento al Consiglio nazionale delle ricerche. Ma forse non occorre tanto: basta prendere nota di questo eroico pretore milanese che avendo ravvisato una nullità del decreto di citazione, a sensi dell'art. 412 c. p. p., ha ritenuto di infirmare sul piano costituzionale l'articolo istitutivo o meglio descrittivo dei compiti della Cassazione (organo supremo della giustizia e via dicendo) perché la non più suprema Corte ritiene che quella nullità non sussiste. Poiché se dichiaro la nullità, ha ragionato il pretore, la Cassazione va in contrario avviso, e mi annulla la sentenza; e poiché se mi rivolgo alla Corte costituzionale per ottenere una interpretazione correttiva (cioè perché dica che la nullità in quel dato caso sussiste, pena la incostituzionalità della norma) la Cassazione rimane indifferente all'interpretazione imposta, arrogandosi il monopolio della interpretazione; ergo l'art. 65 ord. giud. è incostituzionale.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 134 del 1968,

ha facilmente dichiarato inammissibile il ricorso, per varie dotte ragioni, ma in sostanza perché il fondamento della pretesa incostituzionalità era del tutto congetturale. Una congettura la nullità del decreto, una congettura l'ostinazione della Cassazione nel suo congetturale errore, una congettura il « conflitto » tra le due massime nostre istituzioni sul terreno della interpretazione, quanto meno nel caso concreto. Ma non è una congettura il fatto che un pretore abbia potuto fare quel che ha fatto, ed essendo soggetto solo alla legge, che è un'astrazione, non abbia avuto né possa avere dalla medesima la giusta sanzione.

Per questo soltanto io registro l'episodio in questi *Quaderni*, tanto più che non mi risulta che alcuna rivista l'abbia stigmatizzato. È un penoso episodio che dimostra a quale livello di albagia si può salire e a quale livello di insipienza si può scendere quando si è investiti di un potere incontrollato e incontrollabile. E arrivo a dire che vorrei che l'atteggiamento del pretore milanese fosse determinato da ragioni politiche (la famosa rivolta contro la Cassazione e il vertice in genere: cfr. il primo *Quaderno*, pag. 74): ma io temo assai che sia dovuto alla diffusa incomprensione, e quindi insofferenza, delle proprie funzioni, cioè della partecipazione, nei naturali limiti, alla vita della società. Qui è il nodo: quel pretore, e con lui chissà quanti altri, non ha capito e non capisce che se fa il suo dovere è lui la cassazione, e quest'altra di Roma non conta nulla: il che si può dire per qualunque altro giudice e qualunque altro officio. Vero è che questa umile verità non è comoda, e non è conforme ai tempi accettarla, tra l'altro perché si passa inosservati, almeno agli occhi del mondo. E così le cose vanno come vanno, e si moltiplicano i congressi sulla crisi della giustizia, e si moltiplicano i progetti di riforma (per fortuna sulla carta). Ma perché nessuno dice che questa spampanata del pretore di Milano, per limitarci al caso in esame, ha fatto sospendere un processo per due anni, essendo l'ordinanza di remissione del 30 gennaio 1967 e la sentenza della Corte Costituzionale del 20 dicembre 1968?

V

Boicottaggio.

La sentenza n. 84 del 1969 merita di essere qui segnalata perché offre l'occasione a qualche spunto di carattere generale, che io stesso o altri potrà in seguito raccogliere. Si tratta della validità costituzionale dell'art. 507 c. p. che punisce « chiunque per fini contrattuali o politici, per coartare la pubblica autorità o a scopo di solidarietà o di protesta, mediante propaganda o valendosi della forza o autorità di partiti, leghe o associazioni, induce una o più persone a non stipulare patti di lavoro o a non somministrare materie o strumenti necessari al lavoro ovvero a non acquistare gli altrui prodotti agricoli o industriali ». Le specie che avevano dato origine alla remissione alla Corte (specie che troppo spesso si dimenticano, e la Corte non prende in considerazione per abbandonarsi a un astratto ragionare), erano tre: quella di un invito a edicolanti romani a non accettare copie di un settimanale perché il periodico aveva diffuso notizie sugli utili che alcuni editori e giornalai trarrebbero dal commercio di pubblicazioni immorali; quella di un invito ai lettori pure romani a escludere dal loro commercio prodotti della centrale del latte, per ragioni di percentuale; propaganda per indurre a non far acquisti di prodotti agricoli da certi commissionari. È difficile pensare che fattispecie di questo genere possano dirsi radicate a una norma incostituzionale: anche ammesso che l'art. 507 possa dar luogo in qualche caso (ma vedremo che non è così) ad applicazioni incompatibili con la costituzione, certo non erano queste le ipotesi: onde io sono d'avviso che già il magistrato di merito ha malissimo operato nella valutazione della rilevanza. Non so come i dotti concepiscano questa rilevanza: forse si divertono anche qui a sfuggire al concreto, ed è secondo me errore gravissimo. Lo dimostra la conseguenza che la Corte, nel dichiarare la parziale incostituzionalità della norma, ha espressamente detto che essa era determinata dalla *possibilità* che con l'art. 507

si leda la libera manifestazione di pensiero, possibilità da accertarsi volta a volta dal giudice di merito. Non si può immaginare contraddizione più stridente di questa. Il giudizio costituzionale è ridotto a mera accademia, senza alcun serio collegamento col giudizio di merito. Sarebbe interessante sapere se nei tre casi riferiti, i giudici, dopo la sentenza della Corte, hanno assolto gli imputati. Ma, per carità di patria, è meglio non fare tale indagine.

Forse perché consapevole di questa astrattezza la Corte è stata molto prudente nel suo giudizio, e ha finito col ridurre la incostituzionalità dell'art. 507 all'ipotesi della « propaganda » assumendo che « la libertà di propaganda è espressione di quella manifestazione del pensiero, garantita dall'art. 21 della costituzione, e pietra angolare dell'ordine democratico ». « Con tale criterio, prosegue la Corte, si pone in un certo contrasto l'articolo 507 del codice penale perché fa pensare all'inclusione in una sfera criminosa anche della propaganda di puro pensiero e di pura opinione, ogniqualvolta possa comunque ad essa coordinarsi o semplicemente riferirsi un comportamento singolo che sia causa dell'evento ivi considerato. La propaganda è di per sé diretta a convincere, ed infatti questa Corte, nella sentenza 4 febbraio 1965, n. 9, ammise che rientra nell'articolo 21 della Costituzione ogni espressione che miri a persuadere dell'utilità e della necessità di un dato contegno; e a tale funzione la norma in esame viene a porre ostacolo quando, per la sua formulazione generica, punisce la propaganda persino se effettuata da un singolo in condizioni di insignificante rilievo.

Può altresì notarsi che, essendo pacificamente ritenuto che il reato di boicottaggio, quale reato di danno e non di mero pericolo, ammette il tentativo, potrebbe ritenersi la punibilità, attraverso l'articolo 507, anche dell'azione che sia rimasta al puro stato di manifestazione di pensiero e di opinione, non avendo potuto conseguire l'effetto che si proponeva ».

O io mi sbaglio o siamo qui di fronte a un equivoco madornale. Il boicottaggio, dai tempi del sig. Boycott in poi, consiste

in un'azione di solito concordata diretta a isolare da un consorzio o da un mercato individui, enti, o prodotti, sia a fine di lotta sia per rappresaglia. È chiaro che questa azione è compiuta da chi effettua « l'isolamento », ma è anche chiaro che essa non è per se stessa punibile, perché non si può incriminare il singolo individuo che non compra o non vende, o comunque si astiene. L'incriminazione non può avvenire che al livello della istigazione, ed è quello che opera appunto l'art. 507; la filosofia della propaganda che la sentenza fa, e il collegamento con l'art. 21 della Cost., è una cosa fuori tempo e fuori luogo, perché la parola non può essere staccata dal suo fine, che è appunto il boicottaggio. E allora, o si ammette che sia legittima l'istigazione, e cioè sia incostituzionale l'art. 507, o si deve escludere che si legittima la propaganda, che non è e non può essere mai propaganda « di puro pensiero e di pura opnione ». Esprimo perciò il puro pensiero che la Corte si sarebbe potuto risparmiare questa sentenza, e le fattispecie che han dato occasione ad essa ne sono la migliore dimostrazione.

Per la stessa ragione si potrebbe dire che anch'io avrei potuto risparmiare al lettore questa critica, che ben avrebbe potuto fare da sé. Ma se sono stato indotto a occuparmi della sentenza è solo per formulare un dubbio di carattere generalissimo, e, se il dubbio è fondato, un programma di indagine per il futuro. Si tratta semplicemente di questo. La costituzione stabilisce all'art. 21 il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, ed è la norma alla quale nella specie la Corte si è richiamata. Allo stesso modo nell'art. 24 stabilisce il diritto di difesa inviolabile, all'art. 18 il diritto di associazione, all'art. 13 la libertà personale inviolabile e via dicendo quasi all'infinito. Nell'articolo polemico sul giudice e la legge (*supra*, pag. 101), io mi sono chiesto se questi sacri diritti non debbano essere intesi con riferimento al momento storico in cui viene in ballo la loro applicazione (e non al momento della costituzione stessa): oggi mi propongo la questione inversa, e osservo che questi stessi principi esistevano ed erano indiscussi (a parte il periodo dittato-

riale, che non ha rilevanza, sotto questo profilo, perché era di fatto un periodo di sospensione delle garanzie costituzionali, e in teoria potrebbe tornare sotto altra forma, nonostante la costituzione) prima che la magna carta li registrasse. In fondo quando l'art. 26 dello statuto albertino diceva che la libertà personale è garantita fissava un principio che assorbiva in sé tutti i prolissi comandamenti della costituzione vigente. Orbene, se i principi vigevano, se nessuno si sognava di negare il diritto di difesa o la libertà, com'è che tante leggi e tante norme di codice sono state scritte e si sono tramandate fino a noi, senza che il legislatore dubitasse minimamente, né dubitassero i sudditi, della loro incostituzionalità, e per converso oggi se ne dubita? Sono cambiati i concetti di difesa, di libertà etc.? O dipende dal carattere rigido della costituzione? O infine — non vedo altra alternativa — dipende dalla istituzione di una Corte costituzionale? Escludo, per ragioni che mi sembrano ovvie, la prima spiegazione. Non ritengo giusta la seconda, perché contiene una petizione di principio, e cioè dà per ammesso che con le singole norme concrete il legislatore modificasse la costituzione, ciò che non solo è da dimostrare, ma credo nessuno potrebbe dimostrare. Resta la terza, e credo che sia quella buona. Se ciò fosse vero, le conseguenze sul piano teorico sarebbero importantissime. Prima di tutto perché ne risulterebbe confermato che la creazione del diritto è sempre giurisprudenziale, *rectius* è una chimera il legislatore che crea diritto senza che crei nello stesso tempo il giudice che lo realizzi. Sotto questo profilo, corti costituzionali e tribunali speciali sono la stessa cosa. In secondo luogo perché qualificherebbe la Corte costituzionale come un giudice sì, ma un giudice politico (del resto la estrazione dei giudici ne è un indice sicuro). Era quello che aveva intravisto Calamandrei, nel suo scritto *Corte Costituzionale e autorità giudiziaria* (*Studi,* vol. VI, pag. 256). Ma forse non immaginava, il compianto amico, le conseguenze alle quali una simile qualificazione avrebbe portato e potrà ancora portare.

CRITICA DEL GIUDIZIO DI CASSAZIONE

Proseguo l'indagine che ho intrapreso nel precedente fascicolo, e sottopongo ad esame alcune fra le più recenti sentenze della Cassazione che mi sono cadute sotto gli occhi. Il lettore, che nella prima parte di questo *Quaderno* si è sentito trasportare in un'atmosfera estremamente rarefatta, che ha sentito parlare di normativismo, del diritto come essere e non come dover essere, di rapporti tra diritto e politica, o che, peggio ancora, ha la mente tutta piena del mirabile ricamo di Albanese su *jus* e *derectum*, resterà profondamente deluso nel vedere che tutte le immense speculazioni si concretano in questioni di bollette di deposito per multa, di regolarità di copie o di notifiche etc. E penserà che tutto sommato siamo dei perditempo. Non è così. Queste miserabili diatribe giudiziarie costituiscono per noi il banco di prova del diritto, come scienza e come esperienza. I casi che rileviamo hanno dietro di sé tutta la storia, sono la storia: rappresentano cioè un atteggiamento degli uomini (e del giudizio degli uomini) di fronte al diritto, maturato attraverso infinite vicende, che si sono depositate sotto forma di libri nelle biblioteche, e sotto forma di parola si sono tramandate nella scuola. Da questo punto di vista questi casi non appartengono alla patologia, non sono dei *monstra*, cioè praticamente delle curiosità irrilevanti, sono essenzialmente fisiologici, espressioni rigorose, e più clamorose, se si vuole, di una giustizia che è a suo modo giustizia. Questo è il punto cruciale, sul quale il pensiero deve ripiegarsi, dal quale deve partire per rifare la storia. E per questo le storielle giudiziarie che imprendiamo a narrare si ricongiungono idealmente, e non solo idealmente, alle ultimissime speculazioni che abbiamo condotto. Confidiamo di affrontare direttamente in seguito il grave problema.

[123]

I

METAFISICA DI UNA PREPOSIZIONE.

La sentenza è del 26 aprile 1968, e reca il n. 1280. In forza di una certa legge, il ministro delle finanze aveva emanato un decreto ingiuntivo nei confronti di una certa persona, per il pagamento di un tributo inevaso. La competenza del ministro era fuori questione, e fuori questione era che il ministro potesse delegare, come in effetti aveva, un funzionario per la firma. Il fatto era che il decreto recava la firma (testualmente): Il Ministro Stammati. Orbene, il bravo difensore del debitore (bravo s'intende nel senso di perfetta espressione del nostro ordinamento giuridico) aveva proposto opposizione: sapete perché? Perché la parola il ministro non era preceduta dalla preposizione *per*, abbreviata magari in *p.*, come si usa. Il Tribunale aveva respinto pietosamente la opposizione; non la Corte d'appello, che, più sensibile alla realtà romanzesca del nostro ordinamento, l'aveva accolta. La povera avvocatura dello Stato (povera in questo caso, non in altri, purtroppo) si è affidata alla Cassazione, e sette pilastri della sapienza hanno sentenziato, dopo aver ammesso la legittimità della delega, che « il delegato deve far presente l'esistenza di una delega, per escludere che l'atto possa intendersi emanato nella competenza ordinaria dell'organo inferiore, mentre deve essere chiaro che questo agisce per l'organo superiore delegante, ciò che può ottenersi anche mediante l'uso della formula " per il ministro ". Tale obbligo (soggiunge la Corte) dell'organo delegato di manifestare la delegazione ricevuta si fonda sulla necessità di pubblico interesse dell'identificazione precisa dell'organo... a garanzia delle sue facoltà di impugnativa e comunque di indagine sulla regolarità anche formale dell'organo amministrativo. Del resto l'obbligo di menzione trova conferma nella *contemplatio domini*, richiamata dall'art. 1393 c. c. per la quale il rappresentante deve manifestare ai terzi la sua qualità perché il terzo possa contemplarne i poteri etc. etc. ».

Su quel piano che si chiama strettamente giuridico (e che mi convinco sempre più essere una comoda trovata del formalismo per mascherare l'ignoranza di quel che è diritto) il ragionamento della Cassazione si liquida in due minuti, in sede, diciamo così, pretoriale, osservando che proprio l'art. 1393 dava la chiave per la contraria soluzione, in quanto esso dice che il terzo che contratta col rappresentante può esigere la giustificazione dei suoi poteri, cosa che esclude ovviamente che questa giustificazione debba risultare dal contratto. Quel che conta insomma è che la delega ci sia, non che il delegato la giustifichi con un *per*, o in altro modo. Solo se la delega mancasse, il diritto avrebbe ragione di intervenire.

Lo stretto diritto non ha ragione di aggiungere altro (in ogni caso vedi la nota alla sentenza di un mio giovane omonimo, in *Foro it.*, 1969, I, 194). Ma il diritto largo deve dire ancora qualcosa: e cioè che questioni e sentenze di questo genere coprono di ridicolo il nostro modo di pensare e di vivere, e mettono a nudo, più di tutte le contestazioni rumorose, la decrepitezza delle nostre istituzioni. Vedremo, alla fine del discorso, ed è quel che più interessa, la profonda ragione di questo fenomeno, che è essenzialmente storico e sociale. Ora mi piace pensare al povero Ministro delle Finanze come a quel buon monaco Martino, che, per un errore di punteggiatura fatta in una iscrizione, ci rimise la nomina a priore. Vale a dire, secondo la registrazione proverbiale, « per un punto, perse la cappa ».

II

La calligrafia del pretore.

Questa è un'avventura a lieto fine: ma quale onore per la nostra giustizia che ci sia voluta la Cassazione per condurre a buon porto l'impresa spaziale di cui sto per dire. Deve essere stata una lotta epica (peccato che non si registrino le camere di consiglio) perché risulta dal *Foro it.*, dove la sentenza 18

marzo 1968 è stata pubblicata a pag. 3051, che il P. M. aveva presentato conclusioni difformi.

Dunque sentite. Un certo contribuente, anche qui, aveva ricevuto una ingiunzione fiscale munita di visto di esecutorietà del pretore, a norma di legge, e sempre a norma di legge l'ingiunzione gli era stata notificata in una copia firmata dall'ufficiale giudiziario, il quale non riuscendo a decifrare la firma del pretore, aveva scritto « copia conforme all'originale. Firma illeggibile ». Apriti cielo, è proprio il caso di dire visto che siamo in tema di avventure spaziali. Il contribuente impugna per nullità l'ingiunzione, e il Tribunale gli dà ragione. La Corte d'Appello non solo gli dà ragione, ma dice che la mancata riproduzione del nome del pretore toglieva ogni valore esecutivo all'ingiunzione (cioè la privava dell'esecutorietà), onde essa Corte difettava di ogni potere di giudicare del merito. La Cassazione finalmente riesce ad agganciare la capsula, e dopo una lunga dissertazione intorno al visto pretorile, al carattere amministrativo della funzione del pretore nell'apporre la vidimazione, all'esistenza della vidimazione o alla sua incompletezza, infine alla validità della notificazione, atterra sulla luna, e di là proclama che « la dicitura firma illeggibile non equivale a mancanza della firma, ma sta ad indicare che le sottoscrizioni sono apposte sull'originale e che non è stata possibile la decifrazione »!

Tantae molis erat: è vero che bastava dire che l'ufficiale giudiziario non ha nessun compito di interpretare la firma, che per lui certificante non vale neppure come firma, ma come segno di cui attesta l'esistenza (l'osservazione è dell'omonimo commentatore della sentenza, nel luogo citato); ma se non scriveva tutto quel che ha scritto, in dissidio col P. M., che cosa ci stava a fare la Cassazione?

E ringraziamo Dio che c'era: ma non lo ringraziamo di aver ridotto a tale stato di automatismo il nostro ordinamento giudiziario, e prima ancora civile, da consentire che simili aberrazioni possano essere concepite dai privati, fatto oggetto di discussione in tre giudizi, anche se *in extremis* si è compiaciuto di far scen-

dere la fiammella pentecostale sulla testa di sette apostoli, lasciando al buio quella del P. M.

Scherzi a parte, anche di queste aberrazioni c'è una ragione profonda, e la indagheremo più avanti.

III

I grands-arrêts della Suprema Corte e le bollette di deposito per multa.

Mi viene segnalata la sentenza della Cassazione n. 2174 del 30 luglio 1964. Non è freschissima, ma perenne ne è l'ispirazione: « È inconcepibile il ricorso per cassazione contro una decisione della Commissione centrale (nella specie: in materia di r. m.) qualora il ricorrente abbia omesso di depositare nella cancelleria della corte, nel termine indicato dall'art. 369 c. p. c., la copia autentica della decisione impugnata, a nulla rilevando che il contenuto della decisione stessa sia stato riportato nel contesto non solo del ricorso ma anche del controricorso dell'amministrazione resistente, avendosi, così, la certezza della corrispondenza all'originale ».

La mente s'inchina di fronte a tanta e tanto scrupolosa sapienza. Ma l'inchino diventa ancora più profondo, fino a diventare una totale prosternazione sull'esempio dei fedeli ortodossi, quali ho visto nelle mirabili chiese di Mosca davanti alle icone, quando scorro il *Foro Italiano* del 1968 e leggo che un terribile contrasto è stato risolto dalla nostra Suprema Corte, III[a] sezione, con la sentenza n. 1230 del 20 aprile 1968 (pag. 1134). Si trattava della solita storia della bolletta di deposito per multa, e delle indicazioni che deve contenere il ricorso a norma dell'art. 369, n. 5, se cioè siano sufficienti il numero e la data della bolletta o non occorreva anche la menzione dell'ufficio. Non vogliamo qui lamentare la ricorrenza di queste quisquilie: troppo se ne è scritto, e fino al disgusto. L'interesse della decisione è dato dalla motivazione. La soluzione è in senso liberale (ba-

stano il numero e la data): ma forse per questo si avverte nella sentenza un'aria di cospirazione. È per la verità una guardinga cospirazione perché l'arditezza del collegio si è messa al riparo di un *grand-arrêt* delle Sezioni Unite (19 settembre 1967, *Foro it.*, 1968, I, 42) le quali hanno finalmente stabilito la *ratio* della menzione della bolletta, che non sta, come certi eretici ritengono, nell'interesse del resistente al controllo preventivo della tempestività del deposito per multa (*anathema sit*), ma nella certezza dell'anteriorità del deposito. In fondo questa spiegazione ha una inattesa corrispondenza con la concezione del deposito che io ho lietamente affacciata nel *Commentario*, vol. II, 2, pag. 228. Comunque bisognerebbe subito comunicare a Capo Kennedy il responso delle Sezioni Unite. Ma, ahimè, nella stessa pagina della rivista citata si legge che la stessa sezione terza della Corte, dodici giorni dopo (sentenza n. 1358 del 2 maggio 1968) ha detto tutto il contrario, e quel che più conta hanno detto tutto il contrario le stesse Sezioni Unite con la sentenza n. 2927 del 12 dicembre 1967. Aspettiamo dunque ancora. Forse la soluzione definitiva verrà dal *computer* che si vuole introdurre nella Suprema Corte al posto dell'ufficio del massimario con la modica spesa di 600 milioni all'anno. Se è vero quel che riferiscono le gazzette.

IV

MORALE DELLA FAVOLA.

Giunto a questo punto, sento il bisogno di fermare un momento il pensiero. Non ho riportato queste sentenze per il gusto di irridere alla giustizia in generale, e alla Cassazione in particolare. La letteratura è piena di satire contro i magistrati, come lo è di satire contro i medici e gli avvocati: si tratta di frivolezze, che valgono solo perché mettono in risalto l'imparità degli uomini di fronte al compito immane che essi sono chiamati ad assolvere, direi la loro intrinseca, ineliminabile povertà. Cose

scontate, delle quali si può sorridere, se si vuole, ma che non sarebbero degne di questi *Quaderni*. Tanto meno poi, queste sentenze vogliono alimentare la polemica contro la Cassazione, che è un'istituzione, per l'esperienza che ne ho, non solo utile, ma necessaria. Anzi, in un paese, in cui scarsissimo è il senso dello Stato, la Cassazione contribuisce come può a mantenerne vivo il sentimento, e merita rispetto. Del resto, se Messene piange Sparta non ride: e guai se estendessi la mia osservazione ai giudici di merito, come forse mi capiterà di fare. Il male che io voglio mettere in evidenza, e che è comune a tutti i giudici, compresi quelli costituzionali, ormai, è un male difficilissimo da individuare o meglio da definire, anche se tutti ne abbiamo la percezione e soprattutto ne soffriamo. È il male che ho chiamato formalismo, anche se la parola non corrisponde a quella dotta in uso presso i filosofi e in generale i teorici del diritto (v. *Quaderno* I, pag. 117). Proviamoci a definirla o a delimitarla.

Sarà intanto bene che i miei amici sociologi si tolgano ogni illusione: non si tratta del solito conclamato contrasto con la società, del diritto vivente, della realtà effettuale e così via. Queste faccende, che spesso non sono neppure moralmente limpide, non hanno a che fare col formalismo o coi veri mali della giustizia. Né io credo molto alle solite storie della società in evoluzione e del diritto più o meno ritardatario: basta pensare alla caterva di leggi speciali che accompagna o precede addirittura lo svolgersi della vita sociale, cioè praticamente la politica, per intendere che chi afferma queste cose ha per lo meno una limitata visione del diritto. Allo stesso titolo, si potrebbe lamentare la prepotenza e l'insolenza della vita sociale e della politica nei confronti del diritto, di cui distrugge e altera i valori, come in altra parte di questo stesso *Quaderno* abbiamo mostrato, e meglio mostreremo in seguito. Ciò che, con queste rassegne, vogliamo mettere in luce e che indichiamo come formalismo, riguarda esclusivamente il giudizio, e cioè il rapporto giudice-norma. Questa è la sola questione di immediato interesse, perché la c. d. evoluzione del diritto è cosa lontana, mentre tutti i giorni si giudica,

cioè tutti i giorni c'è qualcuno che è giudicato e soffre o può soffrire del giudizio.

Ora, per quanto i processualisti abbiano da qualche tempo fatto oggetto della loro analisi il giudizio noi non abbiamo trovato regole del giudicare, perché queste sono introvabili, e guai se non lo fossero. Neppure ritengo valide quelle analisi pseudo sociologiche del giudizio, con condimento delle ormai immancabili ideologie; e ne dico qualcosa in altra parte di questo *Quaderno*. Quel che invece mi sembra suscettibile di indagine, al lume dei casi riferiti, e restando quindi nel rigoroso campo del diritto, è la posizione del giudice (ma non soltanto di lui) di fronte alla norma. In altro scritto abbiamo identificato la giurisdizione con la giustizia (v. la voce *Giurisdizione*, nell'Enc. del diritto), parola che ha certo tanti sensi (non ne ha alcuno nell'empireo delle idee astratte, forse), ma uno su tutti prevale, ed è quello dell'affermazione dell'essere nel concreto, o, ciò che è assolutamente lo stesso, del concreto come essere. Sembra questo uno spiegare con parole difficili una parola facile, ma non è così, perché queste parole a differenza di quella consueta « attuazione della legge » etc., mostrano come il concreto sia il momento risolutivo della giustizia, e il concreto riassorbe in sé (come appunto fa la « giustizia ») e unifica in sé il fatto e il diritto. Si potrebbe sempre continuare a dire attuazione della legge etc.; non ci sarebbe nulla di errato. Ma qui sta il punto: e cioè che con questa formula si consacra una secolare tradizione che fa della legge qualcosa di esterno e superno, peggio ancora di estraneo, un « dato » verso il quale ci si piega per analizzarlo astrattamente, come se il concreto non esistesse. In forza di questa tradizione noi eliminiamo praticamente il giudizio (la giustizia) perché non è giudizio spiegare in una sentenza, come si fa a scuola, quel che dice una norma: e falsiamo anche la spiegazione della norma, perché noi sottraiamo a questa spiegazione l'esperienza del (caso) concreto.

Con questo non si vuol dire che il dato non esiste, e che il giudice possa tranquillamente negarlo trasformandosi in legisla-

tore. Queste sono cose prive di senso, perché se così facesse il giudice commetterebbe l'uguale ed opposto errore di negare il concreto nella norma. È in fondo quello che Ascarelli rilevava quando parlava del « continuo » tra la norma e l'interpretazione. Fra i due estremi, entrambi erronei, sta quel che abbiamo detto: e cioè la risoluzione della norma nel fatto, che sola dà quel che chiamiamo giustizia.

Questa idea concreta di giustizia, si badi bene, è comune assai più di quel che non si creda. È noto ad es. che se non erro lo stesso Mortara, ma certo molti altri illustri presidenti, soleva dire in camera di consiglio: decidiamo la causa, la motivazione la faremo dopo. È in fondo la stessa idea che è ripresa da alcuni dei più illuminati giudici « democratici »; solo che bisogna penetrarla a fondo, e capire che si tratta in definitiva del riconoscimento che il diritto è essenzialmente intuizione, e non solo il giudizio, ma la scienza, o quella che noi chiamiamo scienza quando l'insegniamo dalla cattedra. E anche quello che si sente quando si dice talora che il diritto non è una scienza, ma un'arte.

Se si ammette questo — e non si può non ammetterlo perché è un fatto di esperienza — si deve anche ammettere che il rapporto giudice-norma è un rapporto di identità. E invece la storia, perché proprio di storia si deve parlare, ha fatto di questo rapporto un rapporto di autentica opposizione: come ciò sia avvenuto meriterebbe di essere attentamente studiato, assai più di tutte le sciocchezzuole sociologiche con le quali si sfugge ai veri, grandi problemi del diritto. Si può dire che tutta la storia è una corsa verso l'astrazione, una fuga dal concreto, quindi dalla giustizia. Non è escluso che certe massime eterne che ci sono state tramandate sono testimonianze di questa fuga e di questa corsa, come ad es. il *dura lex, sed lex*, l'*adducere inconveniens* e in genere certi tradizionali canoni di interpretazione. Ne è venuta fuori una pseudo scienza del diritto, a sfondo logicistico, che prescinde completamente dal concreto, cioè da se stessa, ed è la scienza che ha creato le nostre scuole, e dalle quali, per la inevi-

tabile correlazione, è stata creata. È, ripetiamo, un fenomeno storico della massima importanza, che solo un autentico genio potrebbe sviscerare. Ma credo di non sbagliarmi dicendo che oggi abbiamo raggiunto la massima espressione di questa posizione mentale, tanto che sorge il dubbio che una scienza del diritto, al di là delle parole, propriamente esista. E ciò che più duole è che questa pseudo scienza non sembra ammettere un'alternativa, poiché i tentativi che si fanno di restaurare il concreto dànno luogo a vaghezze e frivolezze americaneggianti, che sono un rimedio peggiore del male.

Ma sento che il discorso mi porta lontano. Ciò che in questa rubrica preme rilevare, appunto come morale della favola, è che la deformazione del rapporto giudice-norma è accolta come una naturale condizione dai giudici, che sono i più fieri sostenitori, *re et verbis*, della estraneità della norma, cioè della norma come dato sul quale operare logicamente. Non c'è da meravigliarsene: i giudici sono i nostri figli, e tutti siamo figli del tempo. Le sentenze che abbiamo riprodotto in questa rubrica devono essere considerate sotto questa luce, e solo per questo sono interessanti. Quei bravi magistrati che le hanno emesse io credo siano stati i primi a inorridire del loro giudizio, nel c. d. foro della coscienza. Non è possibile che essi si siano beati nella metafisica di un *per*. Ma nel foro esterno essi si sono istintivamente alienati da se stessi, cioè dal concreto, e si sono messi a ragionare sulla norma o su una supposta norma, cioè a sragionare, poiché un astratto ragionare non esiste assolutamente. E così di un topo hanno fatto una montagna formalistica, contro la quale non ci sono picconi che valgono.

Ho detto supposta norma, perché io sono convinto, come ho detto nel primo *Quaderno* (pag. 122 e sgg.) che le sentenze formalistiche siano semplicemente sbagliate. Mio fermo convincimento è che quando una soluzione porta a conseguenze praticamente assurde è anche giuridicamente insostenibile: cioè rovescio il canone, e dico che l'*inconveniens* è sempre indice di errore. Nella mia giovinezza era, come si sa, di moda il problema delle

lacune del diritto. Non ricordo i risultati di quelle oziose discussioni dei padri. Oggi che sono una specie di padre anch'io, penso che il diritto è solo un'immensa lacuna, e in questo sta il suo pregio, quel che lo rende, per la nostra necessaria mediazione, una cosa umana.

LETTURE

DIRITTO CONTEMPORANEO

STEFANO RODOTÀ: *Gli studi di diritto contemporaneo*, in *Rapporti sulle scienze sociali*, Quaderno I, ed. Comunità, 1968, pag. 93 e sgg.

Come è facile intendere, non è questa una recensione allo scritto intestato, che non è e non vuole essere più di una relazione sollecitata da un Comitato per le scienze giuridiche e sociali, e come tale senza troppe pretese. L'interesse dello scritto è dato però dal fatto che non ha pretese (e l'autore lo dichiara qua e là), cioè non esprime idee personali, ma riflette le idee di un certo tipo di studiosi che si va generalizzando fra i giovani, quindi vede « il diritto contemporaneo » sotto una certa angolazione, che presto o tardi, e più presto che tardi, dovrò prendere in esame nei miei *Quaderni.* Ora che mi vedo davanti questo panorama del diritto contemporaneo mi viene voglia di contemplarlo anche per vedere se sono contemporaneo anch'io, del che l'autore mi fa dubitare, essendo ogni riferimento alla scienza del processo accuratamente bandito nella bibliografia.

Rapidamente, il filo conduttore sembra essere quello di un fiero contrasto tra le grandi costruzioni formali « d'entre deux guerres » (?) e la consapevolezza che il giurista contemporaneo avrebbe acquistato della realtà sociale. Per oltre mezzo secolo i giuristi italiani avrebbero lavorato nel rigoroso presupposto di una netta separazione fra diritto e scienze storiche, economiche e sociali. « Il diritto è stato considerato come la manifestazione di un mondo di valori perenni e autonomi, astratti dalle contingenze storiche, conoscibili attraverso il mero dispiegarsi di attività logica. Ciò ha dato luogo a un sistema di concetti, destinato a entrare in crisi alla mancanza del presupposto implicito in ogni

concezione che separi il diritto dalle altre scienze, cioè la stabilità dell'assetto economico e sociale ». L'autore inquadra questo metodo nell'ambiente politico (fascismo) da un lato determinante per l'isolamento che avrebbe prodotto, dall'altro per il rifugio che esso rappresentava dalla contaminazione politica (e si intende della politica ufficiale): comunque fissa la sua critica in questo: « una scienza volta alla sistemazione formalistica dei concreti dati vigenti non può non sottovalutare i dati riguardanti le riforme legislative, dal momento che questi non sono suscettibili di sistemazione formale, ma solo di valutazione contenutistica »; la stessa scienza sottovaluta le leggi speciali, appuntandosi sui codici come diritto stabile; « il suo orizzonte sarebbe concluso da proposizioni normative da condannare logicamente, senza spazio per discorsi di riforma o per gli apporti provenienti da esperienze o ricerche diverse ». Di fronte a questo, il diritto contemporaneo sarebbe caratterizzato da un allargamento dell'orizzonte del giurista, e più precisamente dalla « reintegrazione del diritto in un più vasto contesto culturale », più precisamente la ricerca storica, sociologica ed economica non fornirebbe solo ausili strumentali, ma dati sui quali il giurista deve riflettere se non vuole presentare una ricostruzione falsa e monca della realtà considerata. Il punto fondamentale consiste nella capacità di utilizzare i dati forniti da quelle discipline nella « dimensione istituzionale e ricostruttiva che è propria dell'indagine giuridica ». Testualmente: « Non soltanto i giuristi vanno ritrovando una serie di più ricche implicazioni della loro attività, così aprendosi verso orizzonti più vasti, ma si diffonde al di là del ristretto mondo dei tecnici del diritto la consapevolezza del valore del momento giuridico istituzionale. Se è vero che accanto ad ogni despota si trova quasi sempre un giurista che legalizza e dà sistema alla volontà incoerente e arbitraria del primo, ciò non getta ombra sulla realtà profonda che quella riflessione discopre, vale a dire l'impossibilità di portare a compimento impegnative imprese di governo senza disporre di strumenti giuridici adeguati. In tempi come i nostri in cui la richiesta di rinnovamenti

e la promessa di riforme sono di tutti i giorni, era naturale la riscoperta della virtù formativa del diritto, la necessità di tradurre in adeguati strumenti giuridico-istituzionali le esigenze variamente manifestate ». Questa necessità e questa riscoperta hanno come base la Costituzione, nella quale è esplicito ed implicito l'ammonimento a non ragionare più in termini di « prescrizioni particolareggiate », a riconoscere metodi interpretativi diversi per la Costituzione stessa e le indicazioni di principio o le clausole generali contenute in altre leggi, perché i metodi analitici o dommatici avrebbero come effetto la negazione del carattere « comprensivo » delle norme costituzionali e delle loro possibilità di adattamento a situazioni mutate. Soggiunge l'autore che questi orientamenti, anzi questi profondi mutamenti intervenuti nello stesso ordinamento legislativo hanno fatto sorgere una serie di iniziative prima sconosciute (studi sulla formazione extralegislativa del diritto, sul precedente giudiziario, « sul processo di formazione delle sentenze e sull'ideologia degli scienziati e dei magistrati »). E infine, dopo aver esposto le linee di una riforma universitaria in funzione delle idee esposte (interessante la raccomandazione di introdurre la politica legislativa come materia di studio, « indispensabile a ogni seria iniziativa riformatrice », e ovviamente negletta « in un ambiente giuridico in cui era stata teorizzata l'assoluta incomunicabilità del mondo del diritto con quello della politica »), dà alcuni esempi dei frutti del « diritto contemporaneo » in alcuni istituti, e tra essi ricordo la proprietà e la famiglia, rispetto alle quali il nuovo giurista deve curare la ricerca dei dati sulla evoluzione che hanno subito e subiscono, per poi superare gli schemi classici e le classiche concettualistiche definizioni.

Mi siano concesse, dopo questo breve riassunto, alcune osservazioni, che, ripeto, non riguardano l'autore e il suo scritto, ma il diffuso atteggiamento di cui si rende interprete. Io sono tutt'altro che prevenuto rispetto agli sforzi di rinnovamento della dottrina giuridica, e non credo di aver bisogno di dimostrarlo, perché tutta la mia modesta opera non è che un tenta-

tivo di uscire dagli schemi tradizionali e dalla confusione generata dal concettualismo. Questi *Quaderni*, che forse resteranno ignoti ai giuristi contemporanei, sono lo strumento nuovissimo della mia battaglia. Ma, intendiamoci bene, questi sforzi, che l'autore documenta e fa propri, sono legittimi a un solo patto: che il giurista si ricordi di essere giurista, e che (per conseguenza) il diritto rimanga diritto. Ora, se debbo essere schietto, a me sembra che tutto questo vagheggiare di cui abbiamo visto i saggi, abbia come presupposto e come fine proprio la intrusione nella purezza del diritto (ben diversa da quella teorizzata da Kelsen e compagni) di elementi non giuridici, qualificati ora storia, ora economia, ora sociologia, ora politica e via dicendo. Queste cose, e tanto più quel momento giuridico-istituzionale, io le ho sentite proprio « tra le due guerre », perché erano il linguaggio del fascismo e dei giuristi fascisti: così che questo « diritto contemporaneo », con le sue pretese di novità, mi appare terribilmente vecchio, essendo niente altro che la continuazione di quello spirito fascistico, ben inteso con mutata etichetta, aggiornata opportunamente, per non dire opportunisticamente. Mi conforta o sconforta in quest'idea la inconcludenza del discorso del giurista contemporaneo. Già questa divisione del mondo in due, quello di ieri e quello di oggi, è inconsistente e antistorica: ma sul serio credono questi giuristi con l'attributo che nel mondo di ieri, posto che esista, non si tenesse conto della storia, dell'economia, e perfino della fantomatica sociologia? Non ne avrà tenuto conto qualche professore, come oggi qualche professore ne tien troppo conto: ma il giurista non ha mai, né lo poteva, rifiutato la considerazione di nessun dato, solo che non ha mai dimenticato che il diritto è un valore che in quei dati non si lascia minimamente risolvere. Di ciò lo stesso giurista contemporaneo è del resto convinto, perché quando parla di reintegrazione del diritto in un più ricco contesto culturale, e spiega che la ricerca storica, sociologica, economica non deve fornire più ausilio strumentale, ma dati sui quali il giurista deve riflettere se non vuole presentare una ricostruzione falsa e

monca della realtà considerata, dice cose prive di significato, e che solo dimostrano la disperata ricerca di una personalità che lo distingua dai suoi padri, dimenticando che la personalità non si può formare se non attraverso lo studio severo del diritto, dell'eterno diritto. Lo stesso devo dire per quelle frasi in cui (con evidenti echi ascarelliani, ma Ascarelli era giurista nell'anima, e non aveva nulla di « contemporaneo ») si indica il *novus ordo* nella rivalutazione delle leggi speciali in contrasto con l'immobile codice, nella rivalutazione dei dati riguardanti i movimenti di riforma etc., cose a cui nessuno più seriamente pensa come a una ragione di contrasto coi vecchi giuristi o di opposizione ad essi; e uguale giudizio devo dare per quegli studi o indagini che oggi si presentano come novità (diritto extra legislativo, analisi della giurisprudenza nelle più varie forme, etc.) e che sono cose vecchie e perenni, fatte anche quando non c'erano sussidi statali o parastatali, e cose pienamente legittime, sempre che non si creda di risolvere in esse lo studio del diritto e prima ancora il diritto stesso.

Il vero è che la presentazione di queste cose come novità maschera un altro assunto che non è giuridico, ma politico (ed ecco l'eredità del fascismo di cui dicevo), la cui « mistica » è la Costituzione. Da quanto abbiamo riferito ciò appare chiarissimo, ma non meno chiaro deve essere che la Costituzione, nella sua positività, non è un fatto politico, ma giuridico, e non autorizza alcuna particolare tecnica interpretativa, creatrice di un nuovo diritto sulla base di arbitrari presupposti, e sopra tutto non fa del giurista un legislatore. Certamente la Costituzione deve essere interpretata, al lume di essa devono essere valutate le leggi: ma il gioco delle parti non muta, e il giurista continua a essere quello che è sempre stato. Si capisce che il motto di tutte le Costituzioni, per la loro intrinseca generalità, è il noto titolo della commedia pirandelliana « come tu mi vuoi », cioè fortissima è la tentazione di farsi una costituzione per conto proprio: ma qui appunto si rivela l'istinto e la capacità del giurista, nel saper scindere la politica giuridicizzata, la politica che si è fatta

legge, dalla propria politica. Disgraziatamente, neppure la Corte costituzionale rispetta, talvolta, questi limiti, come abbiamo notato nelle nostre critiche in questi *Quaderni*. Ma il giurista che si fa politico è un pessimo giurista e un pessimo politico: perché il politico è il signore dell'azione, e quindi è il responsabile dell'azione; il giurista politico non è signore di niente, agisce quasi di nascosto, senza assumere la responsabilità della propria azione.

Per questo io rifiuto anche la censura di logicismo, di sistematicismo e via dicendo (in sostanza la censura del rapporto giurista-norma) che « i contemporanei » fanno ai nostri padri. La norma, dovunque essa si trovi, è il dato sul quale il giurista opera (che poi è un dato per modo di dire, per la riconosciuta creatività della sua opera, e il carattere « interno » della norma stessa): lo sforzo sistematico degli studiosi costituisce il massimo tentativo di comprensione che sia mai stato fatto, e come tale non conosce tramonto, finché veri studiosi vi saranno. La censura che si deve fare è rivolta verso la degenerazione del sistema, verso il concettualismo, generatore di formalismo, che però non è dovuto ai vecchi credenti, ma ai nuovi, agli epigoni senza intelligenza e con falsa dottrina, o se si vuole al fatale processo storico per cui tutto a un certo punto si corrompe, cioè si organizza, a spese dell'anima. Si arriva allora a quella inversione del rapporto concetto-norma, per cui è la norma che genera il concetto, secondo l'osservazione dell'Autore (che però ripete senza avvedersene le stesse parole che io ho scritto cento volte: v. ad es. *Discorso sul metodo*, in *Soliloqui e colloqui*, pag. 164), ed è la matrice del formalismo. La scienza e la pratica del diritto è travagliata dal formalismo: ma se la battaglia del giurista contro il formalismo è santa, diabolico è che essa conduca alla sterile scapigliatura pseudo-scientifica del « diritto contemporaneo ». E la riprova la traggo proprio dalle esemplificazioni che l'autore fa del diritto di proprietà e del diritto di famiglia. Per quest'ultimo non capisco cosa c'entri, nella individuazione della famiglia, della nostra famiglia, la sociologia e tutto il resto: la famiglia è quello che è, con i suoi fini e i suoi

valori che si traducono nell'ordinamento. Se nel fatto avvengono le cose più riprovevoli, che deve fare il giurista se non riaffermare quei fini e quei valori che sono nelle norme? Certo un margine sussiste in cui filtra il costume: ma quest'elemento variabile non è contrastante con la norma; se lo fosse è assurdo attribuirgli valore, prima che avvenga una riforma della legge, della quale anche il giurista può farsi promotore, diventando *ipso facto* politico. Quanto alla proprietà, il noto libro di Pugliatti dimostra quel che si può fare essendo giuristi, e non venendo meno al proprio compito. Le trasformazioni che la proprietà subisce nel corso della storia, il giurista capace le registra nel suo libro, senza per questo diventare « giurista contemporaneo », titolo al quale Pugliatti credo rinuncerebbe volentieri, cioè senza mescolare il diritto con altre cose estranee alla sua essenza. Tutti gli istituti giuridici subiscono, e sarebbe strano che fosse altrimenti, un processo di storicizzazione. Così ad es. ora è la volta della locazione, che si sta trasformando sotto i nostri occhi, fino ad assumere aspetti di realità che prima non si conoscevano. Il giurista ne tiene conto, anche nell'interpretazione della legge (ad es. per la legittimazione alla denuncia di nuova opera), ovviamente se la norma scritta lo consente. Ed è ben raro che le norme non consentano l'ingresso alla storia, per l'incombente minaccia di morte, cioè di riforma, che è la loro naturale condizione.

Insomma, tutto questo « diritto contemporaneo » a me sembra si risolva nel nulla, e distolga i giovani dall'impegno scientifico e morale che comporta l'essere giuristi. Di questo, e non della politica legislativa, le vagheggiate riforme scolastiche dovrebbero tener conto.

DIRITTO GIURISPRUDENZIALE

L. Lombardi: *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967.

Se io non erro il punto di partenza di questo libro dovrebbe essere l'idea che la giurisprudenza non si limita a offrire la conoscenza di un diritto interamente formato, ma contribuisce alla stessa formazione del diritto, è sempre creativa, come a dire che il diritto è sempre giurisprudenziale. Si tratta, allo stato degli atti, di una verità di cui nessuno studioso serio dubita minimamente: e io credo che non se ne sia mai dubitato, non ne dubitasse neppure quel buon Toullier, che ho ricordato nel mio discorso *La vita della legge e la sentenza del giudice* (ora in *Soliloqui e colloqui*, pag. 20) quando pur pomposamente professava di « sviluppare e spiegare la legge per se stessa » lasciando ad altri il compito di analizzare la giurisprudenza, qualificandola « scienza relativa del diritto ». Il problema è però se questa constatazione sia un punto di partenza o un punto di arrivo. La ragione di dubitare mi viene naturalmente dalla stessa lettura del libro, e dalla impressione di vaghezza che esso lascia, se appena si va oltre l'indagine meramente storica, e cioè l'osservazione dei tempi e dei luoghi in cui la formazione del diritto ha carattere giurisprudenziale o carattere statutario, fenomeni del resto che non si presentano mai con carattere di assolutezza. Non è in realtà facilmente afferrabile la distinzione tra momento giurisprudenziale e diritto giurisprudenziale, di cui il primo costituirebbe la immancabile premessa al secondo; ma sopra tutto assai perplessi si rimane quando si pone il problema della obbiettiva esistenza della legge di fronte alla ineliminabile interpretazione, si parla di « diritto in sé », di prescrizione oggettiva,

di norma oggettiva eteronoma, di diritto positivo, e via dicendo. Questo è certo l'unico vero problema che si pone al filosofo e al giurista, che poi sono la stessa cosa: ma è un problema che non si risolve negando o affermando la (sola) legge o, rispettivamente, la (sola) giurisprudenza, perché allora diventa un falso problema: il diritto nasce attraverso un processo in cui concorrono, indissociabilmente, la legge e l'azione, nasce e vive cioè nel concreto, e qui bisogna cercarlo. Tutto il resto sono parole. La stessa questione se la giurisprudenza sia o non sia fonte di diritto è mal posta. Non lo è se per fonti di diritto si intendono quelle indicate dall'art. 1 delle preleggi; lo è se se ne assume un concetto più vasto, nel qual caso la giurisprudenza è fonte a modo suo, per quello che è, per il ruolo che svolge nella determinazione dell'ordine giuridico, e che non è quello della legge, come quello della legge non è il ruolo della giurisprudenza.

Voglio dire in sostanza che il tipo di indagini condotto da questo genere di libri è forse più suggestivo che sostanziale, come sono tutte le speculazioni che si è convenuto di qualificare sociologiche, per sottrarsi alla severa e sola possibile meditazione storica e giuridica. Che il diritto si manifesti per mille vie è indiscutibile: ma queste vie non sono da ricercare in astratto, perché questo non ha senso, bensì là dove solo si trovano, cioè nel concreto della perenne e perennemente mutevole storia. Che valore può avere la stessa opposizione tra diritto statale e diritto giurisprudenziale, quando prima bisogna intendersi sul significato di Stato, e sulla realtà del relativo concetto? E che valore possono avere le classificazioni delle norme, le « ventiquattro categorie fondamentali di norme giurisprudenziali (trentasei con le occasionali) definite ciascuna da quattro elementi », come si legge a pag. 421? Io non dico che questo non possa essere vero, dico che non presenta alcun interesse. Ciò che conta è la storia, la quale ci dà anche, se scrutata senza preconcetti, la ragione delle cose, e per esempio del fatto che a un certo punto si è determinato il movimento della codificazione. Visto sotto questo profilo io non attribuisco neppure troppa impor-

tanza a tutti quei « movimenti » che hanno impegnato i nostri padri e del resto continuamente ricorrono nella storia (anche oggi ne viviamo uno, come l'autore giustamente ricorda) e che sono caratterizzati da una reazione alla legalità o al diritto legale che dir si voglia, e dalla correlativa aspirazione a un c. d. diritto libero. Si possono riempire centinaia di pagine coi nomi dei protagonisti illustri od oscuri di questi moti, e l'autore con profonda conoscenza lo fa: ma ne vale poi la pena? Queste dispute semiteologiche (è frequente nel libro il richiamo al modernismo) lasciano il tempo che trovano, o servono solo di scossone per i dormienti, ai quali si può dire, parafrasando l'antico detto, non soccorre il diritto. Non si tratta infatti di metodo o di questo o quel metodo: si tratta di essere o non essere giuristi. Il giurista, se è tale, è sempre libero, cioè non pone se stesso come un diaframma tra la norma e la realtà. Il guaio è che molte volte si pone, e allora si determina quella giustizia formalistica, contro la quale non esistono rimedi, almeno nella farmacopea delle ideologie scolastiche, neppure in quel giusliberismo che l'autore presenta come ultima formula.

Certo, io sono il primo a riconoscere la superficialità del mio atteggiamento, dovuto probabilmente al fatto che vedo il diritto incarnato nei poveri esseri che lo amministrano. E a questo si deve la mia perplessità di fronte a pagine di questo genere, che per essere pagine di un filosofo non sono meno pagine di un giurista: « Le proposizioni (3) (b_4), e (b_8) formano come si vede uno schema bobbiano: Q è P; Q è M; S è M, in cui Q stia per " il conflitto i, - i_2 - i_3 ", P stia per " risolto sulla base di Z ecc.", M stia per " riducibile, ai fini di z, al conflitto i, - i_2 ", S stia per " il conflitto i, i_2, i_4 ". La ragione sufficiente di Q e P sta anche qui in Q e M; perché Q e M implica il disposto (b_5) da cui può farsi discendere Q e P » (pag. 291). Poveri noi, cioè povero me. E pensare che in questo libro ci sono pagine in cui i problemi che ho cercato di profilare sono pur visti e sentiti (es. pag. 515, dove si riprende l'idea del movimento del diritto dalla norma all'azione e viceversa), ciò che dimostra che

con poco il libro avrebbe potuto essere diverso, un altro libro, nel quale l'autore avrebbe potuto utilizzare meglio i suoi vasti studi. Naturalmente, questa è una mia opinione, che vale quello che vale: ed è una opinione che non riguarda l'autore in particolare, degno certo di tutto il rispetto, ma un certo diffuso atteggiamento scientifico in generale. Per essere più concreti, io non riesco ad intendere quel metodo filosofico (per me pseudo tale) di trattare il diritto romano, che è storia, e niente altro che storia. Così quando leggo del « carattere interindividuale del diritto privato romano », e che questo fa sì che « il diritto venga intuito non come ordine collettivo e super individuale, nella cui vicenda è coinvolta la storia di tutto un popolo, quindi come riflesso di un assetto sociale giusto costruito secondo punti di vista generali, ma come una serie di posizioni tipiche assumibili indifferentemente da ognuno di quegli individui matematizzati che sono i soggetti di diritto », io non so dare un valore a queste formule (anche se possano invocare autorevoli sostegni), per la ragione che non intendo neppure che cosa voglia dire ordine interindividuale e sopraindividuale, e come nel secondo e non nel primo sia coinvolta la storia.

Si potrebbe continuare per un pezzo con questi rilievi, che del resto sono appesi a un unico filo, ma mi basta avere espresso il mio scetticismo su questo tipo di indagine, che è, ripeto, comune a molti studiosi, anzi è diventato una moda, con tutto il conformismo, e direi lo spirito corporativo, che la moda comporta.

IDEOLOGIE NEL DIRITTO E NEL PROCESSO

Cordero: *Ideologie del processo penale*, Milano 1966.
Cappelletti: *Processo e ideologie*, Bologna 1969.

I giovani giuristi nostrani (ma esistono più giuristi nostrani, con tutta quella bardatura americanizzante che rende tra l'altro i loro libri di una esasperante monotonia?) da qualche tempo si riempiono la bocca della parola ideologia, come i toscani, nella barzelletta napoletana, della parola « laonde ». Non si capisce bene che cosa intendano. Negli scritti che abbiamo esaminato intorno alla sociologia del diritto mi è sembrato che l'ideologia fosse intesa con riferimento alla formazione, o prima ancora alla estrazione dei giudici, ai riflessi riscontrabili nelle loro sentenze e via dicendo (cfr. il libro del Moriondo, *L'ideologie nella magistratura italiana*, Bari 1967). Niente di male, e niente di bene: tutto si può fare, anche se io ritengo che indagini di questo genere siano superate dal fatto della organizzazione giudiziaria, dal sistema accolto in tutti gli ordinamenti della pluralità di gradi di giudizio, che si fonda essenzialmente sulla ricerca del giudice che non abbia altra ideologia che quella della legge, come ben notava Ascarelli, e come del resto è intuitivo. L'importante è che queste cose restino fuori del diritto, non siano gabellate per diritto, oggetto come sono, di una curiosità statistica. Sennonché quando si parla di ideologie del diritto o del processo mi pare che il termine di ideologia sia assunto proprio nel senso di riduzione del diritto, di ogni diritto positivo, del processo, di ogni processo positivo, a politica, cioè praticamente attraverso l'ideologia si voglia distruggere il diritto e il processo. Ora questo, mi sia concesso di dirlo e di ripeterlo, è una auten-

tica sciocchezza, dovuta in gran parte a ignoranza, in parte a imitazione, e in grandissima in preparazione di terreno per l'eventuale trionfo di una determinata ideologia, naturalmente politica, perché le ideologie non possono essere che politiche. Ed è una sciocchezza per una ragione molto semplice: tutte le leggi nascono da un'istanza politica, e da un conflitto fra istanze politiche (anche si badi bene negli stati totalitari, tant'è vero che anche in questi stati le leggi mutano, cioè seguono il corso della storia), ma quando sono nate, sono leggi e niente altro, e in questo sta il diritto e il suo proprio valore. Il diritto stesso ha avuto sempre coscienza di ciò, e lo ha espresso nella nota formula *voluntas legis et non legislatoris* (e nelle altre regole della interpretazione, nessuna esclusa). Ciò non impedisce né ha mai impedito minimamente a tutte le istanze che via via si manifestano nella vita associata di affermarsi e farsi riconoscere come diritto, ora attraverso l'interpretazione, ora attraverso le leggi speciali, che non per nulla si sono moltiplicate, ora attraverso l'opera giurisprudenziale. Ma diritto hanno da essere, e quando sono diritto non possono essere altro che diritto. Se almeno questi « ideologisti » rileggessero tutte le pagine di Ascarelli (che conosceva i giuristi e gli economisti d'oltre oceano, ma li conosceva sul serio), e specialmente quella pag. 51 del tomo primo dei *Problemi giuridici*, là dove dice, criticando il persistere della « dicotomia tra un nobile diritto tradizionale e una peccaminosa legislazione moderna » che con ciò si dimentica « che da un lato nessuna disciplina può riposare su una sua logica interna, astratta dai problemi sociali, dall'altro che la tipologia elaborata a fini normativi mai può coincidere con i modelli elaborati dalla scienza economica, e che l'astrattezza è propria, e necessariamente propria, di ogni disciplina normativa, e proprio quale strumento del suo sviluppo e della sua applicazione »!

Ma questi sono discorsi seri e difficili, e agli « ideologisti » non piace la porta stretta. Ed ecco ad es. che il prof. Cordero si diverte a parlare di ideologia dell'istruzione sommaria nel codice di procedura penale, perché esso sarebbe l'espressione del

regime autoritario, cioè del fascismo, e tale sarebbe il pubblico ministero al quale l'istruzione è affidata etc. etc. È difficile reperire un tale cumulo di banalità, messe in rilievo per giunta dalla presunzione con la quale sono formulate. Nessuno certo nega all'autore il diritto di scrivere queste cose sui giornali e sui giornaletti: ma non di farle passare come scienza. Il p. m. è una delle figure più complesse dell'ordinamento giuridico, e la sua complessità è parallela a quella della istruzione sommaria, che è poi a sua volta in funzione di tutta la struttura del processo penale, che è poi a sua volta ancora in funzione del diritto penale. E tutto questo è ideologia? Certo può darsi che il legislatore sia partito da una idea autoritaria, come è avvenuto anche per il processo civile del 1942: ma questa è storia (o storiella), e non interessa minimamente il giurista, che non può risolvere la propria funzione nell'opposizione di una propria autentica ideologia alla pretesa ideologia della legge. La sola ideologia pensabile sarebbe quella della Costituzione, ma è naturalmente un'ideologia apparente, cioè è diritto e niente altro che diritto, anche se in parte si limita a formulazioni di principio. Proprio per questo molti vorrebbero vedere consacrate nella Costituzione le loro personali ideologie, riempirla delle loro opzioni politiche, ma queste aspirazioni si scontrano col diritto, e sono respinte, o riescono a entrare solo di soppiatto, come talvolta avviene purtroppo anche nelle sentenze della Corte costituzionale.

Ma lasciamo da parte il libro del prof. Cordero, che in fondo non ha grandi pretese, e veniamo a questo recentissimo del prof. Cappelletti, che si presenta con una rutilante copertina, in cui fanno spicco, in basso le parole bianche del titolo (*Processo e ideologie*) e sopra le parole nere di una massima che dovrebbe essere il manifesto dell'ideologia. (Ancora un poco e saremo alle copertine *sexy*: niente di male). Dice quel manifesto: « Nel processo si riflettono, come in uno specchio, i grandi temi della libertà e della giustizia, i fondamentali problemi della convivenza sociale e internazionale ». È chiaro che se si vuol battere la grancassa al processo, specie tra i sottosviluppati, queste pa-

role vanno bene: ma per noi esse non sono che una delle solite pompe di cui si compiace e in cui si bea il « diritto contemporaneo », perché non dicono assolutamente nulla. Il processo non riflette niente: è quello che è, è un fatto umano, e quindi storico, né più né meno di tutto il diritto, e come tale va studiato, s'intende con la preparazione storica e giuridica necessaria, non con le chiacchiere. E chiacchiere, assolutamente chiacchiere sono dalla prima all'ultima le parole della *Premessa* al libro, sulla quale mi soffermo non in quanto tale, ma perché è la premessa, il contenuto, la conclusione di questa gaia e redditizia scienza che va sorgendo. Ripeto ancora una volta (v. *supra*), non contesto il diritto a vivere: esigo che chi scrive, e tanto più se si presenta come giurista, esprima idee chiare, precise, concrete, controllabili, altrimenti ho il diritto e il dovere di contestarlo come scienziato e come giurista, e relegarlo tra i velleitari, per non dir peggio. A questo elementare dovere è finora mancata la nuova scienza: e me ne dà la riprova il prof. C. quando parla di « un impegno metodologico, inteso a indurre l'attenzione [qui l'italiano è per lo meno dubbio] su quelli che sono i fondamenti pregiuridici o metagiuridici delle norme e degli istituti, sui significati, i valori, i fini umani, sociali, economici, ideologici nascosti nei *verba* delle leggi, consapevolmente o inconsapevolmente ispiratori di ogni interpretazione dottrinale e giudiziaria, costituenti infine il vero e proprio « spirito » di ogni sistema giuridico ». O che roba è questa? O sono parole in libertà, il che è più probabile, o non fanno che ripetere in forma astratta e prolissa quel che la scienza del diritto ha sempre fatto e fa, perché è il suo proprio officio. Ma forse io sono un ingenuo, e *tertium datur*. Spiega infatti l'a. che si tratta « di mettere radicalmente in contestazione un metodo di studio tipicamente scolastico, dogmatico e formalistico, inteso alla ricerca di una scienza pura e ideologicamente neutrale, metodo che per tanto tempo è stato e, entro certi limiti, è tuttora prevalente nella dottrina giuridica del nostro paese; dall'altro di concepire il diritto come fenomeno sociale e conseguentemente la scienza giuridica come

scienza sociologico valutativa e non formale, scienza... di scelte creative e quindi responsabili e non di automatiche conclusioni ». Questo vaniloquio io lo conosco bene: si tratta, al di là e al di sotto delle ridondanze verbali, di quell'atteggiamento mentale tipicamente fascistico, che è perennemente ricorrente, l'atteggiamento di chi avendo orrore della purezza del diritto, e del suo rigore morale, ha sempre voluto riempirlo della propria impura ideologia. Credete a me: questo sbandierato « realismo sociologico e pluralistico come concezione sociologico valutativa e pluralistica delle sue fonti, e quindi della scienza giuridica » non è altro che la riedizione della mistica fascista, naturalmente con la variante conformistica della formula ideologica, cioè della moda, imperante.

Detto questo è inutile passare in rassegna il libro, che non è un libro ma una raccolta immodesta di articoli. Si tratta di cose in cui, nella migliore delle ipotesi, si confonde l'ideologia con la storia, nella peggiore si spiegano « ideologicamente » certi antichissimi e ancora importanti istituti, come il giuramento, favoleggiando in modo acritico di giuramento prova legale e di ricerca della verità materiale (cfr. pag. 85). Una cosa sola sono costretto a rilevare, a proposito dell'ultimo articolo sulla *Giustizia dei poveri*, cioè sul gratuito patrocinio, nel quale, tra il tripudio di una prosa comiziale, si legge che, a vergogna del nostro paese, « in Inghilterra su 179.966 procedimenti ben 48.935 parti ebbero il sostegno del gratuito patrocinio » mentre in Italia l'assistenza gratuita è stata concessa soltanto nell'1 % dei processi civili ordinari. Io ho sempre diffidato della carità verbale, e, come diceva Papini, credo solo alle fedi che pagano. Ma mi domando se sia lecito a chi fa il mestiere retribuito del professore, e quindi ha cura d'anime (lo scritto è indicato anzi come una ricerca di gruppo con gli scolari fiorentini del prof. C.), ignorare che il sistema del *legal aid* inglese non è affatto gratuito, ma è fondato su una libera associazione di avvocati, con un contributo statale, e soprattutto dimenticare che in Italia la quasi totalità delle cause dei poveri è assunta da organizzazioni

[151]

sindacali o parasindacali, a prescindere da tutte le altre questioni di carattere sostanziale. Ed è ammissibile che si possa dire dal pulpito, dopo queste cose, a giovani ignari o a stranieri ancora più ignari, che nel nostro paese « si considera non scientifico tutto ciò che abbia sapore di impegno sociale e di riforma, e quindi hanno ragione gli studenti della protesta e della ribellione quando si scagliano contro un insegnamento e una ricerca che, dichiarandosi non socialmente impegnati, sono in realtà impegnati nel senso della conservazione »?

SOCIOLOGIA DEL DIRITTO

La sociologia del diritto, a cura di RENATO TREVES, Ed. di Comunità, 1966.

Il lettore avrà notato che in questo *Quaderno* affiora spesso, come oggetto di osservazione, la sociologia. Non è certo per il gusto di occuparmi di un argomento che ha già costituito tema di discorso in altre più appropriate sedi: ma perché questa scienza-ombra avanza pretese sul nostro vecchio severo diritto, che vorrebbe riassorbire in sé, e facilmente ci riuscirà, per l'attrazione che il facile e il vago ha sempre esercitato sulle menti, se per dispetto la lasciamo operare senza controllo. La « sociologia del diritto » è la formula del connubio: vecchia e innocente nella sua vecchiaia, pretenziosa e pericolosa nel rispolveramento che se ne fa. Questo volume fa il punto, attraverso una raccolta di scritti, sullo stato della sociologia del diritto nelle varie parti del mondo (per l'Italia, testimonia un illustre e appassionato filosofo, Renato Treves, nella prefazione e in uno studio particolare: pagg. 187-212), e costituisce pertanto un ottimo terreno di incontro per una reciproca verifica.

Dico subito una cosa, che del resto ho già detto molte volte: io non pretendo erigermi a giudice di nulla, e quindi nulla rifiuto, né a priori né a posteriori; anzi nonostante la mia apparente combattività, ritengo che gli altri abbiano sempre ragione. Una cosa sola pretendo: che il mio interlocutore abbia le idee chiare, e le esprima chiaramente, ciò significa le abbia filtrate attraverso una seria critica del pensiero. E solo sotto questo profilo considero la sociologia del diritto. Orbene, sotto questo profilo, io devo dire che fin dalle mie prime letture dei sacri

testi ho ritratto quel senso di insoddisfazione e di fastidio che dà la vaghezza del parlare nei sociologi in generale e in quelli del diritto in particolare. Già quando sento definire (prendo ad esempio Gurvitch, come quello che è stato più di recente tradotto, ma vedi anche *infra* la rilettura di Weber) la sociologia del diritto come quella parte della sociologia dello spirito umano che studia nella sua completezza la realtà sociale del diritto, io mi arresto e mi chiedo che cosa voglia dire questo pomposo termine di realtà sociale del diritto, e la mia domanda non trova una risposta. Comunque, parlando di sociologia del diritto si vuole forse esprimere una opposizione tra diritto e realtà sociale? Ma allora la formula è evidentemente contraddittoria. Si vuole cercare il diritto nella realtà sociale? Ma allora, chi mai ha cercato di separarlo? Solo quella curiosa idea di comodo che i sociologi si sono fatta di un giurista astratto e di una norma astratta, provenienti da un astratto Stato, può fare della realtà sociale il monopolio di un'arcana scienza che non sia il diritto, o sia il diritto più qualche altra cosa. In realtà i giuristi, i veri giuristi, compresi quelli ai quali si riserva scolasticamente il nome di filosofi del diritto, non hanno mai fatto altro che studiare la realtà sociale nel suo giuridicizzarsi, e nel diritto non hanno mai visto altro (né potevano vedere) che la realtà sociale, s'intende in quanto realtà, non in quanto aspirazione (legittima politicamente, ma non costituente diritto). O si vuole sottolineare che l'evoluzione della società si lascia indietro il diritto come qualcosa di statico, richiede nuove norme e nuove forme? Ma questo presuppone un diritto avulso dalla storia, che non è neppure pensabile, anche se l'idea del diritto è eterna ed esprime, nel fluttuare della storia, un suo eterno valore. Il fatto è che, secondo il mio timore, questi sociologi hanno una idea del tutto personale della realtà sociale, come di un corpo non mistico, ridotto a strutture prestabilite, in cui lo spirito non ha nulla a che fare: una specie di realtà universale oggetto di studio appunto della sociologia del diritto, che comprende « la varietà quasi infinita della esperienza di tutte le società e di tutti i

gruppi, descrivendo i contenuti concreti di ogni tipo di esperienza, e rivelando pienamente la realtà del diritto che gli schemi e i simboli più che esprimere celano » (Gurvitch, pag. 74 dell'edizione italiana). Mi conferma in questo timore la ben nota teoria dei gruppi, e le infinite classificazioni dei gruppi sociali, che dovrebbero costituire oggetto di particolare critica, e forse lo saranno in uno dei prossimi *Quaderni*. Comunque, se così fosse, la sociologia del diritto sarebbe, a parte ogni giudizio di merito, la più statica, e assurdamente statica, di tutte le scienze o pseudoscienze, la negazione del dinamismo, e del monopolistico dinamismo, che va professando.

Ciò premesso, sono costretto a confermare che la lettura del presente documentario non ha sciolto la mia perplessità, anzi l'ha gravemente aumentata, per non dire trasformata in certezza. Prendo le mosse, come è naturale, dalla bella relazione del Treves sullo stato della sociologia del diritto in Italia. È uno scritto chiaro, e di ciò mi compiaccio: quel che purtroppo non sono chiari sono i risultati. E che non sia colpa mia, come pur potrebbe essere, si deduce dalla stessa confessione dell'autore, il quale, indagando sulle cause del ritardo col quale si è sviluppata la sociologia del diritto in Italia indica tra le altre cause « il fatto che sulla natura e sui metodi della sociologia del diritto i sociologi e i giuristi italiani non sono finora riusciti ad avere delle idee chiare né ad impostare su solide basi quel lavoro interdisciplinare che costituisce la condizione indispensabile per lo sviluppo delle ricerche di sociologia del diritto ». Brutto segno, mi pare, quello di ricercare a posteriori le fondamenta. E il pessimismo di Treves mi pare confermato dal seguito del suo discorso poiché riferendo di un convegno sulla materia tenutosi a Strasburgo dice che i relatori italiani Orestano e Giannini dimostrarono di non aver chiara in mente la differenza che separa « la sociologia del diritto, che è quella branca che si occupa dei problemi relativi al diritto, dalla giurisprudenza sociologica, che è quell'indirizzo della scienza giuridica che dimostra sensibilità e apertura verso i problemi sociali ».

Comunque sia, questa separazione tra giurisprudenza sociologica e sociologia del diritto, fortemente e giustamente postulata dal Treves, dovrebbe costituire un valido apporto alla decantazione del problema e alla chiarificazione delle idee. Non che abbia un debole per la giurisprudenza sociologica, o meglio per questo termine, che in definitiva non fa che esprimere il perenne richiamo alla realtà che non può mai essere assunto in opposizione al diritto e ha valore più che altro polemico nei confronti del concettualismo negatore della realtà e del diritto (personalmente non userei quel termine generatore di confusione, come non parlerei di diritto vivente e altre simili vaghezze, e mi guarderei bene dall'addurre l'autorità di Calamandrei, rimandando piuttosto il Treves su questo punto al mio discorso commemorativo: *Soliloqui e colloqui*, pag. 488), ma almeno la sua eliminazione dal campo della sociologia del diritto fa sperare che si sappia e si faccia sapere che cosa quest'ultima sia. Vediamo di capirlo attraverso gli esempi che vengono portati dal Treves.

L'autore ci informa (pag. 365) che è scomparsa l'immagine ottocentesca della sociologia del diritto, intesa come la disciplina che studia l'origine del diritto e le leggi della sua evoluzione: e nessuno è più contento di me di questa scomparsa. Poi aggiunge che a tale immagine si è sostituita « un'immagine nuova e aggiornata di una sociologia del diritto intesa come ricerca e metodologia della ricerca ». Chiedo scusa, ma queste parole non significano niente, e non danno l'idea della nuova scienza e di nessuna scienza. Vero è che il nostro autore esemplifica richiamandosi alle speculazioni di alcuni giuristi come campioni sociologici: e così cita tra gli altri lo Scarpelli per il quale la sociologia del diritto avrebbe per oggetto lo studio « dei fatti di guida e controllo dei comportamenti mediante usi linguistici prescrittivi assistiti da un apparato di coazione ». Ma che è questo cibreo? I fatti etc. etc. non sono le vecchie norme? E allora la sociologia del diritto non sarebbe il diritto? Non abbiamo fatto un passo avanti, mi pare.

Vediamo da un'altra parte, e precisamente consideriamo i progetti di ricerca *aere publico* nel campo specifico della sociologia del diritto di cui l'autore ci dà notizia. Gli argomenti principali sarebbero l'apparato giudiziario, la professione del magistrato, le ideologie nella magistratura, gli atteggiamenti del pubblico verso la giustizia, il tempo e il costo delle liti. Si specifica che le ricerche sull'apparato giudiziario riguardano le differenze che distinguono l'organizzazione effettiva della magistratura da quella formale prevista dalle leggi; le differenze geografiche locali in relazione a strutture che dovrebbero esercitare le stesse funzioni; il differente atteggiamento individuale dei magistrati di fronte all'organizzazione cui appartengono; le ricerche sulla professione del magistrato riguardano l'analogia con le professioni liberali inserite in strutture burocratiche, i dati sulla soddisfazione del lavoro e sull'atteggiamento di fronte alle classi sociali etc.; le ideologie si riferirebbero a quelle espresse nelle decisioni con riguardo ai valori etici, sociali etc., e a quelle specifiche professionali che avrebbero i loro esponenti nelle due associazioni contrapposte dei magistrati; gli atteggiamenti del pubblico verso la giustizia si concreterebbero in valutazioni delle leggi e delle sentenze, in propensione o astensione dall'azione giudiziaria; infine col tempo e il costo si tratterebbe di studiare la lentezza della giustizia, e la conseguente fuga da essa.

Non occorre aggiungere altro (cioè non occorre nemmeno riferire delle ricerche che in questo ordine di idee sono state promosse, sempre *aere publico*, dal Consiglio nazionale ricerche, e nel suo seno da un comitato per le scienze giuridiche e politiche) per intendere che siamo di fronte a un miscuglio a livello di indagini tipo Gallup o Doxa: cose che possono essere utili a soddisfare certe curiosità, e anche sul piano di eventuali riforme, ma che col diritto non hanno evidentemente nulla a che fare. Ancora una volta i ricchi cultori della sociologia del diritto non sono riusciti a darci una nozione di questa scienza. E non dico solo i nostri cultori, sebbene di questi mi sia occupato, ma quelli di tutte le nazioni, e particolarmente di quelle alle quali la so-

ciologia è più congeniale. Basta leggere le altre relazioni contenute in questo volume. Si consideri, per brevità, quella del tedesco Zwingmann. I tedeschi hanno scritto certamente, all'insegna della sociologia del diritto, opere molto serie, come quella meritatamente famosa di Ehrlich, ma sono opere, in quel che valgono, di autentica speculazione giuridica. Ma se si considerano le manifestazioni attuali della sociologia del diritto, si vede che in sostanza esse sono il frutto della grande crisi determinata dal regime nazista, dal suo crollo, dal sopravvenire della democrazia. Si capisce che questi terribili eventi hanno avuto riflessi nel mondo del diritto, cioè di coloro che lo studiano e lo professano, e questi riflessi siano degni di osservazione. Si capisce ancora che le istituzioni stesse e l'organizzazione dello stato risentano dei problemi che la storia ha creato (il che è di tutti i tempi e di tutti i luoghi, del resto). Non si capisce che cosa c'entri la sociologia, in tutto questo, e quella del diritto in ispecie. C'entra l'uomo, questo sì, ma l'uomo non si lascia ridurre a una astrazione, né può essere in assoluto oggetto di scienze. Del resto, lo stesso Zwingmann ci confessa che, come riconosce Treves per l'Italia, la sociologia del diritto è in crisi nel suo paese, e si disperde in una serie di indagini particolari. « Il futuro della sociologia del diritto dipende in maniera determinante dal grado di collaborazione che sarà possibile instaurare tra giuristi e sociologi, se essi si persuaderanno a svolgere un genuino lavoro in comune. Per i giuristi ciò significa essere disposti a sottoporre il diritto e le professioni legali a una indagine sociologica ».

Così scrive l'autore tedesco, e per questo io ho voluto fare questa recensione che potrà sembrare sproporzionata al carattere dell'opera. Da molti segni infatti io m'avvedo che i giuristi nostrani si sono affrettati a rispondere all'appello della sociologia del diritto; e si ammantano nel suo nome di quelle vacue generalizzazioni che abbiamo notato nella recensione al panorama del diritto contemporaneo scritto dal Rodotà (v. *supra*, pag. 135). Così la sola cosa di cui la sociologia del diritto può da noi vantarsi è di aver messo in crisi il diritto o meglio, poi-

ché il diritto non conosce crisi, di aver degradato gli studi giuridici. I giuristi, me ne duole per il sig. Zwingmann, non hanno bisogno di sottoporre il diritto a indagini sociologiche, perché il diritto ha già in sé tutte le istanze possibili e immaginabili, e appunto in questo consiste il valore, ma anche l'immensa difficoltà, del suo studio. Che poi gli studi di carattere c. d. sociologico in genere possano offrire materiale di osservazione e richiamo al giurista, se condotti con prudenza e senza presupposti ideologici, non c'è ovviamente ragione di contestare.

A questo proposito devo rilevare che il volume oggetto di questo esame ha avuto un seguito nella raccolta curata sempre da Renato Treves sotto il nome di *Nuovi sviluppi della sociologia del diritto* (Ed. Comunità, 1968). Non c'è dubbio che l'opera di questo nostro insigne filosofo è degna di rispetto, e dispiace essere in contrasto con lui. Ma i nuovi sviluppi mi confermano nelle idee qui esposte. Siamo ancora di fronte a una scienza che cerca affannosamente di individuare il suo oggetto, e sotto questo profilo non c'è nulla da obbiettare. La mia ferma obbiezione è che essa possa essere considerata, anche solo sul piano dell'integrazione, come diritto, o più semplicemente abbia a che fare con il diritto. Così ad es. quando leggo che all'Università di Chicago si studiano i problemi della divergenza tra il giudizio emesso dalla giuria e il giudizio emesso dal giudice, io sono portato a dire che per il giurista esistono questi due tipi di giudizio e la differenza è già scontata dal legislatore. Che altro si può aggiungere a questo se non una conferma empirica, pericolosa per la sua soggettività? Il problema del giudizio è un problema (vorrei dire il problema) del diritto, e quindi del giurista, non della sociologia e del sociologo.

[159]

DIVORZIO

FRANCO LIGI, *Divorzio: Dibattito all'italiana,* Padova 1968.

Riposo lo spirito dalla presuntuosa scienza ufficiale, e leggo questo libretto di 166 pagine dovuto alla penna di uno scrittore a me fino a questo momento ignoto. Mi attira la dedica stupenda, che vorrei proporre alla meditazione dei « tosatori di seconda mano », impadronitisi della nostra cultura: « Alla memoria di Tommaso Moro, un uomo che ha sempre ragionato con la sua testa, fin quando gliel'hanno lasciata ». (Ma forse, per quanto paradossale possa sembrare, è l'assoluta sicurezza che la testa rimane sempre al suo posto che toglie la volontà e la capacità di pensare). E debbo dire che man mano che procedo in queste semplici pagine trovo la dedica pienamente appropriata, e si stabilisce tra me e l'autore la gioia ineffabile del colloquio.

Il problema del divorzio si è sempre agitato in Italia, ma fino ai nostri giorni l'agitazione era rimasta poco men che epidermica. Sentivo dire da Achille Loria, nella mia primissima giovinezza, che in Italia il problema del divorzio era trattato dalle due categorie di persone che non possono sposarsi: gli studenti e i preti. Il discorso sarebbe oggi inattuale anche per i preti, ma certo non è più vero in assoluto, perché non c'è benpensante che si rispetti che non dica la sua, ed è a tutti noto il progetto che bazzica in parlamento, sotto il nome pieno di auspici dell'on. Fortuna. Per ogni dove ormai si discute del divorzio, e se ne discute all'italiana. Donde il titolo del libretto, che vuol semplicemente dire (e purtroppo dice bene) senza cognizione di causa, cioè sulla base di presupposti politici, religiosi,

clericali, comunque soggettivi, che impediscono di *perspicere totam rem*, anzi rifiutano la sacra massima, indifferenti alla « inciviltà » che dal rifiuto deriva. Di questo modo di trattare le cose l'a. dà non pochi stupefacenti esempi. Il concetto ispirato dall'analisi del Ligi è ovvio: « per valutare la proposta di legge occorre avere a disposizione i dati di fatto, raccolti con garanzia di imparzialità e scientificamente elaborati dagli esperti. Il cittadino per giudicare la legge ha bisogno di sapere quale è la situazione della famiglia in Italia e nei paesi divorzisti. Mancano gli studi italiani, si ignorano quelli straneri, ognuno ha le sue statistiche ». Si direbbero banalità e astrattamente lo sono: ma tali cessano di essere quando si leggano i dati che persone esperte e responsabili hanno presentato per appoggiare i progetti di legge sul divorzio. Per esempio, in un documento ufficiale quale la relazione al progetto degli on.li Sansone e G. Nenni, si legge che i paesi che hanno concesso il divorzio hanno una maggiore moralità e sanità della famiglia, che si manifesta con un numero sempre più esiguo di scioglimenti e con una trascurabilissima aliquota di delitti contro l'altro coniuge. Poi si aggiunge testualmente: « Non siamo riusciti ad ottenere tutti i dati statistici, paese per paese, a conferma di questa che può apparire una nostra affermazione... però, on.li colleghi, è notorio e vi preghiamo di darne atto che nei paesi da noi indicati la moralità e il senso della famiglia è molto forte ». Sembra impossibile, ma è così. E si potrebbe continuare a lungo. Ma non possiamo purtroppo che rimandare il lettore a quelle pagine del libro in cui si riferiscono, con le opportune valutazioni, i dati prodotti dai competenti a sostegno delle loro posizioni rispetto alla legge. Si pensi solo al calcolo dei fuori legge del matrimonio, che nel 1958 sono presentati come 600.000 coppie, nel 1965 come 5.000.000, nel 1968 come 17.000.000; a quelli delle separazioni di fatto, che da 5.000 reali si fanno diventare cabalisticamente 25.000, col risultato che ci sono al momento presente 2.400.000 infelici come coniugi, ai quali si aggiungono 2.400.000 infelici come figli, cioè in tutto il 10 % degli italiani!

In questo dibattito all'italiana l'a. si inserisce con una controllatissima posizione di antidivorzista, che deriva da valutazioni generali sulla posizione della legge nella società, e da osservazioni particolari sulle conseguenze che la legge ha prodotto nel mondo, e quindi produrrà necessariamente in Italia: dove si assiste a questa ondata filodivorzista mentre in realtà il divorzio è considerato con sempre maggiore sfavore là dove è da tempo introdotto. Il difetto di tutti i nostri ragionamenti è in sostanza quello di puntare sul caso o sui casi singoli, dimenticando che l'istituto del matrimonio ha un valore essenzialmente sociale, e « sociale » è il motivo ispiratore della sua disciplina: cioè ovunque, anche nei paesi (e soprattutto in questi) che hanno rifiutato le altre strutture sociali, ma sono diventati subito prudenti, dopo la prima fiammata ideologica, di fronte al *consortium omnis vitae*.

Il Ligi non sottovaluta certo i casi singoli che sono importantissimi per chi ne è il protagonista, evidentemente, e di riflesso per tutti. La sua idea è che non è vero che a questi casi non ci sia rimedio, pur nella indissolubilità del vincolo, perché c'è, sempre riconosciuta, la possibilità dell'annullamento. Questa parte è forse, anche sotto il profilo giuridico, la più interessante. In sostanza l'a. sostiene non di allargare i casi di annullamento, ciò che sarebbe ovviamente contraddittorio col suo assunto, ma di studiare se molti dei casi che oggi dànno luogo a mera separazione, o, anche al di fuori della separazione, si profilano come i più dimostrativi ai fini dell'introduzione del divorzio, non celino nel loro profondo un vizio originario che inficia la validità del matrimonio. È una tesi che può sembrare ardita, ma che cessa di esserlo nella individuazione del caso concreto. Per essere più chiari (e per invogliare il lettore alla meditazione) si consideri il caso dell'ergastolano o del marito della moglie divorziata all'estero. Nessuno, dice l'a., può escludere che le due ipotesi non possano essere risolte con l'annullamento. « Ad es. se la straniera avesse avuto fin dalle prime nozze l'intenzione di ricorrere al divorzio nel caso che il matrimonio fal-

lisse, il suo consenso sarebbe sicuramente nullo. Così la personalità criminale dell'ergastolano può avere in vario modo influito negativamente anche nella formazione del consenso matrimoniale, ad es., forzando il consenso dell'altra parte o simulando il proprio. Sono naturalmente ipotesi generiche e astratte, ma dello stesso tipo sono i casi proposti, che potrebbero essere seriamente discussi solo conoscendo i fatti in concreto ». È una idea che merita di essere approfondita, per superare quel tanto di aleatorio che in essa si può a prima vista rilevare, tenuto conto della psicologia dei giudici o di certi giudici.

Un libretto, questo, che ad ogni modo si impone per la sua serietà, e la cui lettura può essere consigliata ai « giuristi contemporanei », assetati di realtà. Il lettore di questi *Quaderni* forse vorrà sapere quel che io penso del divorzio. Ecco. Al matrimonio è stato sempre attribuito fin dai primordi un carattere sacro. Sacro rimane: e sacro, al di fuori di ogni riferimento a religioni positive, significa che è un atto dello spirito anzi la sola vera testimonianza dello spirito umano. Qui sta la ragione della sua indissolubilità. Il divorzio è la negazione dello spirito: per questo io sono contrario ad esso, e per questo penso, ahimé, che il divorzio sarà introdotto anche da noi tra la generale indifferenza, o con la pseudo opposizione di qualche partito o corrente di partito o forse della stessa Chiesa. Come atto dello spirito il matrimonio è in partenza pieno di tutte le avventure della vita, di tutto il male della vita, degli adulteri, degli ergastoli, delle pazzie, di tutto fuor della morte, e pertanto nulla può incidere in esso, nessuna di queste cause può giustificare il suo scioglimento. Si obbietterà che in altre contrade il divorzio esiste: e io rispondo (a parte le importanti informazioni contenute in questo libro) che le altre contrade sono quello che sono. Lo spirito nostro è uno spirito cattolico, sia che si creda, sia che non si creda e tanto più se non si crede: nessuno, neppure il più arrabbiato degli atei, può scuotersi di dosso il pesante fardello. Croce intitolò un famoso libretto: *Perché non possiamo non dirci cristiani*. Più coraggioso sarebbe stato se avesse detto: *Perché non*

possiamo non dirci cattolici. Sotto questo profilo il razionale e l'irrazionale nel problema del matrimonio e del divorzio si avvicinano fino a identificarsi. E forse il razionale, documentato da questo limpido scritto, è la via non misteriosa per la quale si afferma il mistero dello spirito. A meno che non sia tutto un sogno, il che è certamente possibile, se non addirittura probabile.

RILETTURE

[167]

SOCIOLOGIA E DIRITTO

MAX WEBER, *Economia e società.*

La formazione di questi *Quaderni* mi costringe a seguire, con maggior attenzione di quanta prima non ne ponessi, la letteratura giuridica corrente: libri, articoli, prolusioni di bravi giovani che in gran parte conosco personalmente ed apprezzo, libri pieni di giovanile cultura, che hanno il solo torto di essere per la maggior parte scritti « a soggetto » per fini concorsuali. Speriamo che la sciagurata riforma in gestazione produca almeno questo di buono, di renderci tutti analfabeti. L'interesse maggiore di questi scritti è dato dal fatto che essi riflettono mirabilmente lo spirito del tempo: sono carichi di istanze politiche, revisionistiche, antiformalistiche, giurisprudenzialistiche — tutto meno che giuridiche, nell'alto e unico senso della parola —, specialmente sociologiche. Quest'ultimo punto è il solo che mi ha interessato, perché la sociologia, estranea alle concrete individualistiche menti latine, è improvvisamente entrata a vele spiegate sulla nostra semicultura attraverso le copiosissime traduzioni dei nordici scrittori, regolarmente citati, appunto nelle traduzioni, dai giuristi di cui parlo, e non da essi soltanto. E poiché io diffido di me stesso, ho voluto rendermi conto del vero e del falso in questo affascinante nome, naturalmente con riguardo al diritto, che è del resto il punto cruciale dell'argomento. Così mi sono preso i due volumi di Max Weber (Edizioni di Comunità, II[a] ed., 1968), e me li sono letti tutti, come a dire 1500 pagine. Voglio qui dire le mie impressioni, ben consapevole della

vasta letteratura anteriore e successiva, che per altro non mi sembra gran che rilevante per quel che riguarda il diritto. Del resto ci sarà modo di estendere il discorso.

La sociologia, come si sa, e come appare dalle prime parole del Weber, è o sarebbe la scienza del comportamento sociale: più precisamente la scienza che si propone di intendere in virtù di un procedimento interpretativo l'agire sociale e quindi di spiegarlo causalmente nel suo corso e nei suoi effetti: dove sociale, spiega Weber, ma la spiegazione mi pare superflua, perché è implicita nell'enunciato, si deve intendere come un agire riferito all'atteggiamento di altri individui e orientato in base a questo.

Fermiamoci, da preoccupati giuristi, un momento. Se non andiamo errati, in questa definizione, come nel presupposto stesso della sociologia, la società è assunta come oggetto del conoscere, una realtà cioè composta sì di individui, ma nella quale gli individui si dissolvono, operando come tali, ma, appunto, socialmente. Orbene, dice il giurista (ed è strano che il Weber, che pure fu giurista, non l'abbia sentito), un simile assunto deve essere preliminarmente dimostrato, mentre in tutta la ponderosa opera vanamente si cercherebbe una simile dimostrazione. E in effetti non c'è perché non la si può dare, essendo l'assunto meramente ideologico, e non scientifico. Che infatti di società si possa parlare, è indubbio, sebbene il termine non abbia per se stesso giuridico valore; che la vita associata determini influenze sulla vita o sul modo d'essere degli individui non è meno indubbio (basta pensare ai limiti territoriali della pasta asciutta, per quel che ci riguarda), sebbene anche qui di giuridico non ci sia nulla né poco; ma che esista un « agire sociale », cioè della società come tale, questo è per noi un autentico assurdo, che è fondato su una inversione dei termini. L'agire sociale infatti assume che la società crei l'individuo e non l'individuo la società: e questa è, se me lo consentono i mani di Weber, una cosa senza senso, comunque — ed è quel che conta — non dimostrata.

La mancata proposizione di questo preliminare problema consente a Weber e ai seguaci suoi di vedere in chiave sociologica tutto il viver del mondo: e così l'economia, la religione, la politica, la musica, e infine il diritto. Sociologia del diritto si intitola infatti una grossa porzione del secondo volume: ma in realtà col diritto il Weber è costretto a cimentarsi in ogni pagina, si può dire, della sua opera, perché questo è il solo e vero inciampo alla concezione sociologica della vita. La prova si ha subito a pag. 28 del primo volume, quando si affaccia il concetto di « ordinamento legittimo », e si descrive, in modo abbastanza vago, l'orientamento dell'agire sociale in base alla rappresentazione della sussistenza di un ordinamento legittimo. Sta bene: ma che cosa è l'ordinamento legittimo? donde derivano l'aggettivo e il sostantivo, e più questo che quello? Questa è la grande domanda alla quale la sociologia non potrà mai rispondere, perché l'ordinamento non è un comportamento umano, nel senso sociologico, ma è una condizione del comportamento umano, che si afferma come essere, come realtà (v. tutto il primo articolo di questo *Quaderno*). I tentativi di rispondere a questa immanente domanda si risolvono nelle solite banalità (e contraddizioni) di sapore kelseniano, come quando si dice (pag. 31) che un ordinamento deve essere chiamato diritto quando la sua validità è garantita dall'esterno mediante la possibilità di una coercizione da parte di un apparato di uomini espressamente disposto a tale scopo: là dove non ci si accorge che così non si fa che raggirare il problema, e raggirandolo sfuggirlo, perché quell'« esterno » non esiste, perché validità e garanzia sono la stessa cosa, perché l'ordinamento non è qualcosa che deve essere garantito, ma semplicemente è, e la c. d. garanzia non è che l'espressione del suo essere. Si direbbe che questi sociologi nella loro smania di dissoluzione debbano arrivare fatalmente davanti a un muro per loro invisibile, contro il quale danno di cozzo. Penso al Neurath (*Sociologia e neopositivismo*) che inseguendo l'utopia di una scienza unificata scrive: « Ogni enunciato del tipo " la possibilità della scienza dipende dal fatto che c'è un or-

dine nell'universo " è privo di senso », per affermare che « la possibilità della scienza è dimostrata dall'esistenza della scienza », senza accorgersi che il dato è proprio l'esistenza della scienza, e che ordine nell'universo ed esistenza della scienza sono assolutamente equivalenti.

Vero è che Weber potrebbe invocare a suo conforto la compagnia di molti giuristi e filosofi. Ma intanto, raggirato il punto di partenza, cioè l'unica ragione di scrivere, egli è ridotto, cioè la sua sociologia si riduce, per quel che riguarda il diritto, a un manualetto di diritto pubblico generale, scritto con vivacità di stile, pieno di interessanti notazioni e di varia cultura, ma niente più di questo. A parte la invenzione del gruppo (che in assoluto è davvero una invenzione, necessaria per la sociologia forse, ma priva di rispondenza nella realtà, perché priva di autonomia fuori del diritto) le pagine più rilevanti del primo volume sono tutta una esposizione delle varie forme di potere legittimo di cui individua tre tipi, razionale, tradizionale, carismatico: discorso che poi riprenderà ampiamente nel secondo volume, arricchendolo con osservazioni certamente utili anche per il giurista. Quel che però io non riesco a comprendere è come tutto questo *excursus* si possa fare « sociologicamente », cioè in assoluto e in astratto, quando è chiaro che lo studio sulle forme di potere ha un senso solo sul piano storico, cioè con riferimento a determinati ordinamenti. La riprova di quanto dico si ha se si apre il volume di Orestano, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, e si legge soltanto l'indice. Si direbbe che si tratti della stessa cosa, che si conducano le stesse indagini; solo che l'Orestano le conduce su un dato concreto, ed è questo il solo modo di condurle. La sociologia si rivela in questo modo un inutile doppione della storia, una di quelle storie universali di moda ottocentesca, con l'aggravante però di quell'agire sociale che abbiamo criticato in principio.

La parte che si legge con maggiore utilità è quella che nel secondo volume si trova raccolta sotto il titolo di *Sociologia del diritto*. Vi si tratta della differenziazione tra diritto pubblico e

diritto privato, delle forme di creazione dei diritti soggettivi, del carattere formale del diritto oggettivo, dei tipi di pensiero giuridico, delle codificazioni e del diritto anglosassone etc. etc. Che cosa però c'entri tutto questo con la sociologia (cioè con una scienza che deve farne il proprio esclusivo oggetto) alla mia povera mente è impossibile capire. Così ad es. quando il Weber distingue tra contratti di affratellamento (dai quali deriva uno status) e contratti di scopo (economico) io non ho difficoltà ad ammettere che egli dica il vero: ma appunto perché vero, o supposto vero, questa non è sociologia, è storia, è evoluzione degli istituti, e in particolare del contratto, è evoluzione dell'umanità, se si vuole, e niente altro. Nella quale evoluzione rientrano le formule e i riti, la magia, di cui sociologicamente si fa tanto uso ed abuso, ma che non c'è bisogno del sociologo per spiegare, perché basta lo storico o il giurista, anche se in ipotesi deve riferirsi alla società di quel dato tempo (cioè, appunto, a una data struttura della società nella sua concretezza). Che il prestito sia nato come interno (al gruppo familiare) e l'esterno non fosse tutelato, tanto che in Cina pare che il creditore non pagato si impiccasse davanti alla porta del debitore, va bene: vorrà dire che ne terremo conto nella storia del diritto e in particolare del mutuo, ne studieremo le cause, i sottofondi politici, etici, economici che nessun giurista ha trascurato, senza degradarsi o innalzarsi a sociologo.

Si potrebbe andare avanti all'infinito, ma si suppone in queste *Riletture* che l'opera sia già nota, e il solo scopo del rileggere è di registrare i sentimenti che essa suscita alla luce o all'ombra del tempo. Mi limiterò perciò a gettare uno sguardo su quella parte del secondo volume dedicata al carattere formale del diritto oggettivo, per sottolineare due cose. La prima è che a Weber non sfugge il punto centrale del problema cui sopra abbiamo accennato, e cioè la formazione originaria delle norme giuridiche: e a pag. 89 lo risolve con l'ipotesi di un'abitudine di comportamento che lentamente genera una aspettativa di garanzia etc. etc. Non abbiamo bisogno di insistere nella assoluta

inconsistenza di questa spiegazione, che dimostra la scarsa capacità speculativa dei sociologi. Il curioso è che lo stesso problema si pone storicamente l'Orestano nel citato libro (pag. 69), là dove parla di carattere « fattuale » dell'ordinamento giuridico primitivo, ma con ben altra profondità lo risolve osservando che sono le situazioni stesse che prima di essere qualificabili come fatti di produzione normativa sono direttamente da assumersi come « fatti normativi », cioè è la situazione che contiene in sé il proprio criterio regolatore, è il fatto che per il solo fatto di verificarsi si pone esso medesimo come ordinamento. Col che, ancora una volta, addio sociologia.

La seconda osservazione, forse più importante, riguarda il sorgere del diritto nuovo. E qui bisogna dire che la sociologia gioca ancora dei brutti tiri a chi la pratica perché impedisce di capire una cosa assai semplice, e cioè il rapporto tra politica e diritto, la storicizzazione del diritto — immutabile nella sua essenza — attraverso le istanze politiche che tendono a scavalcare e sostituirsi a quelle giuridicizzate (v. *supra*, pag. 73 e sgg.). Risolvere questo fenomeno in sociologia significa semplicemente negare lo spirito umano, sempre che, s'intende, la sociologia voglia avere un significato. A questo punto però si deve riconoscere che nell'opera del Weber si apre una serie di capitoli intorno alla razionalità o irrazionalità del diritto e del processo, che, a parte un generico sospetto di fantasia, costituiscono a nostro modo di vedere la parte più vitale dell'opera, e direi anzi la più attuale, per le dispute che oggi si fanno intorno al formalismo, e l'aspirazione, che si esprime polemicamente anche nelle dispute tra i magistrati, a una giustizia immotivata (cioè non legata a principi astratti), quindi sentimentale e irrazionale. Tutta questa parte è da meditare seriamente, e la mediteremo, non in questa sede però, perché non si tratta, ancora una volta, di sociologia, ma di problemi giuridici molto seri, nei quali il giurista prende coscienza di sé e della sua opera.

[173]

Non crediamo di dover aggiungere altro. Resta da intendere come mai questo fantasma della sociologia faccia la sua riapparizione nelle opere dei più recenti studiosi del diritto, come dicevamo in principio. Ma forse questo è un problema sociologico, e non abbiamo competenza a risolverlo.

POSSESSO DEI DIRITTI

Enrico Finzi, *Il possesso dei diritti*, Milano, 1968.

La Fondazione Calamandrei ha operato molto bene ristampando questo volume di Enrico Finzi, dopo cinquantaquattro anni dalla sua apparizione. Acutamente osserva nella presentazione Salvatore Romano che *Il possesso dei diritti* è il titolo notissimo di un libro che è molto meno noto del suo titolo. Sarebbe interessante indagarne le ragioni, e ora che ho riletto il libro, e si è rinnovata in me l'impressione che ne ebbi da giovane (fu come un'impronta che mi accompagnò tutta la vita, anche quando le tesi sostenute si furono scolorate nel tempo) mi pare di capire questa sua singolare fortuna. Voglio vedere se riesco ad esprimere il mio pensiero o il mio sentimento in queste rapide note.

Conviene riferire un piccolo dato, si potrebbe dire biografico, che Finzi ci offre alla fine del libro. Quasi presago di una tacita accusa di aridità dottrinale, egli si difende nel modo più semplice, anzi nell'unico modo possibile per uno studioso, affermando di aver condotto l'indagine con un solo fine: la ricerca della verità. « Non è necessario », dice testualmente, « proporsi accanto al fine teorico un fine empirico... Ciò affermo tanto più francamente e volentieri in quanto detto da me, che non ho mai pubblicato neppure una monografia, e da lunghi anni esercito con passione l'avvocatura, deve sembrare meno sospetto: si può, si deve avere ancora fede nella scienza giuridica ».

Ciò premesso, l'idea centrale del libro è questa: « esiste come possibile accanto a ciascun rapporto giuridico un altro rapporto giuridico il quale ha per fatto giuridico l'investitura

in quel rapporto e per contenuto la mera possibilità legale di esercitare il contenuto » (pag. 286). Si direbbero parole che annunciano una scoperta, come potrebbe essere quella di un nuovo elemento, e di una scoperta in effetti si trattava.

Il processo speculativo per il quale Finzi era arrivato a questa scoperta si può, io credo, riassumere in queste proposizioni. Ogni rapporto giuridico, più semplicemente ogni diritto, deriva da un fatto giuridico. Ma il fatto giuridico non è mai semplice: esso risulta da una infinità di componenti, nessuno dei quali deve mancare perché il fatto sussista. Così ad es. il contratto è definito come l'accordo di due o più parti, e si direbbe che con questo sia detto tutto: ma il vero è che le parti devono essere capaci, la volontà deve essere libera, deve essere reale e via dicendo, quasi all'infinito, perché veramente a costituire un contratto, come qualunque altro fatto, concorre tutto il diritto. Orbene, chi tiene fisso l'occhio a questo fatto, e lo vede operante nella vita, si accorge che, contro ogni legittima aspettativa, molte, moltissime componenti possono mancare, teoricamente anzi possono mancare tutte, eppure esiste ugualmente un rapporto, esiste un fatto giuridico, il soggetto di quel rapporto esercita il diritto che solo potrebbe trovare giustificazione nella presenza di tutte le accennate componenti; e questo non è un fenomeno isolato, ma costante, così che appunto permette di dettare la formula che abbiamo riferito, di riconoscere un perenne e permanente dualismo nel mondo dei rapporti, dei diritti, dei soggetti. Il mondo, si potrebbe dire, di una realtà sostanziale e il mondo delle « investiture », di coloro cioè che hanno il possesso formale di questa realtà, e si comportano come se realmente ne fossero in pieno ed effettivo dominio.

Il fenomeno rilevato nel campo dei diritti, trova il suo riscontro nel campo delle azioni e del processo. È questa la parte più famosa dell'opera di Finzi, forse per la maggiore sensibilità della scienza nuova, quale era allora il diritto processuale civile. L'azione è, dice Finzi, un diritto anch'essa, e come tale concorrono a costituirla tutti gli elementi necessari a costituire un

diritto; ma accanto all'azione-diritto si colloca l'azione-investitura, o l'investitura dell'azione, e la dimostrazione si ha sul terreno della prova, perché è ben noto che l'attore non deve provare tutti i fatti costitutivi, ma solo alcuni. I processualisti, dice Finzi, hanno configurato, per spiegare questa situazione probatoria, i fatti impeditivi (praticamente, quelli che dànno luogo alle eccezioni in senso sostanziale), ma questi non esistono, sono un mero espediente dottrinale, che si risolve in una autentica contraddizione nei termini. La verità è che anche chi agisce è « investito » dell'azione, cioè del suo possesso formale, e solo con la dimostrazione *ex adverso* che non ha il possesso sostanziale, il diritto, si può privarlo di quella investitura, con la conseguente reiezione della domanda.

Per maggior chiarezza riportiamo le parole conclusive dell'opera: « ho creduto di poter affermare che in generale, accanto ad ogni rapporto giuridico, perfetto, esiste come possibile un altro rapporto giuridico, meno intenso, che ha per contenuto la possibilità di esercitare il primo. Un rapporto giuridico che non rientra in nessuna delle partizioni usuali, che non si contrappone a nessun diritto in ispecie, ma a tutti, in generale. Esso non segna una analisi quantitativa degli altri diritti: non ne è un frammento una porzione un elemento come suol dirsi essere ad es. la superficie o l'enfiteusi rispetto al diritto di proprietà; non segna neppure una partizione qualitativa interna ai diritti, non si contrappone cioè né ai diritti reali, né ai diritti personali, né ai diritti di famiglia, né ai diritti pubblici o privati: è un contrapposto che, situato in altro piano, mira alla giustapposizione di un sistema a un altro sistema ».

Non occorre altro, per il nostro fine. Non occorre soprattutto ricercare le fonti dottrinali della scoperta di Finzi, che egli indica criticamente, dando prova di una severa e libera cultura. La vera e sola fonte del pensiero di Finzi l'ha indicata egli stesso, quando ha dichiarato, secondo quel che abbiamo riferito, di non aver mai scritto precedentemente un rigo, e di avere da lunghi anni esercitato con passione l'avvocatura. Solo chi (naturalmente

chiamandosi Enrico Finzi) ha vissuto la vita giuridica, o più semplicemente la vita, come avvocato, può osservare quel che in questo libro è stato osservato. Perché tutto si può contestare, l'investitura, il possesso dei diritti e dell'azione etc. etc., ma non che le cose avvengano come Finzi le ha descritte. La vera scoperta è qui, e nessuno, stando a tavolino, poteva farla.

Si deve a questo la fortuna sfortunata del *Possesso dei diritti*? Il sospetto non deve essere ritenuto offensivo, perché è naturale che la scienza tenda a procedere per astrazioni, e quindi sia lenta ad accogliere i suggerimenti dell'esperienza, che in un modo o nell'altro la mettano in crisi. Avvalora il sospetto la circostanza che i processualisti (cfr. Chiovenda, *Saggi*, II, 462) abbiano più dei civilisti avvertito l'importanza dell'opera, sebbene anch'essi siano rimasti più o meno fedeli agli schemi tradizionali: non poteva essere altrimenti. In un certo senso, a quegli schemi era rimasto fedele anche Finzi, che non a caso parlava di semplice « giustapposizione di un sistema a un altro sistema ».

Finzi, non bisogna dimenticarlo, quando scriveva il suo libro, procedeva dalla sua profonda vocazione di processualista, ma... la sua investitura era di civilista. Lo sdoppiamento di ogni diritto nel suo sosia, la doppia realtà, il dualismo introdotto nel cuore stesso del diritto sostanziale (e non solo nel tradizionale rapporto diritto-processo) erano schemi e dogmi di stretta osservanza civilistica. Sennonché, questi schemi e dogmi erano come l'involucro, o se si vuole il bozzolo, che nascondeva e custodiva una realtà ben diversa, anzi *la* realtà, dinamicamente intuita e osservata, come ancora non era stato fatto. Quella « investitura », intravista dal Finzi, non era e non poteva essere un (altro) fatto giuridico, costitutivo di un (altro) rapporto, nasceva (e ne era l'espressione) dall'esigenza di concretezza dell'ordinamento giuridico, dalla consapevolezza che esso ha della sua astrazione, quindi della necessità e della sola possibilità di realizzarsi, che esso ha, attraverso l'azione. Scrivendo, quasi cinquant'anni dopo, dell'unità dell'ordinamento, io ho cercato di mettere in luce il vizio che infirma le concezioni dualistiche tradizionali, che po-

stulano una realtà oggettiva dell'ordinamento, indipendente dall'azione, e ho detto che questa realtà oggettiva non ha senso, rimane una mera astrazione al di fuori dei soggetti e dell'azione dei soggetti. Testualmente scrivevo che l'esperienza giuridica ha piena consapevolezza di ciò, e per questo appresta una infinità di mezzi per dare una realtà alle parole, per determinare il concreto nei limiti in cui ciò sia possibile; e ricordavo il notaio, l'atto pubblico che fa fede fino a querela di falso, i processi sommari, il titolo nelle sue varie manifestazioni (*Commentario*, III, 72), ma sopra tutto il possesso, del quale (vol. IV, I, pag. 286), dicevo, spiegando la massima *spoliatus ante omnia restituendus*: « Ante omnia, cioè al di fuori di ogni titolo che non sia lo stesso possesso, perché il possesso è il pilastro su cui si reggono l'ordinamento e la vita sociale, la normativa primordiale della nostra esistenza, l'*unum* a cui tutto si riduce, e quindi lo spossessamento non può logicamente porsi in termini di contrasto giuridico. È ovvio considerare che se non esistesse il possesso, se il possesso non fosse tutelato con l'eccezione e con l'azione, tutta l'esistenza ne risulterebbe capovolta, e addirittura impossibile il suo svolgimento ». Certamente, nello scrivere queste cose io non avevo presente il libro di Finzi, salvo l'impronta di cui sopra ho detto: ma mi sembra indubbio che il discorso del maestro e del discepolo spirituale sia del tutto identico, che io (ma non solo io: tutti quelli che in tempi recenti hanno sentito l'esigenza di una rinnovata speculazione su questi problemi) ho tradotto in termini dinamici la « scoperta » che Finzi ha enunciato in termini statici. L'« investitura », il possesso formale dei diritti, sono in definitiva la concretezza della vita e dell'azione di fronte all'astrazione del fatto giuridico e del rapporto giuridico. Se questo è vero, e se si può dire che la dottrina moderna ha ripreso in termini diversi il solitario insegnamento di Finzi, si deve concludere, a nostro conforto e a nostro orgoglio, che questo libro costituisce la mirabile prefazione di un civilista alla scienza del processo, che si va nuovamente e lentamente formando.

[179]

Io spero che questa interpretazione della Sua opera sia gradita a Enrico Finzi. Recentemente, nel ringraziarlo del dono del libro, gli annunciai una mia visita. Venga presto, mi rispose, perché ho ottantasei anni. Non credo di dovermi affrettare. Gli ottantasei anni di Enrico Finzi sono come i cinquantaquattro del suo libro: una lunga felice giovinezza.

CRONACHE

IL TESTAMENTO DI WALTER BIGIAVI

Nel precedente fascicolo avevo annunciato — triste postilla a uno scherzoso discorso — l'improvvisa morte di Walter Bigiavi, e avevo scritto che avrei parlato di lui in questo *Quaderno*. Ignoravo allora, e non immaginavo, che egli già dal 1966 avesse scritto il suo testamento spirituale, che qui riproduco per memoria, sicuro di non violare la sua desolata volontà:

« *Bologna 24 maggio 1966.*

(...) In questo momento così penoso confermo alla mia cara moglie che sempre mi fu vicina e sempre mi comprese e mi sopportò, le mie ultime volontà:

desidero essere sepolto con rito civile; desidero essere cremato; desidero che, possibilmente, le mie ceneri siano disperse.

I miei funerali abbiano luogo di primo mattino, senza che nessuno — all'infuori dei miei familiari e di uno o due amici che li assisteranno — sia presente.

Non sia mai dato nessun annuncio della mia morte.

Che le « mie » riviste non parlino di me. Sarò grato ai giornali e alle altre riviste se conserveranno un silenzio ermetico.

Nessuna onoranza, di nessun tipo, mi sia tributata; né si tenga commemorazione alcuna. Non *si raccolgano i miei scritti: questi possono avere avuto una qualche importanza al momento della loro pubblicazione, ma sono già ora superati e, comunque, tutti meno uno — superatissimo — facilmente reperibili.*

Ho terribilmente sofferto nella mia vita, e soprattutto in questo momento, il mio pensiero torna commosso ai miei poveri genitori e alla loro sorte spaventosa. Come di loro nulla è restato, così nulla resti di me: cupio dissolvi.

Ho lavorato onestamente, e fino a un certo momento con tenacia immensa e con sacrificio; qualcosa ho fatto, ma non quanto avrei

voluto e, forse, potuto. Ho molto amato, specialmente i giovani, e penso che, se non altro per questo, molto mi sarà perdonato. Sono sicuro — e lo dico fieramente — di lasciare una grande eredità di affetti (...) ».

Non si dovrebbe aggiungere nulla. Bisognerebbe che ciascuno, nel silenzio del suo cuore, interpretasse questo documento. Ma io non posso dimenticare il perduto amico, di una sia pure irrequieta amicizia, e non posso lasciare a lui l'ultima parola in un colloquio aperto nella prima giovinezza.

Guardo questa breve pagina, ripenso ai volumi che si allineano nella mia libreria, e mi viene da osservare che questo è il primo scritto di Bigiavi privo di note. Tutti ricordano la sua pagina stampata: due righe in alto, venti, trenta in basso, irte di nomi esotici e nostrani, e ogni nome era un nemico da reprimere, un amico da riprendere, pieni di torti di fronte alla scienza che egli irosamente professava, ma che erano sopra tutto colpevoli di non essere lui. Dicono che avesse cominciato, da quando era ragazzo, un formidabile schedario di tutte le opere e di tutta la giurisprudenza; certo uno schedario era la sua mente, nella quale tutto registrava, come affidandolo all'eternità. Una volta mi capitò di attribuire, in un certo articolo, a una pastorella il famoso detto: *Il y a des juges à Berlin.* Subito mi scrisse una lunga lettera nella quale mi richiamava al mugnaio di Sans-Souci, a Schiller, al tedesco che aveva appreso sui banchi della scuola, e in definitiva alla mia ignoranza. Gli risposi che era vero, che la storia aveva registrato il mugnaio, ma che nessun mugnaio tedesco avrebbe avuto il coraggio di dare una simile risposta a Federico il grande, onde non poteva trattarsi che della figlia del mugnaio, che era appunto un'innocente pastorella. Dubitò, sbofonchiò, infine si arrese allo scherzo, ma concluse ammonendo: informarsi, informarsi sempre.

E ora, questa pagina nuda, che annulla o vuole annullare tutte le altre pagine, e la sua stessa vita. Qualcuno deve avergli dato, nel tumulto della sua opera, una piccola informazione, che mancava al suo schedario. Forse la morte prematura e assurda di una sua allieva diletta; forse il ritornante pensiero della tragica sorte dei suoi genitori; forse un'improvvisa eco della cupa *vanitas vanitatum* predicata alla sua antica gente; o forse... Qui la divinazione si arresta, anche

per dovere di fedeltà al suo ammonimento. Al *cupio dissolvi* che egli ha scritto sulla sua lapide manca la seconda parte, e noi non possiamo arbitrariamente aggiungerla. Del resto, l'accento delle sue deserte invocazioni è più biblico che evangelico: il rito civile (cioè l'assenza del rito, poiché la strana formula coniata in tempi di anticlericalismo è evidentemente priva di senso), la cremazione, la dispersione delle ceneri, il trasporto, quasi nel senso letterale della parola, del corpo, il divieto di annunci della morte, il rifiuto sostanziale della sua opera, sono o vogliono essere atti privi di speranza. Qualcuno ha addirittura parlato di superbia, forse perché nell'accettazione delle misere pompe del mondo c'è una tal quale sorta di umiltà.

Ma nulla è più ingiusto, o se vogliamo essere fedeli a Bigiavi, meno provato di questo. Basterebbe a smentirlo la data del testamento che è di oltre due anni e mezzo anteriore alla morte. Il rifiuto operato dall'amico, che fu benigno ai suoi ed ai nimici crudo, che fu potente e prepotente, che fu uomo d'azione ed espresse in sé l'intima contraddizione dell'azione, la sua giustizia e anche la sua ingiustizia, che amò la scienza più di ogni altro, ma non di ascetico amore, è un fatto che non può, non deve essere sottovalutato. Il gesto insolito ci aiuta intanto a comprendere la sua non serena esistenza. Se dovessi interpretarlo, io direi che la misteriosa informazione di cui dicevo forse solo in apparenza gli è giunta in un giorno di maggio del 1966: essa operava dalla nascita nel profondo dello spirito, e tutta la sua esistenza, con quelle che a noi parevano stranezze, è stata la ribellione a un padrone inesorabile che attende lo schiavo sulla soglia della prigione dalla quale è fuggito. Per questo è crollato nel « momento penoso » di cui parla nel testamento, e che è stata la fuggevole forma assunta dal suo padrone interiore. Tra i molti che hanno la felice opzione tra la vita e la morte, e naturalmente scelgono la vita, adorando quel che hanno fatto, e raccogliendo le proprie opere, per eternarsi nei posteri, Walter Bigiavi ha scelto la morte. Questa scelta lo porta molto in alto, ma soprattutto gli conquista l'amore che egli ha sempre disperatamente cercato senza mai ritrovarlo.

IL CASO BRAIBANTI

I lettori di questi *Quaderni* hanno certo sentito parlare di un certo Braibanti, ma forse non hanno ancora letto la sentenza del Tribunale di Roma che lo ha condannato a nove anni di reclusione per il delitto di plagio (art. 603 c. p.). Corrano subito a cercarla nella nuova rivista *Giurisprudenza di merito*, pag. 100 e sgg. La sentenza è lunghissima, perché si indugia in disquisizioni teoriche superflue, probabilmente in corrispondenza col dottrinarismo curiale dei difensori e dei consulenti: ma il lettore salti queste a pié pari, e prenda nozione solo dei fatti, quali sono stati responsabilmente accertati dal giudice. Si tratta — lo avverto subito — di cose assolutamente vietate ai giuristi minori di diciotto anni.

Per farla breve, questo Braibanti, che nella santa Russia sarebbe stato forse un innocuo *jurodivi*, nella libera Italia era ed è semplicemente un mostro. Poiché i *Quaderni* sono naturalmente casti, non è possibile riferire l'*iter* per il quale questo sciagurato attrasse a sé e ridusse alla sua totale volontà due giovinetti, di modesta condizione sociale (uno era orfano di un tipografo), tranquillamente avviati al lavoro o allo studio. Valendosi di quella pesudopersonalità che in provincia facilmente si acquista con una confusionaria cultura, li staccò con sottilissime arti dalle rispettive famiglie, e non solo materialmente, ma spiritualmente, nel senso che lentamente distrusse in loro quei modesti valori nei quali e dei quali ciascuno vive, e che attraverso i millenni riconduciamo quasi simbolicamente alla famiglia. Insistiamo a dire, poiché è importante per il séguito, che non si trattava di quelle famiglie che, per censo e per il naturale conservatorismo che al censo si accompagna, sono assunte dalla facile propaganda a sinonimo di borghesia, quelle famiglie dalle quali, tanto per dire, nella santa Russia uscivano i nobili penitenti, e nella libera Italia escono i contestatori in Jaguar, ma di povera gente, come la grande massa degli uomini, lanciata nella faticosa avventura della vita, per la quale la famiglia sono i figli da mantenere e da educare senza astratti problemi, ma col concretissimo problema quotidiano dell'esistenza, che tutto in sé ricomprende. A questi due giovinetti (s'intende uno per volta) il Braibanti cominciò a prospettare fanta-

stici mondi eretti su pilastri di strampalerie da paranoico, e tanto più allucinanti quanto più incomprensibili: i soliti eldoradi a sfondo anarcoide, ma nei quali si insinuava, in paludamenti metafisici, la critica della eterosessualità, degradante istituzione della natura a danno della libertà dello spirito, garantita dalla omosessualità. I poveri ragazzi non capivano nulla di queste cose, perché avevano semplici e sani istinti: ma il « non capire » era l'*atout* nel terribile gioco. E infatti a un certo punto comincia la loro tragica migrazione dietro il flauto magico. Bisogna leggere la cronistoria di questi viaggi, la progressiva degradazione fisica e morale degli sventurati, l'asservimento al quale essi furono ridotti con lenta ma inesorabile volontà. Unica attenuante, se così si può dire, è che di questa abbiezione partecipava anche lui, il Braibanti. Ed ecco lo sbocco finale: l'esperimento pratico della critica dell'eterosessualità, su due giovani fisicamente estranei alla tragica commedia, ma incapaci di reazione, tra riti che fanno intendere quanta realtà vi sia nella favola delle streghe. La penna dello studioso si rifiuta di riferire quel che la penna del giudice ha dovuto scrivere. Concludo: dopo inenarrabili pene, i due giovani, ridotti poco che men che bruti, furono restituiti alla vita. Processo per plagio contro il Braibanti, condanna, in primo grado, per ora. Poi ci sarà l'appello, e vedremo quel che avverrà.

* * *

La ragione per la quale io registro in queste cronache l'irregistrabile avvenimento è data da questo: che lo sciagurato Braibanti è diventato nel nostro paese « il caso Braibanti ». Questo fatto è assai più importante dell'episodio giudiziario (in fondo risolubile in termini di psichiatria, se la psichiatria avesse precisi confini), e sarà certamente indotto dai futuri storici come segno della dissoluzione mentale e sociale che ha preceduto e determinato il non lontano diluvio. I motivi sono politici, nel duplice concorrente senso che ha ormai la politica: eversivo e conformista; e perciò da uomo libero li trascuro. Ma il punto è che alla « costruzione » del caso persone serie hanno chiamato in soccorso il diritto, e seriamente si sono messe a discutere se il reato di plagio esiste, concludendo in generale per la negativa. L'argomento solenne è che essendo la volontà umana essenzialmente libera non è concepibile che essa sia resa non volontà,

cioè che un soggetto libero sia « reificato », ridotto in potere altrui, come dice l'art. 503.

Non occorre consultare trattati di diritto penale per capire l'inconsistenza di un simile ragionamento. Già è difficile attribuirgli un senso, come a tutte le frasi solenni. La volontà assolutamente libera è un'astrazione: quella concreta è l'uomo, con tutta la miseria, la fragilità che gli deriva dal peccato originale. Ma quel che è stupefacente è che si neghi il plagio in un mondo come l'attuale che è fondato direi costituzionalmente sul plagio, che senza il plagio derivante dalla réclame anche la più modesta (non parliamo della subliminale) non potrebbe neppure esistere, o si trasformerebbe radicalmente. Il fenomeno che qualifichiamo massa non è altro che il risultato di un immenso plagio: ma con questo non vogliamo dire che si tratti di cosa nuova, perché l'idea del plagio è nata con l'umanità stessa, dal naturale condizionamento reciproco degli uomini. La più famosa plagiaria della storia è stata la Galigai, la consigliera di Maria dei Medici, che accusata di stregoneria nei confronti della regina si difese dicendo che essa non aveva avuto su di lei altro potere che quello del più forte sul più debole (ciò che non valse a salvarla dal rogo).

Ora, il diritto penale, per i suoi naturali limiti, scevera dal plagio diciamo così fisiologico, il plagio che annulla la volontà e diventa crimine. L'estensore della sentenza mi pare ne abbia acutamente segnato i difficili confini quando ha detto che il plagio criminoso si determina nel momento in cui il soggetto passivo non ha più l'opzione tra il fare e il non fare, e la sua volontà è quindi la volontà del plagiario: con questo in più, e lo distingue dalla violenza, che il fare e il non fare non è né episodico né proiettato verso l'esterno (*coactus volui sed tamen volui*), ma abbraccia tutto il campo del volere. Proprio per questa totalità il reato è apparso a non pochi immaginario: ma ecco che Braibanti ci ha reso il triste servizio scientifico di dimostrare che non lo è. E torna sotto questo profilo la questione del metodo per la quale tanto ho combattuto, e mi accorgo vanamente combattuto. In fondo, nel negare il plagio si parte dall'idea che il plagio non esiste, col solito rovesciamento delle posizioni. Quanto in ciò vi sia di serio non occorre dire. Il « caso » Braibanti nasce, per gli uomini di buona fede, soltanto da questo.

[189]

* * *

Ho detto che non mi sarei occupato della speculazione politica che si concreta nel « caso » Braibanti, e passerò sotto silenzio il fatto che alcuni deputati si sono addirittura affrettati a chiedere l'abrogazione dell'art. 503, non senza un pizzico di richiamo alla Costituzione.

Ma non è politica — o piuttosto io ho il diritto di non considerarlo tale — quel che mi accade di leggere nella rivista *Il Ponte* del febbraio 1969, a pag. 300, in un articolo intitolato *Braibanti e le anime belle* firmato da un certo Mauro Misul. Dico non è politica perché *Il Ponte*, rivista alla quale anch'io ho collaborato, è stato fondato da Piero Calamandrei, e Calamandrei era certamente un uomo politico, ma a un livello (lui e quel che faceva) di alto e umano sentire, e non avrebbe mai permesso che sotto il suo nome, come oggi alla sua ombra, si scrivessero certe cose. Prescindendo dal fatto che lo stesso *Ponte* si è reso promotore di una colletta in favore del Braibanti, che è una cosa di pessimo gusto (tra i sottoscrittori figura persino un magistrato), ciò che conta è che il detto Mosul, in una prosa da comizio domenicale, parla a proposito del Braibanti niente di meno che di « circolazione delle idee, funzione inderogabile di una cultura che voglia creare il futuro in una vitale e umana convivenza, bloccata dalla chiusura corporativa in categorie sociali, tipica del nostro paese »; parla di persone che « non ammettono la sacra legittimità del diritto altrui di pensare e vivere in un modo diverso dal proprio »; parla di processo alle idee operato dalla Corte d'assise di Roma; parla di argomentazioni « escogitate per punire un individuo in primo luogo reo di aver sempre anteposto il rischio al successo personale, la temerarietà della ricerca allo sfruttamento economico del prestigio conquistato »; parla di « pregiudizi farraginosi montati sulla pretesa di ammantare di idealità sociali, familiari, religiose la pletorica vacuità di un deplorante qualunquismo »; e conclude che « la condanna di Aldo Braibanti è una battaglia perduta per quanti agiscono per trasformare l'Italia in una democrazia meno imperfetta, più autentica di quella che abbiamo conosciuto finora ».

Questo modo di parlare e di pensare, più che criticato, deve essere messo a confronto con la sentenza che ha giudicato Braibanti. In definitiva, il Mosul ha fatto bene a dirci la sua: meglio che attraverso mille libri, i giovani possono apprendere ciò che distingue

il giudizio dalle faziose blaterazioni politiche, questo terribile giudizio in cui i fatti si spersonalizzano (o le persone diventano fatti), e si spersonalizza lo stesso giudice, riassorbito nell'ordinamento; in cui, anche di fronte alle cose più spaventose, come quelle che abbiamo riferite, l'emozione si arresta, rendendo possibile una determinazione di valore alla quale fuori del diritto è impossibile assurgere. Esprimiamo la convinzione che, sotto questo profilo, la sentenza in esame, a parte le lamentate ridondanze, può essere considerata come un modello.

Il Mosul chiude il discorso sostenendo che per identificare la fisionomia morale del Braibanti i giudici avrebbero dovuto, « non affaticarsi a elucubrare interpretazioni della sua non piana, intensa e travagliata esperienza culturale » ma visitare i luoghi dove egli avrebbe subito le persecuzioni dei tedeschi. Testualmente: « Per identificare la fisionomia dell'imputato il giudice doveva andare a Firenze. Avrebbe potuto respirare l'aria pura in cui Aldo Braibanti si è formato e continua a vivere. Le faziose macchinazioni che hanno avvolto di ombre torbide e morbose la figura dell'imputato si sarebbero dissolte come nebbia al sole. Su tutto avrebbe prevalso la misura dell'impegno interiore che gli fece affrontare in quel suo silenzio, duro come la pietra, le torture dei carnefici. A Villa Triste si penetra in uno di quei luoghi dove, come dice Piero Calamandrei, è nata la nostra costituzione ». Niente paura. In quest'Italia, più che sottosviluppata, insviluppabile, siamo abituati a un simile linguaggio. Con minor retorica l'ottocento diceva: Ha parlato male di Garibaldi (che almeno era Garibaldi, o il nome di Garibaldi). Che Mosul e i suoi compagni fiorentini (poiché di questo in definitiva si tratta) idealizzino col richiamo alla Resistenza le miserie e le turpitudini può essere un modo di fare della politica, e a noi in questa sede non interessa; quel che non possono fare è spendere il nome del giurista Calamandrei, di cui non hanno in alcun modo raccolto la successione, per avallare le loro tragiche sciocchezze.

[191]

L'APOLLO 8 E IL PROF. UGO SPIRITO

Questa notiziola arriva in ritardo perché l'Apollo è diventato 10, e si è quasi appollaiato sulla Luna. Ma è ugualmente valida, perché il discorso che riferisco sarebbe lo stesso.

Mi è capitato di leggere su un quotidiano il pensiero espresso dal filosofo Ugo Spirito sulla formidabile impresa. Eccolo nella sua sostanza. « Uno dei fatti più impressionanti è — dice lo Spirito — che nell'Apollo 8 hanno lavorato 350.000 uomini. Ciò mette in evidenza l'aspetto forse più nevralgico dell'epoca contemporanea: il passaggio dall'individuo al gruppo. Chi ha costruito l'Apollo 8? Non un uomo singolo: ma un'équipe. Oggi agente del progresso non è più il genio, ma l'organizzazione: l'incontro fra gli uomini su un piano di parità. Nell'Apollo 8 infatti si assomma tutto il sapere contemporaneo, che è il sapere di migliaia e migliaia di specialisti. Si alleano tutte le scienze senza che ci sia una mente singola capace di dominarle tutte. La sintesi non avviene più in un individuo, ma nel prodotto di migliaia di individui, nel cui risultato tutti, alla fine, traggono un beneficio ».

Il discorsetto deve essere autentico perché uno simile ho sentito fare dallo Spirito all'Accademia dei Lincei, in tema di *Sociologia e storia*: comunque, non è originale, perché è il ritornello di certa scienza o pseudoscienza che per la sua facilità si va affermando. Ora io vorrei anzitutto chiedere a Ugo Spirito (che per coerenza dovrebbe urgentemente cambiarsi il cognome) se fra i 350.000 addetti all'Apollo comprende anche gli spazzini di Capo Kennedy, e se non li comprende, perché. E così via via per tutti gli altri collaboratori, in scala ascendente, fino all'estremo vertice, che per la verità non ci dovrebbe neppure essere. La domanda si traduce nell'altra, non più seria, ma più seriamente formulata, sul significato di questo « passaggio dall'individuo al gruppo » che costituirebbe il punto nevralgico dell'epoca contemporanea. Ci vuole spiegare lo Spirito, e con lui tutti gli altri che hanno parlato e parlano come lui, che cosa significano queste parole? Ma spiegarlo al povero individuo che passa, e non sa dove va o meglio dove Spirito lo vuol fare andare, non con richiami sociologicamente dotti o altro. In altre parole, ci vuole Spi-

rito dire che cosa è questo fantomatico gruppo, nel quale entreremmo senza, per nostra somma sventura, diventare formiche, ma restando individui? Spirito e gli altri hanno il dovere di parlare chiaro, se vogliono il nostro rispetto, senza barare nelle risposte. Quanto all'Apollo 8 o 9 o 100 il mio pensiero è questo: se ciò che produce queste mirabili imprese è il fatto di 350.000 persone, e niente altro che di queste intese come manuali sia pure ad altissimo livello, ciò significa che nonostante la « sensazione » si tratta di imprese « applicative », di sviluppi e conseguenze di principi e di scoperte. Ma allora l'autore vero delle imprese (quello della sintesi) è colui che ha posto il principio o fatte le scoperte, e sarà Einstein, sarà Fermi, sarà Maxwell, sarà Newton, sarà Galileo, e chissà quali altri, che non si lasciano ridurre a gruppo. E allora? La vogliamo finire con questi discorsi da cattedratici che non ricordano neppure l'apologo di Menenio Agrippa? Il vero è che quei 350.000 individui, spazzini compresi, hanno ciascuno portato il proprio non raggruppabile spirito nella grande impresa, e si sono così idealmente uniti ai grandi che hanno preparato le vie, con assoluta parità di meriti di fronte al Signore. A meno che il Signore non sia per questi signori il gruppo, perché allora è questione di nomi, e verso il Signore-Gruppo siamo tutti in passaggio, ma dal giorno in cui siamo nati.

IL DIRITTO DI ÉQUIPE

Questo nostro diritto va diventando sempre più estroverso: e una delle più singolari estroversioni è quella del lavoro *in équipe*. L'espressione (e prima ancora il fatto) è propria delle scienze sperimentali, nelle quali è ovviamente impossibile che un genio operi da solo (ma il genio ci vuole sempre, purtroppo). Ma da tempo si è trasferita nella scienza giuridica, che è essenzialmente solitaria, non nel senso che non sia sperimentale, ma nel senso che il genio, e solo il genio, è quello che conduce, inventa, vorrei dire, l'esperimento. Tante volte, per fare un esempio formale, mi sento proporre di farmi fare da qualcuno nei miei intensi studi le c. d. ricerche giurisprudenziali. Ma perbacco, rispondo, se qualcuno mi facesse queste

ricerche il genio sarebbe lui, non io. Il risultato immancabile di questo nuovo metodo di lavoro è che ne è venuto, o sta venendo fuori, un nuovo diritto, che proporrei di battezzare *diritto di équipe*.

Or ecco, inattesa, una paginetta di Giuseppe Pera, che traggo dalla *Riv. trimestrale*, 1968, pag. 1088, e nella quale sono espresse idee che mi sembrano degne di meditazione:

« È senz'altro utile e salutare promuovere indagini di questo tipo per un tuffo sistematico nella realtà effettuale ed è meritorio che anche le discipline umanistiche abbiano di recente trovato collocazione nel quadro generale del C.N.R. ... D'altro canto è dubbia l'utilizzazione, come ricercatori in concreto, di giovani apprendisti giuristi, gravitanti sulle varie cattedre. Diciamoci la verità: oggi la ricerca C.N.R. è concepita spesso dai giovani e dai cattedratici giustamente premurosi della sorte dei primi, come una sorta di espediente-diversivo che consenta a costoro di sbarcare il lunario, nell'attesa di definitive sistemazioni o di organici inserimenti nell'università; ma è un espediente-diversivo che, nella migliore delle ipotesi, distrae i più valenti di questi giovani dagli interessi più veri, fa loro perdere tempo rispetto al traguardo della libera docenza, col risultato collaterale che si impegnano nella ricerca, con scarso slancio, come è ovvio, persone di non specifica competenza » etc. etc.

Non conosco personalmente il Pera, ma deve essere un uomo di coraggio. Non è facile dire queste ovvie cose, proprio perché sono ovvie.

SALVATORE SATTA

QUADERNI

DEL DIRITTO E DEL PROCESSO CIVILE

Non in legendo sed in intelligendo leges consistunt.
Sir EDWARD COKE

III

PADOVA
CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
1970

Questo terzo Quaderno mantiene la struttura formale dei precedenti, che si è rivelata opportuna, o, come oggi preziosamente si dice, valida. Vi è tuttavia nella parte dottrinale una piccola novità. La singolare iniziativa ha avuto una certa eco nel nostro piccolo mondo giuridico: molte lettere sono giunte sul mio tavolo, molti scritti sono apparsi nelle riviste. Si tratta spesso di commoventi testimonianze di consenso, ma spesso di serie e anche severe critiche. Mi è parso opportuno di dare notizia di queste ultime, sotto il titolo Voci ed echi, *aggiungendo brevi parole di replica. Ciò soltanto ai fini dello sviluppo del pensiero dominante, o almeno della sua chiarificazione.*

A titolo di guida nella lettura, mi permetto di commentare me stesso richiamando l'attenzione sull'articolo di fondo, che è sempre dedicato a temi di speculazione giuridica. Stavolta ho impreso a osservare l'arbitrato in uno dei suoi aspetti più significativi, e cioè il giudizio secondo diritto dell'arbitro. Di solito si passa vicino a questo aspetto con relativa indifferenza, anche perché nella pratica prevale il giudizio secondo equità. Ma esso esiste ed è sempre esistito, e il pensiero corre al giudizio secondo diritto del giudice, chiedendosi non senza una certa ansia se i due giudizi sono la stessa cosa, se esistono due diritti, e in ultima analisi cos'è il diritto, e cos'è lo Stato al quale siamo avvezzi a riferire il diritto. Vedrà il lettore (e avendo letto i precedenti Quaderni *forse lo intuirà) quale è la soluzione alla quale giungo. Non so se sia in tutto o in parte accettabile, ma è una soluzione che ritrova, senza intenzione, la linea di pensiero che quaran-*

t'anni fa seguivo nel mio primo assaggio della scienza giuridica, con un volumetto dedicato appunto all'arbitrato.

Era veramente un assaggio, e tanto più tale mi appare oggi. Ma a questo volumetto è capitata una fortuna insperata, ed è che, dopo tanto tempo (e quale) la fondazione Calamandrei ha pensato di ristamparlo, e l'amico Furno ha voluto addirittura ornarlo di una sua prefazione. Ora, in questa prefazione, si mette in luce, con una straordinaria intuizione, il lievito di libertà che ispirava in tempi non certo propizi le mie idee, nella stretta osservanza del rigore giuridico, e anche nella empiricità delle formule, che oggi potrei tranquillamente superare senza nulla mutare della sostanza. Nello scritto che qui vede la luce, opera ancora e sempre quel lievito: tanto che, avendone fatto oggetto di una conferenza nell'Università di Ferrara, vi è stata una persona amica che mi ha sentito come « un rivoluzionario ». L'importanza della intuizione di Furno vorrei stabilirla in questo: che il volumetto di allora e lo studiolo di oggi costituiscono un esempio della politica del giurista, del modo di essere politico proprio del giurista, senza che egli esca dai confini che la natura gli ha assegnato, e cioè non muti la divina essenza del diritto nelle sue particolari, e come tali arbitrarie, aspirazioni. Purtroppo è quello che oggi (come ieri e come sempre) non accettano molti giuristi, ansiosi di risolvere il presente nel futuro, di invertire il processo temporale e spirituale, inquinando il diritto con altre più o meno nebulose istanze, che credono e chiamano politiche, e non solo nella teoria, ma ahimé, nell'azione. A questi irrequieti e insoddisfatti giuristi io appaio come un conservatore, l'opposto di quel che sono apparso a Furno, che di libertà se ne intende. Io vorrei consigliare a questa gente di stare attenta: perché le più grandi e vere rivoluzioni sono state tutte opera di conservatori, e la conservazione è l'autentico fine della rivoluzione. Chi tradisce il presente (il valore eterno che è nel presente) corre il rischio di sentirsi ripetere dalla storia le pa-

role del re di Francia ai fedeli che l'avevano dopo lungo esilio riportato sul trono: « Io stupirò tutti per la mia ingratitudine ».

Il tradimento del presente, cioè in pratica la fuga dal diritto, insisto a seguire nelle varie rubriche di questi Quaderni, *e purtroppo la materia non manca. La difficoltà della registrazione è se mai data dalla imponenza del fenomeno, dalla imprevedibilità delle manifestazioni, nella vita individuale e collettiva, negli uomini e nelle istituzioni. Se tutto questo serva a qualcosa, io non so: so che il giurista, se vuole assolvere al suo compito nel tempo e nella società in cui gli tocca di vivere, non può fare altro che questo.*

DOTTRINA

[003]

MEDITAZIONI SULL'ARBITRATO

In un vecchio libro — la prima illustrazione apparsa del codice di procedura civile — io notavo che « il nuovo codice si chiude con l'arbitrato, col quale il vecchio si apriva » (*Guida pratica al nuovo processo civile*, Cedam, 1941, pag. 13). Lo spostamento, possiamo oggi aggiungere, non era un mero fatto topografico. Esso rifletteva il mutato atteggiamento spirituale del legislatore di fronte al travagliato istituto, probabilmente da mettersi in relazione con transitorie obbedienze politiche. Chi appena conosce le vicende legislative e dottrinarie dell'arbitrato sa infatti come esso si trovi ad essere volta a volta oggetto di esaltazione romantica e di teologica ripulsa (fenomeno sul quale dovremo più avanti ritornare): e comprende quindi come l'essere stato assunto dal legislatore del 1865 a paradossale prefazione al suo codice implicasse un omaggio alla volontà e alla buona volontà dei litiganti, un nobile e consapevole sacrificio della sovranità, detentrice della giurisdizione, alla libertà. Il nuovo legislatore non poteva evidentemente accettare queste eredità: e così, non potendo espungere dalla sua bandiera o dal suo gagliardetto la contraddizione dell'arbitrato, che sarebbe immancabilmente risorto dalle sue ceneri, lo ha trasformato in un procedimento speciale, e lo ha relegato in fondo al suo libro. Logica vorrebbe che con ciò egli lo avesse assunto agli onori della giurisdizione. Ma purtroppo — o fortunatamente — non spetta al legislatore determinare la natura di un istituto, anche se di quel che egli fa si deve, sul piano positivo, tenere il debito conto.

I termini del contrasto si erano del resto polemicamente fissati già nel vigore del vecchio codice, e nulla rende con maggior evidenza l'impostazione problematica dell'arbitrato come la pa-

gina con la quale Mortara, scrittore certo politicamente insospettabile, iniziava nel suo *Commentario* la trattazione dell'istituto (vol. III, pag. 37). Prendendo le mosse dalla relazione Pisanelli, nella quale si affermava che l'interesse sociale alla definizione dei litigi è soddisfatto quando le parti pongono da se stesse fine alla controversia o da se stesse provvedono ai mezzi che stimano opportuni per darle termine, e quindi, come possono transigere, così possono sottoporre le loro controversie a persone meritevoli della loro fiducia, il Mortara osservava sostanzialmente che mentre è accettabile la prima di queste proposizioni (porre da se stesse termine al litigio con amichevoli accordi), non è accettabile la seconda, cioè l'autodeterminazione dei mezzi per risolvere un litigio, che comporterebbe la decisione di questo con mezzi ed effetti parificati alla funzione sovrana dello Stato nella sfera dell'ordinario esercizio della giurisdizione. « La giurisdizione » (è opportuno riferire le parole precise di Mortara) « mette in campo una forma di difesa del diritto obbiettivo che non sta contenuta nei confini delle libere determinazioni delle parti; ma sovrappone alle volontà loro, contrastanti, una terza volontà: quella di un giudice, che dichiara la norma giuridica in relazione al fatto o al rapporto oggetto del contrasto, che impone l'osservanza di essa nei termini in cui la definisce, e che, con questo mezzo, intende a reintegrare il diritto subbiettivo facendone cessare, a favore della parte vittoriosa, lo stato di violazione ». L'interesse sociale non può essere, e non è nel fatto, proseguiva Mortara, indifferente a codesta surrogazione in un litigio pieno e integrale dell'autorità degli organi del pubblico potere per mezzo di un organo creato dal privato arbitrio dei litiganti.

Già da queste parole, appare il solenne angolo visuale dal quale il grandissimo processualista (che per lunghi anni contemplò anche, non dimentichiamolo, la giurisdizione dal vertice della presidenza della Cassazione) considerava l'arbitrato. Nella sua stessa origine, l'arbitrato gli appare come una rozza e necessaria manifestazione di tempi in cui difettavano ordinamenti

giuridici e garanzie giurisdizionali. « Nello Stato moderno la guarentigia essenziale del diritto mediante l'esercizio della funzione giurisdizionale è attribuzione esclusiva e imprescindibile della sovranità... La funzione giurisdizionale, nello Stato moderno è il proseguimento di quella legislativa, per l'attuazione e la salvaguardia del diritto oggettivo, cioè dell'ordine giuridico in cui è contenuta l'armonica sistemazione della convivenza civile,... e come il diritto obbiettivo non può avere legittima scaturigine che dai pubblici poteri investiti della funzione politica sovrana, così normalmente non può derivare da altra sorgente pura e legittima la tutela giurisdizionale del diritto ». Logica conseguenza si direbbe dovesse essere l'abolizione dell'arbitrato, il suo legislativo disconoscimento; ma naturalmente Mortara non arriva a tanto, se pur ne abbia forse la tentazione: a lui basta negare come impossibile ogni carattere giurisdizionale. Resta, e non può disconoscersi, « la libertà civile dei singoli soggetti di diritto, che è della essenza dello Stato in quanto si svolge nella sfera delle private convenzioni » e che si esplica nella « facoltà di deferire le controversie alla decisione di terzi, o per meglio dire di convenire che la volontà del terzo sarà accettata dalle parti a risoluzione del loro contrasto ». Una simile convenzione non dovrebbe avere valore ed efficacia diversa da qualunque altra convenzione di diritto privato, e troverebbe quindi la sua tutela nella giurisdizione: è solo l'inconveniente che la sua particolare natura determina, cioè la naturale tendenza a rifiutare *post fata* il responso del terzo, che spinge lo Stato non ad attribuire una impossibile giurisdizionalità all'arbitro, ma a dettare forme e condizioni particolari che consentano « l'adozione dell'arbitrato, e della pronuncia arbitrale da parte del giudice, intesa questa come una specie di tutela della volontà delle parti compromittenti, diversa da quella consueta della pronuncia giurisdizionale, che segue al normale esercizio dell'azione ».

Ci siamo soffermati su questo pensiero di Mortara perché nessuno ha mai espresso con tanta incisività il problema o supposto problema dell'arbitrato. Offre largo campo alla meditazio-

ne il fatto che, senza volere, Mortara anticipava e legittimava quello che si sarebbe riconosciuto come arbitrato libero. L'avvento di questo istituto, che ha la sua prima consacrazione nella famosa sentenza della Cassazione di Torino 27 dicembre 1904 (R. D. C. 1905, II, 45, con nota di Bonfante) sembra avere paradossalmente nelle frasi riferite la sua premonizione, poiché è evidente che una volta giustificato l'arbitrato del codice con l'assicurazione della sua efficacia tra le parti nella speciale forma della sua « adozione » da parte del giudice, era aperta la via a lasciar correre alle parti stesse il rischio di tale efficacia, cioè a riconoscerlo come un qualunque contratto. È in fondo l'impostazione che la citata sentenza dava all'arbitrato libero, asserendo che l'obbligazione assunta fra due o più industriali di deferire le loro controversie a terzi, e di accettarne ed eseguirne le pattuizioni, non dava luogo a giudizio arbitrale né era sottoposta alle regole del compromesso, ma dava luogo, in caso di inadempimento, a una comune responsabilità per inadempimento contrattuale. Ma, a parte ciò, l'importanza del ragionamento di Mortara, sopra tutto sul piano teorico, che è nella specie particolarmente rilevante per i riflessi pratici che comporta, è in quella negazione della giurisdizionalità dell'arbitrato, come tale, per la usurpazione che esso implica della giurisdizione, concepita come prerogativa dello Stato moderno, logico corollario della scaturigine statale del diritto oggettivo, o, come oggi si direbbe, del monopolio statale del diritto. In definitiva, l'arbitrato vale in quanto non è giurisdizione: e giurisdizione, si può dire, nel senso pieno della parola cioè non solo della coercizione, ma anche della nozione, cioè dell'affermazione del diritto. Quest'ultima limitazione è precisa, come si è visto, nel Mortara, ma lo è implicitamente nei primi sostenitori dell'arbitrato, che, sia in giurisprudenza che in dottrina, fanno sempre riferimento a una « amichevole composizione » della controversia (cfr. Scialoja, R. D. C. 1922, II, 218).

Ora noi crediamo che, tra gli infiniti problemi cui dà luogo l'arbitrato, questo del rapporto con la giurisdizione sia a tutti

preliminare, e quasi pregiudiziale: perché se non si raggiunge chiarezza di idee su questo punto, e non si rettificano posizioni tradizionalmente acquisite, tutto rimane avvolto nell'oscurità. E bisogna dire che attraverso i secoli la problematica si è fissata proprio in questi termini, da quando Ulpiano contrapponeva la *jurisdictio* alla *notio*, o Diocleziano statuiva « privatorum consensus judicem non facit eum cui nulli praeest judicio, nec quod is statuit rei judicatae continet auctoritatem ». Recentemente vi è stato chi con molta cura (Marani, *Aspetti negoziali e aspetti processuali dell'arbitrato*, Torino, 1969) ha ripercorso tutto l'iter storico dell'arbitrato, come noi avevamo cercato di fare entro certi limiti in un vecchio volumetto (*Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1931), e ha messo in luce l'origine strettamente pattizia dell' arbitrato, consacrata nel diritto romano dalla rimessione all'*arbitrium merum*, e il lento passaggio all'*arbitrium boni viri*, fino a quella obbiettivizzazione e processualizzazione che ha culminato nella ricezione dell'istituto nell'organizzazione dello Stato. Il grande dilemma tra contrattualità e giurisdizionalità dell'arbitrato riassume la sua storia, che è però, se ci si consente l'espressione, più una storia di idee che di fatti, o se si vuol dire meglio, una storia di fatti determinata dalle idee. Si deve riconoscere che il dato costante di riferimento è il giudizio, che non si sa donde scaturisca perché il giudizio è per antico sentimento quello dello Stato, il giudizio giurisdizionale. Ed ecco allora l'idea del contratto, nel quale si cerca di riassorbire il giudizio arbitrale, l'assunzione di questo giudizio attraverso i vincoli di una prescrizione legale, la sua trasformazione in sentenza e via dicendo. Mortara, a nostro avviso, ha espresso nel modo più drastico, e quasi sdegnoso, l'incompatibilità del giudizio arbitrale col giudizio statale: unico giudizio, in quanto realizza il diritto oggettivo, che è il diritto dello Stato. Il guaio è, come dicevamo, che la vita è insensibile alle nostre formule, ed ecco che lungi dal comprimere e deprimere, come sarebbe logico, l'arbitrato, lo libera dai vincoli che lo Stato gli impone (lo libera dallo Stato, verrebbe fatto di dire), e lo presenta all'interno come

arbitrato libero, e nello stesso tempo determina su un piano internazionale un imponente movimento di destatalizzazione dei giudizi, creando organismi e istituzioni che operano per instaurare la risoluzione arbitrale delle controversie.

Sarebbe evidentemente assurdo se la dottrina non tenesse conto di questa realtà che riportando in definitiva l'arbitrato alle sue autentiche e spontanee origini, dimostra la sua perenne vitalità, contro tutte le prevenzioni di carattere sostanzialmente politico; ma è anche vero, per converso, che questa realtà, per diventare veramente convincente, e non apparire come una mera tendenza politica, contrapposta, ha bisogno di una base teorica che la sorregga, e quindi di una profonda rimeditazione della natura dell'istituto. Ora la linea direttiva di questo ripensamento non può essere data che dalla critica a quel postulato che si trova nello sfondo di tutte le idee sull'arbitrato, e che in Mortara ha avuto la massima esplicazione: quello cioè della statalità della giurisdizione in funzione del monopolio statale del diritto (come oggi si dice). Non si tratta della giurisdizione-coercizione (esecutività del lodo), che è fatto marginale, nel senso che la coercizione esecutiva può essere specifica di un determinato tipo di giudizio, senza che questo incida sulla natura del giudizio in generale; ma della giurisdizione-giudizio, di quella che gli antichi chiamavano *notio*, e che molti (ad es. Chiovenda) vorrebbero qualificare come momento logico della giurisdizione, in un certo senso degradandolo proprio per adattarlo all' arbitrato, quando è chiaro che si tratta di giurisdizione e niente altro. Il problema è se questa giurisdizione sia tale, e come tale esclusiva dello Stato, perché in essa e per essa soltanto si attua il diritto.

Vediamo di ragionare pianamente, tenendo presente solo la comune esperienza. E cominciamo dal dato più immediato che è quello di due soggetti i quali si rivolgono a un terzo per la soluzione del loro conflitto. Questi, si può dire con certezza, ripudiano il giudice. Nell'analisi di questa formuletta è la chiave dell'arbitrato, e non di questo soltanto. Cerchiamo di farla.

E prima di tutto, consideriamola dal punto di vista sogget-

tivo. Chi ripudia il giudice? Certamente l'attore, o colui che assumerebbe sostanzialmente la posizione di attore, ma anche il convenuto, per la nota bilateralità dell'azione. Questo fatto è importantissimo, perché implica che il compromesso e il conseguente arbitrato contengono già in se stessi (nel fatto dell'accordo sulla rinuncia al giudice) la composizione della controversia. In altre parole, e anche se davanti agli arbitri si svolga un giudizio a volte asperrimo, la controversia è già finita col compromesso. Questo è il vero significato, il senso profondo del compromesso: e chi questo trascura, dimostra di non avere esperienza concreta dell'istituto. La parte che riesce a indurre l'altra parte a stipulare un compromesso ha già ottenuto una notevolissima vittoria, in quanto ha escluso l'azione e la giurisdizione, e quindi ha — sia pure in potenza — composto la lite.

Naturalmente queste parole acquistano un valore — e si può dire senza tema un senso — se si considera l'esperienza dell'arbitrato dal punto di vista oggettivo. Qui bisogna richiamare, per ricevere lume e dare nello stesso tempo lume, tutto quello che la dottrina moderna ha pensato intorno alla giurisdizione e al giudice. Quando Mortara scriveva, come sopra abbiamo riferito, che la giurisdizione mette in campo una forma di difesa del diritto obbiettivo, sovrapponendo alla volontà delle parti la volontà di un giudice che dichiara la norma giuridica, diceva una cosa profondamente vera, e precorreva largamente i tempi, perché intuiva e manifestava l'interdipendenza tra il diritto obbiettivo e il giudice, quella che in altra sede abbiamo chiamato risoluzione dell'ordinamento nel giudizio. Il torto di Mortara era quello di entificare il diritto obbiettivo, di farne, come si dice, monopolio dello Stato, quindi di escludere, logicamente, che altro giudice che non sia il giudice dello Stato possa concretare il diritto, « essere » il diritto. Qui è l'errore, che non è solo di quel grande, ma dell'età che fu sua e in gran parte dell'età nostra. Il monopolio dello Stato, se vogliamo usare questa immagine non priva di una certa efficacia, esiste certamente, ma solo per alcune norme o principii che la dottrina e la stessa legge hanno ricom-

preso nella formula « ordine pubblico ». Per questo la giurisdizione italiana non può essere derogata (cfr. *Commentario*, vol I, pag. 62) a favore di giudici o arbitri che pronuncino all'estero; per questo è stabilito dall'art. 31 delle disp. gen. il limite invalicabile dell'ordine pubblico, col naturale riscontro dell'art. 797 n. 7 sulla delibazione delle sentenze straniere. Si tratta, come è facile intendere, di un diritto della comunità, della *societas* nella sua totalità, o, se vogliamo guardare le cose dall'altra parte, di limiti dell'autonomia individuale, che consentono alla comunità di essere quello che è. Ma al di fuori di questo, parlare di monopolio è assolutamente arbitrario, e quasi un non senso: è dare un corpo alle ombre, e prima di tutte a quella grande ombra che è lo Stato. Lo Stato, cioè la *societas* considerata nella sua organizzazione, non ha un diritto, come in fondo si crede quando si parla di monopolio, un diritto che esprime da certi suoi organi e che materialmente può essere un codice o un *corpus juris*: lo Stato *è* un diritto, è l'organizzazione nella sua globalità, nulla eccettuato, nulla escluso, quindi è anche la legge e il giudice straniero, in quanto si richiami alla prima e accolga il giudizio del secondo, ed è anche l'arbitrato e il « suo » diritto.

Dicendo « diritto dell'arbitrato » noi crediamo non tanto di aver risolto il problema, quanto di averlo tolto di mezzo. Se infatti noi esplichiamo questa formula al lume dei concetti che tante volte abbiamo espresso (v. specialmente il *Commentario*, III, 34 e sgg.) intendiamo facilmente che non si tratta di un diritto (dell'arbitro) che si contrappone a quello dello Stato. Anche a voler soggettivare il diritto nel suggestivo nome dello Stato, anzi tanto più se facciamo questo, non vi può essere dubbio che esso comprenda il diritto dell'arbitro, e ciò per la buona e semplice ragione che lo Stato ammette l'arbitrato. Ammetterlo significa che il diritto dell'arbitro è il diritto dello Stato: onde la contrapposizione, se di contrapposizione si può parlare, non è tra diritto e diritto, ma tra arbitro e giudice. Qui è il vero nodo della questione: che l'arbitro concreta il diritto diversamente da come lo concreta il giudice, per infiniti motivi che sa-

rebbe superfluo o intempestivo esaminare, ma soprattutto per uno, che l'arbitro è « voluto » dalle parti. Il ruolo che questa « volontà » spiega nel giudizio è immenso: e la riprova se ne ha considerando che anche l'arbitrato può essere di diritto, come il giudizio del giudice, eppure il giudizio dell'uno e dell'altro risulta o può risultare profondamente diverso.

Conviene concentrare l'attenzione su questo punto.

Se si ripercorre la storia dell'arbitrato, nei limiti in cui può essere conosciuta, poiché l'arbitrato è nato con la stessa umanità, si osserva che esso è sorto come rimessione all'*arbitrium merum* del terzo, cioè come affidamento alla sua assoluta volontà, si è attenuato con la rimessione all'*arbitrium boni viri*, e poi si è progressivamente obbiettivato (come è stato detto, in modo efficace, ma non proprio) nel richiamo dell'equità e infine del diritto. Nel citato nostro giovanile volumetto abbiamo cercato di dimostrare che il vero arbitrato è quello di equità, mentre l'arbitrato di diritto è tardivamente sopraggiunto. È difficile dire se avevamo ragione nel proporre questa suggestiva tesi, confortata del resto da molte prove documentali, e siamo ora piuttosto propensi a ritenere che tutte queste cronistorie hanno in sé qualcosa di artificiale e di tendenzioso. Anche oggi è tutt'altro che impensabile l'affidamento all'*arbitrium merum*, e anzi l'istituto del bianco segno, sebbene non coincidente necessariamente con l'arbitrio mero, ne rivela la profonda e costante attualità. Quel che invece interessa, sul piano teorico, è rendersi conto che fra tutte queste particolarità dell'arbitrato non vi è né vi può essere alcuna differenza. Si capisce che a seconda del modo come l'affidamento è stato determinato diversa può essere la disciplina positiva dell'arbitrato, specie sotto il profilo delle impugnazioni. Ma ciò non porta essenziali differenze: sempre è la volontà delle parti che concreta l'ordinamento, avvalorando il giudizio dell'arbitro; e sempre il giudizio è il « giudizio dell'arbitro », vogliamo dire dell'arbitro persona fisica, anche se attinge a fonti apparentemente esteriori il criterio del suo giudicare, scritte come le leggi, non scritte, come l'equità. E anche quando

è l'arbitrio mero che gli è concesso, questo arbitrio è mero per modo di dire, poiché in realtà l'affidamento è alla fedeltà, alla probità, alla sapienza, all'umanità della persona, a tutto ciò che costituisce il suo essere e per cui è stato scelto, non al suo capriccio, onde paradossalmente si potrebbe dire che l'arbitrato più vincolato e più obbiettivato di tutti è proprio quello in cui vi è stato quell'affidamento. Del resto è noto che, sotto qualunque forma, il giudizio arbitrale non si forma mai in modo assolutamente originario: né più né meno di quel che avviene per il giudizio giurisdizionale opera sempre l'autorità del precedente, e si pubblicano oggi riviste che raccolgono la giurisprudenza degli arbitri che finisce col costituire una specie di diritto arbitrale generalmente osservato. L'idea di un giudizio arbitrale che sorga dal nulla è un'idea ingenua, probabilmente dovuta alla concezione di un giudizio giurisdizionale come giudizio preformato nelle leggi e dalle leggi. Si tratta dell'identico errore, perché in ogni caso i criteri di giudizio imposti nulla tolgono all'elemento, solo veramente essenziale, della persona del giudice o dell'arbitro, secondo quel che nelle pagine precedenti abbiamo spiegato.

* * *

Per questa via non si tarda a scontrarsi col problema fondamentale che sorge dalla disciplina positiva dell'arbitrato, la quale nell'art. 822 detta le norme per la pronuncia, cioè introduce i due tipi tradizionali dell'arbitrato secondo diritto e dell'arbitrato secondo equità.

Nonostante il mutato sistema delle impugnazioni il codice ha mantenuto il riferimento al diritto e all'equità. Ma che sul valore e sul significato di questo riferimento si sia sufficientemente meditato a noi ci sembra lecito dubitare. In definitiva, il problema si può enunciare in questi termini. La disposizione dell'art. 822 è identica a quella che l'art. 113 detta per il giudice, il quale stabilisce appunto che nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto, salvo che la legge gli attribuisca il potere di decidere secondo equità. A questa iden-

tità di prescrizione formale corrisponde un'identità sostanziale nel senso che il giudicare secondo diritto del giudice sia la stessa cosa del giudicare secondo diritto degli arbitri; che il diritto del giudice sia la stessa cosa del diritto degli arbitri?

Già nel prendere l'avvio a queste meditazioni abbiamo osservato che il fatto stesso di affidarsi ad arbitri non possa essere senza rilevanza nel giudizio, anche se le parti hanno fatto richiamo al diritto, come criterio del giudizio stesso. Conforta in questa intuizione l'ammissibilità, espressamente riconosciuta nel precedente codice, della rinuncia preventiva all'appello, e in sostanza tramandata al codice attuale con riguardo alla particolare azione di nullità. Ma più in generale si può dire che non si capisce come l'ordinamento prima, le parti stesse poi, preferiscano che il diritto sia dichiarato da persone diverse da quelle istituzionalmente qualificate, che sono i giudici. Purtroppo bisogna dire che queste considerazioni sono totalmente ignorate dalla giurisprudenza, la quale si ostina a ispirarsi al principio, ormai consolidato, che « l'inosservanza delle regole di diritto che, a norma dell'art. 829, rende ammissibile l'impugnazione per nullità della sentenza arbitrale, deve essere intesa nello stesso senso della violazione o falsa applicazione di norme di diritto di cui all'art. 360, n. 3 ». Coloro che istituiscono queste astratte massime farebbero bene a ricordare che nel capitolo generale di appalto per le opere pubbliche stabilito con d. m. 3 maggio 1956 era previsto che gli arbitri giudicassero secondo diritto, ma che contro la inosservanza delle regole di diritto non era ammessa impugnazione. La norma era stata severamente criticata dal Vecchione (*Studi vari*, pag. 183), il quale testualmente osservava che lo Stato intendeva col suo capitolato adoperare ogni mezzo per sottrarsi alla osservanza delle leggi da esso medesimo poste e dalle quali sono regolati i rapporti tra i cittadini. Sennonché, a parte naturalmente ogni considerazione di opportunità in sede politica, la critica non è in assoluto accettabile, perché muove da una idea obbiettiva ed esterna, e perciò astratta, del diritto, cioè non considera il dato fondamentale che ad applicare il diritto

sono gli arbitri. Per questa via, la logica condurrebbe alla soppressione dell'istituto arbitrale, il che per la verità è stato tentato con l'assurda pretesa di incostituzionalità, respinta per buona fortuna dalla Corte costituzionale con la sua sentenza 12 febbraio 1963, n. 2.

Non crediamo sia il caso di mettere le mani avanti (lo riterremmo offensivo per il lettore) per chiarire che quanto diciamo non comporta che esistano due diritti, come due corpi di norme obbiettivate e ipostatizzate. La differenza è fra arbitro e giudice, fra la posizione del giudice e dell'arbitro di fronte al diritto. Che le cose stiano così ha intuito con estrema sensibilità la Cassazione, in una sentenza del 28 settembre 1945 (R.D.P. 55, II, 173), dove, essendo stata sottilmente eccepita l'inutilità di annullare un lodo secondo diritto, dato che il giudice avrebbe dovuto anche lui pronunciare secondo diritto, ha decisamente affermato che altro è il giudizio di diritto dell'arbitro, altro il giudizio di diritto del giudice.

Ma non è in queste generalità che si coglie la distinzione che noi rileviamo: essa è piuttosto nell'osservazione del rapporto tra le parti e l'arbitro, nella individuazione di ciò che le parti chiedono agli arbitri anche quando vogliono che essi siano arbitri di diritto. Questa individuazione non è mai stata fatta, per la comprensibile ragione che il giudizio secondo diritto è stato naturalmente inteso come azione ed esercizio di azione, cioè la *postulatio judicii* in che l'azione consiste. Non ci si è accorti che in questo modo si dimentica una cosa sola e cioè che il giudizio di diritto nasce nell'arbitrato e non può essere sciolto da esso. E la gravissima conseguenza è che l'oggetto del giudizio ne esce spesso completamente travisato. Probabilmente sarebbe bastato a evitare questo riflettere a quelli che sono i limiti naturali, e quindi giuridici, dell'arbitrato, al quale è estraneo l'accertamento, mentre il modo nel quale esso opera è quello dei rapporti obbligatori qualunque ne sia la loro fonte.

Gli errori che si commettono per questo svisamento dell'istituto nella critica delle sentenze sono gravissimi. Purtroppo i

dati dimostrativi non possono essere molti, proprio perché il problema non è stato finora individuato. Un caso però mi è stato offerto dalla sentenza della Cassazione 3 maggio 1950, FI 813, nella quale si trattava di una controversia fra una società elettrica che aveva concesso terreni di sua proprietà allo sfruttamento da parte di un agricoltore, fino all'eventuale invaso con la costruzione di un lago artificiale. Gli arbitri avevano ritenuto che si trattava di una servitù prediale; ma la Cassazione andando in contrario avviso dichiarava che si trattava di una servitù personale non ammessa dalla legge fuori dei casi tipici, per l'esigenza sociale di non svuotare di contenuto la proprietà, onde la nullità del lodo per inosservanza delle norme di ordine pubblico. La Cassazione non sembra essersi accorta che con questo suo giudizio ha sollevato un problema gravissimo, che investe tutto l'arbitrato nella sua essenza e nella sua ragione di essere. Non c'è dubbio che le servitù abbiano un carattere tipico: ma non c'è nemmeno dubbio che è semplicemente assurdo, e contro la realtà, che ci si rivolga agli arbitri perché dicano se con un determinato contratto si è costituita o meno una servitù (in conformità dei tipi previsti dalla legge). Agli arbitri, anche di diritto, direi anzi soprattutto di diritto, si sottopone il contratto nella sua unità, e si chiede se la volontà espressa dalle parti sia meritevole di tutela, per le ragioni che ciascuna delle parti dovrà indicare, ragioni che non potranno ridursi a un'astratta disquisizione sulla servitù personale irregolare. Direi che proprio con la stipulazione del compromesso, e tanto più con la clausola compromissoria, le parti sono uscite dagli schemi tipici della legge, e si sono offerte al giudizio di una persona che ha un margine più ampio o comunque diverso da quello del giudice. La volontà delle parti ha una gamma vastissima, che naturalmente incontra nella legge dei limiti, e l'arbitro dovrà dire se sono o non sono stati superati, secondo i quesiti impostigli. Riterrei di poter dire che se si fosse trattato di una costituzione di servitù, la clausola arbitrale sarebbe stata addirittura priva di senso. Proprio perché non si è trattato di servitù la clausola è

stata stipulata. Ed è appena il caso di aggiungere che non vale parlare di ordine pubblico nelle limitazioni imposte alla costituzione di *jura in re aliena*. Questa è una petizione di principio. Certamente gli arbitri potranno anche, e dovranno, tener presente quello che genericamente si chiama ordine pubblico, ma in aderenza al contratto, non a uno schema prefissato che col contratto, e con la volontà di compromettere, non ha nulla a che fare. Crediamo di avere con questi rilievi aperto un vasto orizzonte alla indagine sull'arbitrato, ma sopra tutto, perché è quel che più conta, al pratico svolgimento dell'istituto.

Sarebbe molto importante che fra tante discutibili sovvenzioni, il Consiglio Nazionale delle Ricerche si rendesse promotore di questa indagine sulla differenza tra il giudizio di diritto dell'arbitro e il giudizio di diritto del giudice. Ma forse indagini di questo genere non richiedono che amore e intelligenza, che nessuno può dare o si può dare. Certo il problema è al centro dell'arbitrato, e prima ancora della speculazione giuridica in generale. I riflessi della sua soluzione sono molteplici, e primo fra tutti è quello che riguarda il valore e la portata della seconda parte dell'art. 829, che considera come motivo di nullità l'inosservanza delle regole di diritto se gli arbitri non sono stati ammessi a giudicare secondo equità, e sempre che le parti non avessero dichiarato il lodo inappellabile. Nella prima interpretazione del nuovo codice io ebbi l'intuizione che anche questo vizio fosse *in procedendo*, cioè riguardasse il dichiarato ricorso all'equità in luogo del diritto. L'intuizione fu subito sopraffatta dall'attaccamento alla tradizione, ma oggi, dopo queste nuove meditazioni, io ritrovo quasi naturalmente la prima idea, perché veramente mi convinco che un raffronto tra il giudizio di diritto dell'arbitro e quello del giudice è addirittura senza senso. Non si tratta di entità omogenee, e come tali sostanzialmente controllabili secondo un unico metro, come avviene per il giudizio di primo grado e per l'appello: si tratta di entità distinte, nelle quali entrano diverse componenti, e prima fra tutte, nell'arbitrato, l'ineliminabile volontà delle parti. Se così non fosse

noi dovremmo insistere a dire che riuscirebbe assolutamente incomprensibile perché le parti, potendo comodamente rivolgersi al giudice, si rivolgono, per avere lo stesso giudizio, all'arbitro, rinunciando preventivamente ad impugnarlo.

A dimostrazione e conferma di questo assunto bisognerebbe portare qui l'analisi delle sentenze che hanno annullato lodi arbitrali per errori di diritto. Purtroppo queste sono assai rare (ed è significativo) ma una ne abbiamo trovato che ci è sembrata particolarmente rivelatrice, ed è quella della Cassazione 11 dicembre 1956 G. Civ. 57, 425. Si trattava (come quasi sempre si tratta) di un appalto, che aveva dato luogo a contrasto per la pretesa dell'appaltatore di un equo compenso in relazione a sopravvenute difficoltà di esecuzione (art. 1664 c. c.). Aditi gli arbitri, in base a clausola compromissoria, era stata dedotta dall'appaltante l'aleatorietà del contratto, ma gli arbitri avevano ritenuto (almeno a quel che risulta dalla sentenza della Cassazione) che « per aversi contratto aleatorio e perché si verifichi una così radicale trasformazione del contratto è d'uopo che l'elemento di incertezza apportato dalla clausola in esso inserita sia tale da modificare il negozio nella sua essenziale struttura per impostarlo invece nell'alea intesa in senso tecnico come causa o almeno uno degli elementi causali del negozio stesso ». Dopo di che non ravvisando questa modificazione nel caso, aveva ammessa la domanda di equo compenso. La Corte d'appello, investita con l'azione di nullità, aveva rilevato che esistono nel nostro ordinamento, per virtù dell'art. 1469, « due diverse specie di alea: quella naturale e quella per volontà delle parti. In quest'ultima, anche secondo una costante giurisprudenza, si riscontra una minore intensità dell'elemento aleatorio rispetto all'altra, nel senso che questo non deve necessariamente costituire estremo essenziale e casuale del contratto, né è necessario che ne derivi un completo snaturamento del medesimo. Basta un semplice ampliamento della normale alea, insita nella figura tipica del contratto medesimo ». Dopo di che aveva rimproverato agli arbitri « di non essere partiti da questo più ampio e meno

rigoroso concetto di alea, pur dichiarando di fare ossequio ai principi accolti dalla menzionata giurisprudenza ». E il rimprovero fu ritenuto giusto dalla Cassazione, la quale aggiunse che in ogni caso gli arbitri avrebbero fatto una falsa applicazione della nozione di alea al caso concreto, cioè alle singole statuizioni del contratto di appalto.

A nostro modo di vedere questa soluzione è assolutamente inaccettabile, perché è frutto proprio del misconoscimento del significato e della portata del giudizio arbitrale. Dato per ammesso che sussista la distinzione tra alea naturale e contrattuale, e che la differenza tra l'una e l'altra sia quella in astratto indicata dalla Corte d'appello e dalla Cassazione, il problema che si pone è se l'aver stipulato la clausola compromissoria, o compromesso in arbitri la vertenza, non abbia inciso proprio su quella distinzione, in modo da riconoscere una opinabilità della determinazione nel caso concreto dell'alea contrattuale. È chiaro infatti che gli arbitri sono investiti del giudizio nel suo complesso, e in relazione a tutti gli elementi, tra i quali ad es. non è ultimo il prezzo, ovviamente in funzione del rischio. In altri termini, se le parti ammettono che sull'estensione del rischio decidono gli arbitri, anche non allontanandosi dal diritto, non si può imporre ad essi una astratta configurazione dell'alea contrattuale, perché altrimenti l'affidamento non avrebbe alcun senso. Gli arbitri insomma possono, senza violare le regole del diritto, ma assolvendo puntualmente alle loro funzioni, accogliere nel concreto un concetto di alea contrattuale che non è quello rigido e certamente pericoloso della massima giurisprudenziale. Questo è tanto vero, che la stessa sentenza della Cassazione ha sentito il bisogno, come si è visto, di scivolare nella falsa applicazione della nozione di alea al caso concreto, cioè di rifare anche nel merito il giudizio degli arbitri, interpretando le clausole del contratto. Il che è assurdo, o meglio è una logica conseguenza dell'erroneo punto di partenza.

Il caso ora esposto ci dà la sensazione che salvo naturalmente casi clamorosi e non certo comuni di plateale insipienza, più che

altro teorici, il diritto del giudice previsto dall'art. 829 si risolve in una arbitraria imposizione, e in un travisamento del giudizio dell'arbitro. Purtroppo, come ho detto, il materiale di indagine fa difetto. Ma io ho fatto quel che fa il giurista in questi casi, e cioè mi sono messo a fantasticare sulla mia diretta esperienza, proponendomi la domanda se in determinate fattispecie a me occorse la soluzione arbitrale sarebbe stata la stessa della soluzione giudiziale, sempre sul piano del diritto. E qui prospetto qualche esempio.

Mi è accaduto una volta di difendere l'ente per la radiodiffusione contro un attore che protestava per la mancata messa in onda di un suo lavoro, ritenuto per sopraggiunte circostanze politicamente inopportuno. La sentenza del giudice di merito aveva accolto l'istanza dell'attore dicendo che questi aveva offerto varie soluzioni amichevoli (tagli del lavoro, dichiarazioni pubbliche, etc.) che l'ente aveva senza motivo rifiutate. È indiscutibile che il giudice aveva malissimo giudicato, cioè non aveva osservato il diritto, in quanto praticamente negava il potere discrezionale dell'ente, e infatti la Cassazione riformò la sua decisione. Ma io mi chiedevo e mi chiedo se la facile critica sarebbe stata valida qualora le parti avessero accettato di comporre in arbitri la controversia secondo diritto: e sarei portato a dire di no, perché col solo fatto del compromesso le parti venivano ad ammettere la rilevanza di certe circostanze (come appunto quella delle amichevoli soluzioni offerte), cioè creavano diritto. In definitiva, il giudice di merito aveva reso un giudizio arbitrale senza compromesso, e questo era il suo vero torto.

In un altro caso, pure a me sottoposto, si trattava di una donazione fatta a un ente pubblico di una scarpata di terreno da parte del proprietario del fondo sovrastante. Poiché la scarpata minacciò di franare, con incalcolabili conseguenze, l'ente provvide alla riparazione, e poi agì in rivalsa contro il donante, sostenendo che la donazione non era stata accettata. Questo aspetto qui non interessa. Ma a me venne speculativamente il dubbio se si potesse sostenere che la donazione, per il suo og-

getto, non esimeva da responsabilità il donante, cioè non valeva a trasferire il rischio naturalmente insito nella cosa donata. Dato per ammesso che *secundum civitatis jura* questo non fosse possibile, uguale sarebbe stata la soluzione se le parti avessero convenuto di comporre in arbitri di diritto la controversia? Io credo che ci sia motivo di dubitarne, proprio perché in sostanza il deferimento agli arbitri avrebbe implicato una ammissione della rilevanza o della possibile rilevanza delle circostanze della donazione e del fatto oggettivo in particolare del singolare rapporto. Mi sembra difficile che un giudice successivo, con l'impugnazione ex art. 829 c. c., possa correggere il giudizio reso dagli arbitri, affermando e applicando un diritto essenzialmente diverso da quello « voluto » dalle parti.

* * *

Nel concludere queste meditazioni, io non posso pensare senza commozione che quaranta anni fa ho iniziato i miei studi con un libretto dedicato all'istituto dell'arbitrato. La fondazione Calamandrei ha recentemente voluto ristamparlo, e la ristampa mi trova ancora pensoso dell'istituto, tutto teso a scoprire le vene profonde in cui si cela la sua essenza. Non c'è contraddizione in ciò, se non la felice contraddizione del pensiero, che genera continuamente se stesso. L'istituto dell'arbitrato va acquistando una importanza sempre più grande, anche e soprattutto nel campo internazionale: esso è forse la via per la quale si ristabilirà la sempre più scossa fiducia nella giustizia. Noi studiosi dobbiamo favorire questo processo: e il modo migliore, o il modo che ci è proprio, è quello di comprenderne la natura, il significato e il valore giuridico e sociale, di aiutare con la forza della speculazione a superare le storture della nostra legislazione, frutto di pregiudizi e di astrazioni teoriche, e certo per questo la più arretrata che esista. Ho detto noi studiosi, ma penso sopra tutto ai giovani, a quei rari *pauperes in spiritu* per i quali lo studio non è ancora accademicamente strumentalizzato. Noi non possiamo ormai far altro che additare loro le vie per le quali, secondo la nostra esperienza, ci si deve incamminare.

[021]

CHIOSE

I

IL RUOLO DELLA VOLONTÀ NELLA DETERMINAZIONE DEL CONCRETO

1. - Il problema dell'arbitrato, specialmente considerato dall'angolo visuale da cui ci siamo posti nel testo, è semplicemente immenso, e si può dire che attenda ormai una rinnovata e compiuta trattazione. (Un iniziale importante contributo, nonostante una parziale impostazione sociologica, a nostro avviso non necessaria, è quello di MAZZARELLA, Padova, 1969). Intanto ci sembra che non si possa mandare in avanscoperta il frutto delle meditazioni che abbiamo fatto, senza gettare uno sguardo su alcuni dei punti centrali, che abbiamo dovuto dare come presupposti.

Conviene cominciare da quella *volontà* della parte nella quale abbiamo ravvisato il momento fondamentale dell' istituto. Si può svolgere e completare questo concetto osservando che la rilevanza della volontà non è esclusiva dell'arbitrato, nel fenomeno generale della risoluzione delle controversie. Essa si manifesta in altri istituti, e particolarmente nella transazione, nella conciliazione e nel negozio di accertamento. È significativo che questi istituti siano stati da qualche studioso qualificati come equivalenti giurisdizionali: in realtà c'è in questa formula (che vale quel che può valere una formula) l'intuizione che il concretamento dell'ordine giuridico non è demandato esclusivamente alla giurisdizione, ma è anche rimesso, o più veramente sorge dalla stessa volontà delle parti, in tale senso operante. Vi è, in questa singolare contrapposizione dei detti istituti alla giurisdizione, e si potrebbe aggiungere nella diffidenza che sul piano teorico li accompagna, un riflesso dell'eterno pregiudizio del monopolio statale del diritto. Una inveterata abitudine all'astrazione ci ha portato a rappresentarci un ordinamento obbiettivo, espressione di una volontà dello Stato, che come tale solo un'altra non meno ob-

biettiva e non meno statale volontà può realizzare, cioè il giudice e la giurisdizione. È naturale che, con questa rappresentazione, la lite appaia come una negazione di quell'ordinamento e di quella volontà e che solo nell'uno e nell'altra possa trovare la sua composizione: nel momento della lite, si pensa, l'autonomia negoziale non opera più, il contratto si sublima a volontà dell'ordinamento, e le parti che pure l'hanno creato non possono disporre dell'ordinamento. È indiscutibile che ci sia una logica in tutto ciò: l'unico guaio è che è la logica dell'astrazione, e quindi con la concreta realtà non ha nulla a che fare. La realtà conosce, a dir poco, la transazione: e per il solo fatto che la conosce distrugge in radice la validità di un simile argomentare. Transigere infatti significa concretare l'ordinamento con la propria volontà, e l'*aliquid datum, aliquid retentum* è il perfetto equivalente del giudicare secondo diritto o secondo equità, se il giudizio, nel senso che esso ha nella giurisdizione, fosse la via obbligata per la quale l'ordinamento si concreta. E del resto non è detto che nelle « reciproche concessioni » non ci sia un vero giudizio; che la volontà delle parti non esprima, con le « reciproche concessioni », il giudizio che nel profondo ciascuna di esse fa della lite, e l'ordinamento sia quindi espresso da questo giudizio. La difficoltà che proviamo a intendere questo deriva dalla solita ipostasi che facciamo dell'ordinamento, e quindi dell'idea che la lite della cui transazione si tratta abbia un ordinamento al quale con la transazione si deroga o che si supera.

La più recente, e vorremmo dire la più illustre, di queste posizioni mentali (o addirittura stati d'animo) è certamente quella di Santoro-Passarelli. Vale la pena di riportare il passo più dimostrativo della sua *Transazione* (Napoli, 1963, pag. 19): « Compito del giudice, in qualunque campo esplichi la sua funzione propriamente giurisdizionale, è di dichiarare il diritto: si è detto come ciò comporti un'attività essenzialmente di accertamento. Ora, questa funzione di dichiarare il diritto non solo è tipica, ma al tempo stesso, per quanto concerne i rapporti tra privati, esclusiva del giudice: l'accertamento costituisce compito proprio della giurisdizione... L'accertamento del diritto tra privati è prerogativa della giurisdizione. Il principio della esclusività giurisdizionale, stabilito dall'art. 2907 c. c., che va inteso nel significato dell'appartenenza esclusiva della giurisdizione allo Stato, importa altresì che il giudice e soltanto il giudice possa dichiarare il diritto nei rapporti tra privati ». Appare

chiaramente da queste parole il grande equivoco che si cela dietro queste apparentemente ovvie espressioni « accertamento del diritto ». Il diritto non è l'essere del rapporto umano (v. *Quaderno* II, pag. 16), è l'autorità dello Stato, è la sua esteriore e obbiettivata volontà, alla quale con l'accertamento si presta ossequio: e l'accertamento è a sua volta autorità, la stessa autorità o il suo necessario riflesso. Quali e quanti secoli, e quale e quanta storia abbia condotto a questa sottomessa concezione è difficile dire. Che le cose stiano così è però certo: e la riprova se ne ha in tutte quelle diatribe intorno alla *res dubia*, alla incertezza soggettiva od oggettiva, e via dicendo, che hanno nello sfondo sempre l'idea di una esistenza esteriore del diritto, di una realtà imposta e sovrapposta alle parti. La formulazione di questo concetto è priva di ogni equivoco nel citato libro di SANTORO. Così a pag. 13 si legge: « Le reciproche concessioni che le parti si fanno per porre fine a una lite tra loro in atto devono intendersi in relazione alle posizioni da esse assunte nella lite (posizione di pretesa; posizione di contestazione), e non in relazione alla situazione giuridica preesistente, quale effettivamente è; non cioè, in relazione ai *diritti* effettivamente spettanti alle parti ». Si giunge addirittura a dire che « la lite costituisce come un *diaframma* rispetto alla situazione preesistente, rendendola incerta, e pertanto la stessa non può costituire termine di riferimento per le reciproche concessioni ».

Crediamo che l'errore di queste angolazioni visuali sia facilmente individuabile. Gli autori che così ragionano, e che sono la generalità, non si rendono conto di una cosa molto semplice, e cioè che il diritto e la giurisdizione, così come ad essi appaiono, presuppongono l'azione, e cioè la postulazione di un soggetto nei confronti di un altro soggetto, al di fuori di ogni concorde volontà. Che in questa situazione (che è poi la normale) la *societas* si organizzi in giurisdizione, allo stesso modo come si era organizzata in legislazione non solo è naturale, ma essenziale: una organizzazione senza giurisdizione non è concepibile. Di qui il corollario del carattere pubblico della giurisdizione; sebbene si debbano notare due cose che sono importantissime per mettere nel giusto fuoco questi grandi momenti della vita giuridica. La prima è che l'ordinamento stesso può organizzarsi in arbitrato; diciamo meglio quella che appare l'essenza della giurisdizione, cioè il suo carattere pubblico, è tanto poco essenza che

lo stesso ordinamento demanda ad arbitri il suo concretamento. È singolare come lo stesso Mortara abbia avuto consapevolezza di ciò, in una nota importantissima a pag. 40 del cit. *Commentario*, dove traccia il diverso organizzarsi della giurisdizione nell'ordinamento inglese rispetto al nostro, qualificando il fenomeno dell'affidamento *ex lege* agli arbitri della risoluzione di moltissime controversie come « una eccezione alla regola della naturale preminenza degli organi della giurisdizione ordinaria a quelli costituiti per libera elezione dei privati ». L'illustre autore, trascinato dalla logica del suo principio, non poteva vedere nel fatto che un'eccezione; ma è chiaro che regole ed eccezioni non esistono in questa materia, perché la regola non è altro che una arbitraria posizione. La realtà è che la giurisdizione, cioè la sua ineliminabile funzione, si può organizzare nei modi più vari, e cioè essere affidata ai c. d. organi pubblici o a privati, senza che con ciò muti natura. Ci penserà poi la dottrina a incasellare nelle precostituite formulette quei privati: ma questo è totalmente privo di interesse. La seconda cosa è che anche quando si parla di carattere pubblico della giurisdizione, e la si riconduce allo Stato nel modo che abbiamo visto, ponendo l'accento sulla autorità, si fa una astrazione, alla quale nel concreto possono corrispondere molteplici fattispecie che le tolgono quel valore assoluto che le si vuole attribuire. Così ad es. la giurisdizione può essere organizzata burocraticamente, che è quel che avviene nella tradizione latina e germanica: ma può essere anche organizzata elettivamente, come avviene particolarmente nella tradizione americana. Ora non c'è dubbio che si tratti sempre della stessa funzione: ma non è meno vero che al giudice elettivo malamente si adattano i caratteri che si attribuiscono al giudice burocratico. E la ragione è che nella elezione del giudice entra una componente di volontà che lo rende assai più vicino all'arbitro che non al giudice del tipo che siamo abituati a pensare. Sarà ed è certamente una volontà diversa da quella che dà vita al compromesso, sarà una volontà politica più che negoziale, ma volontà è, ed è pertanto assurdo rinchiudere in un unico schema i due tipi di giudice. Né, come tante volte abbiamo detto e scritto, si tratta di strutture meramente formali. Il giudice burocratico e il giudice elettivo sono assolutamente diversi, cioè concretano in modo diverso, ciascuno per proprio conto, l'ordinamento.

Quel che abbiamo detto della transazione vale, *a fortiori*, per il

c. d. negozio di accertamento. Non è qui il caso di riferire l'ampia letteratura che si è andata formando sull'argomento. A noi interessa soltanto rilevare l'impostazione che si dà al problema da parte di chi nega l'ammissibilità di un simile negozio, e che è naturalmente simile a quella che abbiamo visto darsi per la transazione (cfr. il citato libro del SANTORO, pag. 24). Si dice che il potere di disporre, al quale il negozio si riconduce, è incompatibile con quello di accertare. « Se i privati hanno il potere di creare una sistemazione dei propri interessi mediante il negozio giuridico, è ad essi preclusa la possibilità di valersi di questo medesimo strumento per accertare quale fosse la sistemazione in atto ». Generalizzando si giunge a dire che col negozio di accertamento addirittura verrebbe meno la volontà negoziale riconosciuta dalla legge, perché esso implicherebbe che questa volontà vale solo in quanto conforme alla situazione giuridica in atto, e si conclude recisamente: « Il negozio strutturalmente è un atto di volontà e funzionalmente tende a modificare la situazione giuridica a cui si riferisce: esso dispone, e perciò non può accertare. Ciò significa che solo un atto non negoziale può operare un accertamento ».

È facile intendere il sofisma che si cela in queste suggestive parole. L'accertamento è riferito a una realtà, a un ordine esistente creato dalla volontà delle parti col loro potere dispositivo: come a dire che la volontà cessa nel momento stesso in cui si manifesta, si consuma per così dire nell'atto, cedendo il posto a un ordine esteriore ed invisibile. La volontà che accetta dispone di quest'ordine, e ciò non è consentito se non al giudizio, che non è dato alle parti (ma al giudice). Ma tutto questo, se anche in assurda ipotesi potesse ammettersi, determinerebbe una estraneità delle parti alla situazione di cui sono i soggetti indiscutibili ed esclusivi, che non ha alcun riscontro nella realtà, così come non ha riscontro un ordine oggettivamente esistente che alle parti è precluso di conoscere, e solo un terzo estraneo (il giudice) può conoscere. Se c'è un momento in cui si celebra il dominio della volontà è quello in cui le parti affermano e riconoscono il *loro* ordine: e così facendo esse giudicano, a meno che non si voglia convenzionalmente riservare questa parola all'accertamento del terzo, perché allora tutto quello che si potrà dire è che è improprio il termine di negozio di accertamento, non illecito o impossibile il fatto che le parti con la loro volontà riconoscano il proprio ordine, determinino il concreto per quello che le riguarda.

Con ciò il problema si riduce a un mero verbalismo, e puramente verbale si rivela la solenne proclamazione dell'esistenza di « un principio per cui l'accertamento è una funzione eminentemente pubblica, spettando alla pubblica autorità non al privato il potere di accertare ». Senza alcun dubbio, l'accertamento del giudice è diverso da quello delle parti, come è diverso da quello dell'arbitro, e assolutamente inutile, e generatrice di confusione, è la loro riduzione a unità.

Il ruolo della volontà nel concretamento dell'ordine giuridico è manifesto anche nella conciliazione. Anche qui sono, come nella transazione, le parti che operano questo concretamento: la differenza profonda è data dall'apparizione, per la prima volta, del giudice. Già in altro luogo (*Commentario*, vol. II, I, pag. 83) abbiamo sottolineato la fondamentale importanza di questa presenza, che, si potrebbe dire impropriamente, giurisdizionalizza la volontà delle parti, ben inteso non nel senso che fa della conciliazione un atto giurisdizionale (ciò per noi, che neghiamo in radice questi incasellamenti, non avrebbe neppure significato), ma nel senso che la volontà delle parti è sollecitata dal giudice, e quindi informata dal suo giudizio. Tre persone determinano il concreto, e non più due, e questo è il dato essenziale per comprendere come l'istituto della conciliazione faccia parte anche sul piano del diritto positivo della giurisdizione contenziosa, così come aveva in modo veramente mirabile intuito Mortara (*op. cit.*, pag. 11), escludendo il carattere volontario da molti ritenuto. In questo obbiettivo rilievo è contenuta la critica alla tesi che i sostenitori dell'« accertamento esclusivo » sono costretti a sostenere, e che bene è espressa dal citato Santoro (pag. 47): « non esiste un negozio giuridico " conciliazione "... La conciliazione non è una figura negoziale a sé, ma indica soltanto un modo della composizione della lite che ha luogo tra le parti. Essa è contraddistinta dalla circostanza, puramente estrinseca, che avviene alla presenza di un terzo, ma intrinsecamente la conciliazione non si distingue dai vari tipi di negozio, aventi ciascuno una propria figura (transazione, rinuncia, riconoscimento) di cui le parti possono servirsi per raggiungere la composizione della lite ». Non crediamo che in questo modo si abbracci quella realtà indiscutibile che è la conciliazione, e riteniamo anzi che essa venga semplicemente soppressa.

In questo grande ruolo che ha la volontà nella determinazione del concreto si comprende, e solo si può comprendere, l'arbitrato. Vin-

colata dai presupposti, o dai pregiudizi dai quali era partita, è naturale che la dottrina, trovandosi di fronte a un istituto, del quale è impossibile negare che comporti un accertamento, abbia cercato la concordanza degli opposti nel porre l'accento sulla legge che ammette e fa suo l'arbitrato, e particolarmente sulla omologazione del lodo. Tutti questi espedienti sono però resi vani dalla trionfale presenza dell'arbitrato irrituale o libero che dir si voglia, di cui invano si cerca di diminuire la portata rispetto al rituale. La verità è che se non si può disconoscere (e su ciò non vi è né vi può essere disaccordo) la natura di giudizio al responso degli arbitri, e che quindi l'ordinamento si concreti attraverso un giudizio, la radice di questo concretamento è sempre nella volontà delle parti, le quali appunto vogliono che il giudizio di un terzo sia la loro volontà. Questa frase è stata adoperata altre volte (e da noi stessi nel citato antico volumetto) per significare che il compromesso è un contributo vuoto di contenuto, che l'arbitro riempie col suo giudizio. Non si può accogliere, perché equivoca, questa interpretazione. Che il compromesso sia un contratto o non sia un contratto ha poca importanza: può essere questione di nomi, e può essere il solito vizio classificatorio di cui abbiamo tante volte fatto denuncia. Certo è ridicolo pensare che le parti abbiano voluto questa o quella determinazione che sarà contenuta nel lodo. Le parti hanno voluto e vogliono col compromesso la composizione della lite, cioè hanno voluto e vogliono il giudizio di un terzo che non è il giudice. In questa antitesi è lo spirito dell'arbitrato: ed è l'antitesi tra due ordinamenti pensati come possibili, non in una astratta obbiettività, che sarebbe assurda, ma in una concreta subbiettività: quella del giudice, e della sua giurisdizione, con tutto quel che questa parola comporta, e quella dell'arbitro, che ha nella volontà delle parti il suo fondamento, e non ha bisogno di cercare altrove la sua giustificazione.

2. - A questo punto forse conviene completare l'indagine col richiamo ad un altro istituto, sempre nel quadro del rapporto volontà delle parti - giudizio del terzo che ci si è presentato nella conciliazione e nell'arbitrato, libero o rituale che sia. Vi sono, come è noto, disposizioni del codice civile (e non di questo soltanto) che prevedono il deferimento della determinazione della prestazione dedotta in contratto a un terzo (art. 1349) o l'affidamento a un terzo della

determinazione del prezzo nella vendita (art. 1473). La dottrina ha foggiato per queste e altre simili fattispecie il termine di arbitraggio o arbitramento, contrapponendolo all'arbitrato con la motivazione che in esso si tratterebbe, non della composizione di un conflitto giuridico, di una lite, ma della determinazione di un elemento negoziale, su cui le parti non concordano direttamente. Si può dire che questa sia l'impostazione tradizionale, e può darsi che da un punto di vista meramente descrittivo ciò possa ritenersi. Sennonché, il problema in questo modo resta isolato, perché nessuno si è chiesto (MAZZARELLA nel citato libro, pag. 8-9, ha un accenno in proposito) per quale ragione le parti non determinano esse stesse, nella loro libertà e nella pienezza dei loro poteri, quegli elementi del contratto. Da questo angolo deve essere visto l'arbitramento: e se così lo si contempla non si può fare a meno di rilevare che nelle specie riferite il ruolo della volontà si svolge sempre nel senso del concretamento di un ordine, e sopra tutto che questo ordine è già, con l'affidamento al terzo, concretato, e concretato perché voluto. Qui sta il nodo della questione, ed è lo stesso nodo che si presenta nell'arbitrato, senza alcuna differenza concettuale. Tra le parti che non fissano il prezzo e le parti che pur non fissandolo ne affidano la determinazione al terzo c'è l'abisso che separa il nulla dal tutto. Lite o non lite, controversia giuridica od economica sono cose irrilevanti. Ciò che conta è la volontà delle parti. E questo è tanto vero che la stessa legge, nelle disp. att. c. c., prevede uno speciale procedimento (in camera di consiglio) per l'ipotesi che il terzo non voglia o non possa accettare o le parti non si accordino per la sua nomina o la sua sostituzione (art. 82).

Ben s'intende come, pur con questa *reductio ad unum*, l'arbitramento o arbitraggio abbia o possa avere le sue particolari regole positive, che non coincidono con quelle dell'arbitrato. L'art. 1349 ne dà un esempio. Sono queste regole che costituiscono la individualità di ciascun istituto, e di esse si dovrà tener conto volta per volta.

[029]

II

ARBITRATO RITUALE E ARBITRATO IRRITUALE

3. - Fissata nel modo che abbiamo visto la natura dell'arbitrato, conviene dare uno sguardo alla sua disciplina positiva. Come abbiamo detto, il nuovo codice ha visto nell'arbitrato un procedimento speciale. Questo significa che lo ha visto nella luce della giurisdizione, e l'interprete non può sovrapporsi alla determinazione del legislatore, anche se questa non è naturalmente rilevante per la individuazione della natura dell'istituto.

La domanda legittima che nasce da questa situazione legislativa è quella che riguarda la ragione sia della collocazione dell'arbitrato, sia della sua complessa disciplina. E bisogna con sincerità dire che il legislatore ha partecipato della diffidenza della dottrina verso l'arbitrato, fondata sul pregiudizio della esclusività dell'accertamento da parte degli organi giurisdizionali. In sostanza si può dire che, non potendo disconoscere il giudizio privato, il legislatore lo ha imprigionato in termini e forme che giustificassero l'assunzione del lodo da parte dell'ordinamento, nel presupposto che l'ordinamento si concreti solo in una sentenza: più in breve, ha dettato le regole per la costruzione di una sentenza al di fuori dell'organizzazione statale. La cosa è resa più evidente, e addirittura testuale, dalla disposizione del nuovo codice che esplicitamente afferma che il lodo omologato acquista efficacia di sentenza.

Tutte le volte che il legislatore fa violenza alla realtà, in nome di astratti principi, non fa altro che esporsi a brutte figure: e la riprova è data proprio dalla prevalenza che l'arbitrato libero ha avuto sull'arbitrato rituale, ridotto a un mero schema, con scarse applicazioni pratiche rispetto a quello libero. Qualunque sia il significato che si deve attribuire alla disciplina della legge, e in particolare a quella formula « efficacia di sentenza » introdotta con l'art. 825, possiamo dire che né la disciplina legale, né la formula influiscono minimamente sulla natura dell'arbitrato, e sono da respingere per la loro equivocità quelle interpretazioni e costruzioni che vedono nel lodo più l'omologazione una fattispecie complessa a formazione successiva, frutto di una collaborazione fra privati e giudice, o l'elemento

logico di una sentenza che lo Stato fa suo, e via dicendo. È evidente la scarsa o nessuna giuridicità di queste proposizioni. Quel che ora invece interessa è gettare uno sguardo sui gravi e inutili problemi che il dualismo arbitrato rituale-arbitrato libero ha determinato, e che solo ora trovano un parziale chiarimento nella elaborazione giurisprudenziale.

Il primo problema, anzi si può dire l'originario problema, è quello del diverso contenuto della volontà nell'arbitrato libero rispetto al rituale. Questa idea si trova espressa nel modo più deciso nel famoso scritto dello Scialoja (*Gli arbitrati liberi*, RDC, 22, I, 496) che fonda la difesa dell'arbitrato libero proprio su ciò, che prerogativa dello Stato e della giurisdizione sarebbe quella di realizzare il diritto obbiettivo, mentre le parti vogliono con l'arbitrato libero risolvere la loro controversia secondo equità, quindi senza alcuna violazione di quella non derogabile o rinunciabile prerogativa. Un simile discorso serpeggia, sia lecito usare questo termine, in tutte le trattazioni successive e nelle enunciazioni giurisprudenziali, che tendono a differenziare l'arbitrato libero sulla base di una nota transattiva, qualificata come essenziale, con la gravissima conseguenza pratica della inammissibilità dell'arbitrato libero di diritto. Già in altra occasione abbiamo sfatato questo pregiudizio (cfr. *Commentario*, vol. I, pag. 34): con maggior cognizione possiamo oggi riaffermare il vizio del ragionamento, che consiste tutto nella ipostatizzazione di un ordinamento e di un diritto, che non ha alcuna aderenza nella realtà, anzi è un impossibile logico. La giurisprudenza più recente ha finalmente superato questo pregiudizio, ed ha accolto definitivamente il principio che gli arbitri liberi possono decidere controversie secondo diritto (cfr. Cass. 26 gennaio 1956, GI, I, 1, 662; 30 giugno 1962 n. 1679). Del resto è stato anche in dottrina ampiamente riconosciuto che la contrapposizione tra diritto ed equità, sul piano dell'ordinamento, è insostenibile, perché anche l'equità fa parte dell'ordinamento, è ordinamento (v. l'accenno in Ascarelli, *Arbitri e arbitratori*, RDP 29, I, 308). Per mero spirito di completezza ricordiamo che all'arbitrato libero di stretto diritto si era convinto anche Carnelutti (*Arbitrato improprio*, RDP 62, 197) ma con ragionamenti quanto meno inutili perché fondati su una qualificazione di consiglio in contrapposto a comando attribuito rispettivamente al lodo e alla sentenza, dietro la suggestione di certe elucubrazioni filosofiche o pretese tali.

L'arbitro non consiglia niente (come del resto non comanda il giudice). Fa quel che fa il giudice, solo che lo fa da arbitro e non da giudice (come organo della giurisdizione).

Il secondo problema assai più delicato nella pratica, più che nella teoria, è quello del riconoscimento della volontà delle parti di dar vita a un arbitrato rituale o a un arbitrato libero: grave questione perché il mancato rispetto delle forme dell'arbitrato rituale (e in primo luogo del deposito del lodo) determina insanabile nullità, per non parlare del ben diverso regime delle impugnazioni. Chi ha un po' di esperienza sa quanto sia difficile offrire un criterio discretivo tra i due tipi di arbitrato, e non vorremmo apparire esagerati dicendo che questa stessa difficoltà è un indice dell'assurdo dualismo che si è introdotto, sulla base di presupposti teorici che abbiamo dimostrato privi di ogni consistenza. Bisogna ad ogni modo accettare la realtà come è, nell'attesa che un accorto e libero legislatore ponga fine ad una tradizione priva di ogni giustificazione attuale, e quindi sforzarsi di dare una tranquillante soluzione al problema.

Già SCIALOJA, nello scritto citato, aveva individuato tre possibilità: che l'arbitrato fosse voluto espressamente come libero; che le parti avessero soltanto espresso la volontà di comporre in arbitri la controversia, senza alcun richiamo alle norme processuali o esclusione di esse; che l'arbitrato, voluto come formale, si sia in itinere modificato, in genere con la rinuncia delle parti al deposito del lodo. Le prime due ipotesi sono in realtà molto vicine, se non uguali, perché entrambe richiedono una indagine sulla volontà, essendo assai difficile che le parti qualifichino come libero (cioè con un termine tecnico) l'arbitrato cui intendono dar vita. La terza comporta il quesito se è ammissibile la conversione del lodo formale in libero, e la dispensa dal deposito. Qui lo si può considerare solo sotto il profilo della interpretazione della volontà, che è in definitiva determinante nella discriminazione tra le due fattispecie, onde le tre ipotesi finiscono col ridursi ad una sola. Ora in dottrina e giurisprudenza si sono affacciate le più svariate teorie sui criteri di individuazione dell'arbitrato libero. Molte di esse cadono automaticamente col venir meno dell'astratta ed erronea concezione dell'arbitrato rituale come procedimento giurisdizionale, e cioè collegato all'attuazione del diritto. Non abbiamo più bisogno di indagare su questo punto. Altre si rivelano equivoche perché non tengono conto della elasticità della disciplina

dell'arbitrato rituale, che lascia alle parti un largo margine di dispositività, sia in ordine alla procedura da seguire, sia ai criteri di giudizio. Se dobbiamo esprimere il nostro parere su un istituto che, come abbiamo detto, è artificialmente pensato e costruito, con una palese diffidenza verso la autonomia negoziale, imposteremmo così la questione: se le parti hanno compromesso in arbitri una controversia, o manifestato la volontà di comprometterla nella previsione che essa sorga, si deve, in mancanza di contrari elementi di giudizio, ritenere che esse abbiano inteso riferirsi a un arbitrato rituale o a un arbitrato libero? La risposta, dobbiamo dire a malincuore, deve essere a favore della prima ipotesi, cioè dell'arbitrato rituale. Ciò è imposto dal fatto che la previsione della legge è quella dell'arbitrato rituale, e non si può ritenere, senza una chiara volontà, che le parti abbiano inteso derogare al modello legislativo. La conseguenza pratica è che nessuno degli elementi contenuti in quella previsione può valere come indizio della contraria volontà: quindi non la fissazione di particolari forme procedurali o la dispensa da ogni forma (art. 816), non l'autorizzazione a decidere secondo equità, o la stipulata non impugnabilità (art. 825). Questa regola generale limita il dubbio, ma non lo elimina: crediamo tuttavia che *a contrariis* si possa affermare che, ove manchi una delle ipotesi previste dalla legge, si versi in tema di libero arbitrato. Una delle fattispecie che più comunemente si presentano è quella dell'attribuzione all'arbitro di poteri transattivi, ed è certamente questo un indice sicuro della irritualità dell'arbitrato, perché la transazione è estranea allo spirito dell'arbitrato rituale (e forse all'arbitrato in genere, onde si sarebbe addirittura fuori della fattispecie arbitrale, e più vicini all'arbitraggio: ma le parti potrebbero aver qualificato arbitri le persone alle quali si affidano, e questo depone a favore dell'arbitrato irrituale). Comune è la qualifica degli arbitri come amichevoli compositori, e noi siamo d'avviso che la formula latissima dell'art. 822 imponga di ravvisare nella espressione una attribuzione di poteri equitativi, essendo l'amichevole composizione cosa ben diversa dalla transazione, e risolvendosi essa in un autentico giudizio. La giurisprudenza è oscillante, come in tutta questa materia. La massima importanza attribuirei al fatto che le parti abbiano detto di impegnarsi ad accettare il lodo, come da esse voluto: sebbene anche qui si sia detto che questo equivale a una dichiarazione di inappellabilità, compresa nella previsione legislativa, io sono d'av-

viso che le due espressioni non siano affatto equivalenti. L'inappellabilità rientra nella disciplina del procedimento arbitrale, mentre l'accettazione, sia pur preventiva, ne resta completamente fuori. L'accettazione fa parte nella volontà compromissoria, e come tale è indice sicuro di irritualità. È sotto questo profilo che deve essere considerato il rilascio di un bianco segno, pratica comunemente seguita nell'esperienza degli arbitrati. Qui la giurisprudenza è concorde nel ritenere il fatto come prova della irritualità. E qui si può riprendere il cenno fatto poc'anzi alla dispensa dal deposito del lodo, ben inteso se contenuto nel compromesso (la successiva, come si è detto, comporta un'altra questione). A nostro modo di vedere, sul piano della volontà non vi può essere dubbio che quella dispensa valga proprio come manifestazione di irritualità. Le contrarie tesi fondate sulla inammissibilità giuridica della dispensa contengono una evidente petizione di principio. La giurisprudenza sente in definitiva la ragionevolezza di questa soluzione, perché se insiste a dire che è nulla la clausola di esonero dal deposito del lodo, quando si tratti di arbitrato rituale, e addirittura ne trae l'incredibile conseguenza che gli arbitri possono ugualmente depositare il lodo, facendolo omologare, si affretta a soggiungere che la clausola stessa può essere un indizio della volontà di dar vita a un arbitrato libero (cfr. Cass., 14 marzo 1963 GC 1313; 11 luglio 1964 FI 65, 184). Vie di mezzo che sono a nostro avviso inammissibili perché nessun altro elemento può avere maggior valore interpretativo della volontà delle parti della dispensa dal deposito del lodo. È anzi da ritenere che la contraria volontà, risultante *aliunde*, di dar vita a un arbitrato rituale (cfr. ANDRIOLI, IV, 894) sia pressoché teorica, specialmente dopo che si è finalmente riconosciuta la piena legittimità dell'arbitrato libero di diritto.

4. - Dissipati, così, i pregiudizi sull'arbitrato libero, ed eliminato l'assurdo dualismo posto in essere dalla dottrina e dalla giurisprudenza, è agevole fissare la disciplina e gli effetti dell'arbitrato stesso. Alcune idee fondamentali devono essere affermate, e sono corrispondenti alla pratica dell'istituto.

Prima di tutto non ha ragion d'essere il dubbio sulla rilevanza processuale del compromesso. Essa è del tutto identica a quella del compromesso previsto dalla nostra legge, per la semplice ragione che non esistono due compromessi, ma uno soltanto. Pertanto la parte

che agirà in giudizio in contrasto col patto, andrà incontro a una eccezione, che impedirà l'ingresso della lite. Il principio stabilito dalla giurisprudenza per cui l'eccezione di compromesso deve essere sollevata *in limine litis* non c'è ragione che valga solo per l'arbitrato rituale e non per quello irrituale: si è sostenuto il contrario sul fondamento che con l'arbitrato irrituale si fa luogo a una improponibilità dell'azione e a una rinuncia alla tutela giurisdizionale dei diritti relativi al rapporto controverso. Ma è argomento che ha la sua critica nell'erroneità stessa del presupposto, sopra dimostrata. Pertanto se il compromesso rituale dà luogo a una eccezione di incompetenza lo stesso vale per l'irrituale; e nell'una e nell'altra ipotesi l'eccezione deve essere sollevata *in limine litis*, intendendosi altrimenti rinunciato il ricorso agli arbitri.

La differenza essenziale tra l'arbitrato libero e il rituale risiede soltanto in questo: che solo il lodo emesso in quest'ultimo, attraverso l'omologazione, acquista quella efficacia che l'art. 825 qualifica di sentenza, mentre a questo privilegio non può aspirare ovviamente il lodo emesso nell'arbitrato libero. Di qui la conseguenza che, se il lodo libero non viene eseguito, la parte dovrà valersene come di un titolo per ottenere la condanna della parte avversa davanti al giudice di primo grado. È in definitiva una modesta differenza, si badi bene, perché (a parte l'esecutività del lodo, indubbiamente importantissima) tutto si riduce a una specialità dell'impugnazione, cioè del giudizio conseguente al lodo impugnato, che per il rituale è regolato dall'art. 829, non applicabile sicuramente all'irrituale. In forza di quest'ultimo non ci si può che rivolgere al giudice ordinario per ottenere un provvedimento giurisdizionale ai fini dell'esecuzione: ma in questo non si deve vedere un'anomalia perché in definitiva il compito del giudice ordinario è sempre lo stesso, e sempre il lodo è il fondamento del giudizio. L'importanza di questo diverso modo di operare è stata esagerata, e deriva solo da un fraintendimento della posizione nel sistema dell'arbitrato rituale. In realtà questo, come abbiamo detto, non implica alcuna diminuzione dell'arbitrato libero: anzi l'arbitrato libero è una restituzione dell'arbitrato alle sue origini e alla sua semplice natura. In fondo se si guarda anche in superficie la storia si rileva come il problema dell'arbitrato sia stato sempre quello di assicurare la fedeltà dei contraenti al giudizio del terzo al quale si erano affidati, il che si otteneva mediante le stipula-

zioni penali o altri mezzi esteriori: ed è interessante rileggere oggi le pagine che MORTARA dedica all'argomento (vol. III, 42 e sgg.), là dove osserva come in sostanza non ci sia nulla da eccepire alla libertà di compromettere, se non che alla volontà del terzo mancherebbe qualsiasi forza di coazione per imporsi alle parti contraenti (evidentemente, non essendo né potendo essere egli giudice). La forza del compromesso, osservava il grande studioso, non può trarsi che dai principi generali delle obbligazioni nel senso che colui che non stia alla volontà del terzo debba risarcire il danno in seguito ad azione giudiziaria. « Provocato con tale azione essa però dovrebbe godere di libertà di difesa: vale a dire dovrebbe essere ammessa a spiegare le ragioni per le quali abbia creduto legittimo di non sottoporsi alla volontà manifestata dal terzo; in altre parole, l'esercizio dell'azione per l'adempimento del contratto di compromesso ne sarebbe solo un inutile, e forse nocivo, episodio, mentre l'epilogo si verificherebbe pur sempre nelle forme contenziose ordinarie, sia pure con l'effetto di convertire in pronunzia avente forza coercitiva la manifestazione di volontà fatta prima con risultato platonico dall'arbitro ». Di qui sarebbe nata, secondo MORTARA, l'idea di conferire all'arbitro la qualità di un vero giudice, per ragioni di pratica utilità, e ciò sarebbe avvenuto con l'adesione delle note forme, che consentono l'adozione del lodo da parte dello Stato etc.

È davvero straordinario che MORTARA abbia più che sfiorato, descritto *ante literam* l'arbitrato libero, la cui forza sta proprio in quella conversione in pronuncia coercitiva della manifestazione di volontà fatta dall'arbitro: e non abbia sentito che questa è la stessa identica forza dell'arbitrato rituale, variando solo il modo della conversione (termine del resto che adottiamo senza farlo nostro, perché è una mera immagine, e nulla ha a che fare col significato tecnico della conversione dei negozi giuridici). Comunque sia non c'è dubbio che questo è il naturale effetto dell'arbitrato libero: che da esso, come da qualunque rapporto obbligatorio, nasce una normale azione, diretta a conseguire il bene riconosciuto dall'arbitro. Pertanto questa semplice verità (semplice perché è insita nell'arbitrato, è la sua natura, si può dire) è rimasta oscura alla dottrina e alla giurisprudenza turbate dalla presenza dell'arbitrato rituale, e si è per lungo tempo mantenuto il dualismo al quale abbiamo più volte fatto cenno, giungendo a conseguenze pratiche inesatte, come quella di assimilare la

disciplina dell'arbitrato libero all'arbitraggio, specie per quel che riguarda i motivi di impugnazione, tratti assurdamente dall'art. 1349 (cfr. Cass. 31 gennaio 1962, GC 209).

Piuttosto, l'ineliminabile realtà positiva che porta alla distinzione formale tra arbitrato rituale e libero non manca di esercitare la sua influenza sotto altri profili, e quello più importante è il modo di operare nel processo del lodo emanato nei due tipi di arbitrato. Mentre infatti sembra indubbio che tanto dal lodo rituale quanto dal libero nasca sostanzialmente una *exceptio judicati* (anche il lodo libero può cioè essere opposto in giudizio a chi agisce in base all'originario contratto), non sembra che si possa estendere al lodo libero l'art. 395 n. 5, cioè possa fondarsi su di esso una impugnazione per revocazione. Si oppongono a questo ragioni formali, ma anche sostanziali, perché con la proposizione della revocazione la parte verrebbe a esercitare quell'azione, fondata sul lodo, che non ha a suo tempo esercitato, o a chiedere un riconoscimento del lodo che non può essere ottenuto se non in un autonomo giudizio. Si tratta di inevitabili conseguenze del sistema legislativo, che per altro non hanno alcuna razionalità.

Infine conviene in generale osservare che dall'identica natura dell'arbitrato libero e dell'arbitrato rituale discende l'applicabilità della disciplina legale che non sia naturalmente incompatibile con la voluta irritualità. Ci riferiamo specialmente alla nomina e sostituzione degli arbitri (art. 810, art. 811), che assurdamente sono stati da qualche sentenza ritenuti non applicabili all'arbitrato libero (cfr. nel senso qui sostenuto Cass. 14 gennaio 1949 n. 29, G.C.C. I, 55; ma la giurisprudenza è incerta, per la incertezza stessa dei concetti ai quali si inspira).

5. - Dobbiamo ora esaminare più da vicino il compromesso e il rapporto che ne deriva tra le parti e gli arbitri. È problema di importanza fondamentale nella diagnosi dell'istituto. Abbiamo parlato nelle pagine precedenti di giudizio degli arbitri, e abbiamo fatto alcuni cenni sul significato e sul contenuto di questo giudizio. Ora dobbiamo analizzare il fatto che gli arbitri, sia rituali che irrituali, ricevono indubbiamente dalle parti concordi il loro potere di giudicare, e vedere se esso dà luogo a un fenomeno che sia riconducibile a fattispecie tipiche riconosciute.

Sono noti gli sforzi che la dottrina ha fatto in questo senso. Fin

dai secoli più lontani si è fatta strada l'idea, che tuttora domina, di una volontà delle parti che trova nel giudizio dell'arbitro il suo completamento (v. il citato MARANI, pag. 19). Con molteplici variazioni, il pensiero dominante è sempre quello: il lodo per se stesso, a differenza della sentenza, non genera vincoli, non è nemmeno giuridicamente rilevante. La sua giuridicità è nell'obbligazione che le parti contraggono, e in cui la volontà dell'arbitro si inserisce. O è nell'impegno accessorio delle parti di *stare sententiae*, o nell'investimento di un potere, e in particolare dello stesso potere negoziale di accertamento che spetta alle parti (ASCARELLI). Sono queste, e altre consimili, le concezioni contrattualistiche dell'arbitrato, alle quali in un modo o nell'altro si contrappongono le giurisdizionalistiche, la cui idea conduttrice è nella derivazione del potere degli arbitri dallo Stato, nella riduzione della volontà delle parti a una semplice designazione, infine nella assunzione del lodo da parte dell'ordinamento e via dicendo. Le due contrapposte o apparentemente contrapposte concezioni hanno in comune la ricerca di una giustificazione dell'operatività del lodo, nei confronti delle parti, all'esterno dell'arbitrato stesso.

Ora, una siffatta impostazione del problema a noi sembra fondata su una petizione di principio, e cioè sulla solita ipostatizzazione dell'ordinamento, e quindi sulla monopolizzazione del diritto da parte dello Stato (che è poi un'ipostasi anch'essa). Per questo si pensa che il contratto e la sentenza, in quanto riconosciuti dall'ordinamento, siano i poli obbligati di ogni concezione dell'arbitrato. Ma se appena appena si supera questa tradizionale quanto angusta visione non si può fare a meno di rilevare che l'ordinamento si forma nel concreto, e nel concreto esiste l'arbitrato, la cui forza vincolante non ha bisogno di essere cercata altrove che in se stesso. In altre parole, solo in un ordinamento che si identificasse con la giurisdizione o col contratto non vi sarebbe posto per l'arbitrato: ma poiché questo non è, e l'arbitrato esiste, l'ordinamento è anche l'arbitrato, nelle sue molteplici forme, e la forza vincolante del lodo (libero o rituale che sia, arbitrato o arbitramento) deriva da ciò, che esso *jus dicit*, né più né meno che il giudice o la parte nella sentenza o nella transazione, rispettivamente. È un diverso *jus*, se così si può dire, ma è sempre *jus*. Del resto se fosse lo stesso ovviamente l'arbitrato non esisterebbe.

Detto ciò il problema del rapporto tra parti e arbitri si riduce a

ben poco, e cioè alla constatazione del tutto tautologica che sono le parti che *vogliono* il giudizio arbitrale, con una volontà che appartiene alla natura dell'arbitrato, come l'azione appartiene alla natura della giurisdizione. Naturalmente il volere delle parti si struttura in una molteplicità di elementi: l'accordo fra di esse, con tutte le conseguenze che comporta, e l'affidamento al terzo. Questo è stato qualificato come un mandato: se lo fosse sarebbe di particolare natura, in quanto non ammette la revocabilità, ma sopra tutto non sorgerebbe solo fra il terzo e la parte che lo ha nominato, ma anche con l'altra parte, anzi gli inadempimenti si verificano soprattutto da parte dell'arbitro di parte avversa, con la conseguente responsabilità. Nella realtà è un rapporto che non può essere ricondotto ad altre fattispecie giuridiche, per la ragione che esso è indissociabile dal rapporto tra le parti, cioè dal compromesso. Si tratta della istituzione di un giudizio privato, che come tale non potrebbe avere altro parallelo che nel giudizio pubblico e infatti anche in questo non si può negare che un rapporto tra giudice e parte si istituisca, sebbene l'analogia non vada, come è ovvio, più in là.

Lo stesso ragionamento si deve fare per il compromesso. Rinchiuderlo negli angusti termini di un contratto è disconoscerne la profonda natura. Non per nulla la dottrina tedesca aveva foggiato per il compromesso il termine di contratto processuale (Kohler: v. il nostro citato volume sull'arbitrato, pag. 45 e sgg.) per sé inaccettabile, ma sintomo di una innegabile esigenza. Vi è certamente nel compromesso una base di concorde volontà: ma al di là di questo, nulla vi è che ricordi il contratto. Si tratta, come abbiamo già spiegato, di una composizione della controversia attraverso la determinazione di un ordinamento che non è quello del giudice, ma quello del privato, quindi di un superamento dell'azione. Il vero fulcro dell'istituto è qui: e perciò è assolutamente inutile cercare altrove il suo paradigma.

Alla stregua di quanto ora detto debbono essere valutate le tradizionali affermazioni che dissolvono, specie tra i giuristi francesi, il compromesso in un duplice rapporto, cioè gli effetti di esso in una duplice direzione: gli obblighi che ne derivano tra le parti (irrevocabilità del potere concesso agli arbitri, se non per mutuo consenso) e gli obblighi che si stabiliscono tra le parti e gli arbitri (conferimento di poteri, accettazione, dovere di giudicare e corrispondente retribu-

zione). Non ci può essere dubbio che per questa via non si penetra certo nell'essenza e nell'esperienza dell'istituto. Ma nemmeno si penetra per le vie che hanno come poli di riferimento la famosa omologazione, e parlano di adozione del lodo da parte dell'ordinamento, o di sentenza arbitrale come fattispecie complessa, o di collaborazione tra privati non organizzati in giurisdizione speciale e giudice ordinario (MARANI, *op. cit.*, 174, e autori da lui richiamati): cose che lasciano in totale ombra l'arbitrato libero, spiegato con gli espedienti di cui abbiamo sommariamente fatto cenno, ma soprattutto restano alla superficie del problema, né colgono il fatto di vita che è nell'arbitrato.

IL PROBLEMA DEL DIVORZIO (*)

Più volte mi sono chiesto perché l'Istituto Luigi Sturzo, nell'organizzare questo Congresso sul diritto di famiglia, abbia pensato a me per la relazione, o una delle relazioni, sul problema del divorzio. Che io non abbia alcuna specifica competenza è fin troppo noto: e neppure si saprebbe quali sono le mie idee in proposito, se non mi fosse accaduto, qualche mese fa, di recensire, in uno dei miei *Quaderni*, il bel libro di Franco Ligi, dal significativo titolo: *Divorzio, dibattito all'italiana.* Amo credere che la scelta sia derivata proprio da questa mia neutralità spirituale, che mi fa sentire un poco l'uomo della strada, specialmente di fronte ai tanti dotti che mi hanno preceduto.

Dirò che io appartengo a quella lontanissima generazione di giovani che avevano sentito dire ad Achille Loria: « Il problema del divorzio in Italia non interessa che due categorie di persone che non possono sposarsi: i preti e gli studenti squattrinati che debbono far la tesi di laurea ». Parole di uno scettico chiaroveggente, vien fatto di pensare, se si considera la successione ininterrotta di progetti sul divorzio dalla formazione dello stato unitario fino ai giorni nostri, tutti rimasti allo stato di progetti. Ma che direbbe oggi il vecchio economista se ci vedesse riuniti qui a discutere ancora sul divorzio, in un tempo in cui si sono celebrati sia pure non in Italia (ma il problema del divorzio è un problema universale, come diremo) matrimoni tra omosessuali e si sono fatti esperimenti di matrimoni collettivi? Vien fatto di credere che tutte queste secolari conte-

(*) Relazione tenuta il 15 novembre 1969 al congresso sul diritto di famiglia promosso dall' Istituto Luigi Sturzo.

stazioni legislative, compresa la presente, siano come il frangersi delle onde contro una rocca salda e tranquilla, un vero atto di omaggio reso inconsapevolmente al matrimonio indissolubile, o più semplicemente al matrimonio.

È inutile, e comunque non può essere fatto in questa sede, risalire il corso degli anni alla ricerca dei motivi tra divorzisti e antidivorzisti. Li ritroviamo del resto anche nelle odierne contese, perché sono di una esasperante monotonia. Ma il nostro tempo porta qualche elemento nuovo per l'avvento e la presenza della Costituzione, e forse da questa conviene prendere le mosse, per aprirsi la strada verso la comprensione e la esatta impostazione del problema.

Come ben si sa, la Costituzione è presente nell'indagine con due articoli fondamentali, che sono ritenuti complementari l'uno all'altro. Si tratta dell'art. 2 per il quale la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità; e dell'art. 29 per il quale la stessa Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Non è neppure il caso di ricordare che intorno a queste due norme si è formata una vastissima letteratura, che noi non passeremo certo in rassegna. Ci limiteremo ad accennare agli scritti recentissimi del Bellini, che è un noto specialista della materia, e del Minoli, che non è uno specialista, ma è particolarmente sensibile agli aspetti sociali e umani del diritto, perché in essi, nel fortunato contrasto della loro scelta, si notano certe indicazioni che forse sono decisive per la soluzione del problema.

Dico subito che non intendo neppure propormi la questione se le norme costituzionali ora citate, o altre che si possono anche più positivamente richiamare, come il famoso art. 7, si oppongano in modo formale all'introduzione di una legge sul divorzio in Italia. Non è che disconosca l'importanza, ai fini pratici immediati, della questione, ma il nostro discorso si pone su un piano universale ed eterno, non particolare e contingente: altrimenti mi basterebbe sapere che la Costituzione può essere modi-

ficata sia pure con un certo procedimento, per togliere ogni valore determinante alle sue norme. L'importanza di queste sta invece in quel che esprimono, nelle affermazioni che contengono, e per ciò solo che il costituente, il mitico costituente, le ha espresse. Se non ci si avvicina a queste affermazioni con spirito curiale, si nota in esse qualche cosa di eterno, che le sottrae al dominio della labile volontà degli uomini, o almeno di un qualunque legislatore.

Ora le due grandi affermazioni contenute negli artt. 2 e 29 sono quelle del riconoscimento, da parte dello Stato, delle formazioni sociali ove si svolge la personalità dell'uomo, e del riconoscimento della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Disposizioni complementari, ho detto, perché indubbiamente la famiglia è una delle formazioni sociali di cui all'art. 2, e, almeno fino ad oggi, la più importante di tutte. In generale commento a queste norme si è osservato che esse consacrano la c. d. pluralità degli ordinamenti giuridici, nel senso di una autolimitazione che lo Stato pone a se stesso e al suo potere legislativo ordinario. Questa consacrazione diventa poi, o sembra diventare, quasi di sapore metagiuridico per la famiglia, in quanto la si riconosce addirittura come società naturale fondata sul matrimonio: e si può ben immaginare l'importanza che si è attribuita a questo « riconoscimento », subito contrapposto a « creazione », e tanto più al « naturale », inteso nel più vario dei modi, ora come equivalente a « originario », ora come elemento individuante della famiglia (quella naturale, non quella contronatura, come potrebbe essere, nell'ipotesi estrema, l'omosessuale), ora come consuetudinario, cioè la società familiare che affonda la sua radice nella consuetudine, e quindi abbraccia tutte le famiglie che da quella consuetudine sono sorte e nella quale vivono. Bisogna che anche noi ci pieghiamo su queste norme, cerchiamo di riflettere in compagnia del legislatore, se ci è concessa questa immagine, che ci sembra efficace.

E come prima cosa, vorrei insistere qui su una osservazione di carattere metodologico, che ho tante volte fatta, ed ha anzi

ispirato tutta la mia opera, ma non ha avuto nella confraternita dei giuristi molta fortuna. Quando noi parliamo di ordinamenti pluralistici, di Stato che si autolimita, di Stato che riconosce la famiglia etc. etc. noi commettiamo un singolare errore di prospettiva, che consiste nel raffigurarci lo Stato come un'entità assoluta, che soverchia ogni altra, si oppone a ogni altra, ha la sua concretezza nella sua astrazione, è il soggetto di una infinità di cose e di azioni, a lui estranee, perché da lui comandate e regolate. La Costituzione è l'enunciazione di tutta una serie di cose che fa o non fa o permette di fare o di non fare la Repubblica: onde questa è la più potente personificazione che mai si sia data, senza possibilità di comparazione col modesto statuto albertino. Entro certi limiti si deve riconoscere che questa entificazione è una necessità di linguaggio: ma quel che occorre è che di ciò ci si renda conto, altrimenti si finisce col dar corpo alle ombre, e travisare la realtà. Ora, per quel che concerne il nostro argomento, appare agevolmente che la formula « la Repubblica riconosce la famiglia » è una mera immagine che può essere (e a maggior diritto) capovolta nell'altra: « la famiglia riconosce la Repubblica », cioè quella più vasta comunione o *societas* nella quale la famiglia è « naturalmente » inserita. La verità è che la Repubblica *è* la famiglia, e l'una e l'altra costituiscono una indissociabile unità. Questo è tanto vero che mutando la famiglia muta la Repubblica, cioè si trasforma in quelle altre concrete istituzioni che sostituiscono la famiglia, dato che sia possibile concepirle.

Fermo questo, ci si può allora chiedere se la formula dell'art. 29 non sia del tutto inutile. E invece essa è importantissima: perché è la potente affermazione che lo Stato *si* riconosce nella famiglia, quindi ogni attentato alla famiglia è un attentato allo Stato, cosa questa già divinata dalla severa altissima mente del Cicu. Da un punto di vista pratico si può senz'altro ritenere che lo Stato, cioè l'organizzazione della *societas*, ha voluto mettere al riparo la famiglia dalle fantasie di un bislacco legislatore, ricordandogli appunto che ogni attentato alla famiglia è

un attentato allo Stato, che egli non può impunemente compiere (né sarà male aggiungere che nel legislatore comprendiamo tutti coloro che operano nella società, in particolare i giudici con la Corte Costituzionale in testa). Ma la cosa più impressionante, dal punto di vista teorico, è quella qualificazione di « naturale » attribuita alla famiglia, che sembra quasi sfuggita alla circospezione del costituente, ed è come una pennellata metafisica nella positività della sua programmazione. È inutile cercare nei lavori preparatori il significato di questa consunta e rinnovata parola: essa può avere ed ha certamente tutti i significati che le sono stati attribuiti, ma è soprattutto la testimonianza di una realtà che è diritto ma nello stesso tempo trascende il diritto; proprio come l'individuo, che del resto nella famiglia « svolge la sua personalità ». Il « riconoscimento » della famiglia da parte della Repubblica è una autentica confessione.

Il miglior commento all'art. 29 della Costituzione io credo sia stato fatto trent'anni prima da un giovane filosofo il cui nome spero non suoni discaro qui dentro: Giuseppe Capograssi. Nel *Saggio* sullo Stato, scritto a 29 anni, egli diceva: « L'uomo fisico prolunga con la famiglia la sua esistenza nella esistenza della sua genitura: e quasi fisicamente allarga il suo gesto la sua forza la sua vita, delle dimensioni di questo tutto di energie cognate e consanguinee.

« Non muta la sua natura, solo l'aumenta e l'accresce dilatandola in un respiro più ampio, e in una durata meno effimera. Maggiore ampiezza e maggiore durata: il primo aspetto della formazione familiare è come qualche cosa di fisico, di necessario, d'ineluttabile, la impulsione naturale che, più che agire nella mente, preme nelle vene degli uomini. Non si discerne ciò che fa la specialità spirituale di questa relazione. Si è quasi indotti a ridurla a un fenomeno di mera materialità, a vedervi non differenze ma analogie profonde con corrispondenti fenomeni animali.

« E quasi si chiariscono le misteriose ragioni del celebre *ius naturae*, che Ulpiano, colpito da questo aspetto naturale e ma-

teriale, estese non pure all'uomo ma a tutti gli animali " *quae in coelo, quae in terra, quae in mari nascuntur* ". La *coniunctio maris atque foeminae*, la *procreatio liberorum*, la *educatio* che il giureconsulto dice comuni a ogni animale sono i fenomeni originari e necessari dell'animalità e costituiscono i fatti tipici e salienti anche della famiglia umana ». (*Saggio sullo Stato*, in *Opere*, I, 56).

Osserva poi il passaggio da questo mondo avvolto e vincolato dalla materia alla rivoluzione profonda che opera l'avvento della famiglia nella storia dello spirito.

« Che cosa acquista di nuovo lo spirito, in questa nuova posizione? La novità della famiglia è che per la prima volta nel grembo di essa l'uomo comincia ad essere relazione, senso di sé stesso, consapevolezza sia pure incerta e parziale degli altri, volontà disciplinata. Attorno a lui certo tutto è ancora materializzato in mezzi ed in cose, ma da questo tutto un grande frammento si è staccato e si è rivelato alla sua attività come attività eguale. L'uomo che era quasi ravvolto dal pulviscolo delle particolarità, isolato e smarrito, ora come nel campo materiale sente moltiplicarsi la sua forza della forza del tutto, così nello spirito la sua coscienza si amplia nel riflettersi in altre coscienze. Nasce l'uomo accanto all'altro uomo, la prima relazione, il primo sé, il primo tutto.

« Quando l'uomo diventa famiglia, attorno a lui le cose si ritirano e nello spazio da esse lasciato egli si trova a contatto con altre attività eguali alla sua, volte verso le stesse direzioni, accomunate dagli stessi impulsi. Si crea, nel brevissimo ambito, un universo morale, il primo, il rudimentale, il minimo, nel quale è racchiuso e piegato come in germe tutto il mondo dello spirito...

« L'uomo e la donna si conoscono per la prima volta uniti dalla stessa umanità, e mentre prima non erano reciprocamente che mezzi pei loro bisogni, ora nella unità dello scopo familiare si sentono pari, di una comune natura, di una natura più profonda che quella che si rivelava nella immediatezza della prima

particolarità: qualche cosa di più intimo e che sotto il fluire delle innumerevoli volizioni empiriche rimane saldo e forma come il nucleo di una volontà nuova. Quando i figli nascono accanto alla prima relazione altre ne sorgono, i genitori veggono in essi loro stessi e i figli si riconoscono nei genitori; e tutta l'educazione non è che un trarre fuori dall'essere primitivo e quasi naturale, formandolo con cura infinita, l'essere sostanziale, nel quale si unificano tutte le diversità immediate.

« La famiglia è unità. L'uomo dall'errare infinito che faceva nella sfera empirica, trasportandosi in un moto perenne dovunque i bisogni e gli stimoli lo chiamassero, ha trovato un punto in cui raccogliersi e ristare. In quell'intreccio di relazioni morali che è la famiglia ha potuto al riparo da quei bisogni e da quegli stimoli cogliersi come parte, accanto agli altri, di un tutto, e come tutto vedersi uno cogli altri e diverso dagli altri: conoscersi *nei* figli e conoscere sé stesso in quanto diverso dai figli. Tutto il processo dello spirito come famiglia non è altro che questa analisi intima. La volontà si è fermata: nella folla dei suoi motivi essa opera una grande ed essenziale distinzione e sopra i fini della sua utilità immediata pone i fini dell'utilità sua in quanto utilità familiare. Mentre nei primi non trovava che l'appagamento effimero della sua istantanea volizione che era cieca, nei secondi trova, mediante l'appagamento dei bisogni del tutto, sé stessa in quanto relazione e famiglia.

« La famiglia si pone con una serie di scopi; nella pratica della loro realizzazione l'uomo sente che soddisfacendo le necessità del tutto, si conosce anzi si crea come più intima natura. In questo la *educatio liberorum* umana si diversifica da quel fenomeno animale di cui parlava il giureconsulto. La famiglia è veramente e propriamente educazione; ed educazione non come insegnamento e didattica, materiale lezione che il padre fa al figlio, atto esteriore di apprendimento, ma come pratica effettiva, attività diretta a conseguire i fini obbiettivi familiari. È la vera educazione, cioè una creazione travagliata del proprio essere, che uscito dallo stato anarchico e vagabondo della immediatezza, si

prepara all'ordine della vera società umana e alla intimità vera della moralità ».

Si direbbe che il futuro e mancato giudice costituzionale abbia guidato la mano agli autori dell'art. 29.

* * *

Ora, questa società naturale è, come dice l'art. 29, fondata sul matrimonio. A Calamandrei, che aveva tutta l'ingenuità dell'apostolo laico, pareva un'ingenuità della Costituzione quella di congiungere l'idea di società naturale che si richiama al diritto naturale con la frase successiva « fondata sul matrimonio » che è un istituto di diritto positivo. « Parlare di una società naturale che sorge dal matrimonio — soggiungeva — e cioè in sostanza da un negozio giuridico è per me una contraddizione nei termini ». Vi sono molti che hanno condiviso questa accusa, ma efficacemente ha opposto Minoli che la contraddizione si scioglie se si riconosce che il matrimonio è esso stesso un istituto della società originaria della famiglia, è anzi il principale istituto proprio della istituzione costituita dall'insieme delle famiglie. Non ci può essere infatti dubbio che, ammessa la *naturalitas* della famiglia è necessariamente ammessa la *naturalitas* del matrimonio. E qui cade acconcio ricordare un passo di Cesare Colletta, che a me ha fatto sempre una grande impressione: « Il matrimonio era nel codice Napoleone un vincolo naturale, insito all'umana specie, non fortuito, non fugace, ma pensato dai coniugi, e durevole » (v. il II *Quaderno*, pag. 8). Questa stupenda frase fa intendere il *naturale* della nostra Costituzione assai meglio di quanto noi giuristi potremmo fare.

Siamo così arrivati, per via di eliminazione, al cuore del nostro problema, che si può impostare in questi termini: fa parte la indissolubilità della *naturalitas* del matrimonio? È l'impostazione più precisa, ed è quella che rende più difficile la soluzione, perché incide sui problemi più alti della scienza giuridica, e non solo di questa.

Bisogna subito dire, a scanso di equivoci, che la *naturalitas* della società familiare e del congiunto matrimonio non è incompatibile con la sua disciplina giuridica. Questa può variamente configurare i diritti e i doveri e le forme, senza che la naturalità ne risulti intaccata. Si potrebbe anzi ammettere di più: e cioè che la naturalità è proprio la disciplina giuridica della famiglia e del matrimonio, quale un dato momento storico ce la presenta. E con ciò liquidiamo anche l'argomento della fede, nel senso della positiva credenza in un dogma, che non ha alcuna rilevanza per l'ordinamento civile. Ne ha grandissima e decisiva sotto altro profilo, come fra poco vedremo.

Per disancorare il matrimonio dal legislatore vi è stato chi, con molta acutezza, ha prospettato un diritto consuetudinario della famiglia, anzi del complesso delle famiglie, e, costituzionalmente, ha riferito a questo diritto la società naturale dell'art. 29 (Minoli). Avrei qualche riserva da fare, di carattere tecnico-giuridico, su questo impiego della consuetudine, che è una fonte di diritto ben definita. Ma ciò ha poca rilevanza. Più della consuetudine a me pare che valga il fatto che l'art. 148 cod. civ. 1865, e il 149 del codice vigente stabiliscono che il matrimonio si scioglie solo per la morte di uno dei due coniugi. Per quanto paradossale possa sembrare l'argomento, in questi due articoli è radicata la società naturale di cui parla la Costituzione. Per negarlo, bisognerebbe considerare le due norme come frutto di una capricciosa o comunque arbitraria *voluntas* del legislatore, isolato dal mondo, e dotato secondo la famosa illusione di quella onnipotenza che oggi vediamo convertita in tragica impotenza. Ma la verità è che quegli articoli compendiano quel matrimonio « pensato dai coniugi » di cui diceva Colletta, cioè esprimono la universale coscienza della indissolubilità del matrimonio, e la esprimono con piena legittimazione, perché è proprio del legislatore farsi portavoce della universale coscienza. Quella famosa affermazione di Zanardelli (giusto a proposito del divorzio: ma Zanardelli era scapolo) che le leggi debbono

precorrere il sentimento del popolo, è una delle tante vuote frasi sulle quali si erige l'edificio della dittatura e della violenza.

Da dove derivi questa « universale coscienza », e quindi le citate norme, è facile comprendere. Essa deriva dalla grande tradizione cattolica della quale tutti, credenti e non credenti, siamo partecipi, e vorrei dire non solo in Italia, ma anche nei paesi che hanno accolto nel loro ordinamento il divorzio, e che pure sentono e non possono non sentire l'insopprimibile presenza del vincolo.

Mi rendo conto che questa affermazione può dare scandalo agli uomini di scienza. E così, per loro esclusivo consumo, e per dimostrare quanto io parli con assoluta libertà da ogni pregiudizio o da ogni personale convinzione, mi affretto a dire che non è affatto da escludere che il fatto religioso possa essere pensato in termini positivistici, e cioè come la traduzione in atto di fede di un'esigenza biologica. È pensabile cioè che il dogma della indissolubilità rifletta l'esigenza provvidenziale della natura di assicurare la covata, cioè la generazione dei figli, che nascono dal matrimonio. Non essendo il ciclo della vita e dello sviluppo rapido come quello degli animali, che nel giro di pochi mesi in genere raggiungono la piena maturità e quindi si staccano automaticamente dai genitori, la covata umana non può essere più di una: onde il matrimonio degli uomini è per legge di natura insolubile, come il matrimonio degli animali è per legge di natura solubile. Questa legge biologica sarebbe così diventata, con un processo ben noto, legge religiosa, e noi attraverso la religione l'avremmo recepita. Pensino di ciò gli etnologi, gli antropologi, i sociologi quello che vogliono, per noi giuristi la tradizione cattolica è sufficiente, e sotto questo profilo l'argomento della fede di cui sopra abbiamo detto, e che preso per se stesso non ha alcun valore, o lo ha solo per i fedeli, acquista un significato del tutto nuovo, perché esso comporta che il nostro pensiero del matrimonio è quello che attraverso la fede delle infinite generazioni che ci hanno preceduto si è maturato ed è pervenuto fino a noi. Nulla importa che noi, individual-

mente, non crediamo più, abbiamo perduto la fede: questa si è trasformata in natura e ci fa apparire naturali veramente le civili istituzioni, che attraverso la fede si sono formate, in primo luogo la famiglia e il matrimonio. Probabilmente quei socialisti del buon tempo antico o molti di essi che rifiutavano di occuparsi del divorzio ritenendo il matrimonio una istituzione borghese avevano più di tanti cattolici professanti il senso dell'indissolubilità del matrimonio. Tali comunque sono apparsi al costituente, e si sono a lui imposte. Onde è che a questo punto potrebbe risorgere in modo nuovissimo la questione di costituzionalità, non più immiserita nella dissezione delle formule, ma esaltata dal riconoscimento e nella ricezione della fede o della natura che dir si voglia, come uno dei valori (la libertà, l'uguaglianza etc.) consacrati nella *magna charta*, e accanto ad essi.

Ovviamente, io non sono in grado di dire se sia tecnicamente esatto impostare in questo modo la questione di costituzionalità, e del resto ho detto che di essa mi importa pochissimo. Importa invece rilevare che per questa via si distrugge il suggestivo argomento che molti portano a favore del divorzio: e cioè che questo si può introdurre serenamente, cioè senza turbare la coscienza dei cattolici, che possono benissimo non divorziare in ossequio alla loro fede religiosa, lasciando divorziare gli altri. Qui si confonde, se è vero quel che abbiamo detto, la religione con la natura nella quale la religione si è trasfusa. La natura — insistiamo a dire, la natura della carta costituzionale — è comune a tutti ed è quindi assolutamente indisponibile e indivisibile. È uno *status*, che compendia i tre *status* tradizionali, e di cui uno non si può liberare né liberare gli altri. Dovrebbe cambiare natura.

Ora, è possibile cambiare natura?

* * *

A una domanda di questo genere un giurista non può che rispondere di sì. Non vi è per il giurista nulla di eterno, se non il diritto, come nulla vi è di eterno e tutto è mutevole nella sto-

ria, salvo la storia. D'altronde quella laicizzazione della fede che abbiamo prospettato comporta come necessaria conseguenza che la fede, cioè nel nostro caso la natura, possa mutare. Si tratta di vedere come, e da quali prove, si possa desumere il mutamento. È appena il caso di dire che gli atteggiamenti gladiatorî in favore del divorzio non contano nulla: essi possono essere paragonati al suicidio individuale, che non è neppure un granello di sabbia nelle severa macchina della vita. Il mutamento della natura corrisponde a una immensa evoluzione nella civiltà di un popolo, per cui a dati valori succedono altri valori, una società diventa un'altra società, uno Stato un altro Stato. A un giurista non fa neppure paura che il matrimonio sia dichiarato dissolubile (mi potrà dispiacere come privato, ma questo è irrilevante), purché questa dissolubilità abbia radice in un reale mutamento della nostra vita, meglio ancora del nostro spirito. Quando questo avverrà si assisterà a una tranquilla adozione del divorzio, che non sarà turbata da qualche immancabile *laudator temporis acti*, e il matrimonio dissolubile sarà non meno naturale da quello oggi indissolubile. Ma fino a quando il divorzio sarà scritto su una bandiera politica, e fosse anche una bandiera di maggioranza, il divorzio potrà essere introdotto, ma lo sarà con la pura forza, cioè contro lo spirito, se non la lettera, della Costituzione.

È di estremo interesse notare che, pur con diversa intensità e con diversi presupposti, l'idea qui profilata trova riscontro in molti autori dell'una e dell'altra parte, che si impegnano nella verifica di questo grandioso mutamento della società, questo tramonto, dico io, della « cattolicità » di cui siamo impregnati. La cosa non è tanto semplice. Chi apra i giornali, chi vada al cinema, o al teatro, chi si soffermi davanti alla scalea di piazza di Spagna, è tratto a dire che la verifica è già fatta, e il nostro è un linguaggio di cadaveri viventi.

Non si possono inoltre trascurare fatti indiscutibilmente veri, come l'attenuarsi del rigore sociale nel giudicare i matrimoni di fatto, la diminuita importanza della famiglia, nel senso di cen-

tro di potere, e quindi, il tramonto del matrimonio come alleanza (Minoli), la sua democratizzazione, la sua accresciuta spontaneità. Riteniamo che mentre alle manifestazioni contestative non si deve attribuire eccessivo valore, nonostante le apparenze plateali e gli ingrandimenti dei mass-media, più seri sono i sintomi che si manifestano nell'interno della famiglia, poiché in definitiva la c. d. natura non è altro che la sua concretezza: al che si può aggiungere da un lato l'erosione che nel diritto di famiglia operano certi giudici, anche ad altissimo livello, dall'altro una certa ambiguità di atteggiamento della Chiesa cattolica, o di alcuni settori di essa, di fronte alla indissolubilità del vincolo. Vi è quindi chi propone inchieste, rilevazioni sociologiche ufficialmente promosse, e vi è chi arriva ad attribuire al parlamento il carattere di « depositario dei valori sociali del momento », come fa il Bellini, riconoscendogli quindi il potere, quasi naturale anch'esso, di introdurre il divorzio, senza pericolo di contrasto con la Costituzione. A dire il vero, lo spettacolo che oggi il parlamento offre, non sembra corrispondere alla ottimistica attribuzione: più esatto sarebbe dire che in esso si manifesta al massimo grado la crisi che travaglia la società, la *cupido dissolvendi* da cui tutti siamo invasati, e che mascheriamo di democrazia, di libertà, di storicità, di psicologia e via dicendo. Ora il divorzio non nasce o non dovrebbe nascere da una società in crisi, ma da una società che acquista una profonda consapevolezza di se stessa. Altrimenti la sua introduzione non sarebbe che una ulteriore manifestazione della crisi, un malinconico acceleramento della dissoluzione in atto.

* * *

Più d'uno, anche tra i presenti, penserà che tutte queste discussioni ad altissimo livello vanno benissimo, ma intanto il convento brucia, e vi sono in Italia (quasi ultima roccaforte dell'indissolubilità del matrimonio) coppie infelici che nel divorzio troverebbero e dal divorzio aspettano la loro miracolosa guarigione. Le cause di infelicità sono elencate nella relazione al progetto che

va sotto il nome caratteristico di Fortuna, e sono certo gravissime: che siano numerose dubito assai, e quindi dubito che il divorzio, fuori della politica, sia un problema pratico attuale. Sotto questo aspetto, consiglierei di meditare le pagine del citato libro del Ligi, che mette a nudo l'arbitrarietà o la faciloneria delle non disinteressate statistiche.

Comunque è certo che vi sono coniugi all'ergastolo, infermi di mente, separati da tanti anni, unilateralmente liberi per effetto della diversa cittadinanza e via dicendo, e nessuno può essere insensibile a queste sventure. Se fossi divorzista nel senso deteriore della parola, aggiungerei un'altra e più comune sventura: il *taedium vitae*, che è in agguato nei penetrali di ogni famiglia; l'accidia, il vuoto pirandelliano dell'esistenza coniugale. Non c'è dubbio che, nella loro singolarità, questi casi lascino umanamente pensosi. Recentemente io ho espresso un mio pensiero nei citati *Quaderni*, e mi sia consentito di riprodurlo: « Al matrimonio è stato sempre attribuito fin dai primordi un carattere sacro. Sacro rimane: e sacro al di fuori di ogni riferimento a religioni positive, significa che è un atto dello spirito anzi la sola vera testimonianza dello spirito umano. Qui sta la ragione della sua indissolubilità. Il divorzio è la negazione dello spirito; per questo io sono contrario ad esso, e per questo penso, ahimé, che il divorzio sarà introdotto anche da noi tra la generale indifferenza, o con la pseudo opposizione di qualche partito o corrente di partito o forse della stessa Chiesa. Come atto dello spirito il matrimonio è in partenza pieno di tutte le avventure della vita, di tutto il male della vita, degli adulteri, degli ergastoli, delle pazzie, di tutto fuor della morte, e pertanto nulla può incidere in esso, nessuna di queste cause può giustificare il suo scioglimento. Si obbietterà che in altre contrade il divorzio esiste: e io rispondo che le altre contrade sono quello che sono. Lo spirito nostro è uno spirito cattolico, sia che si creda, sia che non si creda e tanto più se non si crede: nessuno, neppure il più arrabbiato degli atei, può scuotersi di dosso il pesante fardello. Croce intitolò un famoso libretto: *Perché non possiamo non dirci cristiani*. Più co-

raggioso sarebbe stato se avesse detto: *Perché non possiamo non dirci cattolici.* Sotto questo profilo il razionale e l'irrazionale nel problema del matrimonio e del divorzio si avvicinano fino a identificarsi ».

Riconosco per primo che non è un pensiero facile, e contro di esso si possono fare mille obbiezioni, o meglio una sola, ma perentoria, quella di Don Abbondio alla santità del Cardinale. Non è con la invocazione dello spirito che si toglie di mezzo Don Rodrigo coi suoi bravi, cioè le concezioni sublimi non soccorrono il poveretto che porta il giogo di un disgraziato coniugio. Per questo io vedo che sta prendendo piede, anche e sopra tutto fra gli antidivorzisti, la tendenza a trovare succedanei al divorzio, specialmente sul piano dell'allargamento delle cause di nullità del matrimonio. Può essere una soluzione, solo che io mi auguro che avvenga per spontanea determinazione, non per imposizione legislativa. A parte questo, è chiaro che volendo procedere sulla via del divorzio per ovviare ai casi sopra accennati, non resta che studiare con serenità e con sincerità le conseguenze che l'accoglimento del divorzio, grande o piccolo che sia, ha per la società. Gli uomini di destra e di sinistra favorevoli al divorzio dimentichino la loro assurda tesi che il matrimonio è un contratto, e come tale soggetto alla caducità di tutti i contratti, e pensino che il problema del matrimonio è il problema non dei coniugi ma dei figli, cioè di tutta la società e della civiltà di una società: mettano sui piatti della bilancia i vantaggi particolari e gli svantaggi generali che possono derivare dal divorzio, e quindi dicano se è giusto per il bene — pur apprezzabilissimo — di pochi sacrificare l'interesse di tutti. Qui sta il problema. Come ho accennato un lavoro di questo genere è stato fatto egregiamente dal Ligi, nel suo ricordato libro, e le sue rilevazioni sono, sul piano nazionale e internazionale, impressionanti. Io mi permetterei di aggiungere, e così concludo, che bisogna tener conto anche della emotività del popolo italiano, della sua suggestività, della facilità a trovare nelle leggi un cattivo esempio. La famosa

legge Merlin ne dà una terribile prova, e credo che se vivesse oggi, probabilmente il vecchio Zanardelli considererebbe con minor ottimismo la funzione precorritrice delle leggi, e si affretterebbe a ritirare dalla circolazione la frase che abbiamo riferita.

P●STILLA

Ritengo utile pubblicare anche la replica ai numerosi interventi determinati dal mio discorso.

Poiché le conclusioni di questo sereno e profondo dibattito deve trarle, secondo il programma, il prof. Rescigno, io mi limiterò a rispondere ad alcuni dei miei contraddittori, per meglio chiarire il mio pensiero. Ho l'impressione che alcune delle cose che ho detto siano state fraintese.

Il primo di questi fraintendimenti è quello di Pugliese. Egli ha ricordato la nostra ormai trentennale amicizia fondata sul dissenso, e credo che mai amicizia sia stata tanto sicura. Il rimprovero che questa volta mi ha mosso è quello di essere metafisico: cosa che è o ritiene sia lontana dallo spirito del giurista, e sono d'accordo con lui, a meno che non si intenda per metafisico lo sforzo di raccogliere e tradurre in termini giuridici le istanze umane che ci sono in tutte le cose.

Ma se c'è un discorso antimetafisico è proprio quello che io ho fatto a proposito della « società naturale » di cui parla la Costituzione. Ho infatti portato come elemento decisivo di interpretazione di questo « naturale » due articoli del codice civile vecchio e nuovo, il 145 e il 149, i quali stabiliscono l'indissolubilità del matrimonio. Ho detto, e confermo, che questo è il matrimonio naturale, quello che ci ha governato fino adesso e ancora ci governa, quello al quale ha pensato la Costituzione perché non poteva pensarne altro.

Noi, di istituzione naturale, di società naturale non possiamo avere davanti agli occhi che quella del momento storico in cui viviamo. Lo ha detto anche Lipari, e io sono perfettamente d'accordo. Si tratta di vedere che cosa è oggi, in questo momento, il diritto naturale; che cosa è nella Costituzione, che il diritto naturale ha esplicitamente re-

cepito, con una parola di cui è impossibile sbarazzarsi. Questo è il problema.

E posto così il problema è difficile smentirmi. Mi potrà smentire Rodotà, con un intervento che è stato schiettamente politico, e la politica, ahimè, non conosce verità. Ma se si resta su un piano di speculazione oggettiva io credo che non si possa negare che, oggi come oggi, il matrimonio è il matrimonio che noi abbiamo sempre conosciuto, il matrimonio che ci viene attraverso infinite generazioni e che ho chiamato il matrimonio cattolico, ma non per ragioni religiose — ho messo tanto l'accento su questo punto — ma perché siamo nati così, perché siamo figli dei nostri padri, dei nostri avi, e via dicendo. Il problema del divorzio, in fondo, è un problema che si agita continuamente, che serpeggia, per così dire nella storia, ma la famiglia italiana continua per la sua strada ed è quella che è sempre stata.

E con questo io rispondo anche a Lombardi il quale, fiducioso, ragionevolmente, nell'esito del referendum, ha detto: facciamo un referendum. Anch'io ritengo che l'esito sarebbe indubbio, perché in fondo il divorzio riguarda un numero limitato di persone, e per giunta di estrazione borghese. Tuttavia io mi dichiaro contrario, perché si tratta sempre di un'imposizione di una parte della popolazione ad un'altra, e non è con questo criterio che si risolve il problema. I referendum possono essere — è stato detto tante volte — influenzati attraverso la propaganda, e via dicendo, insomma si può tradurre in politica quello che non è, secondo me, un problema politico, quello del divorzio.

È affiorato, a questo punto, in taluno degli interventi, il nome di libertà, ma per negare che il regime del matrimonio, e in particolare la vigente indissolubilità, abbia a che fare con la libertà. Il problema è secondo me molto delicato. Si capisce che di libertà non si può parlare se si pensa a quei tradizionali diritti individuali, che tutti conosciamo. Ma io non so se non vi sia un modo più profondo di intendere la libertà, e cioè quello di metterla in collegamento con la società in cui viviamo. Anche la società è in fondo una proiezione del nostro essere, e il *servi legum sumus* contiene una intuizione che forse non è stata abbastanza sviluppata. Il problema del matrimonio e della sua solubilità o indissolubilità deve insomma essere visto al lume del principio che nessuno di noi può fare quello che vuole quando è impegnata la società nell'atto che egli compie.

Ora dal matrimonio vengono fuori conseguenze di tale enormità per la vita associata, e quindi per noi stessi, che è difficile negare che non sia impegnata nel suo regime la nostra libertà. Basti dire che la società fondata sul matrimonio indissolubile è, per universale riconoscimento, una società totalmente diversa da quella fondata sul matrimonio solubile. Io non dico che sia migliore o peggiore, è quello che è; e certo tutti gli Stati che hanno ammesso il divorzio si sono modificati profondamente rispetto a quello che erano prima. Se questo non implica un problema di libertà, io non so cosa dire: o meglio dico che gli schemi e le classificazioni formali prevalgono sulla sostanza delle cose. Il fatto è che la Costituzione — siamo sempre allo stesso punto — parla di società naturale, e a questa... gaffe del legislatore (rispetto all'evolversi o involversi dei tempi) non possiamo sottrarci. Mi sembra che Lipari abbia detto che in tutte le società pluralistiche c'è questa specie di diritto naturale; ma io non credo che si possano mettere le cose sullo stesso piano. I sindacati e gli altri aggruppamenti sociali ce li facciamo noi, in un modo o nell'altro, e non incidono sulla esistenza della *societas*. Il matrimonio è la fonte della società, ed è quindi qualcosa di assolutamente unico.

Alcuni degli oratori mi hanno qualificato come antidivorzista. Ma se lo sono rispetto al momento storico attuale, non lo sono in assoluto. Queste qualificazioni non hanno alcun valore fuori della politica. Sono stato il primo a prospettare la possibilità che da una società come la presente, che io ritengo la società cattolica nel senso che ho detto prima, e cioè non nel senso di una religione positiva, ma di formazione spirituale, si possa passare ad un altro tipo di società nella quale non ci sarà più padre Lener, oppure ci sarà come rappresentante dei « vecchi credenti » dell'antica Russia.

Il grosso punto interrogativo è quello di accertare se veramente si è compiuta questa evoluzione della società. È l'accertamento più arduo che si possa immaginare. Se ci guardiamo intorno, come ho accennato nella relazione, e non solo in piazza di Spagna, ma nell'Università, e in genere nel piccolo mondo pseudo-ribelle e conformista, dovremmo dire non solo che l'evoluzione è compiuta, ma che l'indissolubilità del matrimonio, il matrimonio stesso, fa semplicemente ridere. Il guaio è che lo stesso si può dire della scuola, della giustizia, delle istituzioni amministrative e politiche, dell'intera società: e allora viene il sospetto, che per me è certezza, che questo non sia evolu-

zione, sia semplicemente disordine, e disordine vuol dire che noi non sappiamo custodire, non riusciamo a custodire i valori fondamentali della vita. Sotto questo profilo, diciamo che francamente l'indissolubilità del matrimonio è un autentico anacronismo. Ma dobbiamo ammettere, in questa accademia, che fatti così radicali, così gravidi di conseguenze, nascano da una crisi, da una dissoluzione? Non lo possiamo. Potrà darsi che queste siano le vie della storia, se non del Signore, ma noi a priori non possiamo far questa professione di fede o di mancanza di fede.

Sono d'accordo con Pugliese che non dobbiamo accettare l'idea pur ventilata di raggiungere il divorzio con l'allargamento dei motivi di nullità. Non sono d'accordo con chi mi ha rimproverato di ammettere, sul piano del diritto, una evoluzione verificabile nel senso della disponibilità del matrimonio. E la ragione per cui non sono d'accordo è che sono convinto che le più grandi trasformazioni si facciano in sordina, vengano fuori dal vivere stesso della società, da quella che si suol chiamare maturità dei tempi. Si consideri soltanto quello che sta operando la Corte Costituzionale: non c'è dubbio che essa, con molte sue sentenze, incide nella famiglia (che è poi il problema fondamentale), temo senza troppo accorgersene o preoccuparsene, il che del resto è proprio dei giudici che non pensano al poi, trincerati dietro il noto aforisma dell'*adducere inconveniens*, con quel che segue. Nel profondo, io non posso approvare tutto ciò: ma positivamente questo significa che attraverso i mezzi giuridici normali si può arrivare a molte cose che noi neppure immaginiamo, si può arrivare persino al divorzio. E sarà sempre meglio che arrivarci attraverso il gioco della politica.

Il sacerdote Fotia ha parlato con molta veemenza, ma a un certo punto ha detto che la mia è una concezione eroica del matrimonio.

Condivido la sua diagnosi, anche se l'eroismo la rende antistorica. Veramente il matrimonio è una cosa eroica, che non si lascia ridurre a contratto o istituzione o altro schema giuridico. E per questa via si giunge — e concludo — alla sociologia, cioè a quello che ci ha detto il Prof. Leonardi e in definitiva anche il correlatore Prof. Ardigò. Si tratterebbe di questo, che dalle indagini sociologiche risulterebbe che il matrimonio, la famiglia sono oggi mutati. Il matrimonio fondato — come ieri accennavo in un breve prologo presidenziale — sulle vite parallele dei coniugi che non si incontravano mai se non nel fine

ultimo che è la famiglia, non esisterebbe più. Oggi le cose stanno diversamente perché il matrimonio riguarda più le persone che non la famiglia, le persone degli sposi che si avvicinano, cercano di comprendersi e via dicendo. Di qui la naturale (torniamo a questo fatale aggettivo) solubilità del matrimonio, poiché due sposi che non si sono compresi e non si comprendono più logicamente devono andarsene ciascuno per conto suo, precisamente divorziare.

Non si può immaginare cosa più paradossale di questa. I sociologi avranno ragione, ma noi giuristi dobbiamo dir loro che tale rilevazione annulla non solo il matrimonio, ma tutto il diritto. Il matrimonio infatti è proprio questo: che ti impone di restare, anche se tu non vuoi. Si può negare il matrimonio, ma se non lo si nega si deve accettare per forza che anche quando le due persone che hanno soggettivato, personalizzato il matrimonio, non vanno d'accordo, devono restare unite.

Se non fosse così bisognerebbe dire che aveva ragione il poeta romanesco (è un ricordo della mia infanzia): « Se ar monno non ce fusse il matrimonio — ma sai si quanta gente sposerebbe ».

[060]

MAGISTRATURA E COSTITUZIONE

I

Il caso Occorsio e l'art. 101 della Costituzione

1. - I fatti sono noti, perché i giornali ne hanno riempito le pagine: ma i *Quaderni* si dirigono a lettori ancor non nati, che ignoreranno l'esistenza delle nostre gazzette, come noi ignoriamo il giornale popolare di Cesare. E perciò converrà riprodurli.

Dunque, un certo signore o professore — è tutto lo stesso — Tolin pubblica un articolo nel periodico « Potere operaio », nel quale il p. m. di Roma dott. Occorsio ravvisa gli estremi dell'apologia di reato e dell'istigazione a delinquere (sequestro di persona, violenza privata, danneggiamento di fabbrica, resistenza alla forza pubblica etc. etc.). *Res miranda populo*, lo fa arrestare, lo rinvia a giudizio e nel giro di pochi giorni il Tribunale lo riconosce colpevole, e lo condanna al minimo della pena: 17 mesi.

Il fatto sarebbe passato in ordinaria amministrazione (o straordinaria solo per la celerità della giustizia) se subito dopo l'evento, il 30 novembre 1969, l'assemblea nazionale di « Magistratura democratica », una delle tre correnti in cui si divide l'Associazione Nazionale dei Magistrati, non si fosse riunita a Bologna e non avesse preso la seguente deliberazione:

« L'assemblea nazionale di Magistratura democratica riunita a Bologna il 30 novembre 1969, di fronte ai ripetuti recenti casi che hanno messo in pericolo in vario modo la libertà costituzionale di manifestazione e diffusione del pensiero e hanno provocato allarme ed apprensione nell' opinione pubblica e nella stampa, la quale ultima ha giustamente rilevato che i provvedi-

menti adottati hanno creato un clima di intimidazione particolarmente pesante verso determinati settori politici ai quali sono perciò negate quelle libertà;

« esprime la propria profonda preoccupazione di fronte a quello che non può apparire che come un disegno sistematico operante con vari strumenti e a diversi livelli, teso a impedire a taluni la libertà di opinione, e come grave sintomo di arretramento della società civile;

« chiede che i poteri dello Stato, ciascuno nell'ambito delle proprie attribuzioni, si impegnino con decisione per rimuovere le origini di tale fenomeno, mediante riforme legislative (abrogazione dei reati politici di opinione) e cambiamento di indirizzo nell'azione svolta, con particolare riguardo all'attività di vigilanza della pubblica sicurezza sull'esercizio delle tipografie;

« chiede che l'Associazione nazionale magistrati indica, nel più breve tempo possibile, un convegno nazionale per dibattere i temi di questo ordine del giorno ».

In seguito a questa deliberazione il dott. Occorsio presentava le dimissioni dall'Associazione, come segno di protesta contro l'indebita ingerenza nell'esercizio della giurisdizione. Il fatto improvviso ed insolito (ch'io sappia, in Italia dal '45 in poi non vi è stato che un solo caso di dimissioni, e sono state le mie da preside della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Roma) gettava un certo scompiglio nelle file dei magistrati: i dirigenti dell'Associazione cercavano di salvarsi attribuendo a un equivoco l'interpretazione del dott. Occorsio, perché i convenuti a Bologna avevano inteso solo difendere la libertà di stampa e con la libertà di stampa la libertà di manifestazione di pensiero. La singolare giustificazione ovviamente aggravava la posizione dei difesi, tanto che non tardarono a sopraggiungere dimissioni su dimissioni, un'autentica *degringolade*, che ha messo in crisi l'Associazione. Come si risolverà questa crisi non ci interessa.

2. - Interessa invece soffermarci a meditare sull'evento, perché esso ci consente di completare i discorsi che già abbiamo fatto in questi *Quaderni* sulla ormai ventennale contesa tra i magistrati italiani, che al povero cittadino sembra, e invece non è, una batracomiomachia, non diversamente del resto da tutta la battaglia politica o pseudopolitica del nostro paese.

E, da quegli spiriti liberi che siamo, ci proponiamo il quesito da che parte stia la ragione, da quella dei protestatari bolognesi o da quella del dott. Occorsio. Ebbene, mi dispiace per quest'ultimo, che gode naturalmente tutte le mie private simpatie perché ha fatto quel che doveva fare, ma la ragione sta dall'altra parte, dalla parte dell'Associazione alla quale egli aveva aderito. Non stiamo a sofisticare su questa o quella corrente, tanto più che non so a quale delle correnti il dott. Occorsio aderisse: le correnti sono fatti interni, e chi accetta di far parte di una associazione, come di un partito, che poi è una associazione, l'accetta integralmente e ne assume le indissociabili responsabilità. Ora, se si legge attentamente la deliberazione dell'Assemblea bolognese e la si confronta con tutto quello che hanno scritto e detto i componenti dell'Associazione (richiamo il volume del *Ponte*, la mia critica nel primo *Quaderno*, pag. 66, e la cortese polemica col presidente Marini, nel secondo *Quaderno*, pag. 91) non si può onestamente disconoscere che il linguaggio è assolutamente identico, e che la protesta dell'assemblea contro l'azione giudiziaria del Dott. Occorsio non è altro che l'applicazione della teoria al caso concreto. Quando si legge (pag. 736 del *Ponte*) che « l'apparato statale è ancora paternalista, la polizia certe volte dà l'impressione di continuare a credere che i cittadini abbiano bisogno di legnate anziché di protezione, *la Magistratura raramente si interessa delle notizie inqualificate di reato*, cioè delle denunce di stampa, e troppo spesso, si ha l'impressione, incrimina per calunnia chi si lamenta di aver subito angherie da parte dei pubblici poteri. *Appare strano che ogni adunata sia sediziosa, che i cortei, le proteste di massa, sane e vitali manifestazioni di ogni vera democrazia, finiscano*

regolarmente sul banco degli imputati » etc.; quando si legge questo, si deve concludere necessariamente e onestamente che l'assemblea bolognese non ha fatto altro che applicare e portare alle sue logiche conseguenze la ferrea legge della Associazione.

E allora io dico, senza paura di essere smentito (tutto quello che si può opporre alla mia affermazione sono cavilli e *distinguo* destituiti di ogni valore) che le leggi di una associazione, qualunque essa sia, dalla mafia ai partiti alle associazioni di beneficenza, devono essere osservate da chi ad essa aderisce. Il mio spirito calvinista arriva a ritenere che non è nemmeno lecito uscire dall'associazione: ci si deve pensare prima. Ma, a parte questo, non vi può essere dubbio che operare contro quelli che sono i principi e gli scopi vitali dell'associazione è un tradimento, e nulla è più « tradimento », lo hanno detto in modo esplicito i convenuti bolognesi, e in modo non meno esplicito quei dirigenti che hanno cercato di deformarne l'indeformabile pensiero, aggravando la situazione, che portare sul banco degli imputati un martire del « libero pensiero », cioè del comune pensiero degli associati. Mi dispiace per il Dott. Occorsio, ma egli ha tradito, e le sue dimissioni non hanno alcun valore. Egli doveva essere espulso: dall'Associazione, perché questa, nonostante le apparenze, è composta di tranquilli borghesi; da qualcos'altro, se si fosse trattato di una onorata società, o anche di politici sul serio, come abbiamo visto e come non è escluso che vedremo.

3. - Il lettore avrà inteso che questo discorso non è fatto per il gusto di un commentino a un episodio che in fondo ha un valore relativo, e forse sarebbe passato inosservato se non fossero sopraggiunte le bombe di Milano e di Roma a dargli sapore. Lo scopo preciso è quello — del resto teorico — di porre sul tappeto il problema della legittimità costituzionale delle associazioni dei magistrati, di qualunque tinta e di qualunque colore. Il dubbio non è nuovo: fu sollevato da qualcuno, credo, al Congresso di Torino, ma con argomenti che non mi sono sembrati rigorosamente giuridici. Il caso Occorsio consente invece

di impostarlo giuridicamente, e quindi di dare al problema una soluzione concreta ed attuale.

Il punto di riferimento è, come ben si immagina, l'art. 101 della Costituzione che nel secondo comma stabilisce che i giudici sono soggetti soltanto alla legge. Io non so con precisione se i costituzionalisti abbiano studiato attentamente questa norma. Nello Statuto albertino e nelle vecchie costituzioni preunitarie essa non era formalmente contenuta: si ricavava da disposizioni collaterali e indirette. Comunque quel che interessa è che nella sua origine essa era essenzialmente diretta ad affermare la limitazione dei giudici di fronte alla legge, ad affermare la assoluta esclusiva supremazia di questa. La protezione del giudice di fronte a poteri soverchianti non entrava nemmeno in questione: e la prova se ne ha nel sistema delle responsabilità che avviluppava il giudice nell'esercizio delle sue funzioni. (Ricordiamo il volume di Nicolini, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane*). La nostra Costituzione alla generale e comune formula « sono soggetti alla legge » ha aggiunto un avverbio « soltanto », e questo fa pensare che il legislatore abbia avuto presenti timori o ricordi più o meno immaginari, abbia risentito del periodo in cui la gente nuova o rinnovata concepiva polemicamente l'idea della democrazia (infatti le sole costituzioni in cui appare questa deformazione del principio di legalità appaiono quelle del periodo quarantottesco). Comunque sia, appare indubitabile che l'essere « soggetti alla legge », con o senza avverbio, se non può escludere la soggezione alle forze di fatto che premono sui giudici come premono su qualunque amministratore o su qualunque persona privata, esclude la soggezione al vincolo che deriva dal volontario inserimento in una associazione il cui piano programmatico incida sulla funzione che il giudice è chiamato ad esplicare. Tra il giudice e la legge si inserisce in questo caso un'altra « legge » che non è certo quella cui la formula si riferisce: la legge della associazione, che non può pertanto non risultarne incostituzionale.

So bene che molti amici giudici strilleranno come aquile, e

mi opporranno il solito argomento che non può peccare contro la Costituzione chi vuol l'attuazione della Costituzione. A questi amici io potrei limitarmi a opporre il caso Occorsio: ma voglio anche aggiungere che, a parte la solita ipocrisia degli slogan parapolitici, i giudici hanno un solo modo di concorrere ad attuare la Costituzione ed è quello di operare e bene operare nell'interno della loro funzione. Questo è il vero problema: ma è un problema difficile da risolvere, come tutti i problemi in cui è impegnata l'esistenza stessa dell'individuo.

II

Un organo incostituzionale della Costituzione

Che la Costituzione possa essere incostituzionale io lo credo fermamente. Le vestali accademiche e politiche grideranno naturalmente alla mia ignoranza, che pienamente riconosco. Ma che nel fluttuare della storia, nel sostituirsi rapidissimo e progressivo al quale assistiamo di un altro individuo all'individuo presupposto dalla costituzione, mantengano valore i principi che questa propone, potrà darsi che sia giuridicamente esatto, ma è anche giuridicamente finto. Una finzione per altro che viene assunta dall'*altro* individuo come un terribile mezzo di eversione, per distruggere la libertà in nome della libertà. Onde, appunto, l'incostituzionalità della Costituzione.

Sembra un paradosso, ma quel che è avvenuto, che sta avvenendo in questi giorni, al Consiglio Superiore della Magistratura, dimostra che siamo nella più tragica delle realtà. Dimostra ancora che non basta che un organo sia previsto dalla Costituzione perché esso sia costituzionale: bisogna che esso operi nei limiti e nello spirito fissati dalla Costituzione, altrimenti è decisamente incostituzionale, e deve essere o modificato o soppresso.

L'occasione di questo discorso sembra futile, e invece non lo è. Si tratta della inaugurazione dell'anno giudiziario.

a) *I fatti.*

Il 14 novembre 1969 la Commissione referente del C.S.M. per la riforma giudiziaria e l'amministrazione della giustizia approvava il seguente ordine del giorno da sottoporre all'approvazione del Consiglio.

« La Commissione speciale referente per la riforma giudiziaria e l'amministrazione della giustizia,

dato atto che alcuni componenti della Commissione stessa hanno sostenuto l'opportunità che il Consiglio Superiore della Magistratura non disponga che il Procuratore Generale presso la Suprema Corte di Cassazione ed i Procuratori Generali presso le Corti di Appello riferiscano nell'Assemblea generale delle Corti per la cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario, sull'amministrazione della giustizia, per i seguenti motivi:

a) per il carattere non democratico che sarebbero venuti ad assumere i discorsi inaugurali,

b) per la solennità delle cerimonie, in cui detti discorsi vengono pronunciati, che contrasterebbe con l'attuale situazione della giustizia in Italia,

dato atto, altresì, che altri componenti della Commissione hanno affermato invece che le relazioni sono dirette unicamente ad informare la collettività sullo stato dell'amministrazione della giustizia in Italia e nei diversi distretti e che pertanto la pubblicità data a tali relazioni con i discorsi risponderebbe all'esigenza democratica di informazione dei cittadini,

dà atto, peraltro, che tutti i componenti della Commissione — nel caso che il Consiglio deliberi di disporre che dette relazioni vengano fatte in sede di cerimonia inaugurale — concordano sulle seguenti esigenze:

a) di evitare che dette cerimonie si tengano con il consueto fasto;

b) di far sì che i discorsi vengano mantenuti nei limiti di una semplice relazione sulla situazione della giustizia;

c) di assicurare attraverso gli inviti la massima democraticità delle inaugurazioni;

e propone pertanto

sempre nel caso che dette relazioni vengano esposte in sede di cerimonia inaugurale che il Consiglio Superiore della Magistratura deliberi:

1) di invitare i Procuratori Generali ad attenersi nelle relazioni al criterio di una informazione sulla situazione della giustizia;

2) di invitare i Capi delle Corti ad escludere dalle cerimonie ogni elemento di fasto (uso della toga rossa, intervento dei carabinieri in alta uniforme, corteo con mazziere, ecc.);

3) di invitare i Capi delle Corti ad assicurare la partecipazione non solo delle autorità, ma di tutti i settori interessati all'amministrazione della giustizia (operatori economici, sociali, sindacati, ecc.), per realizzare la massima democraticità della inaugurazione;

4) di non inviare in forma ufficiale i propri rappresentanti alle cerimonie di cui sopra;

5) di invitare tutti i componenti del Consiglio Superiore della Magistratura, se lo ritengono e nei limiti delle loro possibilità, a partecipare a titolo personale a dette cerimonie, nonché ad eventuali controinaugurazioni che si dovessero organizzare nei diversi Distretti e ciò per acquisire tutti gli elementi utili per un più efficare lavoro del Consiglio stesso ».

Il 20 novembre il C.S.M. prendeva in esame il predetto o.d.g. ma *non lo approvava.*

Approvava, invece, la proposta di deliberazione che qui si trascrive:

« *Il Consiglio Superiore della Magistratura*

delibera

a) di autorizzare il Procuratore Generale presso la Corte Suprema della Cassazione e i Procuratori Generali presso le Corti d'Appello a riferire sull'amministrazione della giustizia nell'assemblea generale per la cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario;

b) di richiamare l'attenzione dei Procuratori Generali sul contenuto di tale relazione che, a norma dell'art. 88 dell'ordinamento giudiziario, deve essere diretta esclusivamente ad una *completa* informazione sullo stato dell'amministrazione della giustizia nelle rispettive circoscrizioni mediante richiami obbiettivi ed esposizione dei dati e fatti più significativi;

c) di invitare i Capi di Corte a far sì che l'inaugurazione avvenga con la massima sobrietà, estendendo gli inviti a tutti i settori interessati all'amministrazione della giustizia;

d) di invitare suoi componenti alle inaugurazioni dell'anno giudiziario, segnalando agli stessi l'opportunità di partecipare a titolo personale ad eventuali collaterali manifestazioni rese note tempestivamente, che

si svolgano sotto la forma di un civile e democratico dibattito sui problemi della giustizia ».

b) *Le norme.*

Le norme dell'ordinamento giudiziario (1941) sulle inaugurazioni dell'anno giudiziario sono le seguenti:

Art. 88. — « Il Ministro di grazia e giustizia può disporre che il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione e i Procuratori Generali presso le Corti d'Appello riferiscano nell'Assemblea generale di tutte o di alcune corti, per la inaugurazione dell'anno giudiziario sull'amministrazione della giustizia ».

Art. 89. — « ... L'assemblea si riunisce in forma *pubblica e solenne* per ascoltare la relazione del Procuratore Generale nel caso indicato nell'articolo precedente ».

Con il D. P. R. 16 settembre 1958 n. 916, art. 41, fu poi stabilito che la facoltà prevista dall'art. 88 dell'ordinamento giudiziario è esercitata dal Consiglio Superiore (della Magistratura).

Bisogna per un momento soffermarsi sull'art. 88 e sulla sua successiva modifica per ricordare agli ignari quanto democratici membri del C. S. che l'art. 88 dell'ord. giud. era stato introdotto dal fascistissimo legislatore del 1941 per umiliare i procuratori generali e la magistratura in genere. Infatti il corrispondente art. 95 dell'ord. giud. del 1923, diceva: « Nella prima udienza del mese di gennaio, il procuratore generale rende conto, nella pubblica assemblea generale della corte alla quale è addetto, del modo con cui la giustizia fu amministrata in tutta la circoscrizione territoriale della corte. Nota quindi in camera di consiglio gli abusi che fossero invalsi e fa le requisitorie che giudica convenienti pel bene del servizio, sulle quali la corte deve deliberare ».

Come si vede, era, come doveva essere, la legge a stabilire queste cose, senza tramite di alcuna burocrazia. Orbene, quel legislatore del '58, credendo gloriosamente di fare opera di restaurazione democratica, trasferì al Consiglio Superiore il po-

tere del ministro, e non si accorse che in tal modo faceva la riconsacrazione della legge fascista, perché manteneva la minorazione dei procuratori generali e della magistratura, dato che ministro o Consiglio Superiore, sempre di una licenza si tratta.

Già con questo, dunque, il Consiglio Superiore dimostrava quanto meno la sua ignoranza: se fosse stato veramente un organo costituzionale avrebbe sollecitato l'immediato ristabilimento dell'art. 95 ord. giud. 1923. Ma lungi dal far questo esso si è dato a sopprimere le leggi esistenti e a crearne di nuove, attribuendosi poteri di stabilire come devono riunirsi le assemblee, quando è la legge (art. 88 su riferito) che lo stabilisce, e precisamente vuole che avvengano in forma solenne, cioè nella forma stabilita dagli artt. 161, 162, 163 del reg. gen. giud. Infinitamente peggio: si è dato a prescrivere il tema ai procuratori generali, e da ultimo ha autorizzato i propri componenti a partecipare a « collaterali manifestazioni », cioè alle famose controinaugurazioni di cui abbiamo avuto l'anno scorso allegri saggi proprio sotto il monumento di Camillo Benso, conte di Cavour, a Roma.

Il giurista che osserva queste cose ha il dovere di dire — dimenticando ogni giudizio di valore — che il Consiglio Superiore della Magistratura ha agito incostituzionalmente, si è comportato come un organo incostituzionale, e poiché non si tratta ovviamente di un episodio isolato, deve essere soppresso. Chi lo può sopprimere? Ce lo dicano i costituzionalisti, che son tanto bravi. Qualcuno ci deve pur essere che custodisce i custodi. Naturalmente non sono così ingenuo da pensare che queste cose possano avvenire nel nostro paese. Ma c'è un modo molto più semplice di sopprimere gli organi che operano incostituzionalmente ed è quello di infischiarsi di quello che fanno. Ma è semplice davvero?

c) Il merito.

Risponderemo in altra parte di questo stesso *Quaderno* a questa domanda. Ora converrà concludere il discorso con una

breve considerazione sulla sostanza delle cose. Al lettore non sarà sfuggito che si tratta di uno dei soliti episodietti di contestazione del vertice della magistratura, del sistema piramidale e via dicendo. Ci asteniamo dal guardar le cose sotto questo profilo (v. comunque *Quaderni* I e II, sopra citati), perché qui non si fa della politica, o almeno di questa politica. Neppure esprimiamo il rammarico che queste levate di scudi non si siano fatte sotto il regime fascista, quando l'eroismo era caduto in una momentanea oblivione. Ciò che invece il giurista si deve chiedere è se sia giustificata, *sub specie juris*, la cerimonia inaugurale dell'anno giudiziario.

Ora, a parte... il diritto comparato (*God save the Queen*, e anche le parrucche dei magistrati e degli avvocati inglesi) io credo di non dover fare altro che riprodurre alcune parole che ho scritto dopo aver assistito alla inaugurazione dell'anno giudiziario a Genova, e ascoltato la relazione del procuratore generale Petrocelli (*Riv. Trim.*, 1959, pag. 252: v. anche nella stessa rivista, 1958, pag. 247):

« ... Certo è che queste grandi adunate giudiziarie, con tutto lo scetticismo che sempre suscitano le forme dell'umana commedia, incutono rispetto: e pieno di rispetto mi sono sentito, non solo nel passare tra le due file dei carabinieri disposte lungo la scalea (guarda com'entri e di cui tu ti fide, parevano dirmi), ma nel vedermi dinnanzi il grande coro delle toghe rosse, con la sola toga nera del procuratore generale. Il quale procuratore generale, come si sa, è il vero protagonista della cerimonia. È lui che fa la relazione sulla amministrazione della giustizia: singolarissimo fatto anche questo, perché in definitiva la giustizia non l'amministra lui, ma i giudici che stanno impassibili ad ascoltarlo. È inutile dire che questo fatto passa di solito inosservato, perché le relazioni sono spesso apologetiche, vale a dire la distinzione tra procuratore e giudice si dissolve in un rapporto meramente formale e in un sostanziale ossequio... Ma quando il procuratore va per la sua strada, e nella sua relazione annuale mette in risalto le luci, sì, ma anche le ombre della giustizia, allora si intuisce la profonda saggezza della esperienza giuridica, che organizza dialetticamente il giudizio, ed esprime dal suo seno il giudice e l'antigiudice, se così è lecito dire... ».

[071]

L'unico difetto di questo discorso è che esso è diventato forse un po' difficile. Ma non si può dubitare che esso mette in luce una verità costituzionale, e cioè che appartiene all'officio della magistratura, la quale amministra la giustizia in nome del popolo, e quindi al « procuratore » del popolo, rendere conto a questo, e non al Consiglio Superiore, del suo operato, e anche del suo non operato, di come cioè abbia osservato o non osservato la legge cui è soggetta. La relazione è un fatto, sotto questo aspetto, costituzionale (e non per nulla interviene alla cerimonia, e non da invitato, il capo dello Stato): perciò si colloca fuori della costituzione l'organo costituzionale che pretenda sopprimerla.

VOCI ED ECHI

I

Nel Foro amministrativo *del settembre 1969 è apparso un articolo del dott. Federico Spantigati ispirato dalla lettura del primo di questi* Quaderni. *È un articolo che giudico di grande interesse, e mi duole di non poterlo qui riprodurre. Pubblico invece, per completezza di informazione, una postilla richiestami dalla Rivista.*

Destino del giurista

Il *Foro amministrativo* mi ha pregato di scrivere una « risposta » alle meditazioni che i miei *Quaderni del diritto e del processo* — e in genere la mia opera — hanno ispirato al giovane Spantigati. Credo che sarebbe stato meglio affidare al lettore il compito di rispondere: le postille tolgono la immediatezza dell'impressione, e in definitiva sanno di sopraffazione, cioè violano il principio del contraddittorio. Accolgo perciò l'invito del *Foro amministrativo* senza spirito polemico, per chiarire a me stesso alcune cose, o per meglio fissare i termini dei futuri discorsi, se mai si faranno.

Spantigati dice di me cose che, se io fossi di questo mondo, mi lusingherebbero moltissimo: ma poiché non lo sono, o lo sono sempre meno, le passo sotto silenzio. Quel che conta è, come al solito, il giudizio finale, che è severissimo, il più severo che si possa dare. Esso si articola in due motivi fondamentali: la negazione, che io faccio o farei, del giurista politico (l'esclusione della politica dal diritto), e il mio cupo, gelido individualismo, la mia

incomunicabilità. Sono due motivi completamentari, evidentemente: perché la politica nel giurista è il vivere nel proprio tempo, cioè in comunione con gli altri. Agli altri io opporrei me stesso, e non la superbia della mia individualità, ma il vuoto della mia solitudine; con parola o con pensiero russo, la mia « inutilità ».

Comincio da quest'ultimo punto. Che i miei *Quaderni* o la mia opera abbiano determinato una così profonda reazione in un giovane come lo Spantigati dovrebbe essere una smentita alla sua dolente accusa. Nessun uomo di pensiero (posto che io lo sia) potrebbe volere di più, perché il più non esiste. Eppure, la qualificazione di uomo inutile non è nuova, per me. Tanti anni fa, quando cercavo vanamente di pubblicare il *De profundis*, un editore impegnato mi rispose per bocca del suo lettore: lei è il tipico assente; e mi rifiutò il libro. Ci deve essere dunque qualcosa di vero, o che almeno si presta a questa interpretazione, in ciò che scrivo e vivo. E del resto il dubbio incombe continuamente su di me, mentre scrivo e vivo. Ma non basta essere giudicato e riconoscersi uomo inutile: il problema è quello dell'alternativa. Quale è l'alternativa dell'uomo inutile?

Spantigati sembra indicarlo con queste parole (e così si passa all'altro motivo della critica): « La qualità essenziale per il giurista che a Satta manca è quella di politico: cioè, per il giurista, intendere il corso della storia e le forze che sono presenti nella società, e modellare i concetti giuridici in relazione ad esse ». Nelle more di questo nostro incontro è uscito il secondo dei miei *Quaderni*, che è direttamente o indirettamente dedicato a questo problema, e non so cosa lo Spantigati ne penserà. Ma intanto io mi piego sulla frase che ora ho riferito, e cerco ansiosamente di penetrarla, per trovare la soluzione del mio caso, che è poi il caso di tutti i giuristi. Disgraziatamente la mia ansia non trova appagamento. È chiaro infatti che la ben costruita frase può essere intesa in un duplice opposto senso: uno è quello che giustifica il conformismo giuridico, l'altro quello che esalta la libertà del giurista. Questa equivocità dipende dalla stessa equivocità dei ter-

mini storia, forze, società, che possono essere intese nella loro manifestazione episodica, di mero fatto, o in qualche cosa di diverso, di immutabile nella perenne mutevolezza, quel che si dice un valore.

Tutti i tempi presentano questa ambiguità, perché la cieca volontà di vivere, per tenersi a Schopenhauer, è in conflitto col valore, è la negazione essenziale di esso. Ma il tempo che ci è stato assegnato la presenta in modo superlativo, per una infinità di ragioni, al punto che addirittura l'ambiguità sembra venir meno, ponendosi la stessa cieca volontà come un valore, anzi l'unico valore. È chiaro che se così fosse (come emotivamente siamo portati a ritenere) io e Spantigati potremmo andarcene a braccetto a piangere o a ridere su noi stessi. Ma io non credo che sia così, e non lo credo non per ragioni metafisiche, come potrebbe sembrare, ma perché l'uomo ha concepito la vita come storia, nell'opposto senso. Il solo fatto che l'uomo abbia potuto concepire la sua vita come storia è la testimonianza che la vita stessa ha, o meglio è un valore. E lo stesso discorso può farsi per il diritto, che non è altro che storia. L'ambiguità fatalmente si riproduce.

Bisognerebbe, per rendere più facile il discorso, descrivere nelle sue infinite manifestazioni (ma in fondo monotone) questa cieca volontà che si pone come un valore. Basta del resto aprire il giornale per rendersene conto. Ma quel che importa per il nostro discorso è l'atteggiamento che il giurista deve assumere di fronte a questo stato di cose, vale a dire che cosa comporti nel concreto il compito che Spantigati con la frase riferita gli assegna. Deve assumere come suo metro la cieca volontà di vivere, accettarla come storia, e modellare i suoi concetti e se stesso su di essa? È una possibilità: anzi è purtroppo una viva realtà, e la scuola, la giustizia, l'amministrazione non fanno oggi che secondarla, prendere legge da essa. Oppure deve affermare la storia e con la storia il diritto, cioè i valori della vita che in queste parole si comprendono? Io affermo che solo seguendo questa via il giu-

rista rimane giurista: e non resta estraneo alla politica, ma fa la sola politica consentita al giurista.

Non c'è dubbio che Spantigati è nel vero quando rileva la mia solitudine. Ma non ha ragione quando parla di un « bisogno individualistico di solitudine », cioè in pratica di negazione dell'*altro*. La solitudine del giurista è il prezzo che egli paga alla cieca volontà di vivere, la condanna che questa gli infligge. Chi afferma un valore, la vita, il diritto come valore, resta solo. Ma è una solitudine apparente: c'è sempre qualcuno (e può essere lo stesso Spantigati) che è con lui. Forse sarà bene rileggere le *Lettere dalla prigionia* di Tommaso Moro.

Dove lo Spantigati ha ragione, e mirabilmente la esprime, è quando dice che « il giurista che vuole insegnare oggi il diritto a quelli che mirano a costruire una nuova società non deve scrivere da solo [con riferimento ai miei solitari *Quaderni*], anzi al limite non deve scrivere affatto ». Qui c'è qualcosa di terribilmente vero, e io lo sento continuamente, mentre scrivo, anche queste poche parole. Solo che l'alternativa non sono gli scritti degli altri, come pensa Spantigati. L'alternativa è la carità, l'analfabeta carità, con la quale soltanto, e non con i concetti giuridici, « si modella la società futura », si vince la cieca volontà di vivere. Sotto questo profilo, siamo tutti veramente uomini inutili, e scriviamo o leggiamo inutili cose.

II

Satta uno e trino

Nella rivista *La Magistratura* (n. 3-4-5 del 1969) il dottor Remo Smitti (che deve essere un giudice) ha pubblicato un articolo dal titolo pirandelliano « *Satta uno e due* ». Scopo dichiarato dell'articolo è quello di segnalare, apparentemente al di fuori di ogni polemica, le contraddizioni tra quel che avrei scritto specialmente intorno all'organizzazione burocratica e piramidale della magistratura, con la Cassazione in testa, nella prefazione alla

prima edizione del mio Manuale di diritto processuale, e quel che ho detto nella recente relazione ravennate su « *Il giudice e la legge negli interni contrasti della magistratura italiana* », pubblicata in varie riviste, e da ultimo inserita nei *Quaderni del diritto e del processo*, ed. Cedam, fasc. I, 1969. La critica, o l'accusa, procede dalla paternità spirituale del loro movimento, che, proprio per quel che ho scritto nel Manuale, i magistrati democratici mi vanno da tempo attribuendo, e dalla conseguente delusione per il mio successivo atteggiamento. Ho già espresso il mio pensiero su queste singolari ragioni: ma vedo che debbo ancora mettere a punto le cose. E lo faccio assai volentieri.

E come prima cosa mi consenta il dott. Smitti di riprodurre quel che ho scritto nella settima edizione dello stesso Manuale, che reca la data del 1967 (venti anni dopo). Gettando come al solito uno sguardo sul mondo, o sul nostro piccolo mondo, dicevo: « E veniamo rapidamente alla magistratura. Qui c'è un allegro fatto personale da raccontare, e non dirò altro. Chi legga una delle prefazioni alle precedenti edizioni (qui riportate) vede che, in un accesso di illusione nella mia battaglia contro il formalismo, io avevo criticato il sistema c.d. piramidale dell'ordinamento giudiziario, e avevo esortato i giudici a rendersi liberi dallo spirito di carriera, che corrisponde su per giù a quel che sopra ho detto della scienza ufficiale. Sante parole. Ebbene, tutti sanno che cosa è avvenuto: la scissione interna della magistratura, il tiro a segno contro la Cassazione da parte dei magistrati inferiori, le pressioni concomitanti sulla composizione del Consiglio Superiore, la distillazione di progetti di ogni colore politico; ma forse non tutti sanno che quelle mie sante parole sono state invocate a sostegno di siffatte riforme. Si può immaginare un destino più bizzarro? Neanche il pensiero di Mao ha avuto tanta fortuna. E nessuno ha capito che il solo modo di distruggere la piramide è quello di uccidere i Faraoni, il faraone che ogni giudice, alla base o al vertice, porta con sé e che tutti noi abbiamo costruito con i tasselli dei nostri concetti, delle nostre astrazioni, disumanizzandolo, rendendolo indifferente alla vita, e quel che è peggio

rendendo la vita indifferente verso di lui e i suoi problemi, quando pur non gli è ostile come un ingombro ».

Probabilmente non ci sarebbe da aggiungere altro. Ma forse la mia parola è troppo ornata, e bisogna parlare più semplice. E allora dirò che male ha fatto il dott. Smitti a « non criticare punto per punto lo scritto del Satta » perché se lo avesse fatto sarebbe emersa la differenza tra quello che era ed è il mio pensiero e quello dei giudici democratici, espresso nel numero del *Ponte*: la trasformazione o la soppressione del sistema burocratico e piramidale è per me un punto di arrivo, non un punto di partenza, proprio il rovescio cioè di quella che è per i giudici che amano chiamarsi democratici. E punto di arrivo significa che i giudici devono conquistarsi la loro libertà interiore (che è frutto di cultura, ma non di questa soltanto: anzi la cultura è una minima componente) per assolvere a una funzione che nella sua essenza non conosce gerarchie; mentre punto di partenza significa proporre niente altro che un'istanza politica eversiva, una delle tante contestazioni che rendono allegra, se non divertente, la vita del nostro paese. Questa è la mia idea di ieri e di oggi: e non vi è quindi un Satta uno e due, ma se mai un Satta uno e trino, creatore di un mondo immaginario retto, ahimè, da una immaginaria giustizia.

Poiché io sono un giurista non potrò mai aderire, in quanto tale, a istanze politiche di nessun genere, e quindi non vi è contraddizione in quel che ho detto e dico. Aggiungo, che se contraddizione vi fosse, tanto peggio sarebbe per i giuristi democratici, perché ciò significherebbe che dal 1948 (1ª edizione del Manuale) a oggi le cose sono mutate, e non è più nemmeno consentita la speranza. Lo scadimento delle istituzioni è tale (nessuna esclusa) che oggi io mi convinco che unico presidio di libertà sia la tradizione e il mantenimento dei valori che si compendiano nel nome di tradizione: e certamente la Cassazione oggi assolve a questo severo compito, rendendosi impopolare presso i progressisti di non si sa quale progresso.

Così come mi rendo impopolare io, nella mia modesta opera.

Ma che fare? Ciascuno nasce con la sua vocazione. Quel che mi dispiace è che il Dott. Smitti abbia attribuito all'età, cioè all'arteriosclerosi, il mio atteggiamento. Questo è poco gentile, per non dire poco educato. Ma più mi dispiace che l'abbia alternativamente attribuito a una posizione accademica conquistata e da difendere, a un trono o, come si dice, a una baronia. Può star sicuro che se questo fosse vero sarei un giurista democratico, e ci troveremmo pienamente d'accordo.

III

Singolari idee sul metodo

Nella *Rivista di diritto processuale*, 1969, pag. 62 il De Fina ha dedicato un lungo articolo alla mia opera. Il Liebman ha aggiunto una postilla nella quale si esprimevano alcuni giudizi, e si cercava di giustificare quello che egli e la venerabile confraternita dei processualisti chiamano il « rifiuto » delle mie idee. Io ho a mia volta risposto con un articoletto intitolato « A proposito di diritto e giurisdizione » (stessa Rivista, pag. 265), e il Liebman ha aggiunto una subpostilla di replica. Tutto questo il lettore può leggerlo là dove si trova. E io non ne avrei parlato, se non per farne un cenno bibliografico, se il Liebman non avesse scritto la seguente frase:

« Vi sono certo dei problemi che sono sempre attuali, ma quando la risposta che vi hanno dato " i nostri padri " appare tuttora soddisfacente, perché non accettarla? Dovrà pure anche il diritto processuale crescere e diventare adulto, con la rinuncia a rimettere in discussione ogni cinquant'anni i suoi concetti fondamentali ».

Quel « dovrà pure anche il diritto processuale crescere e diventare adulto con la rinuncia a rimettere in discussione ogni cinquanta anni i suoi concetti fondamentali » è un capolavoro. Per molto meno il codice della strada commina il ritiro della patente. Come poi si possa rivolgere l'attenzione ad altri problemi etc.

etc. senza impegnarsi sui concetti fondamentali, resta un mistero. A meno che Liebman non ritorni senza volerlo alla vecchia e falsa distinzione tra conoscenza sistematica ed esegesi.

IV

Analisi di due giudizi (De Cupis e Brulliard)

Due giuristi, uno italiano e uno francese, hanno sentito il bisogno di prendere in esame, in ampi scritti, le idee da me sostenute, specialmente con riferimento ai *Soliloqui e colloqui*: il De Cupis, professore nell'Università di Roma, e il Brulliard, professore nell'Università di Parigi. Il primo, nella *Rivista di diritto civile*, 1969, II, 535; il secondo nei *Cahiers de la fédération nationale des conseils juridiques*, 1969, 54 e sgg. Entrambi sono estremamente lusinghieri per me: ma questo non conta nulla, e io li prendo in esame per valutare il loro apporto critico ai problemi nei quali ci troviamo tutti impegnati.

1. - Nell'articolo di De Cupis vi è una sostanziale consonanza di pensieri e di sentimenti con me. La discordanza è determinata da un unico fatto: che egli è giurista di estrazione civilistica, io sono giurista di estrazione processualistica. È una differenza molto importante, ma non è tale, a mio avviso, che non possa riportarci ad unità, trattandosi in definitiva di una questione di metodo. E in vista di questa unità (non solo con De Cupis, ma con tutti i giuristi-civilisti) formulo le seguenti osservazioni.

a) *Anticoncettualismo*. Su questo movente ispiratore della mia battaglia (quasi la via attraverso la quale sono giunto alle più profonde e radicali posizioni sulle quali De Cupis consente e non consente), l'accordo sembra integrale. Sembra, ma in realtà non è, o meglio è incrinato da una tal quale incertezza sul limite del concettualismo, dove cioè il concetto (legittimo) finisca e degeneri in concettualismo. Io vorrei spiegare a me stesso, e credo

di averlo una volta spiegato anche al recalcitrante Carnelutti, che non si tratta, in questa reazione, di contestare il concetto per se stesso, sul piano della logica, ciò che sarebbe un non senso, ma il concetto o i concetti giuridici, cioè la forma e la pretesa di conoscenza del diritto attraverso i concetti. È il concetto « giuridico » che è un non senso, perché è né più né meno che un preconcetto. Non esistono nel diritto concetti primitivi, come in matematica, esiste una esperienza, e se mai questa esperienza, cioè il diritto stesso, è l'unico concetto. Tutto il resto è una artificiosa razionalizzazione dell'esperienza, cioè è già concettualismo.

Questo sospetto a me era venuto in mente fin dai primi passi nei miei studi, quando mi trovai di fronte al concetto di atto giuridico, e alla sua distinzione dal negozio giuridico, con riguardo alla applicazione che se ne è voluto fare all'atto processuale. Osservavo allora (nell'*Esecuzione forzata* del 1937, pag. 90), che l'astratta fissazione dei requisiti dell'atto processuale nei tre elementi essenziali della causa, della forma e della volontà era inaccettabile, perché si trattava di elementi eterogenei. E precisavo che la causa e la volontà, a differenza della forma (che negli atti processuali legalmente è dovuta ad un terzo) sono rilevanti in quanto gli atti operino a carico della sfera giuridica dell'agente, tanto è vero che la mancanza di questi requisiti è invocabile non da chiunque, ma da chi vuole sottrarsi agli effetti sfavorevoli che l'atto ha prodotto nei suoi riguardi. L'equivoco della dottrina si riproduce (soggiungevo) nella distinzione tra atti giuridici e negozi giuridici, definiti i primi come azioni rilevanti per il diritto, i secondi come dichiarazioni o manifestazioni di volontà dirette a fini riconosciuti dal diritto, con l'importantissimo corollario, che giustificherebbe la scissione, per cui la volontà e i vizi della volontà avrebbero rilevanza per i negozi e non per gli atti. Non mi pareva e non mi pare dubbio che con questo ragionare si fondono nel termine unico di volontà due nozioni diverse e antitetiche. Quando infatti si dice dichiarazione di volontà si ha riguardo al contenuto dell'atto, quando si dice rilevanza della volontà e dei suoi requisiti si ha riguardo

alla volontà della dichiarazione qualunque essa sia, e cioè indipendentemente dal suo contenuto. Ora, non per tutte le dichiarazioni di volontà ha rilievo la volontà in questo senso, mentre ha o può avere rilievo per molte dichiarazioni o atti che non sono minimamente dichiarazioni di volontà. Così chiarita la relazione tra volontà e atto, appare come la dichiarazione di volontà, dal punto specifico dell'atto, perde come carattere differenziale la sua importanza. La volontà interessa infatti unicamente in quanto ha rilievo per l'interpretazione dell'atto; ma a dimostrare quanto in questo senso si sia distanti dalla volontà nell'altro senso, basta osservare che qui essa per così dire si obbiettivizza: non è più la volontà di chi compie la volizione, ma del contratto, così come non è del giudice, ma della sentenza, non del legislatore ma della legge la volontà di cui si parla nei rispettivi atti.

Rileggendo e ripensando queste cose mi convinco sempre di più che veramente ciò che non ha diritto di cittadinanza è il concetto giuridico, e che concetto giuridico e concettualismo finiscono con l'identificarsi. Il concetto giuridico è il diritto stesso, la norma, la concreta esperienza. Così, per far altri esempi, quando si pone il concetto di provvedimento giurisdizionale e lo si applica alla vendita forzata, traendone conseguenze logiche, ma inverosimili e irreali sul piano della interpretazione della volontà, come nella sentenza 9 dicembre 1966, FI 249. Concluderei pertanto, dopo le osservazioni fattemi con tanta finezza dal De Cupis, nel senso di un irrigidimento delle mie posizioni. I concetti giuridici o sono la concreta disciplina del rapporto, o sono niente. Che vi possano essere certi principi che valgano come generali, e possano essere affermati come generali, si può concedere: a patto che non si dimentichi mai la loro relatività. Altrimenti non si fa del diritto. Io credo che queste cose, che a me si sono rivelate empiricamente, e direi ascientificamente, sono le stesse che nella sua sovrana intelligenza ha visto Capograssi, là dove esamina appunto il valore, e prima ancora la legittimità dei concetti giuridici, il loro rapporto da un lato con

le posizioni particolari, dall'altro con la scienza. Rimando soprattutto al *Problema della scienza del diritto*, specialmente pag. 463 e sgg. del vol. II delle *Opere*. E spero con questo di aver chiarito in che cosa consista l'esigenza di rinnovazione del metodo, che naturalmente non può essere realizzata tutto d'un tratto.

b) Solo per un chiarimento accenno a due frasi che De Cupis mette in evidenza, con una certa apprensione: quella in cui io affermo che giurista è colui che dice sempre di no, l'altra in cui dico che il processo non ha uno scopo. È chiaro che questi non sono... concetti. Sono rappresentazioni ideali, e un poco romantiche, della realtà. Il giurista dice sempre (e non talvolta) di no alla vita che lo travolge con la sua azione, ed è questo il suo modo di partecipare alla vita. Il processo non ha uno scopo per lo stesso motivo che la vita è azione, e il processo è un arresto dell'azione. Naturalmente, da un altro angolo visuale, che è poi in definitiva lo stesso, solo il processo ha uno scopo, o lo scopo della vita è il processo, come prova abbondantemente... il giudizio finale. Ma queste sono eleganze di cui si può fare a meno.

c) Il punto centrale del discorso, e del dissenso, di De Cupis, è là dove egli mi attribuisce una specie di panprocessualismo (cosa che altri ha già fatto, e pertanto deve essere oggetto di meditata risposta), nel senso che io negherei l'esistenza della norma, cioè di un ordinamento oggettivo, che regola interamente la vita nella sua soggettività, per fissarmi solo sul momento del processo, prima del quale non esisterebbe nulla. Finemente osserva il De Cupis che se è vero che l'autore della norma non può prevedere l'azione concreta, tuttavia il collegamento colla norma c'è, perché l'astratto obbietto di questa è tale da ricomprendere virtualmente il concreto, ed essa condensa nella sua astratta formulazione il risultato di una complessa e storica esperienza del reale, la quale trova poi conferma e svolgimento nell'azione concreta (pag. 536).

Potrei ricordare che la complessa e storica esperienza del

reale si forma prevalentemente attraverso il giudizio, e il giudizio è storicamente anteriore alla norma. Ma questa non sarebbe una risposta, evidentemente. Dirò invece che se fosse vero quel che De Cupis mi attribuisce io sarei certamente nel torto, perché non avrebbe senso ridurre il diritto a un episodico processo, cui la norma è estranea. Il mio panprocessualismo, se mai esistesse, o potesse essere designato con questa formula il mio pensiero, sarebbe tale che ingloberebbe la norma, non la negherebbe, sarebbe cioè una concezione processualistica o dinamica della vita, che non dovrebbe incorrere nelle obbiezioni di De Cupis.

La verità è che è difficile per un civilista, sia pure così valoroso e benevolo come il mio critico, rendersi conto di quel che significa e ha significato l'idea della norma preesistente, cioè, per farla breve, la dottrina tradizionale. Mentre infatti i civilisti hanno potuto, e forse possono ancora, dispensarsi dai nostri problemi, nonostante l'inclusione nel loro codice della tutela dei diritti, noi abbiamo dovuto dar vita alla scienza più astratta e più formalistica che si sia mai potuto pensare, immaginando un doppio ordinamento, un doppio diritto, una doppia azione, una doppia realtà: un fenomeno di diplopia scientifica quale non si era mai visto. E non essendo naturalmente possibile nessuna comunicazione fra questi due mondi, perché l'astratto supposto come realtà non può comunicare con la (altra) realtà del concreto, conseguiva che per trovare una certa *liaison* bisognava costruire un giudice che accerta o dichiara la norma come qualcosa di esterno a lui, cioè l'altra realtà, il che al lume della logica appare inconcepibile, tanto è vero che doveva necessariamente sorgere il falso problema della sentenza ingiusta, che diventava niente di meno che costitutiva della realtà!

Al lume della critica da me condotta, e della sua origine, non si può disconoscere che quel che dice De Cupis con le frasi riportate (la norma comprende virtualmente il concreto etc. etc.) è esatto, ma si riduce a una finzione, che il giurista non può acco-

gliere nel campo del suo pensiero. Del resto, « virtualmente » cosa vuol dire?

Per riportare a realtà la finzione bisognava restituire all'ordinamento la sua unità, ed è quel che io ho tentato di fare. L'ordinamento, concepito nella sua unità e unitarietà, è dinamico, non statico (anzi doppiamente statico) e la sua dinamica è il perpetuo divenire dell'azione, la quale ha la sua legge nella norma, ma dà anche alla norma la sua realtà, indissociabilmente. Nel processo, la norma e l'azione cercano e trovano (per quanto è umanamente possibile) la loro realtà, quella stessa che prima e fuori del processo non era riuscita a determinarsi.

Per questo io ho anche parlato di creatività del giudizio, in opposizione alla finta dichiaratività. Ma in nessun momento mi sono sognato di pensare che la norma non esiste, che tutto è processo nel senso volgare della formula. Questo me l'hanno fatto dire i giudici politicamente interessati a farsi norma essi stessi, questo mi fanno dire gli scolastici tradizionalisti, interessati a *stare decisis*, cosa purtroppo non consentita all'uomo che pensa. Certo, con eleganza di dettato, De Cupis difende le posizioni tradizionali, parla di una scienza, appunto tradizionale, che corrisponde ai fini generali e alla struttura dell'ordinamento, tal quale è espresso dalla società in cui viviamo, al sentimento giuridico che postula la presenza immanente di un limite normativo, atto a guidare e disciplinare le azioni degli uomini in ogni momento della vita associata: e poi aggiunge che detta scienza non allevia eccessivamente la responsabilità del giudizio col trasferire l'impegno di esso in qualcosa che sta fuori dal giudice e non dipende da lui, poiché in verità permane assai grande la responsabilità della scrupolosa e sofferta ricerca di questa eterna realtà.

Ecco: il problema sta tutto qui, in questo « fuori del giudice », in questa « esterna realtà ». Dove si localizza questo fuori e questo esterno? Il problema della scienza e del metodo corre il rischio di diventare un problema di geografia...

2. - L'articolo di Brulliard contiene un amplissimo esame dei *Soliloqui*. Questo eminente e umano giurista presenta l'opera a un pubblico francese, cioè a un pubblico che è rimasto estraneo alle tendenze sistematiche che si sono sviluppate in Italia, sotto l'influenza della dottrina tedesca. Il fatto è estremamente significativo. Attraverso la bellissima prosa di Brulliard è un secolo di storia della scienza italiana che viene descritto, e questo è certamente il risultato migliore che io potessi attendermi dalla mia lunga e contestata fatica.

L'interesse maggiore dell'articolo è dato dal fatto veramente singolare e quasi paradossale che Brulliard accoppia nell'indagine la mia opera a quella di un giurista-sociologo francese, Carbonnier, il quale ha scritto un libro « *Flexible droit* », che io mi riprometto di studiare in vista del prossimo *Quaderno*. Carbonnier, secondo quel che riferisce Brulliard, osserva il diritto nella evoluzione o involuzione della società contemporanea: e rileva in questa l'affermarsi e l'estendersi dei fenomeni che egli chiama del « non diritto », cioè il tramonto del mito del pangiurismo; del « piccolo diritto », cioè del diritto soggettivo, e delle sue tristi vicende (del suo affievolimento, diremo noi); della dissacrazione dei tre pilastri fondamentali, la proprietà, la famiglia, il contratto. Studi di questo tipo, che in definitiva sono un prodotto della crisi che vive ogni paese, non sono insoliti in Francia, e tutti ricordiamo gli scritti di Ripert e di Savatier, per tacer d'altri. Anche l'Italia ha dato in questo campo splendidi frutti. Il problema di fondo è se in questa crisi il diritto dice ancora qualcosa, vale ancora qualcosa. E mi sembra che in questa domanda e nel tentativo di rispondere a questa domanda Brulliard trovi il punto comune che lo ha indotto ad accostare le due opere. La risposta è da un lato antitetica dall'altro comune, amabilmente scettica nello scrittore francese, rigida e calvinistica nello scrittore italiano, in entrambi dominata da un infinito amore per l'uomo, e dal bisogno di rendere umano il diritto, cioè di far penetrare la vita nelle sue forme e nelle sue formule, di impedire che la vita distrugga il diritto.

Chi avrà ragione io non so. Ciascuno segue il suo destino. Quel che è certo è che non si può studiare il diritto come lo si è studiato finora: ma sarebbe meglio continuare nella ristretta e formalistica visione piuttosto che cadere nel dilettantismo sociologico.

Comunque, ci sarà modo di riprendere il discorso, che è grave e difficile. Per finire mi piace annotare come in un taccuino, un pensiero di Camus che Carbonnier riferisce: Dostoievski è stato il profeta del XX secolo assai più di Carlo Marx, perché questi aveva solo predetto l'avvento del proletariato, mentre il primo ha annunciato il ritorno dell'inquisitore. *Qu'avez vous à déclarer? Qu'avez vous à confesser?*

V

Lettere private e pubbliche

I *Quaderni* mi fruttano (ed è il solo frutto in mezzo a tante preoccupazioni) molte lettere private. Sono in generale manifestazioni di giovani commossi per la fede che li sostiene, e che nei loro animi si traduce in fattiva speranza. È naturale, e più che naturale necessario, che queste lettere debbano restare private: sono i misteriosi colloqui che si stabiliscono nel *confessionnel du coeur*, come un tempo si diceva, e che nessuno va a raccontare. Quel che importa è che questi colloqui ci siano, che qualcosa lavori nel profondo, per non dire nel sottosuolo. Domani si vedrà, o vedranno gli altri o i figli degli altri, quando il nostro ronzio sarà cessato.

Ma tra le lettere private me ne giungono alcune che io chiamo pubbliche, non tanto perché chi le scrive pensa alla pubblicazione, quanto perché sono polemiche, agitano astratti problemi, mi chiamano in causa. È importante notare che di solito queste sono scritte da giudici, ed è in parte comprensibile date le convulsioni interne ed esterne di quella benemerita classe. Ne ho dato un saggio nel secondo *Quaderno* con la lettera del giu-

dice Marini (pag. 91). Queste lettere io penso sia opportuno far conoscere, con la mia risposta, perché chi le scrive opera attualmente nella vita, e non si può pensare al domani se non attraverso l'oggi.

Eccone una inviatami dal Pretore di Alessandria, Mario Garavelli.

Mi permetto di importunarLa perché, nella mia qualità di magistrato, direi di magistrato « democratico » se non temessi che questa aggettivazione mi rendesse subito sospetto, nella qualità, infine, di studente formatosi sulla prima edizione del Suo *Diritto processuale* della cui presentazione fui entusiasta lettore, siano chiariti alcuni dei significati della cosiddetta « contestazione » giudiziaria a cui Ella presta tanta acuta attenzione, a giudicare dai suoi *Quaderni* e soprattutto dagli interventi sulla *Rassegna dei magistrati* (mi riferisco particolarmente alla comunicazione ravennate del 1968).

Nell'articoletto che Le allego, pubblicato sulla *Magistratura*, sono sviluppati alcuni punti. Quello che mi preme qui sottolineare è il significato globale, la spinta ideale di base che anima i giudici cosiddetti progressisti (di molti dei quali non condivido, sia ben chiaro, né i comportamenti pratici né le impostazioni teoriche più clamorose, che sono in definitiva quelle di punte estremistiche ben individuate e largamente minoritarie): l'insofferenza dell'attuale modo di « gestire » il diritto, che ne fa non tanto uno strumento di dominio classista, come vorrebbero alcuni dei miei colleghi, quanto un burocratico, formalistico, anacronistico meccanismo che inceppa, più che non aiuti, lo svolgimento della vita sociale.

In questo senso il Suo insegnamento ha avuto un'influenza profonda, contribuendo notevolmente a formare un tipo di cultura giuridica incentrato, sulla scia di Capograssi e dei realisti americani, sull'esperienza e sulla dinamica concreta dei rapporti sociali anziché sulle creazioni concettuali tanto care alla tradizione accademica. La Sua concezione della risoluzione dell'ordinamento nella giurisdizione è la rivalutazione del giudizio rispetto alla norma astratta, è quindi, in definitiva, la svalutazione di certe posizioni giuspositivistiche che combattevo nel mio scritto.

Ella conoscerà certamente il bell'articolo che Le ha dedicato il De Fina (*Ordinamento e giurisdizione*, in « Riv. Diritto processuale », Gennaio-Marzo 1969). Ma vorrei farLe notare come la polemica (più contro di Lei che contro De Fina) risposta di Liebman (nello stesso fascicolo), ancorata al più feticistico rispetto della norma positiva, coincida in modo pressoché totale con le posizioni dei redattori della *Rassegna*. Tutto ciò

ha una sua logica e dimostra che le impostazioni dottrinali di tipo più tradizionale coincidono sostanzialmente con le ideologie dei giudici che è uso chiamare « meno progressisti ».

Più strano è invece che una problematica come quella sattiana (la cui concezione della politica del giudice come politica dello Stato è per me accettabilissima; senonché, come politica dello Stato, oltre alla legge, strutturata come schema di principi, aggiungerei anche le tendenze generali della società in un dato momento storico filtrate attraverso l'interpretazione di un giudice idoneo — e anche su questo punto della formazione del giudice sono perfettamente d'accordo con Lei) si inserisca così agevolmente e costituisca un obiettivo, autorevolissimo appoggio a un certo tipo di politica giudiziaria (nel senso concreto, amministrativo, della parola) che tende in ultima analisi a perpetuare un sistema giurisdizionale così criticabile.

Per questo Le ho scritto questa lettera, della cui lunghezza mi scuso, e di cui Ella vorrà fare l'uso che crederà più opportuno.

La prego comunque di credere nella mia più profonda ammirazione per il Suo insegnamento, e di gradire i migliori saluti.

Non dispiaccia al mio interlocutore, ma l'articolo che mi acclude è assai meno importante della lettera, come del resto è naturale, anche perché egli è là costretto a dimostrare le sue letture, e questo altera la semplicità e la spontaneità del discorso. Del resto io ho sempre sostenuto che i giudici non debbono leggere, confortato in questo dall'insegnamento della Chiesa che controllava accuratamente i libri per i suoi fedeli. Vero è che ora hanno abolito anche l'Indice, e sono rimasto sconfessato e senza sostegno.

Ma (scherzi a parte) nella lettera del dott. Garavelli ci sono due note importanti, che hanno un generale interesse. La prima, apparentemente solo personale e soggettiva, è quella della distinzione che egli, professandosi giudice democratico o progressista, fa tra lui e altri suoi colleghi e le punte estremistiche ben individuate e largamente minoritarie, i cui comportamenti pratici e le impostazioni teoriche dichiara di non condividere. Mi dispiace moltissimo, ma questo distinguo non si può accettare. Il dottor Garavelli sa meglio di me che i partiti sono esclusivamente quelle punte estremistiche e minoritarie, e così pure le associa-

zioni. Gli altri gregari contano meno che zero per due opposte e concorrenti ragioni: *a*) che, separate le posizioni estremistiche, si identificano nei programmi con tutti gli altri partiti e le altre associazioni, e la contraddizione sparisce o si riduce a meri verbalismi; *b*) che essi, restando nei partiti e nelle associazioni, sono condizionati dalle minoranze. La verità è che le associazioni dei magistrati, come ho detto in altra parte, non dovrebbero esistere, ed invece esistono solo perché ci sono quelle punte estremistiche.

La seconda nota è quella che riguarda l'ansia del giudizio, del rinnovamento del giudizio, che il dott. Garavelli esprime felicemente, ma non senza una punta di delusione nei miei riguardi, perché io col mio atteggiamento pratico sarei in contrasto con la mia « problematica », e finirei col costituire un valido e autorevole appoggio a un condannabile e tradizionalistico tipo di politica giudiziaria.

È questa un'accusa ricorrente, e la debbo prendere in seria considerazione. Osserverò prima di tutto che, se è vero che il mio atteggiamento si risolve in un appoggio ai giudici che devono definirsi non-democratici se gli altri si sono autodefiniti democratici, anti-progressisti se gli altri si sono definiti progressisti, ciò dipende da quelle punte estremistiche che lo stesso dott. Garavelli condanna. Tolte queste, io sono buono per tutti (e guai se non lo fossi). Ma finché un giudice mi fa i discorsi di quel pretore di Milano di cui parlo nelle *Cronache* (v. *infra*: « *Ait praetor* ») io gli contesto di fare di me il suo Turpino, come lo contesto a quel giudice che in una privata adunanza diceva che in una causa tra lavoratore e datore di lavoro non avrebbe mai dato torto al lavoratore.

Eliminato questo equivoco, resta il problema del giudizio nella sua obbiettività, direi nella sua nudità. In che cosa differiamo, io e il dott. Garavelli e tanti altri? Probabilmente in niente, dal punto di vista pratico, e messi di fronte a una causa giudicheremmo entrambi allo stesso modo, salvo l'umano errore. Ma questo non conta: il valore sta nei principi. Ora, c'è una frase della sua lettera che, messa anche in raccordo con lo spirito

del suo articolo, mi appare insidiosa, ed è là dove accogliendo la mia formula della politica del giudice come politica dello Stato, la esplica facendo riferimento oltre che alla legge e ai principi, alle « tendenze generali della società in un dato momento storico filtrate attraverso l'interpretazione di un giudice idoneo ». Ahi, qui storco il muso. Probabilmente la mano non ha governato la penna: ma il dott. Garavelli non si è accorto che o ha scritto una cosa inutile, perché la società filtra sempre nel giudizio, perciò solo che il giudice vive nella società, è la società (come lo è il legislatore, l'amministratore, ciascuno nel suo invalicabile ruolo), o ha scritto una cosa che giustifica il fascismo, il nazismo, il comunismo, il maoismo, e anche la mafia italo-americana. La società in un dato momento storico è la società immobile e immobilizzata da una dittatura di qualunque colore, che appunto per questo ha il suo giudice « idoneo » (parola di tragico significato). La società organizzata come noi l'intendiamo, cioè lo Stato, non ha bisogno di preoccuparsi di momenti storici, perché a questi provvede il suo legislatore; e se non ci fosse un legislatore formale, ma legislatore fosse il giudice, come astrattamente può pensarsi, sempre questi direbbe la legge della organizzazione nella quale vive ed è inserito, non un'altra legge, ad es. quella di una società futura, quella alla quale lui, come politico aspira. Se fa questo cessa di essere giudice, e diventa un rivoluzionario: peggio, un giudice rivoluzionario, un ircocervo, cioè l'essere più ridicolo che si possa immaginare. E quando mai i giudici hanno fatto la rivoluzione?

GIURISPRUDENZA

[093]

CRITICA DEL GIUDIZIO COSTITUZIONALE

I. - L'APPRENDISTATO E IL LAVORO A VUOTO DELLA CORTE COSTITUZIONALE.

Nel periodo intercorso tra il secondo e il terzo *Quaderno*, che sarebbe il presente, la Corte Costituzionale ha lavorato sodo: un 150 sentenze stanno sul mio tavolino, che sono ovviamente pochissime per un giudice di merito che non sia quel pretore che ha totalizzato una sola sentenza in un anno, ma sono molte, troppe per una Corte che il mio amico Guarino appella nei suoi ricorsi « sovrana ». In uno Stato (bene) ordinato, in cui ognuno facesse semplicemente il suo dovere, il giudice costituzionale dovrebbe avere la sua epifania nei momenti in cui sono in gioco i supremi interessi della libertà. La proliferazione delle sentenze è il segno che qualcosa non funziona, i giudici di merito, il legislatore, l'amministrazione, più semplicemente lo Stato. Ed è in fondo quello che ho lamentato ripetutamente in questi miei soliloqui.

Diamo un piccolo esempio.

Ho davanti una delle ultime sentenze (la 14 del 1970) in cui si è discussa questa altissima questione di legittimità costituzionale. Un Tizio aveva chiesto davanti al pretore di Milano il pagamento dell'indennità di anzianità a suo dire spettantegli per la fine di un rapporto di apprendistato. Si ritiene pacifico che in base a una legge del 1955, il rapporto di apprendistato non differisca sostanzialmente per quanto attiene agli obblighi e ai diritti dal rapporto di lavoro ordinario; ma secondo il pretore adito gli apprendisti sarebbero implicitamente esclusi dalla tutela della legge n. 604 del 1966 sui licenziamenti individuali giacché l'art.

10 di questa legge prevede che le disposizioni della legge stessa si applichino nei confronti dei prestatori d'opera « che rivestono la qualifica di impiegati o di operai a sensi dell'art. 2095 c. c. ». Di qui la ingiustificata discriminazione, e il rinvio alla Corte Costituzionale.

Si può immaginare una vanità più grande di questa? Ogni persona di buon senso avrebbe risolto coi mezzi ermeneutici comuni la questione, se questione poteva dirsi, ed era sicuramente compito specifico del pretore tale risoluzione (non trattandosi di altro che di concordare il termine di qualifica usato dall'art. 10 citato con quello di categoria usato dall'art. 2095). E invece no. Bisognava darsi importanza, investire la Corte Costituzionale di un proprio esclusivo compito, far dichiarare incostituzionale una disposizione di legge, come appunto è avvenuto. E così per poche lire che potevano essere subito attribuite la causetta si è trascinata per il solo giudizio di legittimità dal 16 maggio 1968, data dell'ordinanza di rimessione, al 4 febbraio del 1970, data del deposito della sentenza della Corte.

Ma certamente quel pretore sarà uno di quelli che gridano contro la scandalosa lentezza della giustizia, se non contro la giustizia di classe.

II. - I flippers alla Corte Costituzionale.

È noto che con una sentenza veramente e altamente umana (n. 125 del 1963) la Corte Costituzionale aveva respinto la eccezione di incostituzionalità della legge antiflippers, usando parole che, modestia a parte, sembrano uscite dalla mia sterile penna. Rilevava allora la Corte che il legislatore legittimamente aveva considerato meritevoli di tutela le esigenze sociali che « si sostanziavano nel non favorire il gioco puramente aleatorio anche se non di azzardo e... nell'impedire che la dignità umana ricevesse offesa dello sterile impiego dell'autonomia individuale ».

Si sarebbe detto che il bellissimo apoftegma avrebbe fatto meditare i giudici di merito: e invece no. Ecco che tre di questi,

per la storia il Tribunale di Milano, il pretore di Padova e il pretore di Adrano, tornano alla carica, sostenendo l'incostituzionalità della legge di polizia, là dove vieta l'uso di apparecchi da gioco (appunto i flippers) che consentono qualsiasi premio in denaro, anche sotto forma di ripetizione di partita. Il lettore è rinviato — per ragioni di spazio e di tempo — alla lettura delle laboriose e dotte ordinanze: io mi limito a riferire le parole con le quali la Corte ha nuovamente respinto queste nuove eccezioni, e lo faccio con vera gioia, perché troppe volte mi è toccato esercitare la mia critica, e certo mi toccherà di esercitarla in futuro. Lasciando da parte le questioni tecniche e per verità alquanto ridicole sulla ripetizione e sul prolungamento, dice la Corte:

« La libertà di iniziativa economica privata (che nella specie si atteggia come libertà di costruire, vendere o noleggiare quegli apparecchi o congegni da giuoco) risulta legittimamente limitata con il divieto di usare codesti apparecchi o congegni. Appare, infatti, quanto mai opportuno o addirittura necessario che non venga favorito il giuoco aleatorio anche se non d'azzardo e che i cittadini ed in particolare i giovani non diano vita a situazioni o comportamenti (perdita di tempo e di denaro, dedizione all'ozio, vita in comune con persone disponibili per attività moralmente e socialmente riprovevoli, ecc.) non del tutto compatibili con il rispetto della stessa dignità umana. Ed è giustificato e razionale che il legislatore abbia sancito il ripetuto divieto, posto che l'uso degli apparecchi e congegni di cui si discute avrebbe potuto determinare o comunque agevolare tendenze antisociali.

Né in contrario può valere il fatto che con l'uso di quegli apparecchi o congegni si ha una limitata perdita di tempo o di denaro o si possa ad esempio migliorare la prontezza di riflessi, perché è escluso che chi giuoca, e lo faccia abitualmente, si fermi alla prima partita e non vada oltre destinandovi tempo e denaro in misura non indifferente, e perché a fronte degli ipotetici vantaggi stanno indubbiamente danni o pericoli di danno sul terreno e dal punto di vista psichico, morale e sociale ».

Sembra di leggere una sentenza della Corte americana, di

quell'America che ci ha mandato, fra tante altre cose, i flippers. E giunto a questo punto io mi chiedo ancora una volta che cosa ha spinto quei giudici di merito a disturbare la Corte Costituzionale con i loro giocarelli. Non potevano quei signori sentire da soli quello che la Corte ha loro detto, non arrossiscono di esserselo sentiti dire? E meno male che non è stata la Cassazione a dirlo: si sarebbero aperte le cateratte del cielo. Vorrei sbagliarmi, vorrei che la spinta fosse solo la vanità, come altra volta ho notato. Ma temo che tutto questo inutile dispendio di energie e di danaro abbia il suo movente in quelle tendenze erosive che sorgono quando si è stufi di fare il proprio mestiere.

III. - ALTRI GIRI A VUOTO DELLA CORTE COSTITUZIONALE.

Il discorso or ora concluso per i *flippers* credo che potrebbe avere un chilometrico svolgimento se si sfogliassero tutte le sentenze e le ordinanze della Corte. Non essendo possibile farlo, ne assumo a caso due o tre delle più recenti, e poi mi si dica che non ho ragione.

a) *Disparità di trattamento tra uomo e donna.* - Mi riferisco alla sentenza 1° luglio 1969, depositata l'11 successivo, con la quale si è negata la fondatezza della eccezione di incostituzionalità dell'art. 140 del t. u. sui servizi di riscossione delle imposte che stabilisce il limite di 55 anni per le donne e di 60 per gli uomini ai fini del mantenimento in servizio. Si diceva un tempo che la legge può far tutto fuorché cambiare un uomo in donna: la Corte di Palermo ha preteso, con la eccezione sollevata, di cambiare una donna in uomo. Non c'è riuscita, perché la Corte Costituzionale non ha creduto di poter arrivare a tanto: e ha sentenziato che le condizioni fisiologiche dei due sessi (il terzo non è ancora giuridicamente rilevante) sono diverse, e la diversità giustifica la prudente discrezionalità del legislatore. Tutto perfetto: ma resta sempre il dubbio sul motivo per cui il giudice *a quo* non ha capito da solo una cosa così ovvia, e ha

umiliato se stesso, la Corte, e tutti noi sollevando una simile eccezione. Ma forse è anche qui la spinta di una democrazia non digerita che opera inconsapevolmente, trasformando in un gioco il sacro principio di uguaglianza.

b) *Disparità di trattamento e legge sulla caccia.* - Questo dubbio è forse più consistente nell'eccezione sollevata dal pretore di Pignatara Maggiore in relazione a un disposto di legge che impone a chi usa della licenza di caccia di assicurarsi verso i terzi per un minimo di cinque milioni, comminando la sanzione della revoca della licenza e le pene che sono stabilite per il cacciatore privo di licenza. Questo pretore ha avuto il coraggio di dire che c'è nella norma illegittima disparità di trattamento « tra cacciatori muniti di assicurazione e cacciatori che ne sono privi », peggio ancora, « tra chi caccia senza licenza e chi caccia con regolare licenza ma senza aver ottemperato all'obbligo dell'assicurazione ».

La Corte Costituzionale ha respinto la singolare pretesa, ma intanto resta il fatto storico che questa è stata avanzata, e che tredici persone sono state costrette a occuparsene. La cosa è più grave di quel che non sembri, perché se si continua di questo passo si arriverà a una deformazione della Corte simile a quella che ha subito negli anni la Cassazione.

c) *Le spese del decreto ingiuntivo.* - A conferma di questa preoccupazione richiamo anche la sentenza 30 giugno - 8 luglio 1969 nella quale si è ritenuta infondata la questione di legittimità (sollevata dal pretore di Livorno) dell'art. 510 c. p. p. il quale dispone che le spese successive alla opposizione al decreto ingiuntivo sono, in caso di condanna, poste a carico dell'imputato. Costui, nella specie, aveva proposto opposizione non contestando il merito, ma chiedendo i benefici di legge, che furono concessi. Il pretore ha pensato che essendo accolta l'opposizione era incostituzionale la condanna nelle spese, senza rendersi conto che era un accoglimento per modo di dire. La Corte ha, come ho detto, disattesa la singolare trovata, e ha dovuto natural-

mente fare sfoggio di dottrina. Mi pare sia giunto il momento di proporre una sanzione pecunaria, o anche corporale, ai giudici che con le loro eccezioni mancano di riguardo alla Corte. Credo però che ci voglia una modifica della Costituzione.

IV. - Cassazione e Corte Costituzionale di fronte alle ideologie.

Come è noto, lo slogan di certi magistrati è quello di qualificare la Cassazione come un giudice di classe, che interpreta le leggi solo in un dato senso, soffocando i diritti riconosciuti dalla Costituzione, e tenendo lontano dalla giustizia soltanto le ideologie di determinati partiti politici e non di altri.

Non so e non mi curo qui di sapere se sia vero. Quel che mi preme rilevare, nello spirito di obiettività al quale cerco sempre di uniformarmi, è che una simile accusa quei magistrati si guardano bene dal fare alla Corte Costituzionale, per quel che mi consta. E si capisce bene perché. Ora ecco una sentenza di questa Corte che dovrebbe quanto meno dar da pensare. È la 115 del 1969 con la quale si è dichiarata infondata una questione di legittimità riguardante l'Enel. Era accaduto che un povero diavolo (e quanti ce ne sono) proprietario di una minima azienda elettrica operante sotto forma di società, con azioni non quotate in borsa, si era visto espropriare l'azienda ricevendo un indennizzo di circa tre milioni, quasi uguale ai soldi liquidi trovati in cassa. Il giudice di merito si era evidentemente impietosito, ma la Corte con possente argomentazione ha nella sua decisione dimostrato che quella era la legge, elencando tutti i vari criteri accolti dal legislatore per la determinazione dell'indennizzo, stabilendo il concetto di idennizzo secondo la Costituzione e concludendo con un moralistico *imputet sibi* diretto a chi avendo compilato un bilancio non veritiero ed avendo in base a quel bilancio subito l'accertamento fiscale si vede poi, sempre in base a quel documento, valutare ad altri fini il suo patrimonio in misura inferiore a quella rimunerativa.

Io non entro ovviamente nel merito, che non mi interessa, anche se come è ben noto la legge di nazionalizzazione si è risolta in una mezza cuccagna per le grosse società e in una tragedia per i « lavoratori diretti ». Non dico neppure che con un po' di senso sociale la Corte Costituzionale avrebbe potuto rimediare a una così grave stortura. Ammetto che essa ha ridotto « la funzione giurisdizionale a un'azione vincolata », ha « impostato il rapporto fra legislatore e giudice in termini di padrone e servitore » (sono le formule consuete dei giusliberisti), e accetto il profitto che l'Enel ne ha tratto. Ma allora non facciamo due pesi e due misure, non rendiamo capro espiatorio la Cassazione di un male che o è inevitabile, e allora non è un male ma una fatalità della legge, per ciò solo che è legge, o è evitabile, e allora bisogna cercarne la causa non in questo o in quell'altro organo, ma in noi stessi. Altrimenti non faremo che aggravarlo con la nostra bassa politica.

Lo stesso ragionamento potrei ripetere per un caso ancor più penoso di un bambino che era stato segnalato come adottabile dall'Istituto di assistenza per l'infanzia, secondo la legge sull'adozione speciale art. 314/4 c. c., quando da due mesi aveva compiuto gli otto anni. Il Tribunale per i minorenni di Milano aveva pietosamente dato corso al procedimento, ma il severo pubblico ministero aveva espresso parere contrario perché il termine fatale degli otto anni era scaduto.

Non potendo il pietoso Tribunale disconoscere il fatto, aveva escogitato di ricorrere alla Corte Costituzionale, assumendo che si doveva tenere presente l'effettivo stato di abbandono del minore al compiere degli otto anni e non la segnalazione, altrimenti si introduceva una disparità di trattamento fra gli sfortunati non segnalati e i fortunati segnalati. Era chiaro lo sforzo di introdurre un elemento di socialità, o umanità, o (chiedo scusa) di cristianità di fronte alla legge. Ma la Corte, con sentenza 145 del 1969 ha insegnato che la legge è ben precisa e che essa è un servitore della legge, come Don Abbondio lo era del comune.

E allora? Allora, stiamo zitti, altrimenti faremo la figura di Pinocchio e Lucignolo, quando cominciarono a spuntargli le orecchie d'asino. Il problema del rapporto tra giudice e legge o non è un problema, o è un problema giuridico e positivo che deve essere trattato con estrema serietà. Ne ho parlato nei precedenti quaderni, mi avverrà di trattarne anche in questo.

V. - Costituzionalità della Cassazione.

Nel precedente *Quaderno* avevo dato notizia (pag. 116) di una allegra ordinanza con la quale un giudice di merito aveva contestato la legittimità costituzionale della Cassazione, impugnando il famoso art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario. Il giornale ci dà oggi, 26 febbraio 1970, notizia di un'udienza della Corte nella quale si è discusso sulla costituzionalità dell'art. 546 del codice di procedura penale, che dispone, come è noto, che il giudice di rinvio deve uniformarsi alla sentenza della Cassazione per ciò che concerne ogni questione di diritto con essa decisa.

La questione è stata acutamente sollevata dal pretore di Massa. Secondo il giornale, il contrasto sarebbe con gli articoli della Costituzione che stabiliscono che i giudici sono soggetti soltanto alla legge e si distinguono tra loro soltanto per diversità di funzioni. Infatti il giudice, privato della « potestà di attingere e di conoscere, direttamente e senza intermediari, la norma di legge da applicare alla fattispecie concreta, si trova soggetto non più direttamente alla legge, ma all'interpretazione che di essa ha dato un altro giudice ».

E bravo il pretore di Massa. Il suo ragionamento implica due cose: primo, che se la Cassazione fosse organizzata in modo da sostituire definitivamente la sentenza impugnata (il c. d. terzo grado) non sarebbe incostituzionale: ma forse allora il giudice di merito lamenterebbe la incostituzionale mancanza di un quarto grado, che sarebbe lui; secondo, che l'interpretazione della legge

da parte del giudice di merito sia *a priori* più valida di quella della Cassazione.

Dal punto di vista giuridico non è certo il caso di prendere sul serio queste cose: basta osservare che il giudizio deve essere considerato nella sua totale organizzazione, e la Cassazione non è che un momento di tale organizzazione, onde tra il giudice e la legge non vi è nessun intermediario. Vi è, in questi piccoli giudici, l'intermediazione del proprio orgoglio, poiché di questo e non d'altro si tratta. E allora io dico perché almeno non studiano, non vanno a cercare le origini della Cassazione, che si trovano come è a tutti noto nella rivoluzione francese, non considerano che la vincolatività del principio di diritto era stabilita nel codice di p. c. del 65 solo per il secondo rinvio, e questo sistema aveva ispirato tante critiche che nel progetto Chiovenda (un uomo certamente meno sospetto di essere illiberale del pretore di Massa) non solo fu rimosso, ma fu abolito, per i casi in cui non ci fosse istruttoria ulteriore da compiere, lo stesso rinvio? Il codice vigente, di ispirazione autoritaria, non seguì Chiovenda, e mantenne il rinvio, pur rendendo vincolante il principio di diritto, e con ciò creando tanti squisiti problemi giuridici, che se fossi pretore di Massa mi divertirei a risolvere, anziché preoccuparmi della questione costituzionale.

CRITICA DEL GIUDIZIO DI CASSAZIONE

I. - Giudice e legge in tema di locazione.

I magistrati autodicentisi democratici (la democrazia, come Dio, non dovrebbe essere mai nominata invano) riportano continuamente alla ribalta l'eterno problema del rapporto tra il giudice e la legge. Nulla sarebbe più commendevole di questo, se si rendessero conto che il problema è appunto eterno. Il guaio è che per essi, o per molti di essi, conta solo l'effimero, cioè quel che chiamano vagamente politica, ed è non il presente, che è terribilmente serio, e impegnativo, se non altro perché ad ogni momento s'infutura, ma l'evasione dal presente, cioè il nulla. Per questo vedono nella legge un padrone e se stessi schiavi di quel padrone, e si cullano nel sogno di un diritto libero o semilibero, di cui, se avvenisse, non saprebbero probabilmente che farsi.

Nel rapporto tra il giudice e la legge il padrone e il servo non c'entrano per nulla: se mai l'uno e l'altra potrebbero dire come Adriano V « conservi siamo ad una potestate ». Ma se si vuol accettare la metafora, il padrone è il giudice, perché è il signore del concreto; o se la legge è il padrone, questi, come in una parabola evangelica, direbbe al giudice suo servo: che cosa mi hai fatto fare (cioè dire)? È quello che penso quando leggo certe sentenze (e ne ho dato conto più di una volta nei precedenti *Quaderni*), quello che penso di fronte a questa sentenza della Cassazione che pare fatta per creare un caso di scuola.

In breve: c'è il solito Tizio che nel 1936 aveva locato un appartamento, per 3.000 lire mensili. Nel 1950 interviene una legge la quale, confermando la proroga legale e la limitazione dei canoni d'affitto, ammette che le parti possano stipulare accordi

particolari sulla base di determinate concessioni. E nella specie proprietario e inquilino avevano stabilito di portare il canone a 14.000 lire, contro una durata settennale. Dieci anni dopo, nel 1960, il canone era arrivato con gli aumenti di legge a 24.000 lire (per chiarire le cose, l'affitto normale sarebbe stato venti volte tanto). A questo punto il proprietario inizia causa sostenendo che non sussistevano più le condizioni della proroga legale, avendo l'inquilino la disponibilità di un altro appartamento. La causa va avanti per tre anni (1963), e si conclude infine con una transazione, per cui la proprietaria rinuncia alla pretesa esclusione della proroga, l'inquilino si obbliga a pagare un canone di 130.000 lire con una durata quadriennale. Tutto sembrava equamente finito, quando dopo tre mesi interviene la nota legge che riduce il canone degli affitti liberi, riportandoli a quelli liberamente stipulati nel 1960: e stabilisce, questo è il punto, che per gli affitti già soggetti a regime vincolistico, il canone viene riportato a quello del primo affitto libero. Cosa inventa l'inquilino? Richiamandosi a una certa giurisprudenza della Cassazione che aveva ritenuto che gli affitti stipulati a condizioni particolari sulla base delle previsioni della legge del 1950 dovevano ritenersi liberi, intenta causa per ottenere la riduzione del canone a quello del 1950, cioè a lire 24.000, più la restituzione del maggior prezzo pagato in forza della transazione. Sconfitto da un pretore di evidente buon senso, ottiene vittoria in Tribunale, e la Cassazione respinge il ricorso del proprietario.

È inutile riferire gli arzigogoli della sentenza (che sono sempre gli stessi, del resto) anche perché i giochi logici non interessano più in un tempo che di ben altro ha bisogno. Qualunque persona giudiziosa può del resto rendersi conto che nessuna legge può consentire di ignorare l'esistenza di una transazione, e prima ancora nessuna legge perequativa che ha preso come punto di riferimento il canone libero del 1960 può essere intesa in modo da riportare un canone al 1950: senza contare che il richiamo al principio giurisprudenziale del carattere libero del canone in base alla legge del 1950 è una evidente distorsione,

perché il principio era stabilito in favore e non contro il locatore. Ma ripeto, è inutile ragionare per argomenti. Quel che interessa socialmente (lasciate pronunziare anche a me questa parola) è che un giudice, anzi sette giudici messi insieme abbiano potuto consacrare nel 1969 come voluto dalla legge un canone del 1950, più semplicemente abbiano... affittato per 24.000 lire un appartamento che ne vale cinquecento. Una cosa che sembra spiegare come la grazia si accompagni nella formula ministeriale alla giustizia.

Se si cerca la ragione di questa stortura, che difficilmente avrebbe potuto verificarsi in un paese come la Francia (non dico l'Inghilterra), la si trova proprio nel rapporto che noi abbiamo stabilito tra la legge e il giudice. Non si tratta delle chiacchiere che si fanno su uno sfondo pseudopolitico, e tanto meno di un privilegio negativo della Cassazione (non si dimentichi che già un giudice di merito aveva sentenziato nello stesso modo): si tratta della formazione astratta e formalistica del giudice, di qualunque giudice, che gli impedisce di « sentire » la legge, e di ricrearla nel caso concreto. Se di servitù vogliamo parlare, questa è la vera servitù spirituale, che è però una servitù della società che ha generato questi giudici, della scuola nella quale noi li abbiamo formati e li formiamo, rendendoli indifferenti alle conseguenze del loro operato, proclamando appunto e tramandando nei secoli il falso principio *adducere inconveniens*, con quel che segue.

II. - Come si firma e si forma un contratto.

Sentite questa, e ditemi se in fatto di giudizio non siamo ancora ai tempi dei calunniati trogloditi. Tizio e Caio nel 1948 (dico 1948) si scambiano due fogli di carta bollata contenenti una scrittura di vendita o di promessa di vendita di un certo immobile. Tizio venditore firma la sua carta; Caio compratore firma la sua, paga il prezzo, e si immette nel possesso, che dura indisturbato (dal venditore), e con tutti i diritti e gli oneri ine-

renti alla proprietà, fino al 1964. Nel 1963 Caio muore. Nel 1964 Tizio, che deve essere un formidabile leguleio, intima una citazione sibillina agli eredi di Caio denunciando la nullità della vendita o promessa di vendita per difetto di accordo e di forma. Si costituiscono gli eredi e candidamente presentano la scrittura firmata dal venditore. Apriti cielo giuridico: e dov'è la firma del defunto compratore? Veramente il malcapitato erede dice che l'altro foglio è in mano del venditore, che il *de cujus* ha pagato il prezzo da quindici anni, che ha sempre rimborsato le imposte al venditore, rimasto intestatario dell'immobile per la mancata stipulazione dell'atto pubblico, e vanamente chiede di provare per testi la consegna della scrittura di acquisto al venditore. Il Tribunale prima, la Corte d'appello poi (otto giudici), dopo essersi impegolati in una laboriosa disquisizione sulla proposta di contratto, concludono che l'accordo non era intervenuto perché mancava la firma del compratore, né si poteva ammettere la prova testimoniale sulla consegna della scrittura perché non si versava in uno dei casi stabiliti dall'art. 2724 c. c. (perdita senza colpa del documento). La Cassazione, investita di ricorso, conferma queste sentenze. Tutti e in tutti i gradi placano la propria coscienza compensando le spese.

Nei commenti giurisprudenziali dei precedenti *Quaderni* abbiamo affermato che il formalismo giudiziario non è solo indice di ingiustizia c. d. sostanziale della decisione, ma del suo errore sul piano strettamente giuridico. Il caso in esame dà piena conferma del nostro assunto, e lo si dimostra con due parole. Anzitutto, il discorso sulla promessa di vendita è privo di ogni consistenza in diritto e in fatto: in diritto, basta un minimo di esperienza per sapere che il termine di promessa di vendita non ha alcun valore tecnico, ed è comunemente adoperato in luogo di vendita (« promette di vendere e vende » era la formula classica degli atti notarili); in fatto, perché quando un compratore paga il prezzo convenuto e il venditore lo intasca, trasmette il possesso, e via dicendo, la promessa anche se tale la si volesse ritenere, ha esaurito la sua funzione, e si è tradotta in fatto, nel

fatto appunto promesso. Ma questo primo errore è nulla in confronto di quello che riguarda la sottoscrizione del compratore. Questo disgraziato, o il suo erede, aveva prodotto la scrittura del venditore: non ci può essere il minimo dubbio che questa produzione fosse sufficiente a far ritenere la conclusione del contratto, cosa che del resto la Cassazione ha affermato più volte, ritenendo la produzione come equivalente della sottoscrizione. Ma nella specie i quindici giudici che si sono seguiti non hanno applicato il principio, perché la promessa era diretta al morto e il morto non poteva più accettare! Sono cose incredibili, ma non raggiungono il colmo, sul piano giuridico: il colmo è raggiunto e superato con il rifiuto di ammettere la prova testimoniale sulla consegna della scrittura. I quindici giudici sono andati a disturbare l'art. 2724 e la perdita del documento, senza rilevare che qui il documento non era del producente, ma dell'avversario, al quale era stato consegnato all'atto dell'accordo, e quindi diventato suo, onde fraudolentemente non lo produceva. Il compratore non aveva da perdere niente, perché la scrittura era e doveva essere nelle mani del venditore, onde la prova che essa era stata consegnata non incontrava limiti nella sua ammissibilità.

Dimostrato ancora una volta che il c. d. formalismo è sempre causa di errore giuridico, e le sentenze formalistiche sono tutte, senza eccezione, sbagliate, risorge l'eterna domanda: perché quindici persone hanno giudicato così, perché non si sono rese conto che solo in un mondo artificioso e irreale si può negare una vendita e un passaggio di proprietà quando due scritture sono state scambiate nel modo che si è detto, il prezzo è stato pagato, e sono trascorsi quindici anni nel riconosciuto esercizio del diritto da parte del venditore? È la domanda alla quale non si può dare altra risposta che denunciando la crisi che travaglia la nostra giustizia, la quale non è più giustizia, è una specie di Arcadia dove i personaggi sono ninfe e satiri di cartapesta, non uomini impegnati nel rude lavoro della vita. È mai possibile che, nei meandri dei concetti e dei concettini, il senso del mio e del tuo non guidi la mano? Io non mi sono mai sottratto alla

responsabilità che incombe sull'uomo di scienza e di scuola per aver determinato nei giudici questo abito mentale (che è prima nostro che loro): e purtroppo credo che ci vorranno dei secoli prima di uscire da un simile servaggio. Tanto più che esso è esasperato dalla ipocrita lotta che i giuristi sedicenti democratici conducono contro la legge, ingenerando l'idea di un permanente conflitto tra legge e giustizia, che non esiste se non sul piano della loro vaghezza politica. In questa causa sono quindici giudici che si sono comportati allo stesso modo (quindi ce n'è per tutti). Ma io non posso nascondere che il mio maggiore rimprovero va alla Cassazione, se non altro perché l'art. 65 dell'ordinamento giudiziario mi dice che essa « assicura la esatta osservanza della legge ».

LETTURE

[111]

GIUSTIZIA

Romano Ricciotti, *La giustizia in castigo*, Volpe, 1969.

Questo libro è opera di un giudice e merita di essere letto, non tanto per il racconto delle interne vicende della nostra magistratura, che in definitiva sono abbastanza tediose, quanto per certe notizie che si ricavano sui sistemi giudiziari dei vari paesi, e in generale sui rapporti fra democrazia e giustizia. Sono cose note, ma che fa bene rileggere; e bene farebbe sopra tutto a certi zelatori se questi non avessero un occhio solo, come il *crocheteur borgne* del fantasioso racconto di Voltaire.

La rilevazione più notevole è che la giustizia è amministrata infinitamente meglio sotto i regimi assoluti che in quelli democratici. Il libro inizia col ricordo del grande aneddoto del mugnaio di Federico di Prussia, il quale (voglio dire il mugnaio) come ho scritto altra volta, capiva il processo molto più di tanti professori universitari: e prosegue col quadro terrificante della giustizia negli Stati Uniti. Non sono quadri assolutamente veri, in cui cioè tutto il buono e tutto il cattivo stia dentro la cornice: ma lo sono relativamente. La ragione di questo paradosso? Non è facile trovarla. Forse l'antitesi assoluto-democratico non è esatta, e il problema va riguardato esclusivamente in termini storici, come dimostra luminosamente l'Inghilterra, nella cui giustizia non vi è nulla di democratico secondo il senso che noi diamo o crediamo di dare a questa parola (i giudici sono nominati dal governo, non vi sono concorsi, non vi sono elezioni, hanno poteri che noi non riusciamo neppure ad immaginare, non si sognano di avere consigli superiori o altre simili trovate), eppure trova nel costume, nella tradizione, direi in se stessa, la più

alta espressione della democraticità. La verità è che la giustizia è un riflesso dello Stato, il suo problema è il problema dello Stato; e poiché lo Stato è un'idea, anche la giustizia è un'idea, che si concreta in ogni singola cosa e in nessuna in particolare: *utraque parte redolet, nec cubat in ulla.* Gli uomini hanno cercato in mille modi di dargli concretezza, e il modo più noto è quello della divisione dei poteri; ma questi modi sono la conseguenza dello Stato, non il presupposto. E per questo essi non si rassegnano all'idea dello Stato, e quindi della giustizia, perché gli uomini vivono di passione, e lo Stato con la gelida sua giustizia è l'antipassione per eccellezza, che attraversa fatalmente la loro strada, la loro marcia a tradurre la passione in istoria. Per questo sentono il bisogno di aggettivare lo Stato, e come ieri l'aggettivo era autoritario così oggi l'aggettivo è democratico. Due qualificazioni che sembrano opposte e invece sono identiche, perché entrambe negano lo Stato, o gli attribuiscono un fine esteriore che implicitamente lo nega, non potendo il fine dello Stato essere che lo Stato stesso. Da questa attribuzione di fini esteriori, deriva la strumentalizzazione della giustizia, che è assolutamente inevitabile, in quanto la giustizia entra a far parte di quei fini, diventa azione. Ed è quindi giusto che non ha un vero senso parlare di stato assoluto o democratico, come dicevamo, essendo anzi la giustizia nello stato democratico o in balìa dei partiti, come avviene almeno di fatto e sia pure parzialmente in America, o in balìa del governo, come avviene in Russia. Gli estremi si toccano.

Resta da vedere se questo processo è fatale, e se lo Stato senza aggettivi, lo Stato-idea non sia un relitto storico, malgrado la sua sopravvivenza nella beata Inghilterra, come diceva Alfieri, fin d'allora. Certo lo Stato aggettivato non è conforme alla nostra tradizione latina, e neppure direi alla germanica, tanto è vero che quando sopravvengono le rivoluzioni in questi nostri Stati si creano tribunali speciali. Senonché, da noi, nella nostra costituzione, è avvenuto qualcosa di straordinario, di tipicamen-

te italiano, vorrei dire: perché con un colpo d'ala, all'art. 1, si è aggettivato lo Stato, lasciando sopravvivere l'idea. Si capisce che le intenzioni erano soltanto polemiche, col precedente regime, ma non si è inteso che la qualificazione andava ben al di là della polemica, e creava un traghelafo che non si era mai visto: uno Stato passionale e antipassionale nello stesso tempo, una giustizia e una non-giustizia nello stesso tempo. Ben lo hanno inteso i democratici di professione, i quali si sono immediatamente aggrappati a quell'aggettivo per affermare il loro futuro come presente, e considerare la rivoluzione attuata nel modo più comodo possibile, e cioè a tavolino. Le contraddizioni che ne sono derivate sul piano politico (praticamente la paralisi e il condizionamento degli estremisti) sono note. E notissime sono quelle della giustizia, che si sente da una parte la giustizia dello Stato, o più semplicemente la giustizia, dall'altra la giustizia « democratica », cioè strumentalizzata in vista di un avvenire che reputa già presente.

Il libro del Ricciotti ci consente, con la sua accurata e sentita esposizione, queste considerazioni. Ma esso ci dà (o mi dà) qualche singolare notizia che conferma in modo quasi caricaturale la mia diagnosi. Siccome la democrazia, quando è *in itinere*, si manifesta specialmente nel processo penale, e nella sua edulcorazione, il potere legislativo si è sempre preoccupato della riforma del processo penale, e nel 1965 il parlamento aveva votato una delega al governo a tal fine. Orbene, leggo a pag. 84 del libro di Ricciotti che ci sono state due relazioni, una di un certo Fortuna, socialista, e una di un certo Valiante, democristiano. Quella di Fortuna realizza la democrazia dicendo che la riforma deve essere fatta in modo che sia gradita agli avvocati; quella di Valiante la realizza su una base metafisica, come si conviene a un democristiano, affermando che « è interesse della giustizia e perciò stesso della società che il processo si svolga con questa preoccupazione di fondo e conseguentemente con questa prospettiva essenziale: riscontrare anzitutto l'innocenza del sospettato o del-

l'imputato, poi, nell'ipotesi negativa, perseguire il reo ». Il che è la puntuale realizzazione dell'art. 1 della Costituzione.

Concludo notando che il Ricciotti esprime sulla natura del processo penale alcune idee che coincidono con certe intuizioni che avevo avuto nel *Commentario*, vol. II, 1, pag. 5: il che, provenendo da una persona che è esperta di quel processo quanto io sono inesperto, mi è di grande conforto.

[115]

PROCESSO PENALE

CONSO, *Costituzione e processo penale. Dodici anni di pagine sparse*, Milano, 1969.

Nei confronti del processo penale, e quindi del relativo diritto, io sono afflitto da una specie di complesso freudiano, e vi dirò perché. Quando ero ragazzo, e non sapevo quale sarebbe stato il mio destino, subivo una strana attrazione delle aule d'assise, e facevo di tutto per cacciarmi tra i fetidi subrostrani, tirandomi su con le gambette per vedere l'uomo dentro la gabbia. Capivo ben poco di quel che succedeva, ma un giorno capii forse troppo. L'uomo della gabbia era uno sciagurato che aveva assassinato un'etera: e per sua disgrazia era stato visto da qualcuno. Ora, questo qualcuno sale sulla pedana, e comincia il racconto. Subito si determina un'atmosfera di tensione, e nel silenzio profondo cadono le scarne precise parole della terribile accusa. Si arriva al momento culminante in cui sta per rappresentarsi ai giudici la scena del delitto, quando l'avvocato difensore balza su, e interrompe il testimone con non so quale domanda. Strilla del presidente, strilla del pubblico ministero, strilla dell'avvocato, minacce di qui, minacce di là: poi tutto si placa, e l'avvocato siede soddisfatto. La testimonianza riprende fiaccamente nella generale distrazione, ma io intuisco nella mia piccola mente che un gatto nero ha attraversato la strada della verità.

Per colpa di quel gatto nero io sono rimasto ancorato spiritualmente alle anticaglie di *Delitto e castigo*, alla borghese concezione dell'*Inferno* dantesco, o più semplicemente al peccato originale: e questo mi ha impedito di essere un vero giurista.

In realtà quell'avvocato di provincia, che oggi siede alla destra di Dio padre perché non ha fatto che il suo dovere, era un precursore del fenomeno più grandioso dei tempi moderni, assai più delle faccende atomiche, vale a dire la dissacrazione del delitto. Questa dissacrazione ha naturalmente il suo supporto nel dogma della personalità umana: sacrosanto dogma, ma come tutti i dogmi pericoloso, perché dilatandolo alle sue più lontane e logiche conseguenze, porta a trasformare il « diritto di punire » del mio amico Vassalli nel dovere di assolvere da parte dello Stato. Sembra un paradosso, ma non è così, perché se ben si osserva tutta la storia del diritto o del fatto penale, con la stessa proliferazione di pseudoscienze che deliziano l'insegnamento universitario e la prassi, si muove su questo piano inclinato. Se vogliamo essere sinceri dobbiamo riconoscere (e non c'è da averne paura, perché è una mera constatazione) che del delitto alla società non importa assolutamente nulla, salvo il fatto puramente emotivo del primo momento; che il solo delitto che la interessa è il delitto politico, ma soltanto perché è un delitto di parte, cioè un non delitto: cosa che aveva meravigliosamente capito San Cesare Beccaria allorché predicava contro la pena di morte, però la manteneva e giustificava per i delitti politici (v. *Dei delitti e delle pene*, § XXVIII).

Il nonno di Manzoni scriveva in tempi di assolutismo, quando la demarcazione tra delitto comune e delitto politico si presenta ben chiara, perché ha come punto di riferimento il monarca o il tiranno. Ma nelle sue idee luminose c'è in potenza un capovolgimento dei rapporti, che è poi quello al quale assistiamo. Accade infatti che in regime di democrazia e di libertà il significato di delitto politico è soggetto a un radicale cambiamento: ogni delitto comune diventa delitto politico, anzi il vero delitto politico è il delitto comune, per la semplice ragione che lo Stato si ostina a mantenere certe strutture formali (pubblici ministeri, polizia, giudici, e prima ancora leggi penali sostanziali e processuali) che hanno per presupposto il diritto di punire, e quindi sono assolutamente anacronistiche, incompatibili con la persona

umana e con la sua libertà. Si deve dunque correggere quel che ho detto poc'anzi, sull'indifferenza della società per il delitto, nel senso che il delitto interessa unicamente per la sopraffazione che comporta, per l'assurdità della repressione, che gli uomini liberi devono a tutti i costi attraversare: il che è poi in sostanza quel che pensava Don Alonso Quijano, più noto col nome di Don Chisciotte, quando vedeva i forzati avviarsi in catene verso il loro destino di espiazione.

Sarà bene avvertire che io non condivido affatto la tesi del mio amico Granulowski il quale definiva la libertà come « uno stato di confusione tra due dittature » (tra l'altro per questa definizione sotto il regime di Stalin ci rimise la testa). L'errore tragico del mio amico era quello di confondere la persona umana con i cinquanta milioni di persone che compongono la popolazione di un paese. Queste possono essere cinquanta milioni di birbanti, ma per la libertà, e quindi per il diritto e per il processo, il fatto non ha la minima importanza. Che cosa importa se, come leggo sui giornali, in Italia quest'anno sono stati commessi furti per 560 miliardi, rimasti tutti impuniti, se i più spaventevoli eccidi sono stati compiuti da persone assolte per insufficienza di prove, se la violenza e il prossenetismo tengono le strade? Quel che conta è la persona astratta, che deve essere tutelata anche a dispetto della momentanea incarnazione che essa ha assunto. Di fronte alla persona astratta lo Stato ha sempre torto, allo stesso modo, si può dire, come di fronte alla persona concreta un recente tiranno aveva sempre ragione.

Data questa mirabile evoluzione, che ho voluto riconoscere in questi *Quaderni*, si capisce come io, ancorato per colpa di Freud a quel gatto nero, che con l'andar del tempo ha assunto le proporzioni del suo diabolico collega in *Maestro e Margherita*, sia un povero *déraciné*, un *ci-devant* o addirittura un *revenant* (chissà perché la lingua francese è ricca di tante lugubri espressioni: dev'essere effetto della rivoluzione). E si capisce come io sia la persona meno adatta per leggere un libro di procedura penale o di diritto processuale penale che dir si voglia.

Ma il libro che mi sta davanti è un libro di Conso e io non posso leggere il nome di Conso senza pensare agli anni lontani in cui, preside della facoltà giuridica dell'Università di Genova, riuscii a indurre i colleghi a chiamare il prof. Giovanni Conso alla cattedra di diritto processuale penale in quella università. Aspiravano altri docenti di maggiore fama, senz'altro degnissimi, ma che operavano nella politica: e questo non era di mio gradimento, perché avrebbe reso quanto meno difficile la costanza nell'insegnamento (allora si potevano avere di siffatte ingenuità). Conso insegnava ad Urbino, e quando venne a presentarsi mi trovai davanti un giovane non giovanissimo di severo aspetto, che confermava la severità dei libri che avevo letto. E la confermò nei lunghi anni che stemmo insieme in autentico sodalizio di pensieri e di studi, che solo le vicende della vita hanno potuto attenuare.

Ora il nome di Conso è su questo libro nel quale egli ha raccolto le sue fatiche minori. È un Conso *mutatus ab illo* che naturalmente mi si presenta, perché l'amico ha fatto molta strada, e l'antica solitudine ha ceduto alla collaborazione giornalistica, alle presenze indefettibili nei congressi e nei dibattiti, all'esercizio intenso dell'avvocatura, come del resto era inevitabile. Di tutta questa attività il libro è in fondo la perspicua testimonianza, ed io capisco come egli abbia sentito il bisogno di darla, di fermarla, quasi oltre l'attimo nel quale queste cose nascono, producono i loro effetti, e muoiono.

È appena il caso di dire che anche in questa minore (ma lo è poi veramente?) attività Conso conferma le sue doti di studioso serio e appassionato, dotato di quella rara competenza che si acquista con l'impiego dei metodi tradizionali di interpretazione e che ha fatto di lui il nostro maggiore processualpenalista. Se dovessi esprimere un giudizio sintetico (e temerario) direi che egli è un'anatoma del diritto, più che un clinico o un fisiologo. I suoi interventi nei congressi, dove si sono trattati, come vedo, problemi di altissima civiltà che nel processo trovano la loro occasione; i suoi commenti a certe sentenze della Corte

Costituzionale, che sono come le note corali di una società che ha smarrito il senso dell'essere; i suoi ricami giornalistici intorno a fatti del giorno (e della notte); i suoi stessi pareri legali; hanno una perfezione che non può non lasciare ammirati. È però una perfezione statuaria, alla quale manca logicamente la circolazione sanguigna: ed è una cosa che tanto più colpisce in quanto in certi problemi cruciali, come l'assoluzione per insufficienza di prove, l'istruzione sommaria o formale, il principio di autorità in democrazia, etc., il Conso appare contro la corrente consapevole ed equilibrato. Onde mi domando come non affiori nel suo libro il dramma della società in cui viviamo; come i problemi, tutti i problemi non siano visti nella relatività del tempo e dello spazio. So bene che questo non è un particolare difetto del libro e dell'autore: è il metodo degli studi processualistici, di qualunque genere. In contrasto con tutte le istanze sociologiche, l'ordine di consegna è l'espulsione dal diritto della realtà sociale. E si può ben capire perché.

A proposito di statue. L'anno scorso — spinto forse dal mio gatto nero — ho frequentato a Londra l'Old Bayley, ma non per vedere — ahimè — l'uomo in gabbia. Volevo rendermi conto di questo famoso processo inglese, della *cross-examination* che i miei amici vogliono introdurre come panacea di tutti i mali. Mi sono trovato in un museo di cera. A uno stesso tavolo sedevano gli avvocati e il pubblico ministero. A un altro tavolo, un po' più in alto, il presidente, un vecchio sornione, che dormiva come un ghiro, salvo ad aprire un occhio quando c'era da dare un colpetto di timone, per subito riaddormentarsi. Non ho mai visto una statua come quella del pubblico ministero torchiare imputati e testimoni con una simile inquisizione. E non ho mai visto statue di avvocati così silenziose e tranquille di fronte a tanto spasimo, in attesa di svolgere il loro turno e di essere ricambiate di altrettanto silenzio. Dentro di me pensavo che cosa faceva circolare il sangue in quelle gelide forme, e che cosa sarebbe accaduto nella nostra latina patria se si fosse accolto quel tipo di processo. Ma forse è solo questione di parrucche.

GIUSCIBERNETICA

Mario G. Losano, *Macchine e modelli cibernetici nel diritto*, Torino, 1969.

È difficile parlare delle cose che non si sanno, e si continua a non sapere quando si è letto questo libretto che pure ha intenzioni divulgative. Ma questa cibernetica applicata al diritto, qualunque sia la definizione teorica e la portata pratica, sulle quali mi pare non ci sia molta concordia, ha o assume certi presupposti che il giurista non (ancora) cibernetico non può passare sotto silenzio. Quanto meno, non può intorno ad essi non proporre qualche domanda, alla quale i giuscibernetici devono dare risporta. Ciò a prescindere dal fatto che questo tipo di indagini esercita una irresistibile attrazione sulle deboli menti, un po' per la novità, un po' per i lucri diretti e indiretti che se ne colgono, ed io ho ereditato dai miei quadrumani progenitori una tendenza moralisteggiante, di cui questi *Quaderni* sono una periodica dimostrazione.

Dunque, io mi sono fatto il concetto che la giuscibernetica parta da una idea naturalistica del diritto, riproduca quel famoso conflitto tra le « due culture », che opponeva la « scienza » alle cose umane, cioè alla letteratura, alla critica, all'arte, alla storia, e via dicendo. Gli uomini di scienza inducevano in tentazione coi loro laboratori e gabinetti i colleghi provvisti solo di penna e calamaio, e a questo si deve certamente il fiorire, ma anche tramontare, di nuovi atteggiamenti pseudoscientifici nella filosofia, nella pedagogia, per non parlare della sociologia. Il diritto, anche per il limitato interesse che esso desta, pareva fuori della mischia: ma da qualche tempo i filosofi del medesimo se ne

sono impadroniti, e hanno voluto scientificizzarlo con i vari positivismi o neopositivismi, filosofie del linguaggio e via dicendo. Ora è la volta della cibernetica, che, alla pari degli altri movimenti, configura, e necessariamente, un sistema normativo del tutto oggettivato ed astratto, la norma — minerale o pezzo anatomico o cellula, sulla quale si appuntano gli arnesi dei laboratori, senza i quali la scienza non è scienza. Non a caso l'autore di questo libretto (che del resto ha fatto bene a scrivere) qualifica Kelsen (pag. 159) il maggior giurista contemporaneo, immemore che il diritto e in genere la scienza partecipa della profonda sapienza del gioco del poker, in cui non esiste, come è ben noto, un punto massimo.

Io non posso ovviamente seguire i meandri della giuscibernetica, quali sono descritti dall'autore, e non posso neppure controllare gli sviluppi che, sopra tutto a opera dei nord-filosofi, ha assunto e va assumendo l'avvento delle macchine nella vita giuridica. Un primo ed elementare settore operativo mi pare sia quello della documentazione: ed è ben noto che anche in Italia si vanno istituendo *aere publico* (ma ci sono stati anche tentativi privati rapidamente abortiti) centri di raccolta meccanica delle sentenze, sostitutivi del famoso massimario e più in generale dei correnti onerosi repertori. Questa sembra una cosa ineccepibile: e non si deve infatti negare che una certa utilità e un certo progresso anche in questo campo un buon *computer* può portarlo. Vero è che io non posso dimenticare quel che mi rispose l'amabile prof. Kleinman, l'unico processualista russo degno di questo nome, o almeno uno dei pochissimi, quando gli chiesi a Mosca di farmi vedere qualche raccolta di sentenze: « Noi non consentiamo che si raccolgano le sentenze, perché non vogliamo che i giudici vengano influenzati dai precedenti ». Ma il dubbio è più profondo, e riguarda l'essenza stessa della documentazione. Chi è giurista, e non filosofo, sa che la ricerca delle sentenze (cioè di quel fatto dello spirito che è il caso concreto, e che non si identifica affatto con la sentenza come atto giurisdizionale) è l'impresa propria del giurista, che nell'atto stesso di cercarle le crea. Tu

non mi cercheresti se già non mi avessi trovato: il celebre detto vale per ogni cosa che non sia meramente esterna ed esteriore, quindi anche per questa ansiosa ricerca che si vuol far passare sotto il nome burocratico di documentazione.

Vi è dunque già a questo livello qualche riserva da fare. Ma la riserva si accentua, e diventa smarrimento, quando si legge che « il ricorso agli elaboratori elettronici non riguarda soltanto la documentazione giuridica, ma anche l'applicazione e la statuizione del diritto ». Vero è che l'a. non si diffonde troppo su questo, e accenna solo alle curiose, per non dir altro, polemiche americane sulle previsioni del comportamento dei giudici. Tuttavia l'affermazione si legge (pag. 176, in fine): ed è affermazione che (pur facendo la debita parte all'ardore della scienza nuova) comporta il totale misconoscimento di ciò che è diritto, unico e unitario in tutte le sue manifestazioni, dalla legge all'azione, alla sentenza. Ho notato con piacere la ribellione a queste posizioni mentali di non pochi studiosi americani (pag. 101): e sarà bene che i nostri imitatori ne tengano conto. In pratica la meccanizzazione mentale è purtroppo in atto; ma non per questo la si deve legalizzare e rendere scientifica, e sopra tutto disconoscere che dall'esperienza giuridica è ineliminabile l'elemento ad ogni livello creativo dell'uomo.

Non indugio oltre, anche perché non voglio andare *ultra crepidam*. Vorrei solo consigliare una cosa a questi bravi e dotti studiosi della nuova filosofia del diritto: frequentino i tribunali, vadano a vedere che cosa sia il chiedere e il rendere (o non rendere) giustizia, ma più che vedere, collaborino a questa impresa, e non tanto da giudici (secondo me lo scanno del giudice è poco adatto, anche per via dei precedenti, all'osservazione) quanto da avvocati. È assurdo che si possa parlare di norma, di precetto, di linguaggio precettivo e descrittivo e di... giuscibernetica senza aver trattato una causa. Che è poi quel che avvertiva l'antica bonaria saggezza quando dava la precedenza al vivere rispetto al filosofare.

[123]

DIRITTO COMPARATO

René David, *I grandi sistemi giudiziari contemporanei (diritto comparato)*, Padova, 1967.

Maurizio Lupoi, *Il dolo del debitore nel diritto italiano e francese*, Milano, 1969.

Sul diritto comparato, e in particolare sull'opera mirabile che svolge quel docente a tempo pieno che è l'amico Gorla, io mi riprometto da tempo di fermare la mia attenzione, e di trattarne di proposito nei *Quaderni*. Purtroppo, non *majora*, ma *pejora premunt*, ed io ho perso il mio tempo a raddrizzare le gambe ai cani. Così mi trovo ancora impreparato alla discussione. Ma vedendo questo libro di René David (uno dei tanti nomi che appartengono alla mia infanzia giuridica) non ho potuto resistere alla lettura e a esprimere i dubbi che la lettura ha rinfocolato nel mio animo. Si tratta, niente di meno, che della consistenza del diritto comparato come materia specifica. Badiamo bene: che due o più persone si riuniscano per studiare i vari diritti, e da questi studi possano derivare risultati egregi, e opere di primissimo piano, io non contesto; il dubbio mi è sempre sorto sulla specificità e sull'autonomia scientifica e scolastica dello studio, perché mi è sempre parso difficile che si possa fare seria opera di diritto patrio senza guardare a quel che fa il vicino. Fino a ieri il vicino era il francese e successivamente è stato il tedesco, oggi lo spazio si è raccorciato e sono vicini gli angloamericani; ma è questione di quantità, e la sostanza non muta. Siamo tutti comparatisti, si potrebbe dire parafrasando il lugubre titolo di un film.

Con la speranza di ricredermi ho aperto il libro di René David, dal quale, dico subito, ho appreso tante e tante cose. Ma che questo, nonostante la pretesa del titolo, sia un libro di diritto comparato, io non sono riuscito a convincermi. Vi si trovano esposte le varie « famiglie » giuridiche del mondo contemporaneo. La famiglia romano-germanica, il diritto dei paesi socialisti, la *common law*, gli ordinamenti religiosi e tradizionali: ma che tutte queste famiglie si leghino in una unità, cioè siano considerate altrimenti che come tanti diritti interni o particolari, a me non è stato dato di percepire. Così che il diritto comparato sembra riprodurre quell'atteggiamento romantico che nell'ottocento si esprimeva nelle celebri e inutili storie universali.

Del resto, i primi a confessare la loro incertezza sono i comparativisti. Il David ricorda che l'origine del diritto comparato si trova nel sogno perpetuamente ricorrente della unificazione del diritto. E su questo scopo pratico, utopia a parte, non c'è nulla da obbiettare, così come non c'è da contestare l'utilità crescente di conoscere i diritti altrui, di tutta la terra, e, fra poco, di qualche altro pianeta.

Dove sorge qualche perplessità è quando si assegna al diritto comparato il duplice e concorrente scopo della comprensione internazionale e più ancora della miglior conoscenza del diritto nazionale. Ancora una volta ripeto che, tenute queste affermazioni nei loro limiti normali ed empirici, nel senso che la comparazione è uno dei tanti elementi sussidiari del giurista teorico e pratico, sono accettabili: lo sono meno se sono poste a base di una scienza. Già quando si dice, ed è frase comune, che il diritto comparato ha una funzione paragonabile a quella della storia, si dice, a mio avviso, cosa inesatta: la storia di un popolo è il suo diritto, e non so come possa andare a cercarsi la propria storia e il proprio diritto presso un altro popolo. Oserei dire che lungi dal ritenere che il diritto comparato « costituisce uno strumento indispensabile per il rinnovamento della nostra scienza giuridica » (pag. 8) è solo la profonda, profondissima conoscenza del nostro diritto che ci consente di conoscere

il diritto degli altri, onde i rapporti sono in certo modo da invertire. Ma vi è qualcosa di più profondo. Quando il David scrive, a proposito della comprensione, che ci occorre fare uno sforzo per capire il punto di vista altrui, e che quella che in Francia potrebbe essere la migliore delle difese giudiziarie non sarebbe la migliore se tenuta davanti a una corte americana, io credo che si illuda se con questo vuole, come vuole, giustificare il diritto comparato, perché può darsi il contrario, e cioè che ne segni la definitiva condanna, in quanto il fatto può essere addotto come segno della incomunicabilità dei diritti, nella concreta e suprema manifestazione che è il processo. L'ho accennato scherzosamente in fondo alla recensione a Conso (v. *supra*). Ma più seriamente traggo argomento dalle belle pagine di David sulla evoluzione del diritto pubblico e in specie sulla meravigliosa creatività del Consiglio di Stato in Francia. Sono cose che sarebbe onta non conoscere, evidentemente, per un amministrativista nostrano. Ma sono comunicabili? Alla lunga può darsi, perché la scienza influisce sul costume, se non lo determina: ma è l'amministrativista che può operare questo miracolo, prima su se stesso e poi sugli altri, non quell'anima errante che è il comparatista. E aggiungerei che il comparatista vero è prima di tutto e sopra tutto un giurista nazionale (mi scuso del termine), come dimostra l'esempio luminoso del Gorla. Procedendo all'inverso, si cade nel dilettantismo. Credo che in fondo di queste idee fosse anche Ascarelli, quando assegnava al diritto comparato, meglio allo studio comparativistico del diritto, la funzione di dare la consapevolezza critica del perché delle varie valutazioni (*Problemi giuridici*, pag. 42), e riconduceva anche lui il diritto comparato alla storia.

I dubbi che mi ha risuscitato il libro di David non si sono placati nella lettura del libro di Lupoi, che è un ottimo frutto della scuola di Gorla. Egli ha affrontato con ammirevole entusiasmo il raffronto del diritto italiano e francese sul dolo del debitore. Vorrei chiedere al giovane e valoroso amico tante cose, e così che mi spiegasse che cosa è « quel *quid* obbiettivo che è il

diritto vigente in uno stato » al quale egli si è doppiamente accostato, e cosa sono le « fonti sostanziali del diritto ». Ma egli stesso avverte che non ha inteso fare, col suo studio, della teoria o delle questioni di metodo. Comunque il libro si articola in tre parti: la prima (pagg. 1-26) dedicata al diritto francese; la seconda (283-537) dedicata al diritto italiano; la terza, una quarantina di pagine, dedicata alla comparazione. Lupoi ha fatto opera meritoria, e mi ha insegnato molte cose: ma non ha fugato, proprio per questa struttura del libro, i miei dubbi. I quali anzi, in un certo senso, si sono rafforzati, perché Lupoi, sulle tracce del maestro, ha il culto della giurisprudenza, che anch'io ho avuto, tanto da impostare su di essa tutta la mia modesta speculazione giuridica. La conclusione alla quale arriva Lupoi (e si badi bene che ci arriva attraverso una seria indagine sui due diritti, che da sola giustifica il libro) è che in molti casi il giudice francese ha deciso o deciderebbe, ovviamente ritenuta la identità dei testi, altrimenti il discorso sarebbe superfluo, diversamente dal giudice italiano e viceversa. Non so se in molti casi sia vero: e così ad es. che il giudice italiano non condannerebbe là dove ha condannato il giudice francese un venditore birbone (o magari solo giurista) che approfittando di una clausola di tolleranza del dieci per cento consegna soltanto il novanta per cento della merce. Vero è invece che in una infinità di casi, si potrebbe dire nella generalità, il giudice italiano è restio a valutare gli aspetti che siamo soliti chiamare morali delle situazioni, ma sono strettamente giuridici, se ben s'intende il diritto. Egli ha quasi la vocazione dell'assurdo, e non si cura minimamente delle conseguenze del suo fare. Anche in questo *Quaderno* ne ho offerto incredibili esempi. Ma da dove questo deriva? Secondo me, è l'effetto della nostra educazione scolastica, del narcisismo teorizzante, dell'abito mentale che ci siamo formati e imponiamo agli altri, e che si traduce in costume. Che in Francia non sia così, è possibile: basta confrontare un libro francese e un libro italiano per sospettarlo. Ma il diritto comparato è pensabile in queste condizioni? O non bisogna risalire

più a monte? O non lo si deve rigenerare al livello del metodo e della dottrina?

Certo questi grandi temi della responsabilità, della mala fede, del dolo sono il banco di prova della sensibilità di un sistema giuridico, nelle sue concezioni e nei suoi uomini, della sua rispondenza alle esigenze della vita concreta, e sotto questo aspetto il libro di Lupoi offre un grande stimolo alla ricerca. Ricordo una sentenza francese che affermava la responsabilità dell'autore di un libro che sistematicamente aveva omesso di citare un determinato autore. Che ne sarebbe tra noi? Queste e altre infinite domande vengono alla mente, segno che gli scienziati sono validi anche se la scienza è sbagliata. Del resto io, di veri comparatisti, *ante literam*, non ne ho conosciuto che uno, ed è il mai abbastanza compianto mio maestro Lorenzo Mossa. Una volta, nel discutere una questione con un agguerrito avversario che gli opponeva un certo argomento positivo, gli rispose con fermezza: Questo, nel codice tedesco non c'è. Non so se poi abbia vinto la causa.

FILOSOFIA DEL DIRITTO

Cordero, *Gli osservanti.*

Questo libro discorre — su un piano dichiarato « fenomenologico », e che potrebbe anche qualificarsi di storia psicologica, tipicizzante e assertiva — dell'esperienza umana della norma.

Il quadro generalissimo del discorso è questo: ci si propone, in primo luogo, di individuare la genesi dell'idea di norma nell'esperienza precritica; indi, di determinare i procedimenti di espressione della norma nelle sue forme e nei suoi contenuti; poi ancora, ci si propone di cogliere i concetti fondamentali che, più o meno criticamente, emergono via via quali valori posti a fondamento della norma; infine, di fissare i tipi di reazione emotiva di fronte alla norma, in un processo che va dall'accettazione della norma, come fattore di ordine, alla rivolta contro la norma, avvertita come limitazione imposta dal di fuori; e finalmente alla riaccettazione della norma consapevolmente intesa come autolimitazione.

Lasciando da parte ogni dubbio possibile sull'idoneità dello schema prescelto a consentire impostazioni nuove, o almeno a permettere un'utile raccolta di dati omologhi suscettibili di eventuali approfondimenti, è necessaria — su un piano, per così dire, pregiudiziale — una riserva relativa al metodo; riserva che investe, più che il singolo libro, il genere stesso cui il libro appartiene.

Ci si può chiedere, in primo luogo, se sia possibile — anche con il più sagace e con il più fortunato degli schemi — tracciare, con qualche aderenza al reale, la fenomenologia generale di un'esperienza (collettiva) risultante da innumerevoli e mutevolissime esperienze (individuali), influenzate da un numero altissimo di fattori.

E, in secondo luogo, ci si può chiedere se sia possibile studiare come oggetto di esperienza la norma postulata in astratto, in luogo delle indefinite e innumerevoli norme che, in concreto, la storia umana ha conosciuto e conosce.

In altre parole, considerata la inesauribile molteplicità delle concrete prospettive soggettive e delle concrete prospettive oggettive, si ha l'impressione che saggi di questo genere siano possibili solo a patto di affidarsi, con la fiducia totale tipica degli ideologi, a schemi precostituiti che astraggono, dal concreto delle esperienze, l'esperienza; e, dal concreto delle norme, la norma. Naturalmente, si tenta — nell'accennato metodo di astrazione — di imitare il procedimento caratteristico delle indagini induttive (rilevazione ampia dei dati, classificazione degli stessi, etc.). Ma è facile osservare che, se il procedimento accennato ha possibilità di valide applicazioni in indagini circoscritte, esso è destinato ad essere privo di vero valore conoscitivo in indagini praticamente illimitate nel tempo e nella quantità e qualità dei fenomeni considerati o considerabili.

Il limite caratteristico di libri di questo tipo ci pare chiaramente imposto dall'assunto preliminare (espressamente enunziato, nell'opera che dà occasione agli attuali rilievi, fin dalla prima pagina) di voler operare su un piano non specializzato. L'ambizione, ovviamente, è quella di pervenire ad una visione sintetica, per ciò stesso superiore ad ogni visione particolaristica, specialistica, considerata come inferiore.

Se si sfugge alla, purtroppo facile, tentazione dell'orgoglio, vi può essere qualcosa di nobile in assunti del genere, per quel che, in essi, vi è di reazione contro troppo aride e mortificanti specializzazioni. Ma non si deve dimenticare che le vere sintesi relative all'esperienza umana — ammesso che sian possibili per opera individuale e libresca — non sono altro se non vigorose intuizioni dell'essenziale, alle quali nulla aggiunge — semmai, anzi, toglie qualcosa di vivo — lo sforzo (vano) di redigere un repertorio compiuto, più o meno arbitrariamente ordinato, di dati.

L'assunto sintetico rischia di esser vanificato proprio dalla applicazione di un metodo sostanzialmente analitico: per un meccanismo logico facilmente constatabile, infatti, nel campo delle ricerche intese a far luce su aspetti fondamentali dell'uomo, l'assunto sintetico finisce per influire (negativamente) sul lavoro di raccolta dei dati, in quanto impone una selezione preordinata e un'interpretazione precostituita di essi; e, per converso, l'impostazione analitica finisce per retroagire (negativamente) sul proposito sintetico, in quanto gli conferisce, in partenza, una presunzione di certezza sperimentale che solo un'impossibile induzione completa potrebbe giustificare, eventualmente.

Prova decisiva, per noi, della contraddizione intrinseca a costruzioni del tipo di quella di cui parliamo, e del conseguente inaccettabile semplicismo antistorico e antifilosofico di esse, è costituita dalla constatazione del fatto che in simili costruzioni, pur dedicate sostanzialmente all'uomo, manca del tutto il senso del mistero, che è, crediamo, inseparabile da una considerazione realistica dell'uomo. In libri di questo genere, tutto è sicuro, tutto è spiegato, tutto è catalogato, senza ombra di dubbi.

Ora, tanta certezza è sospetta. Solo l'astratto è certo; il concreto umano è sempre perplesso, sempre suscettibile di svariate interpretazioni. E chi si inebria di astrazioni, e rinunzia all'umile incertezza che il concreto umano gli impone, rischia di allontanarsi dall'uomo, vertiginosamente.

Noi crediamo che in libri di questo genere si celebri il dubbio trionfo di quell'empirismo assoluto che oggi domina — sia pure « con opposta fè » — tanto su rive anglossassoni, quanto su rive orientali. Quell'empirismo assoluto — contraddizione in termini — che è, proprio in quanto si vuole (o si manifesta, comunque) assoluto, il più astratto degli idealismi.

A furia di perseguire un impossibile verismo, sperimentabile, per così dire, *pondere*, *numero*, *mensura* — verismo irraggiungibile (per quanto attiene all'uomo) in via empirica, dato che l'uomo è più grande di ogni schema che pretenda di esaurirne la realtà — questo metodo rischia di fabbricarsi oggetti

irreali. Rischia di fuggire dal reale per la tangente di uno pseudorealismo sostenuto da comparazioni tra entità incomparabili. Rischia di fuggire dal giudizio, per la tangente di una frenesia di giudizio che considera sistematicamente un lato solo di realtà intellettuali e spirituali complessissime (quante citazioni isolate dai contesti, e perciò poco significanti, nelle pagine che hanno dato occasione a queste nostre riflessioni!). Rischia di fuggire dalla completezza, per la tangente della completomania. Rischia di fuggire perfino, per la tangente di una programmatica volontà di collezionare verifiche, da quella coerenza, discutibile fin che si vuole, incardinata su un'idea *a priori* unitaria e centrale, coerenza che, nei sistemi filosofici, può affascinare gli uomini sensibili all'« esprit de système ».

Ma il rischio maggiore, in questo metodo, è quello di dimenticare la pietà verso l'uomo e la sua storia. Il disconoscimento dell'uomo concreto, sostituito da una larva nominalistica, conduce facilmente ad una impietosa, disperata e sprezzante considerazione dei singoli uomini e del loro travaglio. Ridotto l'uomo ad uno schema, tutto può apparire indegno di amore o di rispetto. E facilmente, in conseguenza, libri cui sarebbe ingiusto negare l'intenzione d'un appassionato impegno e l'appoggio di un erudito apparato, possono risultare fanatici e crudeli « panphlets », obiettivamente grondanti d'orgoglio, e superficiali giornali di viaggio tra realtà troppo grandi per esser colte in errabonde esplorazioni.

La vita umana è troppo breve, e l'arte — di vivere, di convivere, di sopravvivere — è troppo lunga, specie in questo nostro tempo, perché sia lecito tacere questi dubbi sul valore scientifico e morale sia delle requisitorie impietose e ingiuste, sia dei viaggi a volo di uccello in regioni così lontane, sostanzialmente, dall'uomo.

BERNARDO ALBANESE

SOCIETÀ INTERMEDIE

Rescigno (Pietro), *Persona e comunità*, Bologna, 1966.

Sotto il titolo *Persona e comunità* il Rescigno ha riunito una serie di scritti apparsi nel corso di una decina d'anni in varie riviste giuridiche e politiche. Il filo che unisce questi scritti è praticamente l'osservazione acuta, quasi angosciosa, della strutturazione sociale, della *societas* nel suo complesso, in una serie indefinita di « corpi intermedi », che operano, agiscono, vivono e sono determinanti per l'esistenza stessa della società. È la c. d. società pluralistica su cui si sono versati fiumi d'inchiostro, da giuristi e non giuristi, non sempre di fresca e pura, anche se nera, sorgente. Rescigno che, se non erro, è professore di diritto civile nell'Università di Bologna, è rimasto affascinato da questo problema, e ciò dimostra come non esistano barriere di cattedra per l'uomo di pensiero. Tale egli mi è apparso fin dalle prime pagine, e tale l'ho sentito anche per la ricchezza delle fonti letterarie alle quali si ispira, ormai estranee e remote più che Carneade a Don Abbondio.

Il fenomeno (se tale si può chiamare) delle società intermedie è ricondotto dal Rescigno all'art. 2 della Costituzione. Che cosa esse siano, e che cosa per esse si deve intendere, è anzi scrupolosamente definito a pag. 49, là dove si afferma che « dicendo società intermedie non s'intende società che preparino allo Stato o servano a mediare i rapporti tra persona e Stato, e nemmeno si allude a una scala graduale di valori che, passando per i gruppi, andrebbe dall'individuo allo Stato. Si fa riferimento alle formazioni sociali garantite dall'art. 2 della Costituzione ».

Fermiamoci un momento. Che l'art. 2, quando stabilisce che « La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità » assuma queste formazioni sociali nella loro naturale autonomia, la stessa autonomia dell'individuo, non vi può essere dubbio: il dubbio sorge per la negata mediazione di rapporti tra individuo e Stato, e sorge per il semplice fatto che si ammette lo Stato, e nello stesso tempo questo sembra dissolversi nella infinità degli enti intermedi, restando come un'ombra senza corpo, autentica quinta ruota del carro. Vero è che la negazione di cui parliamo è fatta con particolare riferimento alla chiesa, ma la chiesa io credo che non abbia nulla a che vedere con le società intermedie (v. l'accenno del *Quaderno* II, pag. 38), con quelle formazioni sociali di cui parla l'art. 2, come prova, tra l'altro, anche l'art. 7 della Costituzione.

Ora è sintomatico che in tutte queste individuazioni e classificazioni degli enti intermedi si parli di Stato, e non se ne dia o se ne presupponga una definizione. E in effetti io credo che gli acuti indagatori di queste cose, e tra questi Rescigno, si troverebbero imbarazzatissimi a dare una simile definizione, così come in sede pratica si trovano piuttosto imbarazzati a stabilire i rapporti (di lealtà) nei confronti dell'ente e dello Stato. Lo vedremo tra breve. Il problema, come ognuno può intendere, è gravissimo, e la gravità è in funzione della illimitata estensione delle società intermedie, quale si può osservare nel volume del Kaiser, sulla *Rappresentanza degli interessi organizzati*, di cui il Rescigno ci offre un ampio meditato riassunto. Dice bene il Kaiser: « La dottrina dello Stato e della Costituzione non può chiudere gli occhi innanzi al fenomeno, perché gli interessi organizzati sono una forza politica e una realtà costituzionale ». Ma aprirli su che cosa, per vedere che cosa?

Se debbo esprimere il mio sommesso avviso, questa domanda è destinata a restare senza risposta, perché il fenomeno che si osserva non è che l'eterno e alterno moto della storia, nel quale anche lo Stato, come tutte le cose umane, è immerso. Che lo

Stato sia soggetto a gruppi di pressione (pag. 103) è cosa vecchia quanto il mondo, ma che la pressione possa essere giuridicizzata mi pare molto difficile, a meno che non si inserisca nello Stato come associazione, appunto, con tutte le conseguenze che sappiamo. Se si nega questo, si finisce col giuridicizzare i moderni Don Rodrigo, ad es., quel grosso industriale che, a quanto mi dicono, è l'effettivo sindaco di Bologna, della Bologna pur governata dai comunisti (Rescigno dovrebbe saperlo più di me), e a creare così... l'individuo intermedio.

Se io non ho capito male, con queste società intermedie lo Stato si riduce a un vuoto potere: un potere disponibile, della stessa tragica disponibilità dell'individuo descritta da Capograssi. Per essere più precisi, si riduce a un potere da negare e contemporaneamente da conquistare nelle sue strutture tradizionali: parlamenti, amministrazione, magistrature. È probabile che Rescigno non riconosca questa conseguenza, ma se si vuole essere sinceri, cioè veramente giuristi, essa mi sembra fatale. Del resto essa ha la sua più candida manifestazione nei sindacati: che sono lo Stato fino a quando svolgono la loro funzione naturale e giuridica, sono contro lo Stato quando lo risolvono in politica. I recenti paradossali episodi della lotta contro la « repressione » ne danno la più sicura prova: un ente intermedio, l'ente intermedio per eccellenza, si è messo ad avanzare pretese di non applicazione della legge, cioè praticamente di costituirsi come stato, e ha trovato altri enti o personaggi intermedi che l'hanno seguito, se pure non lo seguirà, *de jure* o *de facto*, quello che siamo abituati a considerare Stato, senza intermediazioni di sorta.

La verità è che il giurista, anche se non chiude gli occhi davanti alla realtà descritta da Rescigno con informazione così appassionata, non potrà mai accettare che quel che si riassume nel nome di Stato sia una mera, disponibile forza. La forza dello Stato è la sua eticità, che non è un concetto astratto o un'ideologia o un pregiudizio, è l'essere della *societas* nella concretezza della storia, l'organizzazione che la *societas* si dà, come altre volte ho avuto occasione di dire (v. *Quaderni*, I, p. 12), in defi-

nitiva la legge. Le grandi componenti di questa legge (il monarca, il magistrato, l'amministratore) non ammettono società intermedie che non siano nella stessa legge, che non siano la stessa legge. Certamente contro questa legge, contro i suoi componenti, si scatena la furia dei singoli e delle associazioni che vogliono essere la legge, il che è un fatto politico ineliminabile, e del tutto fisiologico. La patologia comincia quando la legge cede alla furia, cioè lo Stato si eclissa. Allora la società pluralistica mostra il suo vero volto: un volto che però il giurista può conoscere ma non riconoscere.

Il controllo di questa verità si può trovarlo in quelle suggestive pagine che il Rescigno dedica alla osservazione della lealtà (*Gruppi sociali e lealtà*, pag. 68), cioè come egli precisa « al conflitto tra la lealtà (dell'individuo) verso la comunità particolare e la fedeltà allo Stato ». Nessuno più degli italiani, che hanno inventato la mafia, conosce questo conflitto, ma nessuno più di loro sa che questo conflitto non esiste in quanto per essi esiste solo la comunità particolare. Lo Stato è un sopruso. Ma il giurista, anche l'italiano quando si fa giurista, sa che il conflitto non esiste per una opposta ragione: perché la fedeltà allo Stato assorbe in sé la lealtà verso la società particolare. Rescigno stesso mette in luce l'importanza che anche per lo Stato ha questa lealtà, e i riconoscimenti che continuamente esso ne fa nelle sue leggi (tra parentesi, è un peccato che egli non abbia a questo proposito tenuto conto del dovere di lealtà consacrato nella legge del processo, art. 88: qui è evidente il conflitto tra l'io particolare e lo Stato). Certo vi sono casi in cui il conflitto sembra affiorare con pretese *stricto sensu* giuridiche, specialmente nei rapporti con la Chiesa, ma la giuridicità è solo apparente; così come vi sono casi in cui lo Stato stesso cede, ma *de jure* non *de facto,* cioè modificando se stesso, a certi conflitti, di cui l'esempio più evidente è quello degli obiettori di coscienza e della conseguente elaborazione legislativa. Ma in uno Stato che ancora meriti questo nome non si può dare conflitto giuridico: Abramo, nell'episodio del Genesi richiamato da Rescigno a conclusione dello

scritto, ce l'ha insegnato. Il conflitto può esistere, ed è bene che esista, quando occorre, nel dominio puro dello spirito. Col che non è tuttavia detto che il dovere di fedeltà verso lo Stato non sia più alto e periglioso del supposto dovere di lealtà verso la società particolare, almeno quando lo Stato diventa povero e nemico ai lupi che gli fanno guerra, tanto per dirla con dantesche parole.

Qui mi devo arrestare, per ragioni di spazio, non di stanchezza. Ma sento che dovrò tornare ancora su questo libro, che solo in minima parte ho meditato. È uno dei rari libri nei quali alla sostanza si unisce la forma, e quindi vogliono essere letti. L'unico appunto che farei è l'abuso nel ricercato sostegno di scrittori iperborei. So bene che è un costume, ormai; ma quando il pensiero ha una sua vena originaria, si può e si deve vincere il costume, se non altro per non essere confusi nel gregge.

[137]

METODO NEL DIRITTO

Lipari (Nicolò), *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (Riflessioni sul metodo).*

Osservo che da qualche tempo i giovani che ascendono (oggi si dovrebbe dire discendono) alle cattedre universitarie scelgono spesso per le loro prolusioni temi estremamente impegnativi, che direttamente o indirettamente pongono in questione il metodo nell'indagine giuridica. Il fatto è di grande importanza, soggettiva e oggettiva. Soggettiva perché dimostra l'inclinazione crescente o risorgente dei giovani alla speculazione che una volta pareva retaggio dei filosofi; oggettiva, perché è il riconoscimento che il giurista deve ad ogni momento, se vuole essere tale, verificare gli strumenti del proprio lavoro. Si può verificare nel concreto, come, più o meno apertamente, accade ogni volta che al docente la vita opponga un caso pratico che fa vacillare le sue convinzioni (e oserei dire, per l'esperienza che ne ho, che ogni caso pratico le fa vacillare); si può verificare in astratto, cioè nella contemplazione della vita che scorre, e continua a scorrere intorno alla cattedra, quando s'accorge, per dirla col poeta *démodé*, che « il mondo, mentre ch'io parlo, va ». Inutile dire, che io sono per la prima via, anche a spese del full-time, se occorre. Ma trovo che anche la seconda è estremamente apprezzabile: e tanto più quando è seguita dai cultori del diritto civile, che sembrano come oppressi dalla tradizione che si accoglie in questo augusto nome, e quasi vergognosi di essa.

La prolusione che ho davanti è quella del Lipari, e basta il titolo per far rizzare le orecchie agli intenditori. La leggo e la rileggo (perché a me questo tipo di scrittura riesce un po' diffi-

cile) e ammiro la varietà del sapere e la sincera esigenza di pensiero. Poi mi vengono i dubbi, e sono purtroppo questi che devo esprimere, se voglio essere fedele all'ingrato compito di questi *Quaderni*. Vediamo.

Se io non sbaglio il punto di partenza, che è anche di arrivo, del saggio è in questa frase, che del resto si ripete più volte: « l'esperienza giuridica si esprime come dialettica tra un dato normativo e un tessuto di rapporti nascenti dall'attività dei consociati ». Non occorre molto per intendere che l'attenzione del civilista (il suo nuovo metodo) si accentra sul « tessuto di rapporti », e la dialettica è un modo elegante e culto per esprimere l'opposizione fra i due termini, e cioè l'antipatia per la norma. Se ci fosse bisogno di prova basterebbe richiamare la tesi e l'ipotesi introduttiva di un'opera del giurista esclusivamente ancorata ai postulati formali di un dettato normativo, per sua natura insensibile di ogni dialettica, e accogliente la visione di una legalità condizionante l'intera attività giuridica; di un giurista insomma mero esecutore di una realtà da altri posta etc. etc. Una simile prospettiva storica non si è mai data, come già avevo osservato a Rodotà (*Quaderni*, II, pag. 135) e come del resto lo stesso Lipari riconosce. Aggiungo di mio che se vi sono, come certamente vi sono, dei c. d. dogmatici, nel senso deteriore della parola, sono dei meri ripetitori, contro i quali non val la pena di combattere perché non sono giuristi.

Ma teniamoci al sodo. Quando, come fa Lipari, si pone un assunto metodologico così importante, bisogna essere precisi con se stessi, prima che con altri, fino allo spasimo: e la precisazione deve come prima cosa riguardare le parole. Che cosa significa tessuto di rapporti nascenti dall'attività dei consociati, o, come altrimenti si esprime, contesto sociale? Qui è il nocciolo della questione. Tessuto di rapporti e contesto sociale può voler significare tutto e nulla: tutto se si intende la realtà, la vita stessa in un dato momento storico, nulla se si vuol fare riferimento a un astratto tessuto e contesto, isolato dalla vita. Ora, nel primo caso è evidente che tessuto e contesto comprendono necessaria-

mente la norma, senza la quale non sono nemmeno pensabili; nel secondo la norma ne resta fuori, ma per la semplice ragione che quel tessuto e quel contesto non esistono. Che le cose stiano così, è dimostrato dal fatto che per Lipari, e in genere per questo nuovo metodo che si propone, il tessuto e il contesto non sono affatto la realtà presente, ma la realtà o irrealtà futura, cioè quello che essi secondo le loro tendenze personali vagheggiano che debba essere, a tal segno che si arriva a leggere parole come queste, certo non meditate: « il giurista in tanto è vincolato dalla norma in quanto concretamente riscontri che essa esprime un valore che è presente nella totalità dell'esperienza, rispetto alla quale la stessa norma è certo momento ineliminabile, ma comunque del tutto parziale ». Cosa che praticamente conduce senz'altro alla sostituzione del diritto con l'arbitrio e con l'ideologia del giurista, che *ipso facto* cessa di essere giurista; teoricamente dimostra uno stato di confusione sull'idea di norma, che è concepita come qualcosa di esterno alla vita, posto dall'alto e dal di fuori, e destinato a rimanere immobilmente tale di fronte a non si sa più quale mobile e sfuggente tessuto e contesto.

Non è da escludere che operi anche qui quel vizio che in questi *Quaderni* e in tutta la mia ormai eccessiva prosa non mi sono mai stancato di denunciare: e cioè quello di personificare il diritto, la norma etc. Anche Lipari infatti scrive a un certo punto di « un ordine di valori che il diritto recepisce senza riviverli in sé e farli carne della propria carne », e parla di una « funzione della norma » contrapponendo alla funzione di limite alla libertà di comportamento del singolo quella di indice di una tendenza. Ma queste sono parole che non possono avere senso, e possono essere usate soltanto come immagini, purché ci si renda conto che immagini appunto esse siano.

Ritengo che da questa personificazione derivi quella ricorrente prospettazione di un contrasto tra diritto e realtà, oggi poi esasperato da una retorica esaltazione delle trasformazioni sociali, dell'acceleramento della storia, come anche si dice. Io credo

che si debba fare molta tara su questo contrasto, che è enorme se si fa della politica, si riduce a nulla se si vuol restare giuristi, e giuristi sul serio, non più o meno camuffati. Che ci possa essere qualche legge antiquata, nessuno lo può negare: ma io dubito che essa rimanga a lungo operante, anche se il legislatore non provvede a eliminarla formalmente. Quel che però il giurista deve escludere è il proclamato contrasto tra la norma (cioè il diritto, perché sono una cosa sola) e la realtà, o il tessuto o il contesto che dir si voglia. Non vi è né vi può essere contrasto, in sede speculativa, che è la sede propria del giurista, in quanto realtà e diritto *vertunt ad unum*, non possono dilaniarsi a vicenda. Compito del giurista è quello di scoprire la realtà e il diritto, il tessuto o il contesto che dir si voglia, ma ben s'intende quello attuale, non quello futuro o meglio pseudofuturo. Quel che ci può essere di vero nelle istanze di Lipari e degli altri colleghi è che può variare il metodo di scoprire la realtà: ieri era, e lo è in gran parte ancora, la dogmatica, cioè in definitiva l'astrazione concettuale; oggi vi è una esigenza di diretta osservazione del concreto. Ma al di là non si può né si deve andare. In poche parole, il giurista ha fatto, fa e farà sempre quel che deve fare, senza mai paura di apparire in ritardo, perché è lui che concorre a creare la realtà. Se ha paura di essere in ritardo, corre il grave rischio di essere conformista, bellissima parola che indica la falsa originalità. Il giurista che ha paura di essere in ritardo finisce col diventare un plagiato dall'accelerazione della storia.

Ora, per svolgere il compito che abbiamo detto, il giurista non ha bisogno di nessuno, perché ha tutto in sé. Ha anche quello che si vuol riassumere, con incertissima parola, nella sociologia: onde nego che il diritto civile possa oscillare tra sociologia e dogmatica. Del resto io credo che Lipari, a differenza di altri, sia meno innovatore di quel che il titolo della sua prolusione possa far credere. In fondo, dicendo, nel nobile sforzo di superare l'antitesi tra dogmatica ed esperienza, che il giurista deve interpretare sociologicamente la norma e dogmaticamente

la realtà sociale, non fa che mantenere al giurista il suo eterno compito, a parte quel sociologicamente, che non si sa, o almeno io non so, che cosa voglia dire. Il nuovo è, a mio modo di vedere, uno sforzo che si fa per uscire da se stessi, e dà luogo a frasi come quella che sopra ho riferito, o quell'altra, che più avanti si legge, che « nel momento in cui si riconosce nell'esperienza giuridica la matrice feconda dei valori che il giurista deve assumere in quanto tali, indipendentemente dalla forma o dai modi attraverso i quali si esprimono (la c. d. volontà del legislatore, la elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, la stessa coscienza del singolo in quanto partecipe delle realizzazioni della società in cui vive) la dogmatica riacquista una nuova funzione ». Insisto nel dubitare che con queste parole Lipari, che è uno studioso serio, abbia voluto dire quel che esse dicono. Piuttosto è da riferire, a conferma di quanto abbiamo detto, la conclusione del discorso: « il civilista non ha più bisogno di aggrapparsi all'aporia di un diritto soggettivo che si nega nell'abuso, di domandarsi se l'ingiustizia del danno non contraddica talora alla giustizia del criterio di responsabilità, di negare la categoria del negozio giuridico di fronte a una realtà che nega in mille modi il contenuto dell'atto di autonomia, di contestare la costruzione delle figure classiche dei diritti reali, di contraddire a una funzione tipizzata dell'atto... perché ciascuna di queste esigenze è già presente nella realtà della esperienza che il giurista di oggi individua e modella ». Benissimo detto: ma che è questa se non la negazione del concetto e del concettualismo, contro il quale io mi sono levato istintivamente, senza invocare la sociologia, senza nemmeno porre una vera e propria questione di metodo?

Con quel che ho scritto, e direi buttato giù come immediata reazione, nulla voglio togliere al giovane amico, anche perché tengo conto che egli dirige la sua lancia contro gli schemi del diritto civile, che hanno una formidabile *carapace*. Non so se resterà convinto, e comunque spero che affinerà e chiarirà il suo pensiero: la tentazione del futuro è stata sempre forte per gli italiani. Vorrei comunque aggiungere una cosa. I giovani par-

lano di esperienza giuridica, di tessuto o assetto, o contesto, e via dicendo, animati da una esigenza di giustizia, che si porrebbe in contrasto totale o parziale, reale o immaginario, con la norma e con la forma. Stiano bene attenti: l'ingiustizia non è mai nell'astratto, o anche nel generale (questa riguarda negli estremi casi il legislatore, perché finisce con l'essere politica) ma nel concreto, cioè nel singolo caso che la vita offre e che l'individuo soffre. Qui è che l'opera del giurista si esercita e ha campo infinito di esercitarsi: perché molti giudici purtroppo hanno proprio quell'idea falsa della norma esterna, del contrasto tra contesto o tessuto etc. etc. e con ciò spesso rimangono indifferenti a ogni esigenza di giustizia. Ma ciò non avviene perché essi non sanno svincolarsi dalla norma (cosa assurda in ogni tempo e luogo) ma perché non riescono a intendere il valore della norma, cioè semplicemente sbagliano (v. la rubrica *Critica della Cassazione*, anche in questo Quaderno). Se il civilista, seguendo il suo metodo, riesce a eliminare questa mentalità e l'errore che ne deriva, comprendendo prima e poi facendo comprendere che cosa sia veramente la norma, io credo che avrà svolto un altissimo officio, anche se la sociologia dovrà restare nei suoi indeterminati confini.

[143]

COSTITUZIONE ED EFFETTIVITÀ

MARIO NIGRO, *Costituzione ed effettività costituzionale*, in « Riv. trim. di dir. e proc. civ. », 1969, pgg. 1917 e sgg.

Si tratta di una critica al saggio del prof. Hennis di Friburgo, dedicato alla analisi della discordanza fra costituzione scritta ed effettività costituzionale, cioè tra norma costituzionale e realtà della vita politica. Gli occhi mi sono caduti sul punto nel quale si richiama lo scritto di Albanese pubblicato nel secondo di questi *Quaderni* (Verba tene, res sequentur, pag. 42) e subito si è stabilita una corrente di simpatia tra me e l'autore del resto già noto ai lettori (Quaderno I, pag. 13). Albanese è uno scrittore « appartato », il più appartato di tutti: e sentire la sua parola è come un segno di riconoscimento che si aggiunge al valore particolare che ciascuno può avere, nel Nigro del resto rilevantissimo.

È appena il caso di dire che io non intendo fare una critica della critica. La mia vuol essere una semplice segnalazione di uno scritto limpidissimo che illumina da tutte le parti il grave problema che forma oggetto del saggio di Hennis e travaglia anche le nostre menti. Giustamente Nigro ironizza sulla ritenuta esclusività dell'indagine da parte della dottrina germanica, e prima ancora dello spirito germanico: potrei aggiungere che il fatto è più generale, perché ovunque i giuristi di stampo nordico ignorano la nostra scienza, il che per la verità è un bel modo di fare la loro. Vero è che da noi non solo non sappiamo ripagarli della stessa moneta, come meritano, ma ci rendiamo loro scimmie, in certo modo giustificando a posteriori il loro atteggiamento. Nigro comunque a questo signore dice quel che va detto: speriamo che sappia leggere e che legga.

Sotto il termine di effettività costituzionale si intende sostanzialmente, se ho ben inteso, la realtà sottostante alla costituzione, e da questa determinata, più drasticamente ancora la costituzione che si fa realtà e la realtà che si fa costituzione. « Il tessuto normativo non consta solo dei precetti della costituzione scritta, anche se questi formano la parte più importante della trama: altri fili si intrecciano a quello principale per completare, precisare, modificare il disegno. La prassi politica è uno di questi fili e va considerata come elemento costitutivo del tessuto ». Sulla base di questo rilievo corre la distinzione tra le costituzioni di tipo ottocentesco, cioè di tipo « garantistico » (oh, quale orribile parola mi tocca scrivere!) e quelle del nostro tempo, di contenuto precettivo e direttivo: l'una, la prima, espressione di una società omogenea, statica, che tale si riteneva e tale desiderava restare; l'altra, la seconda, espressione di una società eterogenea, dinamica, che nella costituzione trova lo strumento di integrazione e di trasformazione politico-sociale. A questa distinzione funzionale corrisponde quella di struttura: brevi, prevalentemente organizzative, le costituzioni ottocentesche, lunghe e abbondanti di precetti quelle di oggi, e in particolare l'italiana.

Mi viene in mente quel saggio postumo di Capograssi: « Frammento sulle costituzioni e le procedure » (*Opere*, III, 387) e quel che il maestro bonario mi scriveva quando, fatto giudice costituzionale, ebbe i primi contatti ufficiali con la nostra costituzione: « tu l'hai letta? Ti consiglio di non farlo. Con questa costituzione si può rovesciare l'universo ». Io credo, però, al lume della seguita esperienza, che l'antitesi costituzioni ottocentesche e costituzioni novecentesche non risponda alla realtà: la vera antitesi è quella che si può esprimere parafrasando il titolo di un famoso libro: Costituzioni e no. Voglio dire cioè che a mio modo di vedere, e lo esprimo come dubbio, la costituzione come strumento di trasformazione politico-sociale, in collegamento con la perigliosa formula « società eterogenea » non si possa qualificare costituzione, e se una costituzione si è data, in qualunque forma, non si possa definire come uno strumento e

uno strumento di tal genere. La Costituzione è la conquista di una società che ha raggiunto la sua staticità, sia attraverso una evoluzione che attraverso una rivoluzione (o crede di averla raggiunta) e di questa è la costante espressione. Ciò vale tanto per lo statuto albertino quanto per la costituzione sovietica, qualunque siano i valori che si vogliano « garantire » e contro chiunque li si vogliano garantire. Sotto questo profilo la costituzione è veramente « un catasto delle forze politiche » come pittorescamente si è detto in Germania e Nigro riferisce. Se una ne manca o una nuova se ne forma la costituzione nasce morta o è destinata rapidamente a morire.

La costituzione strumentale è una contraddizione nei termini, è la costituzione di un ipotetico futuro, ma non tanto ipotetico perché immancabilmente corrisponde a quello della forza politica elusa, non accatastata, che si vale della costituzione come strumento per rovesciarla al più presto possibile, o per farne comunque la *sua* costituzione. Nigro, nella sua intelligenza, non può non aver la sensazione precisa di questa realtà, tanto che registra fedelmente il carattere politico della denuncia della inottemperanza del legislatore ordinario agli ordini « sacri e solenni » del costituente, fatta per accelerare il processo di democratizzazione del paese; e nella sua sincerità non manca di ammonire che non sempre le battaglie combattute in nome della democrazia, hanno condotto alla vittoria della medesima. Si potrebbe aggiungere che, quando torna comodo, è l'inottemperanza che è voluta e imposta al legislatore per l'indicato fine, come è il caso del regolamento del diritto di sciopero e dell'organizzazione sindacale.

Se le cose stanno in questo modo, la conseguenza è o dovrebbe essere che il problema che si pone in termini di costituzione ed effettività costituzionale è un falso problema, o almeno un problema politico, cioè un falso problema giuridico. Onde io non vedo neppure come si possa giuridicamente chiedersi se la forza normativa della costituzione derivi dal fatto di essere essa espressione di una volontà passata (quella del costituente) o dal fatto di essere, e nei limiti in cui è, voluta da certe forze politiche.

Questo è un equivoco, e se la costituzione materiale di Mortati vuol dir questo (« volontà politica che sempre sottende, nella sua attualità e consapevolezza, il permanente processo di determinazione dell'assetto fondamentale della comunità ») il concetto può essere un equivoco pericoloso. Sotto questo aspetto, il pericolo si estende anche alla formula « concreta volontà di indirizzo » che si vuole ravvisare nella Costituzione: ed io temo che il richiamo di Albanese e della sua « esaltazione » del *dirigere* in contrapposto al *jubere* non si presti a consolidare l'assunto.

Che tutto questo sia o possa essere vero, lo si deduce anche dal fatto che proprio dalle accennate forze politiche (dalla « democrazia confusa ») la costituzione è invocata come strumento e come direzione, s'intende di che cosa e verso che cosa. L'episodio più recente è forse quella lunghissima discussione che si è fatta al Consiglio Superiore della Magistratura intorno alla domanda di ammissione di un tizio agli esami per la magistratura, determinata da ciò che questo aspirante giudice era in quel momento in carcere, imputato di omicidio e rapina. Il problema era costituzionale, poiché l'art. 27 dice che l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. Niente di male, intendiamoci, se ne son viste e se ne vedranno di peggio nella storia passata presente e futura. Il giurista non si meraviglia di nulla: solo chiede umilmente che non si confonda il diritto con la politica, si lascino le forze sociali alla loro azione, senza giuridicizzarle e senza parlare di prassi nel senso che abbiamo veduto. La costituzione del novecento, alla pari di quella dell'ottocento e di qualunque altra costituzione, opera come sempre ha operato: attraverso gli strumenti che essa crea e garantisce.

Se si ammette questo, tutto si accomoda: né c'è da preoccuparsi in modo particolare di un dualismo tra momento normativo e flusso continuo della libera vita dello Stato in rapporto alla costituzione, né da aver timore di « considerare la vita delle generazioni future totalmente vincolata dalla volontà e dai programmi che si è data la costituzione, tanto più in tempi di rapidissima usura delle forme di organizzazione della società e degli

ideali di questa »; non c'è da preoccuparsi, dico, perché questa è preoccupazione generale e costante di tutto il diritto, e che il diritto o meglio la vita risolve sempre allo stesso modo. Se mai la costituzione nostra ha offerto un altro strumento per questa risoluzione ed è la Corte Costituzionale: in relazione alla quale, da questo punto di vista, mi permetto un modesto richiamo degli accenni fatti nel II *Quaderno*, pag. 120 e sgg.

Concludo. Poiché non sono uno specialista, può darsi che tutto quello che ho detto sia criticabile, o addirittura sbagliato. L'amico Nigro, che ne sa tanto più di me, e non solo per ragioni professionali, può correggermi, e sarei lieto se lo facesse su questi stessi *Quaderni*.

RILETTURE

[151]

FILOSOFIA DEL DIRITTO

CAPOGRASSI, *Incertezze sull'individuo.*

La Casa editrice Giuffrè ha raccolto in un volumetto i cinque saggi che hanno a suo tempo portato alla ribalta la pudica figura di Giuseppe Capograssi. Sono i sei saggi ispirati all'incertezza determinata dalle immani tragedie vissute dopo la prima guerra, e culminate nella autentica catastrofe della seconda. Incertezza di tutto, oggettivamente, quindi incertezza sull'individuo che diventa soggettivamente incertezza dell'individuo. Uno dei saggi più famosi prende appunto il titolo dalle incertezze sull'individuo, e opportunamente esso è stato scelto come titolo dell'intera raccolta.

Nel rileggere queste pagine ho rivisto il dolce maestro, ho sentito la sua voce, fatta tanto lontana e tanto fievole. Sergio Cotta ha dettato una bella prefazione, nella quale ha cercato di ridare attualità al suo pensiero: bella, e devo dire coraggiosa perché non ha esitato a riconoscere pubblicamente quella che era per noi tutti discepoli una dolente realtà, la « sfortuna » di Capograssi. Con significativo e forse eufemistico riferimento Cotta dice come i giuristi hanno riconosciuto, *lui vivente*, « la loro sintonia con questo autentico pensatore che conosceva dal di dentro al par di loro i meccanismi della vita del diritto », mentre, *dopo la sua morte*, si sono progressivamente staccati da lui, facendo circolare aforistiche sentenze sulla « singolarità », « eccezionalità », « irrepetibilità » (oh, i miei dragonetti!) del suo pensiero. Quanto ai filosofi, questi lo hanno etichettato tra i filosofi del diritto, e con questo si sono sbrigati di lui, come di un collega col quale non si hanno molti motivi di dialogare,

e col quale tanto meno ci si sente obbligati a fare i conti. Se Cotta me lo consente aggiungerei che (a parte i giuristi-professori, che non interessano) l'ostracismo di Capograssi è avvenuto specialmente nel campo cattolico: ne ho la testimonianza più clamorosa nel divieto imposto ai discepoli da un filosofo di stretta osservanza cattolica, e oggi professore nell'Università di Roma, al solo fare il nome di Capograssi.

Dice Cotta con grande acutezza che in fondo tutto questo dimostra paradossalmente l'attualità di Capograssi, ed è probabile che egli abbia ragione: l'eterno rinnegamento di Pietro è la prova dell'eterna attualità del Rabbi.

Ma allora io mi diverto a leggere con gli occhi di oggi i suoi scritti di ieri, in particolare *Il diritto dopo la catastrofe*, e mi chiedo che cosa egli avrebbe scritto se avesse avuto la ventura o la sventura di vivere i giorni che sono ancora nostri. Vogliamo provare a immaginarlo? Ecco, come nelle vecchie finzioni, io ho trovato in una catacomba un settimo saggio (e lo riassumo ai lettori) che ha per titolo

Certezze dell'individuo

Molti anni fa — non potrei dire quando, perché il Paradiso nel quale sono accolto non è che l'oblio del passato, mentre l'Inferno è l'eterna presenza del passato, simile in questo alla storia — dovettero accadere nel pianeta che temporaneamente mi ospitava cose molto grosse, se io scrissi alcuni saggi, a uno dei quali diedi come titolo *Incertezze sull'individuo*. Pare che un certo Hitler di questi individui ne avesse arrostito qualche decina di milioni, altrettanti un certo Stalin, altrettanti ancora fossero stati accatastati sui precedenti per combattere Hitler in nome di Stalin: insomma una carneficina che pareva uscita dalla fantasia del mio amico Voltaire. Era naturale che un uomo come me, portato da natura a filosofare, cercasse di comprendere il perché di questa che agli occhi impassibili del padre eterno appariva certamente come una follia, e comprenderlo *sub specie*

juris, cioè secondo quell'unica positiva forma di conoscenza che è data agli uomini. E così fu che io con cuore dolente e con mano ferma tracciai la grande diagnosi della reificazione dell'individuo, della sua disponibilità, ma nello stesso tempo della sua ineliminabilità. Mi sia concesso di esserne orgoglioso, ma io ho innalzato il più alto monumento all'individuo che mai si sia concepito.

La diagnosi era estremamente semplice. Tutti i malanni che l'individuo ha sofferto (io stesso, nella mia povera giacca da camera descritta dal Satta [*Soliloqui e colloqui*, pag. 442] che era come il simbolo della mia assoluta inermità di fronte alla storia) hanno avuto la loro origine in una modesta formuletta, che si legge in tutti i manuali: la volontà dello Stato. L'antropomorfizzazione di questo Stato aveva necessariamente fatto di costui un individuo opposto in modo irriducibile all'(altro) individuo, con poteri di vita e di morte sopra di esso. Di vita, in quanto esso o egli prestava all'individuo i fini e le ragioni stesse della propria esistenza; di morte, perché il rispetto di quei fini e di quelle ragioni condizionava la vita dell'individuo. Che cosa c'era di storto in tutto questo? Mi pareva chiaro: lo Stato, di cui evidentemente qualcuno si era impadronito (diciamo meglio in cui qualcuno si era incarnato) impediva lo spontaneo svolgimento, il naturale crearsi della vita attraverso l'individuo, quello che la Costituzione della Repubblica che io non feci in tempo ad applicare avrebbe riconosciuto e garantito, traducendolo con spirito pratico nei « diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità » (art. 2). Naturalmente io sapevo benissimo che « la volontà dello Stato », era, come lo Stato stesso, una pura metafora, e come tale esprimeva una suprema esigenza dello spirito, che non ammette contraddizioni con l'individuo; ma la storia è la storia, e la metafora ha dato luogo al mito dello Stato, che è quello che conta. Ora, io dicevo, contemplando le ruine e le cataste di cadaveri, per una felice contraddizione questa catastrofe ha messo in luce l'individuo: questo autentico elemento naturale, che è

totalmente privo di importanza se lo si considera nell'universo, riceve la sua importanza somma, anzi unica nella creazione, dal fatto della sua esistenza. Lo Stato, per dargli la vita (la sua vita), deve distruggerlo, e distruggendolo lo afferma.

È in fondo quel che diceva il mio vicino Pascal, allorché ci insegnava « quand'anche l'universo lo schiacciasse, l'uomo sarebbe pur sempre più nobile di quel che l'uccide, perché sa di morire, e la superiorità che l'universo ha su di lui; mentre l'universo non ne sa nulla ». Se si mette al posto dell'universo lo Stato la proposizione diventa più realistica, perché lo Stato ne sa ancor meno dell'universo, e schiaccia sul serio, non per ipotesi.

Sennonché, e qui sta il punto, tanto io quanto Pascal commettevamo un piccolo errore, ed è quello di non renderci conto che l'individuo o l'uomo di cui con tanta fede e passione parlavamo era un essere astratto, cioè un non essere, né più né meno che il sig. Stato. Quando io dicevo che la catastrofe ha fatto scoprire che l'individuo ha la sua vita, la quale è soggetta alle sue leggi e ai suoi fini, ha un suo destino etc. etc. dicevo una cosa vera, ma ovviamente condizionata alla dimostrazione che quell'individuo esista. Se ammettiamo questo, tutto il resto del mio discorso è stato inutile, perché ogni problema è risolto, il negativo ha cessato di esistere. A essere sinceri questo dubbio io me l'ero posto, tanto che in uno dei miei poveri saggi, mi ero messo a studiare i bisogni dell'individuo contemporaneo, e a questo proposito lo avevo descritto come un « contestatore » e nella « contestazione » avevo individuato la sua essenza rivoluzionaria. È strano come nessuno se ne sia mai accorto: è proprio vero che non bisogna scrivere libri, ma rendersi analfabeti tra gli analfabeti. Orbene, verso la fine del saggio, io avevo avuto un fiero sospetto, e cioè che l'individuo di cui parlavo e al quale attribuivo quei meravigliosi bisogni non fosse affatto individuo nel senso etimologico della parola, ma fosse quanto meno un mostro con due anime, una seria e una frivola, e testualmente scrivevo: « la coesistenza di queste due anime è quello che non permette di dir nulla sopra l'avvenire della nostra epoca. E per-

ciò tutto il discorso finora fatto si potrebbe e si dovrebbe rovesciare. Si dovrebbe fare l'analisi dell'individuo della vita frivola come si è tentato di fare lo schema dell'individuo della vita seria. Si potrebbe e si dovrebbe fare. Ma la frivolezza contemporanea è argomento talmente serio e vasto che non può essere trattato in iscorcio ». Confesso ora che proprio a questo argomento avevo pensato di dedicare la mia ulteriore speculazione. Ma, come l'altro mio amico Stazio, caddi in via con la seconda soma.

Oggi che mi trovo quassù, col cervello divinamente lavato, non so quale risposta abbia dato la storia al mio interrogativo: ma poiché pensare, anche qui, lece, voglio completare il mio discorso terreno immaginando che il mio dubbio si sia risolto nel peggiore (per me) dei modi, e l'individuo dall'anima frivola abbia prevalso. Non è una cosa semplice, ovviamente, inventare la storia, ma io, nelle presenti condizioni, non posso far altro.

La prima difficoltà sorge dal fatto che, mentre l'individuo serio è uno, l'individuo frivolo è legione: il primo è quell'astrazione in cui siamo tutti incappati, l'altro è solo concretezza, assume infinite forme, ha, come la garrula acqua del mio già conterraneo D'Annunzio, mille lingue. È quasi impossibile, con buona pace dei miei cari sociologi, imprigionare o tipizzare il concreto: e allora non resta che cogliere l'individuo frivolo nella sua particolarità di fronte alla storia.

E prima di tutto bisogna rendersi ben conto che questo termine di frivolo è un'etichetta che noi, uomini seri, gli appicchiamo. In realtà l'individuo non è né sa di essere frivolo, anzi si crede il solo serio pensabile. L'individuo frivolo è semplicemente colui che ha scoperto se stesso. La posta della vita sta tutta in questa scoperta, di tipo tolemaico, in quanto rimette a posto le cose, e fa nuovamente girare il sole intorno alla terra. Supposto lo Stato come il sole, si determina la strumentalizzazione dello Stato da parte dell'individuo che ha scoperto se stesso, e non ha altro Dio all'infuori di sé.

Raggiunta questa certezza, l' individuo ne acquista subito un'altra, conseguenziale: e cioè che egli ha in se stesso il pro-

prio valore (quindi la sua legge). Quel che egli fa e pensa è il reale e il razionale nello stesso tempo: ed è naturale che sia così, perché l'individuo si presenta come un assoluto, l'*état c'est lui*. Onde la negazione degli altri, che cessano di essere un inferno, e il terribile corollario della indimostrabilità (leggi inesistenza) di qualunque valore che non sia il libito individuale.

Avevo ben ragione di dire che la frivolezza è una cosa seria: anzi è la sola cosa seria che esista perché dà quello che la serietà non può dare, e cioè la certezza. Confesso però che, inventato questo uomo frivolo, la mia fantasia ha esaurito la sua possa. Mi riesce quasi impossibile pensare la vita (il futuro) dominata da quest'uomo. Vediamo un po'.

Una prima innocente manifestazione della autoscoperta dell'individuo dovrebbe essere il mutamento nella foggia del vestire. L'abito è sempre un'uniforme, anche se questo nome ha un senso più ristretto; quindi è la negazione implicita ed esplicita dell'individuo. Se l'antiveder qui non m'inganna, dovrebbe venir fuori una generazione di individui capelluti, variodipinti, avvolti nelle più strane fusciacche, e mirabilmente sudici. La seconda manifestazione dovrebbe avvenire nella vita sessuale. Da che mondo è mondo l'uomo ha fatto del sesso il suo campo marzio: ma vi è sempre stata una tacita concordia di segreto e di mistero. La scoperta dell'individuo dovrebbe anzitutto rompere il velo di foscoliana memoria: ma sopra tutto dovrebbe portare al trionfo dell'inversione sessuale, come alla negazione della più facile legge, che è quella di natura. E bisogna riconoscere che la formula legge di natura è totalmente priva di senso, perché la natura è quello che è, non quello che qualche pedante vorrebbe che fosse. La natura ha per la verità una sola legge che l'individuo non può vincere: ed è quella della limitazione delle forze dell'individuo. È una legge tragica, ovviamente, nella prospettiva individuale, ma la conseguenza dovrebbe essere, secondo logica (la logica dell'individuo) la esaltazione del sesso, meglio si direbbe la follia del sesso. Il secolo da me artificiosamente

costruito dovrebbe avere i suoi due poli nell'impotenza e nel sesso.

La seconda manifestazione dell'autoscoperta dell'individuo dovrebbe aversi nel linguaggio. Non c'è dubbio che il linguaggio è un fenomeno sociale: ma ridotta la società a una moltiplicazione di individui, il linguaggio in tutte le sue forme dovrebbe diventare inintelligibile. L'individuo (critico, filosofo, giurista, letterato, pittore, scultore che sia) deve essere incomprensibile, per essere se stesso: il primo a non dover capire anzi dovrebbe essere lui, perché nella incomprensibilità c'è una autentica autoesaltazione, come nell' inversione sessuale. L' incomprensibilità sarà causa ed effetto della incomunicabilità tra gli individui. I milioni di persone che affolleranno i cinema e i teatri per assistere ai contorcimenti e alle deviazioni del sesso, filosoficamente monetizzati, non comunicheranno tra di loro più dei gregari che verranno condotti alle adunate oceaniche di cui ignoreranno la ragione e lo scopo.

La terza e suprema manifestazione della scoperta dell'individuo dovrebbe essere quella, per un giurista e filosofo più importante, della libertà. È appena il caso di dire che il diritto e la filosofia avranno cessato o dovranno cessare di esistere, così come cesserà la storia, di cui non si intenderà neppure il significato. Prenderanno piede altre scienze di tipo zoologico, come la sociologia, che avranno la virtù di essere incomprensibili. Ma il problema della libertà sarà presente, perché l'individuo nella sua divina assolutezza si troverà davanti un vecchio relitto, quello che nei miei saggi ho chiamato Stato, e alla cui volontà ho attribuito tutti i guai che l'individuo ha passato.

Non ci potrà essere dubbio che, come ho accennato, il rapporto dovrà essere capovolto. L'individuo senza idea non potrà assolutamente sopportare quell'idea che è lo Stato. A ben pensarci lo Stato-idea non è altro che la legge, una cosa certamente misteriosa di cui nessuno ha mai saputo scandagliare l'essenza, che non può dire di se stessa se non come Dio: *ego sum qui sum*. Ma è proprio questo che l'individuo non potrà sopportare: l'es-

sere. E allora, ebbro del godimento e del benessere che gli ha offerto la propria scoperta, si darà a ricambiare lo Stato della servitù ciceroniana in cui dai secoli dei secoli lo avrà tenuto, asservendolo a sua volta, cioè annullandolo: e se lo Stato gli apparirà come scuola negherà la scuola, se gli apparirà come giudice, vorrà essere lui il giudice, e opporgli la propria legge, se gli apparirà come lavoro umano impedirà il lavoro, se gli apparirà come (un altro) individuo, distruggerà l'individuo. E se, in altro campo, la legge gli apparirà come chiesa, negherà la chiesa, e giustamente perché la chiesa (come il Dio) sarà lui.

Di qui si vede, in questa prospettiva fantastica, quanto corto sarebbe il mio vedere quando, nell'entusiasmo della catastrofe, feci la celebre diagnosi che « il nuovo della rivolta contemporanea è proprio che non si tratta di una rivolta byroniana dell'individuo, il quale non accetta il mondo esistente, perché non accetta il mondo sociale, i suoi vincoli e i suoi limiti; ma di una rivolta diretta proprio a fare il mondo sociale adeguato alla vita dell'individuo e alle sue esigenze vitali ». Bella figura, veramente. E il guaio è che la prospettiva non finirebbe qui. Perché — questa è l'esperienza del mio paradiso — lo Stato è indistruttibile, così che a un certo punto, *certus an incertus quando*, risolleverà la testa e metterà di nuovo le sue idee (le idee di un nuovo Hitler e di un nuovo Stalin, naturalmente) nella testa dell'individuo, il quale si troverà nell'eterna alternativa di perdere la testa o di riempirla con le idee dello Stato. In tal modo la storia ricomincerà da capo, dal momento preciso in cui io l'ho lasciata per questo mondo senza storia.

* * *

Qui finisce il manoscritto del settimo saggio di Capograssi. Una storiella alla Wells o alla Orwell, che non ha evidentemente alcuna rispondenza nella realtà, attuale o futura.

[159]

DIRITTO COMMERCIALE

MARIO CASANOVA, *Opuscoli di vario diritto (1926-1967)*, Milano, 1968.

L'arco di tempo nel quale sono stati composti questi scritti è l'arco comune delle nostre vite, di quella di Mario Casanova e della mia, che si sono mirabilmente intrecciate nei trepidi inizi, nelle laboriose affermazioni, nelle esperienze liete e non liete dei maturi anni. Fummo studenti insieme a Pisa, poi professori insieme a Macerata, poi per ventun anni professori insieme a Genova. Se oggi non siamo insieme professori a Roma, è perché egli saggiamente non ha voluto lasciare la sua patria. Ma, cosa rara, la lontananza non ha velato la nostra amicizia. Per questo gli scritti che egli ha voluto raccogliere in due densi volumi mi commuovono profondamente: molti di questi io ho visto nascere, e nel rileggerli ho ritrovato la freschezza e la perenne attualità che hanno le autentiche opere di pensiero.

Purtroppo, o fortunatamente, Casanova non emerge interamente da questi saggi, come non emerge dalle opere maggiori. Nessuno, che non l'abbia conosciuto, o meglio abbia avuto vera dimestichezza con lui, può immaginare la versatilità e la duttilità del suo ingegno, la immediatezza della intuizione in ogni campo, compreso quello politico, dell'arruffata politica dei nostri tempi, l'intelligente scetticismo che gli consente di vedere in trasparenza uomini e cose. Quel che si trasfonde nelle sue opere è la chiarezza, la precisione del linguaggio. Parla come scrive, o scrive come parla: e questo è dovuto alla sua innata vocazione di giurista.

Se io penso con nostalgia a quello che è e deve essere un

giurista, non posso che pensare a lui. Tutti gli affanni che agitano questi *Quaderni* (e lo spirito del loro autore) sembrano risolversi nella sua tranquilla, mi si consenta di dire, inesorabilmente tranquilla prosa. La verità è che nessuno o pochi come lui hanno « sentito » la norma, quella cosa viva, incandescente che è la norma. Deve questo, io ritengo, al settore di studi al quale, sotto la guida ineffabile del maestro da lui tanto diverso, Lorenzo Mossa, si è dedicato: il diritto commerciale, quel diritto da un lato scientificamente rimasto quasi immune da tutto il concettualismo che ha travisato la realtà negli altri settori, dall'altro soggetto più di ogni altro alle vicende della storia, onde ha germinato dal suo seno tanti altri diritti, fino a dissolversi in essi. Giustamente Casanova ha chiamato questa sua raccolta *Opuscoli di vario diritto*: perché veramente il diritto commerciale, con le sue propaggini del diritto del lavoro, della navigazione, sindacale, e con la sua dilatazione a diritto dell'economia, è un vario diritto.

In tutti questi campi, e nei loro presupposti e svolgimenti storici, Casanova è maestro. Io non posso naturalmente in questa sede parlare degli aspetti tecnici del discorso: ma debbo dire che da questo fluttuare della realtà che egli per mestiere contempla, emerge il senso augusto di una realtà che non fluttua, ed è il diritto. I giovani e non giovani che vanno cercando al diritto altre ragioni di essere, che lo stemperano e lo storcono in manipolazioni di alta cucina sociologica o addirittura politica (cioè rinunziano a essere giuristi), leggano i due saggi coi quali l'opera si apre e si chiude, rispettivamente *Diritto e società. Modernismo e conservatorismo giuridico* e *Lineamenti del nuovo diritto sindacale*, quest'ultimo anche per la serietà con la quale si devono considerare le norme costituzionali. Vedranno come la figura del giurista chiuso alle istanze della vita, prigioniero di astratti schemi, sia una figura immaginaria o più verosimilmente di comodo.

[161]

DIRITTO PENALE

PETROCELLI, *Saggi di diritto penale* (seconda serie), Padova, 1965.

Quel demonietto che, ai tempi del primo di questi *Quaderni*, aveva fatto scendere dalla mia libreria il *Diritto e processo* di Carnelutti, stavolta mi ha aperto sul tavolo il volume di un autore a me, per antichi legami universitari, infinitamente più caro. Sono i *Saggi di diritto penale* del Petrocelli, vecchi di cinque anni (l'edizione è del 1965). Ne rileggo molte pagine, e rimango affascinato dalla limpidezza e dalla severità dello stile. Petrocelli è un penalista classico (mi pare che così si qualifichino tra di loro) e io capisco come il pensiero crei lo stile. Un positivista non avrebbe mai potuto scrivere con questa sostanziosa eleganza. Ma appunto perché classico il mio buon amico è *tabù* presso le nuove generazioni, nutrite di imparaticci anglosassoni: perché essere classico vuol dire essere semplicemente giurista, e se c'è una cosa dalla quale oggi si aborre è proprio il diritto. In qualunque campo, e non solo nel diritto penale.

Come ricordiamo dai banchi di scuola, il penalista classico ritiene semplicemente che la pena sia e debba essere retribuzione, nel presupposto evidente che il delitto sia delitto, cioè che l'uomo sia libero, nel senso filosofico della parola. Una cosa, come si vede, vecchia almeno quanto il cammello. Contro questa umana idea si sono abbattute, come si sa, le slavine delle infinite pseudoscienze che sono germinate tra i due secoli, e che hanno visto in ogni ribaldo un soggetto da clinica o da manicomio; scienze occulte, come diceva l'indimenticabile Calasso, tanto che disperatamente cercano a ogni voltar di pagina di determi-

nare il proprio oggetto, come in più vasto campo avviene per la sociologia (cfr. il secondo volume dei *Quaderni*, pag. 152). Per il diritto penale classico, la grande rivale è la c. d. criminologia. E qui io consiglierei ai giovani di leggere, per trovare lume, la lezione tenuta da Petrocelli agli uditori giudiziari nel 1957, e riportata a pag. 141 del libro: e di soffermarsi specialmente sulla posizione che egli assume di fronte alla grande domanda dei criminologi: perché quelli e non altri? Domanda che ricorda la furba risposta di Caino al Signore: perché mi hai fatto così? Riportiamo le parole di Petrocelli: « Perché quelli e non altri? Perché nella realtà della vita quale è sentita e vissuta dalla generalità degli uomini, i soggetti normali, sul comune fondamento della libertà di decisione, agiscono alcuni in un modo, alcuni in un altro, assumendo perciò il merito o la responsabilità delle proprie azioni. Né di merito e di responsabilità, cioè di questi due giudizi fondamentali e immanenti della coscienza morale e sociale, potrebbe più parlarsi — e le basi della vita di relazione ne sarebbero totalmente sconvolte — qualora dietro la domanda si assidesse l'idea che se quelli agiscono e non altri è perché non poteva avvenire diversamente ».

Non si può immaginare nulla di più elementare. L'errore di Petrocelli di fronte alle avverse scuole e tendenze è forse uno solo: e cioè quello di non aver tenuto conto (forse ai suoi tempi non era ancora un fenomeno così pronunciato) della *cupido dissolvendi* che cova in fondo all'animo umano. La sua inattualità deriva da questo: è una *cupido* generalmente interessata, perché estremamente redditizia, ma esiste, e bisogna conformarsi ad essa, pena, non so se retributiva o no, l'oblio. Certo, sarebbe interessante, oggi, che i vari criminologi ci dicessero il loro parere sulla delinquenza professionale che si è impiantata nel mondo, sulle forme imprenditoriali che ha assunto, sulle rivendicazioni sindacali dei delinquenti, e in particolare sul delitto-divertimento, che è la caratteristica del nostro tempo. La sola risposta che potrebbero dare è che la nostra società non sente più il

delitto, e sarebbe una risposta validissima, da inserire come appendice nei loro trattati.

A questo proposito, dei *Saggi* di Petrocelli, che sono tutti da leggere e da rileggere, vorrei segnalarne ai giovani due in particolare: quello sui *teddy-boys*, che risale niente di meno che al 1960, come a dire alla preistoria della contestazione. Alla severità di questa diagnosi giuridica, formulata in un congresso a tutto disposto meno che alla severità, e che oggi alla luce degli eventi si può giudicare profetica, o storicamente sbagliata, a seconda dei gusti, fa da contrappeso l'analisi del caso Chessman, quello sciagurato che dopo dodici anni dalla condanna a morte fu giustiziato nelle carceri di San Quintino. È una cosa giuridicamente e letterariamente mirabile, nella quale si sente che lo studioso del diritto penale è stato sfiorato dall'ala di Capograssi. Ma Capograssi, chi era costui?

CRONACHE

[167]

GIOVANNI PAVANINI (1° dicembre 1969)

Le sue opere sono tutte qui: la successione nella pretesa (1932), la confusione nel processo (1933), il giudizio di rinvio (1937), i giudizi divisori (1942), la giurisdizione italiana nei procedimenti di volontaria giurisdizione (1947), e una voce, sempre sulla divisione, nell'Enciclopedia del diritto. Brevi opere nel complesso, ma ciascuna piena di un suo pudico valore, tanto che sono nella mente di tutti, e non si può pensare al giudizio di rinvio, alla divisione senza pensare subito a lui. E anche di questo gli va data lode, perché l'uomo è nato per lavorare su questa terra, e il giudizio comprende anche questo lavoro, che nello sgomento della morte sembra annullarsi. È il talento che offriamo a Dio moltiplicato, perché egli vuole, egli ama anche questo, la divisione, il giudizio di rinvio, questi libri caduchi e perfino ridicoli, ma che non lo sono perché li scriviamo, quando li scriviamo, con lui.

Le opere. Ma l'opera? Qui sta il mistero. È noto che negli anni della maturità la sua produzione scientifica si è rallentata e qualcuno ne ha attribuito la causa ad altri molteplici impegni. Ho in questo momento davanti agli occhi la sua alta figura, forte e pur quasi fragile, il suo volto sfiorato da un lieve sorriso, e sento che gli altri impegni, che pure certamente ebbe e a notevole livello, non sono stati la causa del suo silenzio. Troppa serenità vi era nel suo sguardo perché si potesse pensare a una tranquilla accettazione del dovere mancato (gli altri impegni in definitiva, e al di là di ogni finzione di pieno tempo, non sono che questo), e d'altra parte troppa era la sua fedeltà alla scuola, col sacrificio che questa, per ragioni che non ho mai capito, gli richiedeva, e che forse ha contribuito a rendere tanto breve la sua esistenza. Io credo che la verità sia da cercare su un piano più alto, e cioè nella fede profonda che ha animato la sua vita. La fede, quando c'è, e non c'è quasi mai, malamente tollera la parola,

che è sempre estroversione, e cioè contemplazione di se stessi negli altri. Le fede è silenzio. Per questo Bergson a un certo punto spezzò la sua penna, per questo Capograssi, sollecitato a scrivere e incapace di dire di no, celava accuratamente i suoi scritti, che in fondo solo dopo la sua morte abbiamo veramente conosciuto.

Diverso in questo dal Suo maestro, che, se possiamo ardire di giudicarlo, non trovò la fede cui aspirava proprio perché non seppe tacere, Pavanini fu tratto dalla sua fede al silenzio. Non era deviazione o indifferenza: che importanza avrebbe avuto se avesse aggiunto alle sue opere uno studio, poniamo, sulla purgazione delle ipoteche? Del resto chi lo avvicinava, come a me accadde in qualche concorso, o in qualche congresso, non poteva non osservare la sua intelligente presenza nel mondo degli studi.

La fine, sicuramente voluta, delle opere era la risoluzione delle opere nella interiore opera della sua vita.

L'opera di Pavanini è stata, oggi lo sentiamo, la sua stessa vita. Accanto ai giuristi strepitosi, ovunque presenti col peso del loro nome e della loro autorità, c'è un piccolo gruppo di giuristi che io vorrei chiamare appartati. Sono venuti alla ribalta con alcuni squisiti libri, suscitando attese e speranze: e poi, senza una ragione apparente, si sono ritirati dietro le quinte, hanno lasciato la ribalta agli altri. Potrei fare alcuni nomi, non molti. Pavanini era certamente uno di questi. E morendo ci ha lasciato molto di più delle piccole cose che noi lasceremo. L'opera appunto della sua vita, che, raffinata e illuminata nel silenzio, presenta oggi a Dio, in cui credeva.

SERIO E FACETO NELLE INAUGURAZIONI DI ANNI GIUDIZIARI

Nella prima parte di questo *Quaderno* il lettore avrà appreso della singolare iniziativa assunta dal Consiglio Superiore della Magistratura a proposito di quella solenne, importantissima e innocua cerimonia che è l'inaugurazione dell'anno giudiziario: e credo che attraverso la mia serena osservazione si sia reso conto dei teorici e, ahimè, pratici aspetti del problema.

Ora sarebbe interessante vedere quali siano state le reazioni della magistratura. Purtroppo non dispongo che di tre relazioni, quella dei procuratori generali di Milano, Firenze, e Perugia: rispettivamente i dottori Riccomagno, Calamari e Felici. Bisognerebbe, a mio avviso, diffondere queste relazioni: il cui interesse va oltre l'occasione in cui sono state lette: direi leggerle a scuola, se la scuola ancora esistesse. Basti dire che esse sono state improntate a una severa reazione contro il gesto incostituzionale del Consiglio Superiore della Magistratura: e questo, in un tempo caratterizzato da un *ruere in servitutem* molto peggiore di quello che ci ha contraddistinto per oltre vent'anni, poiché allora si trattava almeno di un padrone presente, ora di un padrone immaginato (in realtà padrone e servitore sono sempre una cosa sola), ha del miracoloso. Bisogna in fondo essere grati a questi pseudo-rivoluzionari, se riescono ad eccitare il residuo spirito, e convincerci o darci l'illusione che esso sia veramente immortale.

Non posso ovviamente riprodurre qui, nemmeno parzialmente, le relazioni. Ma da una di esse traggo notizia che completa quella indagine storica che ho fatto nel mio scritto sulla disciplina della inaugurazione dell'anno giudiziario, e bisogna che la riferisca. Ci informa il dott. Calamari, riferendo le parole di un suo predecessore, il dott. Notarbartolo, che secondo l'ordinamento giudiziario del 1865 l'inaugurazione era un rito d'obbligo; facoltativo divenne, e condizionato all'autorizzazione delle superiori gerarchie, con la modifica del 1941, la quale ha avuto le sue origini contingenti in un discorso inaugurale che aveva denunciato i quotidiani attentati perpetrati in Emilia da gerarchi di ogni piano. La relazione del dott. Notarbartolo, che è del 1954, fu infatti la prima dopo quindici anni di silenzio. Anima mia presaga. Non sapevo questo fatto, ma lo avevo divinato. Speriamo ora che il discorso del dott. Calamari e dei suoi citati colleghi non sia nuovamente l'ultimo. Ma non credo, perché se si mostra la verga della libertà, i botoli scappano.

* * *

Però, però...

Accanto a queste reazioni, il fedele registratore non può non raccogliere la reazione della Suprema Corte di Cassazione. Narrano le cronache (*Corriere della sera*, 6 gennaio 1970) che alle ore 20 del 5 gennaio 1970, il Presidente della Cassazione (aggiunto) ha riunito

i giornalisti per dare la notizia che l'inaugurazione dell'anno giudiziario non ci sarebbe stata. Ecco il testo della sua dichiarazione:

« Come avete visto, l'aula magna della Corte di Cassazione è venuta a trovarsi in uno stato tale che non vi può aver luogo, come nel passato, la cerimonia dell'inaugurazione dell'anno giudiziario. Si tratta di fatti sopravvenuti: in particolare, nella già nota critica situazione statica del palazzo di giustizia nel suo complesso, si è verificata nel soffitto della predetta aula, a causa delle abbondanti piogge di questi ultimi giorni, una nuova fenditura che ha provocato la caduta di alcuni tratti di intonaco e il pericolo di ulteriori distacchi: a seguito di che il genio civile, che in un primo momento aveva dichiarato l'aula agibile per lo scopo predetto, ha creduto di dover revocare tale dichiarazione. D'altronde l'aula magna era l'unico dei locali assegnati alla Corte di Cassazione dove la cerimonia si potesse svolgere con la solennità necessaria al prestigio della Corte stessa (solennità del resto specificatamente richiesta dall'ordinamento giudiziario per siffatta manifestazione), e con le forme dovute al capo dello Stato che aveva assicurato il suo ambìto intervento. La presidenza della Corte è vivamente spiaciuta di questo contrattempo, e, come ha già espresso il suo rammarico al capo dello Stato, lo esprime, ora, agli altri invitati, ringraziando tutti della prestata adesione ».

Il giornale aggiunge altre notizie che forse completano il discorso. Dice che in ottobre l'ufficio di manutenzione del Palazzo di Giustizia aveva chiesto al genio civile, in previsione della solenne inaugurazione, un parere sulla c. d. agibilità dell'aula magna della Cassazione. La risposta del genio civile, a firma dell'ing. capo Federico Maroni, giunse il 28 ottobre (data fatidica), con la piena autorizzazione a usare l'aula per la cerimonia, con la sola condizione di fare entrare gli invitati da una porta anziché da un'altra. L'ufficio di manutenzione aveva fatto fare tutti i lavori necessari e tutto era pronto per la solenne funzione, quando uno scrupoloso funzionario della segreteria del primo presidente scopre in un angoletto (non sappiamo se avesse la lente di Sherlok Holmes o di Maigret) un po' di polverina bianca. Fece pulire, ma l'indomani, a una nuova ispezione giudiziale, la polverina c'era di nuovo. Domanda al genio civile: immediata conferma dell'agibilità. Seconda domanda nello stesso giorno: immediata esclusione dell'agibilità. E così domani — commenta il giornale — il presidente aggiunto sceglierà l'aula nella quale far tenere, il 9 mat-

tina, una normale udienza alla quale parteciperà una ristretta rappresentanza dell'assemblea generale della Cassazione, solo per le formalità di rito. Il procuratore generale non leggerà la sua relazione ma si limiterà a chiedere al presidente di dichiarare aperto l'anno giudiziario 1970. E la giustizia continuerà così, incespicando sempre più, il suo duro cammino.

AIT PRAETOR

Sotto il titolo *Perché sono stati assolti gli studenti che occuparono la Bocconi* un giornale milanese dà notizia di una sentenza del pretore di Milano, resa nei confronti di alcuni studenti accusati di invasione arbitraria dei locali della facoltà di lingue e lettere straniere nell'Università Bocconi, e di aver interrotto e turbato la regolarità delle lezioni. La sentenza è stata di assoluzione da entrambi i reati perché il fatto non sussiste; ma quel che conta è la motivazione, che il giornale dice interessante, e invece io trovo interessantissima.

In breve (non essendo possibile una trascrizione integrale, come meriterebbe, della decisione) il pretore, che per la storia si chiama Letterio Cassata, ha detto che gli studenti non potevano essere puniti a norma dell'art. 633, perché l'invasione prevista da questa norma deve essere arbitraria. Ora, « le occupazioni studentesche delle sedi universitarie non possono mai essere considerate arbitrarie. Se infatti si accettasse una diversa valutazione, si dovrebbe ignorare il fatto che le università appartengono anche agli studenti, anzi sopra tutto agli studenti ». Sarebbe necessario considerare gli studenti, che sono la parte essenziale della comunità universitaria, persone totalmente estranee alla comunità stessa, prive di diritto sulle cose la cui utilizzazione è connessa con lo svolgimento delle attività didattiche nelle università. Ma, soggiunge ancora il pretore, non si può imputare agli studenti la violazione dell'art. 340 c. p. (interruzione di pubblico servizio). Se è vero infatti che « la manifestazione ha provocato un ritardo nell'inizio degli esami, tale ritardo non può essere considerato interruzione di pubblico servizio perché l'azione studentesca aveva tra l'altro lo scopo che gli esami si svolgessero con commissioni rego-

lari, rovesciando la deplorevole prassi vigente in base alla quale le commissioni, a causa del ridotto numero di docenti, non sono mai complete. Pertanto gli studenti non hanno agito illecitamente, ma hanno invece operato per una più completa attuazione della legge ».

Non è certamente il caso di attribuire importanza giuridica a questa sentenza, e infatti mi limito a darne notizia nei fatti di cronaca.

È chiaro che il pretore milanese ha voluto fare la sua rivoluzione, ed ha attuato i suoi piccoli propositi con grandi spropositi. Niente di male per noi, ma temo che possa essere male per lui. Non oggi, naturalmente, perché oggi queste rivolte si fanno contro un nemico che non esiste, ma domani, se e quando i propositi del pretore si saranno realizzati. Allora è indubbio che questa sentenza gli sarà opposta come un crimine dal fero vincitore, e vanamente tenterà di difendersi, anche perché non gli sarà concesso. Se io fossi stato al suo posto avrei fatto sì la mia rivoluzione, ma in un modo più saggio. Avrei cioè detto:

— attesoché il codice penale, come tutti i codici, è fatto nella previsione di limitati e insignificanti eventi (un omicidio, uno stupro, un furto, una occupazione etc.);

— attesoché il giudice è fatto anch'egli sulla misura di questi piccoli eventi;

— attesoché l'occupazione delle scuole esorbita dalla misura della legge e del giudice, essendo un fatto storico;

— P. Q. M. dichiaro il difetto assoluto di giurisdizione.

Questo sarebbe stato un giudizio intelligente, o meglio uno sproposito intelligente, che avrebbe messo al riparo il *praetor mediolanensis* dal diritto vigente e dalla storia.

I SODOMITI ALLA CORTE COSTITUZIONALE

Voglio finire questo *Quaderno*, che per tante ragioni mi è riuscito un po' malinconico, con una risata: e perciò inserisco tra le *Cronache* la notizia che mi giunge fresca fresca di una decisione della Corte Costituzionale che riguarda i c. d. travestiti. Non ho bisogno

di dire chi siano: la parola creata dalla stampa è diventata un connotato e un simbolo.

Dunque, è accaduto, accade e non accadrà mai più che la polizia italica si è ricordata per i membri di questa rispettabile confraternita di un desueto articolo della legge sulla pubblica sicurezza (l'85) che vieta di comparire mascherato in un luogo pubblico, pena l'ammenda da 4 a 40 mila lire, e di un altro correlativo, il 220, il quale dispone che la forza pubblica deve arrestare chi è colto in flagranza del detto reato. E così, sotto gli occhi esterrefatti dell'Angelo del Castello omonimo (s'intende a Roma, nei cui pressi c'è un importantissimo insediamento), alcuni travestiti sono stati arrestati, e portati davanti al pretore. Il quale, nella sua non romana sapienza (ma del resto non è stato il solo) ha ritenuto che la norma che consentiva, anzi imponeva l'arresto, era incompatibile con la costituzione, e ha rimesso gli atti alla Corte. Questa, con la sentenza 39 del 1970, gli ha dato pienamente ragione, affermando che « la custodia preventiva di chi compaia mascherato non si giustifica né con la gravità del reato né con ragionevoli motivi di prevenzione, ché la mascheratura è lungi dal denotare, di per sé, una qualsiasi pericolosità del soggetto attivo », e quindi la norma viola la parità di trattamento con altri peccatori non mascherati, e non soggetti ad arresto.

Cadrei nel ridicolo se mi mettessi a discutere *sub specie juris* queste cose. È invece da mettere in rilievo questa mirabile gara di finezza all'italiana tra la polizia e il supremo giudice. La prima, nell'assoluta impotenza di fronte alla dilagante omosessualità — dilagante, s'intende, nelle strade, ché quella occulta non interessa nessuno — è andata a configurare il travestimento come una mascheratura, pur di porre una larva di argine al fenomeno; la seconda ha accettato impassibilmente la qualificazione, e ha considerato il travestimento (meglio si direbbe il vestimento) come una maschera, prendendo sulla parola la polizia. Diciamo la verità (e non suoni offesa alla Corte) la palma nella gara di finezza spetta alla polizia: ci vuole una mente giuridica eccelsa, e di eccelso umorismo, per ricondurre alle maschere i pubblici sodomiti. La Corte in fondo non ha fatto che stare al gioco, fino a parlare del mascherato come soggetto attivo, quando il travestimento dovrebbe indurre a parlare piuttosto di soggetto passivo.

Così lo storico futuro, leggendo le carte giudiziali, non sospet-

terà neanche di quel che corre « sotto il velame de li versi strani ». Le vere vittime della raffinatezza giuridica sono le passeggiatrici, che, a quel che mi dicono, subiscono una gravissima concorrenza sleale da parte dei loro semicolleghi, e non è escluso che la magistratura debba un giorno occuparsi anche di questo. Tutto è possibile. Intanto io vorrei esprimere un dubbio sul ragionamento del pretore romano e della Corte. Essi dicono che è incostituzionale l'arresto in flagranza, e mettiamo che sia tutto esatto. Ma allora, dato che la mascheratura è mantenuta come reato, se non si arresta il mascherato, che modo c'è di impedirgli che insista nel reato o che il reato si perpetui, come cioè nella specie svestirlo e rivestirlo di altri panni senza arrestarlo? Una specie di rompicapo, che ricorda quello degli obbiettori di coscienza. Guarda un po' dove si va a finire con le finezze giuridiche!

I sei volumetti che compongono i *Quaderni del diritto e del processo civile* furono pubblicati da Salvatore Satta fra il 1969 e il 1973. Nel presentare il primo di essi Satta ci informa di aver avuto «la tentazione di dare alla pubblicazione il titolo di Critica giuridica: ma ho temuto di apparire immodesto per via di certi solenni precedenti. Ho preferito parlare di *Quaderni*, perché i quaderni ricordano la scuola, soprattutto l'elementare». La scelta dei *Quaderni* era maturata dalla volontà dell'Autore di realizzare una pubblicazione periodica, che gli consentisse di seguire «lo svolgersi dell'esperienza, e cioè la vita nel suo perpetuo moto» e «di sorprendere, quasi nel suo determinarsi, la cieca mobilità della vita». Nonostante questi ambiziosi intenti, i *Quaderni* furono accolti con molta freddezza dagli ambienti accademici dell'epoca e non ricevettero l'attenzione sperata. Dopo cinquant'anni dalla scomparsa dell'Autore se ne ripropone la ristampa, nella convinzione che essi, vivificati dal suo sguardo attento alla realtà quotidiana e impreziositi dalle sue acute e pugnaci riflessioni (o «confessioni»), siano in grado di «parlare» anche alle generazioni di giuristi che vivono l'attuale, complessa, fase storica.

SALVATORE SATTA (Nuoro, 1902 – Roma, 1975). Laureatosi nel 1924 presso l'Università di Sassari, dopo aver insegnato a Camerino e Macerata, nel 1937 diventa ordinario di Diritto processuale civile ricoprendo presso l'Università di Padova la cattedra che era stata di Francesco Carnelutti, per trasferirsi successivamente a Genova, a Trieste, dove ricoprì anche il ruolo di Rettore, e infine, nel 1958, alla Sapienza di Roma. Autore di un manuale di diritto processuale civile che per oltre 50 anni è stato adottato in tutta Italia e di numerose e note opere giuridiche, è annoverato fra i più importanti narratori del '900 per le sue straordinarie opere letterarie (*De Profundis*, 1948; *Il giorno del giudizio*, 1977; *La veranda*, 1981).

ITALO BIROCCHI, già ordinario di storia del diritto medievale e moderno alla Sapienza di Roma, negli ultimi anni le sue molteplici pubblicazioni si concentrano su importanti figure di giuristi dell' '800 e del '900 (Pasquale Stanislao Mancini, Emilio Betti, Aurelio Candian) curando anche il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*.

ROMANO VACCARELLA, allievo di Salvatore Satta e già ordinario di diritto processuale civile alla Sapienza è stato dal 2002 al 2007 giudice della Corte costituzionale ed è autore di numerose opere monografiche fra cui un *Manuale di diritto processuale del lavoro*.

Roma Tre