

RIVISTA
DI
DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

FONDATORI

G. CHIOVENDA F. CARNELUTTI

DIRETTORI

F. CARNELUTTI P. CALAMANDREI
PROFESSORE ORDINARIO PROFESSORE ORDINARIO
NELLA R. UNIVERSITÀ DI MILANO NELLA R. UNIVERSITÀ DI FIRENZE

VOLUME XVI - PARTE I
Anno 1939 - XVII-XVIII



PADOVA
CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
1939 - XVII-XVIII

Filosofia e teoria generale del diritto.

Norberto Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, presso l'Istituto giuridico della R. Università, 1938.

Del problema della interpretazione giuridica, secondo il B. « nel rinnovamento degli studi metodologici ... sono stati visti quasi esclusivamente due soli aspetti: l'aspetto filosofico ... e l'aspetto politico. È stato invece trascurato ... l'aspetto tradizionale ... secondo cui la interpretazione giuridica ... viene considerata nella sua natura di procedimento logico, e quindi vista nel suo funzionamento ... nel suo meccanismo » (pagg. 1-2). Questa trascuranza è stata forse minore di quella che è parsa al B.; ma certo per il suo studio c'era posto e i giuristi gli possono dare il benvenuto, poichè si tratta d'uno scrittore d'ingegno e di ampio respiro. Egli è un altro di quelli, che credono alla soluzione puramente logica dei problemi delle lacune; questa convinzione, anzi, gli vale per dimostrare non tanto l'errore della concezione volontaristica del diritto quanto l'incongruenza dei giuristi, i quali, mentre la seguono, ammettono però quella soluzione; ora, poichè egli ha avuto parole benevole per la mia trattazione dell'istituto interpretativo, avrebbe potuto esentarmi dal rimprovero proprio perchè dalla concezione del diritto come comando io ho dedotto la insolubilità logica del problema delle lacune; e quanto alla scelta tra la concezione volontaristica o storicistica, come dice il B., basta ch'egli rifletta che i giuristi, i quali son quelli che hanno da lavorare con il diritto, e non da ozziare, come i filosofi, son costretti a servirsi della prima, per doverne tirare le conseguenze. Che se il problema si risolve anche, per esempio, in Francia, dove una norma sull'analogia non esiste, vuol dire soltanto che gli interpreti, *faute de mieux*, fanno da legislatori, il che si spiega col principio che *nécessité non ha legge*. A prescindere da questo dissenso di principio, ho già detto che il libro mi piace; e mi conforta poi il consenso del suo Autore nella vecchia battaglia da me combattuta contro l'art. 4 delle disposizioni preliminari (C.).

Arturo Colonna, *Per la scienza del diritto*, Torino, Tip. ed. Ernesto Arduini, 1938.

Critica delle dottrine giuridiche tradizionali e programma metodologico per l'attuazione della scienza del diritto, dice il sottotitolo. È probabile che la critica, da molti, sia trovata ingiusta e irritante; anch'io la reputo eccessiva; ma se questo giovane pratico, che ha fiore d'ingegno e di passione per il diritto, dice schiettamente, una volta tanto, che la scienza gli rende minori servizi di quelli, che gli abbisognano, i suoi rimproveri hanno la loro ragione e, soprattutto, possono avere una grande utilità. Quanto al programma, amo pure riconoscere nelle pagine del C. molte lucenti verità, per quanto la difficoltà della metodologia sia tale, che egli non può avere ancora l'esperienza necessaria per affrontarla (C.).

Alessandro Levi, *L'ordre public comme but essentiel de tout ordre juridique* (Estr. da « *Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique* »), Parigi, 1938.

Avv. Prof. FRANCESCO CARNELUTTI - *Direttore responsabile*

Selci Umbro, 1939 - XVII. — Soc. An. Tip. « Pliniana »

IL GIUDICE E LO STORICO (*)

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

1. — È comune tra i processualisti, specialmente nella sistematica della fase di cognizione, l'uso di espressioni che ravvicinano l'attività del giudice all'attività dello storico. Anche il giudice, come lo storico, è chiamato a indagare su fatti del passato e ad accertarne la verità; anche del giudice, come dello storico, si dice che non deve fare opera di fantasia, ma opera di scelta e di ricostruzione su « dati » preesistenti (1). Nella storia e nel processo si parla di prove, di documenti, di testimonianze, di « fonti », e della loro critica. I trattatisti del processo adottano, per una certa categoria di mezzi di prova, la denominazione di « prove storiche » (2); e come la ricostruzione del fatto, presentata in giudizio dal patrocinatore nell'interesse del suo cliente, si può rassomigliare a certe tendenziose storie di partito che per servire a fini pratici presen-

(*) Il presente saggio fa parte degli *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta*.

(1) Cfr. per es. Redenti, *Profili pratici del dir. proc. civile* (Milano, 1938) il quale insegna che la formazione della convinzione del giudice è di regola governata da « metodi intellettuali pregiuridici od extragiuridici, come può avvenire di qualunque persona normale, di fronte ad un quesito o ad un dubbio di ordine storico » (pag. 444).

(2) Cfr. Carnelutti, *La prova civile* (1915), pagg. 71, 73, 77, ecc.

tano una ricostruzione della realtà ad arte mutilata e deformata, così nella ricostruzione fedele e compiuta che deve fare il giudice, si loda, come in quella del vero storico, la imparzialità (1) e la cosiddetta « oggettività », e si addita come sentenza perfetta, non diversamente da quello che alcuno ha potuto pensare della perfetta storia, quella che riesca ad essere niente altro che una copia esatta, quasi si direbbe un calco ottenuto con precisione meccanica, di una realtà che sta tutta quanta al di fuori del giudicante.

L'accostamento tra il giudice e lo storico torna frequente anche negli scrittori di storia e di filosofia. In ogni ricerca storica, come in ogni istruttoria processuale, c'è un problema da risolvere (la cosiddetta *Frage* degli storici (2)) e quindi un giudizio da formulare: che poi consiste, schematicamente, nello stabilire la verità di certi fatti rilevanti, e nel dare ad essi una certa qualificazione. Potranno variare i criteri di questa qualificazione, che per il giudice sono sempre criteri strettamente giuridici, mentre per lo storico saranno criteri di natura diversa; ma, insomma, fino a che si tratta di convincersi, come giudicante o come storico, della verità di certi fatti avvenuti nel passato, i metodi di indagine del filologo o del giudice sono in sostanza gli stessi. È stato osservato che i mezzi di ricerca dell'archeologia, e in generale quelli della filologia, « talora somigliano addirittura a quelli della polizia scientifica » (3): e l'attività del giudice che pronuncia sentenze è stata avvicinata a quella di qualsiasi altro critico d'arte, di scienza o di morale (4). Per riportarsi in mente come presenti i fatti ormai dileguati nel passato, dovranno entrambi, lo storico e il giudice, nell'impossibilità di ossevarli direttamente, servirsi dei documenti e delle testimonianze, e compiere su questi lo stesso lavoro di coordinazione e di interpretazione, quello che dai processualisti è chiamato la « valutazione

(1) L'imparzialità dello storico può avere certi aspetti psicologici molto simili a quelli dell'imparzialità del giudice: lo storico può esser portato, per timore di non essere abbastanza imparziale, a esagerare il valore di coloro che avversò o avrebbe avversati nella vita pratica (Croce, *La Storia come pensiero e come azione*, Bari, 1938, pag. 278) come il giudice, per timore di non essere imparziale, può esser portato a dar torto all'amico anche quando ha ragione (cfr. il mio *Elogio dei giudici*, 2.a ed., pag. 128).

(2) Cfr. Croce, *La Storia* cit., pag. 128 e segg.

(3) Bianchi-Bandinelli, in *La Critica d'Arte*, XI-XII, pag. 276.

(4) Croce, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia* (cito dalla ristampa del 1926, ed. Ricciardi, Napoli), pag. 74.

del materiale probatorio » e dagli storici la euristica o « critica delle fonti », ma che in sostanza mira nello stesso modo, qua e là, a scegliere le informazioni più attendibili e a scoprire le falsificazioni, altrettanto frequenti e temibili nei processi quanto nella storia. Bene è stata messa in luce (1) l'affinità che passa tra certi manuali di metodologia storica e certi trattati di diritto probatorio (2); poichè « la critica delle testimonianze e dei documenti, e il raffinamento « dei metodi della relativa indagine, e lo stabilimento dei canoni, « e la formazione di speciali trattati in proposito, hanno avuto luogo « altrettanto nell'ambiente forense che nelle scuole dell'erudizione « e della filologia » (3).

2. — Un raffronto tra l'attività dello storico e quella del giudice, condotto con singolare acutezza da chi è in grado di considerare il problema con occhio di filosofo e insieme con occhio di giurista, si trova nel recente volume del Calogero sulla *Logica del giudice* (4): nel quale si dimostra che, per quella parte dell'attività giurisdizionale ch'è indirizzata alla soluzione della *quaestio facti*, l'accertamento probatorio compiuto dal giudice è sostanzialmente identico alla ricostruzione storiografica dei fatti compiuta dallo storico. Più ardua è sembrata invece al Calogero la qualificazione di quella ulteriore attività che il giudice compie, quando, posto di fronte alla *quaestio iuris*, ai fatti storicamente accertati deve applicare in concreto il diritto. Parrebbe, a prima vista, che anche qui si tratti di una pura ricostruzione storiografica: « come là si tratta di accertare, in base a prove, come si sia realmente svolto il fatto in questione, così qui si tratta di accertare, in base a documenti, che cosa sia stato davvero voluto dalla legge per il fatto in questione » (5). Ma, approfondendo l'esame, si vede che mentre ha senza dubbio carattere di ricerca storica quella con cui il giudice mira ad accertare la sussistenza positiva della norma, cioè il « fatto del legislatore » consistente nell'aver messo in vigore una certa

(1) Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione* (1937), n. 45.

(2) Ad esempio: nel *Lehrbuch der historischen Methode* del Bernheim (Leipzig, 1903), specialmente Kap. III (*Quellenkunde*) e Kap. IV (*Kritik*).

(3) Croce, *La Storia*, cit., pag. 106.

(4) Op. cit.

(5) Calogero, op. cit., pag. 137.

legge (1), vi è poi, nella fase di sussunzione del fatto sotto la norma, un'ulteriore attività del giudice (quella con cui determina « ciò che « il legislatore avrebbe verosimilmente voluto quando fosse stato « invitato a chiarire se dalle parole della sua norma doveva ritenersi potenzialmente significato anche un caso da esse non chiaramente previsto, o che esse non avrebbero, comunque, potuto prevedere ») che non si può più propriamente qualificare come semplicemente storiografica, cioè come ricostruzione del vero, ma come « ultrastoriografica », cioè come determinazione del verosimile o del conveniente (2). Questa identificazione della giurisdizione colla storiografia, mentre non ha dato luogo a gravi dissensi per quanto attiene a quella fase in cui il giudice indaga sulla *quaestio facti* (pur avvertendosi che la storia che fa qui il magistrato è non già la storia vera e propria, interiore e filosofica, ma la *historia inferior* « che si intesse sulle estrinseche testimonianze non senza « il concorso dell'immaginazione » (3), ossia in sostanza, più che storia, « aneddótica » (4)), è stata invece energicamente criticata per quanto si riferisce al giudizio *de iure*. « ... La storia, sia che si « prenda nella sua forma superiore, sia in quella inferiore, non basta a generare il giudizio di un magistrato. È vero che questo si « appoggia sopra una conoscenza che è di carattere storico, come « ogni concreta conoscenza; ed è vero che tra le cose così conosciute sono da intendere anche le disposizioni delle leggi, dati « storici anch'esse. Ma il proprio della sentenza del giudice sta in « quella cosiddetta « sussunzione », onde si fa rientrare il fatto che si « ha innanzi, storicamente ricostruito, in una norma di legge: « sussunzione » che non è un atto teorico ma pratico, un atto volitivo, « un *imperium*, che individualizza, ossia crea la legge, e pronuncia « un comando. Tanto si ha qui una creazione pratica, che dove la

(1) Calogero, op. cit., nn. 49-50.

(2) *Ibidem*, nn. 51, 52.

(3) Croce, Recensione al libro del Calogero, in *Critica*, 1937, pag. 376; cfr. anche Antoni, in *Giornale critico della filosofia italiana*, 1938, pag. 161.

(4) Croce, *La Storia* cit., pag. 113 e segg. Che l'indagine del giudice, più che alla vera storia, rientri nella aneddótica, par che resulti anche da quella massima corrente nei tribunali, secondo la quale non hanno bisogno di esser provati in giudizio i fatti « storici », cioè quelli che appartengono alla *historia maior*, ch'è nella coscienza di ogni persona colta (cfr. sulla distinzione tra fatti « storici » e non storici, Croce, *Logica*, pag. 197).

« parola della norma appare troppo lacunosa o addirittura manca, « si escogita un supplemento, cioè espressamente si pone una nuova « norma, non potendosi non sentenziare, ossia non provvedere e « non comandare » (1).

In queste discussioni filosofiche, nel riassumer le quali si è voluto abbondare in citazioni testuali per non cadere in involontarie infedeltà, il procedurista non potrebbe, senza peccar di indiscreta presunzione, assidersi terzo; ma gli sarà consentito, senza che con ciò possa esser accusato di sconfinar dal suo orto, di formulare in proposito, come può fare l'uomo della strada che conosce soltanto le regole del suo mestiere, alcune osservazioni sul metodo secondo il quale magistrati e avvocati lavorano nel processo a ricostruire la verità giudiziaria. Se poi da queste osservazioni di carattere tecnico si possano trarre, in ossequio alla opinione di Giustiniano che ai compilatori del Digesto raccomandava di non disprezzare *et deterioris sententiam*, argomenti per illuminar meglio le somiglianze o le differenze che passano tra l'attività del giudice e quelle dello storico, questo potrà essere affare della filosofia.

3. — Il giudizio del magistrato si appoggia, come quello dello storico, sulla conoscenza di dati concreti, che sono da una parte i fatti della causa, dall'altra le leggi vigenti nell'ordinamento positivo; ma il campo entro il quale può spaziare per l'accertamento di questi dati storici l'indagine del giudice, è delimitato da ristrette barriere, che lo storico ignora.

Anche il giudice (si è già detto) è chiamato a risolvere un problema; ma mentre lo storico sceglie da sé l'oggetto delle sue indagini e da sé formula il problema al quale queste indagini dovranno dare risposta, il giudice è posto dinanzi a una domanda formulata da altri, e nei termini di questa deve, se non vuol giudicare *extra petita*, contenere la sua risposta. Quella irrequieta curiosità che spinge lo storico a esplorare il mondo per tutti i versi e a prendere i suoi temi senza limiti di luogo o di tempo, ovunque si imbatta in eventi capaci di destare in lui risonanze umane, è inibita al giudice: il principio fondamentale del processo moderno per cui non può aversi giurisdizione senza azione (*nemo iudex sine actore*) mantiene il giudice in una posizione di passiva attesa, dalla quale egli non può

(1) Croce, Recensione cit., pag. 377.

uscire se non per affacciarsi a quella limitata porzione di realtà, di una ristretta realtà aneddótica, che la parte attrice gli sottopone e sulla quale lo invita a dare il suo puntuale giudizio. Ma questa passività del giudice, al quale la legge comanda di non esser curioso e di non spingere lo sguardo indiscreto al di là dei *petita partium*, è anche la garanzia suprema della sua imparzialità: di una imparzialità spassionata e distaccata che il vero storico non potrebbe mai raggiungere, perchè nella scelta del tema vi è già la confessione di una preferenza, e nella formulazione del problema è già implicito il criterio della soluzione. Solo coll' inibire al giudice ogni potere di iniziativa, si può ottenere da lui quella « oggettività », aliena da qualsiasi slancio di simpatia, che potrebbe esser rimproverata allo storico come gretteria od ottusità, ma che si considera invece come virtù somma del magistrato. Nè questa necessaria inerzia del giudicante potrebbe esser turbata senza scapito della giustizia. Non si può dimenticare che il processo penale cosiddetto « inquisitorio », in cui l' ufficio di ricercare i reati e quello di giudicarli si cumulavano in una stessa persona, è rimasto tristemente famoso nella storia come strumento tipico di arbitrio poliziesco: quando si confondono le funzioni, psicologicamente incompatibili, dell' inquirente e del giudice, nell'atto di accusa c'è già *in nuce* la condanna, e la coscienza del giudice è soverchiata dall'amor proprio dell'accusatore, che si sente impegnato, più che a render giustizia all'imputato, a giustificare (proprio come lo storico a dimostrare una sua tesi) la fondatezza della imputazione.

4. — Ma le restrizioni che la legge processuale impone alla indagine storica del giudice non si fermano qui.

Per intender la portata esatta di queste ulteriori limitazioni bisogna peraltro tener distinto l'accertamento del diritto oggettivo vigente, dall'accertamento dei fatti controversi, ai quali il diritto oggettivo deve essere applicato.

Anche le disposizioni del diritto oggettivo, come già si è avvertito, sono dati storici, che il giudice, per poterli applicare, deve prima di tutto conoscere nella loro realtà positiva. Ora, per quanto attiene a tale conoscenza ed ai mezzi per procurarsela, il giudice gode della stessa pienezza di indagine di cui gode lo storico, della stessa libertà nella scelta dei procedimenti tecnici più appropriati a tale scopo. Il principio *iura novit curia* non significa soltanto che il giudice, come organo dello Stato, ha il dovere di conoscere la

legge anche se le parti la ignorano o la fraintendono, ma significa altresì che egli ha, al pari di un qualsiasi privato, il potere di mettere in opera a questo fine, *anche fuori del processo*, tutti i mezzi di ricerca di cui ogni studioso può servirsi per procurarsi la conoscenza del diritto storicamente vigente. I metodi che possono guidare il giudice a conoscere esattamente quali sono i testi di legge che regolano la materia su cui è chiamato a giudicare, non differiscono da quelli che deve seguire lo storico per ricostruire la legislazione che era in vigore nella remota epoca da lui presa a studiare: le biblioteche in cui si trovano le raccolte delle leggi di ogni tempo e i trattati degli scrittori antichi e moderni, sono aperte al giudice come allo storico: nè il diritto processuale vieta al giudice le iniziative e le curiosità, quando queste siano indirizzate a colmare le lacune della sua cultura giuridica.

5. — Ma assai diversamente vanno le cose per quanto attiene alla conoscenza dei fatti: in relazione ai quali la indagine del giudice può essere limitata sotto diversi aspetti.

a) Nella raccolta delle singole circostanze, dal concorso delle quali è composta la « fattispecie » controversa, il giudice non è libero di andare a esplorare per conto suo la realtà, ma è tenuto (almeno nel processo a tipo dispositivo) a concentrare le sue indagini su quei soli fatti che l'una o l'altra delle parti abbia indicato come giuridicamente rilevanti (*iudex secundum allegata decidere debet*). Non soltanto dunque il giudice si trova di fronte a un problema formulato da altri, ma anche nell'accertamento dei fatti, che costituisce una delle tappe per la soluzione di questo problema, egli non può considerare la realtà se non al limitato scopo di raffrontare ad essa le contrapposte rappresentazioni che le parti ne danno nelle loro allegazioni. Se un fatto è allegato concordemente da tutt'e due le parti, il giudice deve tenerlo per vero; se un fatto, che egli riterrebbe decisivo, non è allegato da alcuna delle parti, il giudice deve ignorarlo e astenersi dall'indagare sulla sua verità (*quod non est in actis non est in mundo*).

b) Una volta stabilito, sulla scorta delle allegazioni delle parti, quali siano le singole circostanze controverse sulle quali il giudice è chiamato a indagare, neppure qui il giudice è libero di adoperare, per il compimento di queste indagini, gli accorgimenti che il suo acume gli può suggerire come più idonei a conoscer la verità. A questo punto entra in giuoco un altro principio fondamentale del

processo, secondo il quale in giudizio la verità non può essere accertata se non col sussidio di certi procedimenti logici corrispondenti ad alcuni tipi fissati in anticipo dalla legge, che si denominano *prove* per eccellenza, come a dire che la verità conosciuta dal giudice con mezzi non corrispondenti a questi schemi, non può valere in giudizio, per quanto sicura sia la sua intima convinzione, come verità. Il principio « *iudex secundum probata decidere debet* » significa dunque non soltanto che in giudizio la verità non può esser provata se non con quei procedimenti catalogati (1) ai quali soltanto la legge riconosce efficacia probatoria; ma significa altresì che, ove il giudice possedesse di scienza propria qualche conoscenza diretta dei fatti controversi, o avesse per avventura acquisito sui medesimi qualche notizia fuori dal processo e fuori da quel catalogo ufficiale di mezzi probatori, di queste informazioni extraprocessuali (*das private Wissen des Richters*) egli dovrebbe assolutamente dimenticarsi al momento della decisione. La legge, così disponendo, vuole evitare che l'accertamento dei fatti sfugga al controllo del contraddittorio, e mira quindi, col ridurre i mezzi di indagine, a ridurre gli errori; ma anche qui questi freni, imposti alla iniziativa del giudice allo scopo di assicurarne la imparzialità, sembrerebbero assurdi allo storico, il quale, abituato nell'ardore della ricerca a lasciarsi guidare soltanto dal suo acume e dalla sua intuizione, non saprebbe mai rassegnarsi a chiuder gli occhi sulla verità solo perchè il sentiero che l'ha guidato fino ad essa non è segnato sulle carte ufficiali.

c) E finalmente, anche quando il giudice ha raccolto, attraverso l'esperimento dei mezzi probatori ammessi dalla legge, tutte le notizie, che possono servirgli ad accertare la verità, egli non sempre è libero, come sarebbe lo storico, di valutare a sua discrezione l'attendibilità delle informazioni raccolte e di stabilire sulla loro credibilità una graduatoria che corrisponda soltanto alla sua coscienza di critico: giacchè in alcuni casi la legge vuole, che, quando l'esperimento di un mezzo di prova abbia avuto un esito formalmente positivo, di questo il giudice debba ciecamente contentarsi, anche se intimamente è convinto ch'esso non corrisponde

(1) Ma c'è in dottrina una tendenza sempre più precisa ad ammettere nel processo mezzi di prova non espressamente previsti dalla legge (cosid. « prove innominate »: cfr. Carnelutti, *Sistema*, I, n. 306); e in questo senso espressamente dispone l'art. 83 del progetto di codice di proc. civ. per lo Stato della Città del Vaticano (1938).

a verità. Questa valutazione preventiva e generica che la legge fa della credibilità di certe prove (cosid. « prove legali »), sottraendole ad ogni specifico apprezzamento *a posteriori* e lasciando al giudice soltanto il limitato ufficio di verificare se la prova sia stata formalmente prestata (*an iuratum sit*), costituisce una nuova tipica differenza tra il procedimento logico del giudice e quello dello storico, il quale procede alla critica delle fonti senz'altra guida che quella fornitagli dal suo acume e dalla sua coscienza.

6. — Queste molteplici restrizioni che, in diversi momenti della istruttoria, intervengono a limitare o a disciplinare l'indagine del giudice, danno agli accertamenti di fatto che esso compie un dichiarato carattere di *relatività*, che non è con altrettanta sincerità confessato nelle conclusioni dello storico. Nel processo a tipo dispositivo, in cui le parti possono accordarsi per fare apparire al giudice come veri fatti in realtà insussistenti o per tacere come se non fossero veri fatti avvenuti in realtà, l'accertamento probatorio non può mai avere un valore assoluto: esso non può aspirare a stabilir la verità una volta per sempre, ma si contenta di stabilire ciò che deve valere come verità in vista ed in funzione di quella fattispecie, che le parti hanno rappresentato come *thema probandum*. L'accertamento giudiziario vale nei limiti delle premesse poste dalle parti in quel processo; l'esito delle indagini su quegli stessi fatti avrebbe potuto esser diverso se il comportamento delle parti nella fase probatoria fosse stato diverso: per questo la cosa giudicata vale solo *inter partes*, e non va oltre la controversia (1).

Ma questa relatività dei giudizi di fatto (che è tipica del processo a tipo dispositivo, ma che sussiste, per quanto in misura ridotta, anche nel processo civile a tipo inquisitorio e nello stesso processo penale, in cui non cessa di aver vigore il divieto posto al giudice di utilizzare nel decider sui fatti controversi la sua « scienza privata »), dev'essere posta in relazione altresì con quel principio, comune a tutti i processi, secondo il quale il giudice, anche se i risultati delle prove non sono stati così esaurienti e decisivi da rimuovere ogni dubbio dalla sua coscienza, non può trarsi di impaccio con un *non liquet* e deve in ogni caso emettere sui fatti controversi un giudizio di certezza, positivo o negativo. Dopo aver

(1) Cfr. il mio scritto: *La sentenza civile come mezzo di prova* (in questa *Riv.*, 1938, I, pag. 108), n. 13.

esaurito tutte le indagini e tentato tutte le ipotesi intorno a uno di quegli enigmi del passato, che per mancanza di fonti sicure sono forse destinati a rimanere insoluti, lo storico cauto e coscienzioso potrà arrivare a concludere che quel problema è insolubile, e confessare onestamente che egli non è riuscito a farsi in proposito una opinione sicura: e questo suo rimanere in dubbio non solo non menomerebbe, ma farebbe maggiormente apprezzare la sua serietà di studioso. Ma il giudice non potrebbe, senza mancare al suo dovere, rimanere in sospeso tra il sì e il no, ed emettere una decisione al solo scopo di dichiarare che non sa decidersi. Il giudice, anche in quei casi in cui lo storico rimarrebbe incerto, deve a tutti i costi arrivare a una certezza ufficiale: e a tale scopo la legge gli fornisce, per aiutarlo a uscire dal pelago dei dubbî, certi espedienti un po' grossolani ma sbrigativi, che servono a trasformare la perplessità psicologica in certezza giuridica: tali sono, nel processo civile, le regole sulla repartizione dell'onere della prova, che stabiliscono a carico di quale parte debba ricadere la incertezza del giudice su alcuno dei fatti controversi; certi mezzi di prova, come sarebbe il giuramento suppletorio, il cui vero scopo non è tanto quello di rimuovere il dubbio dalla coscienza del giudice, quanto quello di scaricare sul conto del giurante il peso della sua coscienza tormentata dal dubbio; e, nel processo penale, il principio *in dubio pro reo*, in virtù del quale il giudice è tenuto a proclamare ufficialmente innocente colui di cui come storico si limiterebbe a dire che, tra la sua innocenza e la sua colpevolezza, non sa decidersi a prender partito.

7. — E tuttavia, finchè si resta nell'accertamento dei fatti, non si può dire che tutte queste limitazioni opposte dalla legge processuale alla indagine del giudice siano sufficienti a farle perdere quel carattere di indagine storica, che essa tuttavia conserva come quella che ha per suo fine la conoscenza concreta di fatti realmente avvenuti.

E neanche si potrebbe trovare una differenza tipica tra l'indagine storiografica e l'istruttoria giudiziaria nell'assegnare alla prima lo scopo di ricercar la verità *reale*, ed alla seconda lo scopo di fissare, attraverso le regole probatorie sopra ricordate, una verità meramente *formale*, che in sostanza sarebbe una illusoria finzione. La contrapposizione tra verità reale e verità formale, colla quale qualche processualista ha creduto di esprimere in formula sintetica una essenziale diversità di oggetto tra l'istruttoria penale e l'istruttoria

civile (sicchè, se tale contrapposizione fosse fondata, vera storiografia sarebbe soltanto quella che si attua nelle aule penali), non corrisponde in alcun modo alla vera natura dei due processi, i quali, sia pur servendosi di diversi metodi d'indagine, mirano allo stesso unico scopo che è la ricerca della verità, della verità semplice ed una, senza aggiunte e senza qualifiche.

Le restrizioni che alla libera indagine del giudice sono poste nel processo civile, e specialmente nel processo a tipo dispositivo, non mirano infatti a render meno penetrante e meno esauriente la ricerca della verità, ma mirano anzi a utilizzare come strumenti di indagine, più sensibili e più solleciti di ogni sagacia di giudice, i vigili interessi delle parti contrapposte, ciascuna delle quali, per mettere in evidenza quella parte di verità che le giova, è pronta a prender su di sè, con impareggiabile zelo, il compito della investigazione. Così il giuoco di questa contrapposizione di forze individuali che si attua nel processo porta, nella massima parte dei casi, a scoprire la verità, meglio che in un processo inquisitorio in cui al giudice fossero riservate tutte le iniziative (1). A un calcolo di probabilità si appoggiano del pari le regole sulla prova legale e quelle sulla repartizione dell'onere della prova: colle quali si toglie al giudice la responsabilità e la fatica di ricominciare da capo per ogni caso quella valutazione probatoria concreta, l'esito della quale, se si tien conto del *quod plerumque accidit*, non potrebbe non coincidere cogli schemi fissati in astratto dal legislatore.

Anche il sistema probatorio stabilito dalle leggi giudiziarie è dunque, in sostanza, un metodo per guidare il giudice nella ricerca storica: colla differenza che i precetti tecnici dei comuni manuali di metodologia hanno preso qui la forma di precetti giuridici indirizzati dallo Stato a coloro che nei processi hanno l'ufficio di scrivere la storia per suo conto. Questa *metodologia legale* non ha fine diverso da quello a cui mira la libera metodologia degli storici: anzi con queste regole probatorie lo Stato si propone (anche se non sempre ci riesce) di liberare i suoi giudici da tutti quei pericoli di errore ai quali gli storici sono soggetti, per la troppa elasticità dei loro metodi. Ma il fine rimane ugualmente la ricerca della verità; nè questo fine è meno sentito nel processo solo perchè in esso si verifica quella « invasione di un formalismo astratto nella proce-

(1) Cfr. in proposito il mio *Elogio dei giudici*, cap. VI.

dura che non si è mai verificata nella storiografia » (1). Questo cosiddetto « formalismo astratto » non è in molti casi che il metodo più semplice, suggerito da un'esperienza di secoli, per arrivare più celermente alla stessa conclusione a cui, colla sua libera metodologia, lo storico arriverebbe in ritardo: poichè anch'egli, giunto al momento critico delle sue indagini, là dove mancano i documenti sicuri o dove le testimonianze si contraddicono, deve pur sempre ricorrere a quei calcoli di probabilità, a quei criterî di verosimiglianza, che nel diritto probatorio si trovano ormai consacrati in precise formule di legge (2). Nè colla sua libertà di indagine lo storico può vantarsi di arrivare a risultati meno relativi di quelli del giudice: perchè anche il giudizio dello storico, com'è noto, non è mai senz'appello.

8. — La riduzione dell'attività giudiziaria a storiografia, che ci è sembrata fundamentalmente legittima fino a che il giudice si limita a indagare per procurarsi conoscenze di carattere storico, qual'è quella delle leggi positivamente vigenti o quella dei fatti della causa, comincia ad apparir dubitabile e disputabile quando il giudice passa a quella ulteriore fase del suo procedimento logico che è l'applicazione della norma al fatto o, come anche si dice, la sussunzione del fatto sotto la norma. È questo, in verità, il momento essenziale della giurisdizione: nel quale, dal raffronto di due dati storici precisamente accertati (legge e fatto) il giudice si trova in grado di trasformare la norma astratta in comando concreto, e di formulare per il caso singolo quella *lex specialis* che sola è destinata, mentre tutte le sue premesse logiche cadranno nel nulla coll'esaurirsi del processo, a perpetuarsi nel giudicato.

Chi, per risolvere il problema, cercasse consiglio nei trattati dei processualisti, arriverebbe probabilmente a concludere che anche l'applicazione del diritto al fatto è storiografia: poichè, se storiografia

(1) Antoni, Recensione cit., pag. 161.

(2) Cfr. in questo senso Calogero, op. cit., n. 46, pag. 131. E non è detto che le regole di diritto probatorio siano sempre indirizzate a imporre al giudice maggiore prudenza di quella che userebbe lo storico, libero di sbizzarrirsi in congetture: se talvolta il diritto probatorio vieta al giudice certe curiosità e certi ardimenti logici da cui anche lo storico prudente non rifuggirebbe, tal'altra (come fa, per es. colle regole sull'onere della prova che devono in ogni caso portare il giudice alla certezza) lo obbliga a congetture presuntive a cui arriverebbe soltanto uno storico molto audace.

grafia non può esservi se non di ciò che è realmente accaduto, le teorie dei processualisti rappresentano quell'individuazione della legge astratta in comando concreto, che è l'effetto essenziale della sentenza, proprio come un fenomeno *già avvenuto* prima e fuori del processo, senza alcun concorso del giudice; il quale nella sua sentenza si dovrebbe limitare a prenderne atto, a « dichiararlo », al pari dello storico che registra sul suo libro i fatti irrevocabilmente accaduti, nè può in alcun modo colla sua volontà modificare il corso degli eventi appartenenti al passato.

È comune fra i processualisti l'affermazione che la sentenza *accerta, non crea* il diritto, e che l'efficacia della giurisdizione nella fase di cognizione è essenzialmente *dichiarativa*. Questo principio deriva dal considerare la funzione giurisdizionale come un complemento necessario della funzione legislativa, e quindi dal considerare la sentenza del giudice nient'altro che come una specificazione e una individuazione di quella volontà del legislatore che già si trova depositata, in forma generale ed astratta, nella legge. Data la formulazione ipotetica della norma giuridica, la quale prevede la possibilità che si produca nell'avvenire una certa fattispecie, e, per il caso in cui l'ipotesi concretamente si avveri, pone in anticipo, ora per quando, un certo precetto, basta che nella realtà si produca in concreto una fattispecie avente i caratteri previsti in astratto dalla norma, affinchè senz'altro il precetto contenuto nella norma da astratto diventi concreto e da generale individuale, e nasca così dall'incontro del fatto colla norma giuridica quella che con denominazione chiovendiana si suole chiamare la « concreta volontà di legge ». Questo individuarsi di un precetto ipotetico, rivolto a tutti e a nessuno, in un comando categorico rivolto a una persona determinata, avviene automaticamente, senza alcun intervento del giudice, solo in virtù di quella volontà potenziale che è stata inizialmente racchiusa nella norma giuridica: e i giuristi ne ragionano come se si trattasse di un fenomeno di natura che veramente si compie nel mondo sensibile, e volentieri concepiscono la vita giuridica come una continua nascita di concrete volontà di legge, che gli uomini anche senza accorgersene fanno scaturire, come scintille elettriche ad ogni contatto, dalle norme giuridiche in mezzo alle quali vivono immersi. Così il comando che il giudice formula nella sua sentenza era già nato prima e fuori del processo, poichè, come si dice, il diritto *si applica da sè*: e il giudice non fa altro che verificarne la esistenza, con quella sua speciale chiaroveggenza

di giurisperito, che gli permette di aggirarsi nel mondo giuridico come se fosse un mondo reale e di scorgervi come avvenimenti accaduti gli incontri degli uomini colle leggi, e le vicende dei rapporti giuridici come peripezie di organismi viventi (1). A tale concezione, che non è senza conseguenze pratiche (proprio sul carattere *dichiarativo* delle sentenze si appoggia il principio secondo il quale gli effetti sostanziali della sentenza risalgono, di regola, alla domanda) si ricollegano tutte quelle teorie che, sotto una forma o sotto un'altra, considerano come prevalente nella attività del giudice il momento conoscitivo sul momento volitivo: dal famoso insegnamento dello Scialoja che sulla diversa importanza data alla volontà o alla conoscenza basava la distinzione tra amministrazione e giurisdizione (2), fino alle discussioni tuttora vive tra i processualisti per stabilire se la forza vincolante della sentenza si ricollegli come a sua causa alla volontà della legge, di cui il giudice non sarebbe che un fedele registratore, ovvero derivi da un atto autonomo di volontà del giudice medesimo (3). La risposta che da queste teorie, dibattute fra i giuristi, si può trarre per il nostro problema è sempre la stessa: il giudice è chiamato a fare opera non di volontà, ma di intelletto; deve limitarsi ad apprendere, e a riprodurre fedelmente nella sua sentenza, la volontà della legge già individuata e concretata fuori di lui; deve insomma essere lo storico di una volontà altrui, che preesiste alla sua dichiarazione e che egli deve considerare come un evento già accaduto nella realtà.

9. — Ma se si esce fuori da questo mondo giuridico, nel quale i giuristi si sono ormai abituati a percepire come casi veri le nascite e le morti dei diritti, subito ci si accorge che questo loro modo di ragionare è in gran parte basato su mere finzioni. Questa cosiddetta « concreta volontà di legge » che scaturirebbe fuori automaticamente dalla norma giuridica non appena nella realtà si pro-

(1) Cfr. Betti, *Cosa giudicata* (in *Enc. it.*, XI, pag. 562) « ... sul terreno « del diritto sostanziale, la decisione non è destinata a creare una regola nuova, ma unicamente a individuare quella che, secondo la conoscenza « del giudice, è la volontà della legge nel caso specifico: volontà, pertanto, « che preesiste come regola concreta del caso, e che il giudice deve solo « scoprire e additare ».

(2) V. Scialoja, in *Giustizia amministrativa*, 1901, IV, pag. 61.

(3) Cfr. Alfredo Rocco, *La sentenza civile*, n. 13; Betti, *Diritto processuale civile*, pag. 589.

ducano fatti coincidenti con quelli da essa norma previsti in ipotesi, in realtà non esiste altro che nella mente di coloro, parti o giudici, che conoscendo certi fatti e l'ipotesi prevista da una certa norma, raffrontano questa realtà e questa ipotesi e traggono da questo raffronto la conseguenza che il precetto formulato in quella norma deve essere osservato in concreto; ma la legge, se manca nel cittadino la volontà attuale di osservarla, cioè di conformare al suo precetto la propria condotta pratica, o nel giudice la volontà attuale di farla praticamente osservare nel caso concreto, rimane in sé stessa una ipotesi inerte ed astratta, superata dalla realtà che va innanzi per conto suo, ribelle a tutti gli schemi e sprezzante di tutti i prognostici (1). La sentenza del giudice, dunque, in quanto formula questo comando concreto che non è nella legge e che dalla legge non può scaturire per virtù magica, non è un atto teorico, ma un atto pratico, con cui il magistrato, anziché limitarsi a prender atto di una realtà già accaduta, mira a inserirsi nella realtà, a farvi la sua parte attiva che è poi quella di comandare e di infliggere sanzioni, concorrendo così, coll'agire proprio, a determinare in un certo senso l'azione futura degli altri.

Non dunque attività meramente conoscitiva è, nella sua fase finale, la giurisdizione, ma attività essenzialmente volitiva: se con una certa approssimazione il giudice si può paragonare allo storico fino a che si limita ad accertare fatti, nel formulare il precetto giuridico appropriato a questi fatti accertati egli cessa di essere uno storico e diventa un politico.

Questa conclusione, la quale può esser perfettamente giusta sotto l'aspetto filosofico, come può esser giusta sotto questo aspetto la dimostrazione della irrealtà e della inattualità delle leggi, produce tuttavia un senso di disagio e di turbamento nel pratico, abituato per lunga tradizione di pensiero a considerare giustizia e politica come termini antitetici, e quindi a sentire quale una *contradictio in adiecto* quella qualificazione di politico data al giudice, che nella mente di esso pratico (ignaro, come si è premesso, di problemi filosofici) risveglia l'idea, non gradevole, del giudice politicante. Se si deve dar retta alle nozioni empiriche correnti tra i pratici (tra i quali si sente ripetere che la giustizia deve essere indipendente dalla politica, ed enunciar l'opinione che

(1) Cfr. Croce, *Filosofia della pratica*, pag. 328 e segg. (4.a ed. 1932).

proprio a difesa di questo principio sia stata istituita la garanzia della inamovibilità dei giudici) sembrerebbe che alla figura del giudice quale tradizionalmente viene concepita e desiderata dai giudicabili, meglio si addicesse la qualifica tranquillante di storico, che si crede voglia dire serenità e imparzialità, anzichè quella di politico, che si pensa voglia dire partigianeria e passione; e che la volontà non abbia molto a che vedere col retto giudicare, se, fino dai tempi dello Scaccia (1) « *iniustus iudex dicitur qui non secun- dum iura, sed secundum suam voluntatem fert sententiam* ».

Ma forse si tratta di vecchi pregiudizî; dei quali in ogni modo può non essere inopportuno ricercare la radice.

10. — L'indipendenza della giustizia dalla politica, o anche si potrebbe dire la separazione del momento politico dal momento giuridico, non è, come si potrebbe credere, un'idea nata con quella concezione dello Stato che si usa chiamar liberale, e destinata quindi a subirne le sorti: essa è al contrario un postulato di qualsiasi ordinamento statale in cui il diritto si trovi formulato in leggi generali ed astratte, e in cui quindi il giudice, nel decider le controversie, debba ispirarsi, anzichè a quei sentimenti che le circostanze del caso singolo possono suscitare in lui, ai criterî tipici prestabiliti dalle leggi, anche se per avventura essi si oppongano in quel caso alle sue personali tendenze o simpatie. In tutti gli ordinamenti in cui la legge è il *prius* e la sentenza è il *posterius*, e in cui quindi sono separati, cronologicamente ed organicamente, il momento della formulazione e quello della applicazione del diritto, la funzione giudiziaria si trova ad essere necessariamente separata dalla politica, nel senso che quel duro lavoro di ricever l'urto incomposto delle forze politiche che si agitano nella società, e di disciplinarle e incanalarle fino a trarre dalla loro combinazione e purificazione quel prodotto sintetico che è il diritto, è riservato alla fucina del legislatore, nè può il giudice sottoporre per suo conto a nuove reazioni le leggi uscite da quella fucina, che rappresentano per lui l'espressione immutabile e indiscutibile di una politica già cristallizzata. Non si può dire per questo che il giudice sia estraneo alla politica, nel senso che egli possa ignorare le correnti politiche dominanti nello Stato: si deve dire piuttosto che di queste egli può

(1) *Tractatus de sententia et re iudicata* (Venetiis, MDCLXIX), pag. 41 (Gl. 4, Quaest. I, n. 26).

prender conoscenza soltanto nei limiti in cui esse siano riuscite a trasformarsi in diritto. La politica, insomma, deve andare tutta quanta a sfociare sui meccanismi legislativi, costruiti apposta per riceverla e per contenerla: non sui delicatissimi congegni della giustizia, che sono fatti non per sostenere gli urti di forze non ancora disciplinate, ma per misurare e pesare, dopo terminata la lavorazione, le leggi già ridotte a perfezione dal maglio della politica.

Diversamente vanno le cose in quegli ordinamenti, primitivi o modernissimi, in cui la formulazione del diritto, anzichè riservata al legislatore, è rimessa interamente al giudice; il quale per trovare il diritto del caso singolo non deve avere altra guida che quella della sua coscienza. In questo sistema, in cui tra il giudice e la politica in ebullizione non esiste il freddo schermo della legge, il giudice deve compiere caso per caso quella diagnosi politica che, nel sistema della formulazione legislativa, vien fatto anticipatamente per classi dal legislatore. Qui, senza dubbio, l'attività del giudice è tutta e soltanto politica: o che, come in Russia, il giudice debba formulare la soluzione ispirandosi alla « politica generale del governo » (art. 4 cod. proc. civ. nella redazione del 1936), o che come in Germania, debba trovar la soluzione che meglio corrisponda « al sano sentimento del popolo » (§ 2 *St. G. B.* secondo la Nov. 28 giugno 1935), qui il giudice è chiamato veramente, come un legislatore del caso singolo, a esprimere una volontà politica che nasce e si afferma colla sua sentenza. La teoria del « diritto libero », che trova in questi ordinamenti il suo trionfo pratico, porta necessariamente all'abolizione di ogni barriera tra giustizia e politica, tra giurisdizione e amministrazione, tra magistratura e polizia: la inamovibilità dei giudici perde, in questi ordinamenti, ogni ragion d'essere; imparzialità e indipendenza dei giudici diventano qui frasi vuote di senso (1).

Ma allora, se la relazione del giudice colla politica sembra così diversa in questi due contrapposti sistemi, si può proprio dire che il giudice sia, in tutt'e due i sistemi, ugualmente e nello stesso senso un *politico*? Tra il giudice che deve conoscere la legge per applicarla così come è, anche se contrastante colle sue opinioni

(1) Cfr. già il mio scritto del 1920 sul *Significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, specialmente in nn. 9, 11; e *Governo e magistratura*, n. 2, (in *Studi*, II, pag. 38 e segg.; 61 e segg.); e la mia *Rassegna di letteratura e legislazioni straniere*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, I, pag. 131.

politiche (*dura lex sed lex*), e il giudice che deve cercare soltanto nelle sue opinioni politiche il criterio per decidere una controversia, non si può dunque trovare sotto l'aspetto filosofico alcuna differenza?

11. — Indubbiamente anche in quegli ordinamenti in cui la produzione normale del diritto è la formulazione legislativa, il giudice può essere eccezionalmente chiamato a fare opera di creazione politica, quando la stessa legge lo autorizza a decidere una controversia non secondo il dettame di una norma preconstituita, ma secondo quegli adattabili criteri di convenienza che la sua sensibilità potrà suggerirgli di fronte alle circostanze del caso concreto. In questi casi di decisione equitativa o discrezionale, e forse anche in quelli in cui la sentenza, attraverso gli accorgimenti della interpretazione evolutiva, allarga la portata della norma giuridica oltre la sua lettera originaria, il giudice fa opera di politico; ma anche qui, in questi casi eccezionali, la politica del caso singolo non può essere che continuazione di quelle tendenze politiche di cui è espressione il sistema legislativo, e quindi, anche se in via eccezionale il giudice è chiamato, secondo la celebre forma del Codice svizzero, a creare per il caso singolo « la regola che egli adotterebbe come legislatore », bisogna che egli per prima cosa conosca le leggi di *quel legislatore* nel cui seggio egli momentaneamente prende posto, e cerchi nella conoscenza di queste leggi le direttive non valicabili del potere di comando momentaneamente affidatogli (1).

Ma nella massima parte dei casi il giudice non ha bisogno, per decidere, di far ricorso a questi poteri eccezionali: in quanto egli trova nel sistema legislativo una o più norme che esattamente inquadrano il caso controverso, e per risolverlo non deve fare altra fatica che quella, se non proprio della semplice lettura di un articolo, della ragionata coordinazione di alcuni articoli di chiaro significato (2). Ora in questi casi che sono, lo ripetiamo, la maggioranza, il giudice non ha ragione di prospettarsi il caso da decidere in termini diversi da quelli in cui se lo proporrebbe il giurisperito che lo prendesse a considerare come tema di studio disinteressato:

(1) Cfr. Calogero, *op. cit.*, nn. 49 e segg.

(2) Osserva il Beccaria, *Dai delitti e delle pene*, § XIV: « Dove le leggi sieno chiare e precise, l'ufficio di un giudice non consiste in altro che di accertare un fatto ».

come un problema, cioè, di tecnica giuridica, per risolvere il quale tutta l'indagine si concentra nel confrontare tra loro due dati storicamente accertati, che sono la legge e il fatto, e nel ricercare umilmente, senza nulla aggiungerci del proprio, il punto di coincidenza tra una ipotesi descritta in una norma giuridica e una realtà dimostrata dalle prove. In questo lavoro di raffronto tra il diritto oggettivo e il fatto, che il giudice deve compiere con disinteressata pacatezza di studioso, sembra che egli ad altro non possa mirare che a cogliere i caratteri rilevanti del fatto accertato e a dare ad esso la qualifica corrispondente ad una certa classificazione proposta dalla legge: ma nel compiere, attraverso un giudizio di verità (1), questa qualificazione giuridica del fatto in cui assai spesso si esaurisce la sentenza, il giudice non ragiona secondo uno schema logico diverso da quello che guida lo storico dell'arte ad attribuire ad una scuola piuttosto che ad un'altra un quadro di autore ignoto, o da quello che guida il critico letterario a dare un certo giudizio estetico di un romanzo o di una poesia. Anche il giudice (ripetiamo l'insegnamento autorevolissimo) « non è diverso da un « qualsiasi altro critico (di arte, di scienza, di morale ecc.), e cioè « non fa se non ricercare e pronunziare una verità o quel che gli « piace di affermare come verità » (2). Vero è che la sentenza del giudice ha una efficacia imperativa che non ha il giudizio dello esperto d'antichità, e che la condanna pronunciata dal critico letterario non è suscettibile (per fortuna della poesia) di essere eseguita dalla forza pubblica: ma è anche vero che questa autorità ed efficacia pratica che contraddistingue la sentenza giudiziaria dagli altri giudizi del giurisperito non le viene dal di dentro, da una volontà imperativa che il giudice vi abbia trasfuso nel crearla, ma dal di fuori, cioè dallo Stato che trasforma il giudizio del magistrato in comando di autorità, e che mette al servizio di questo comando la propria forza: « ... la forza poi, che fa eseguire la « sentenza da lui pronunciata, è sempre la volizione e potenzialità « economica di colui che lo ha delegato giudice » (3).

Soltanto questa volizione che viene dal di fuori attribuisce effi-

(1) Cfr. Betti, *Diritto processuale*, pagg. 309-310 (che parla di giudizi classificatori).

(2) Croce, *Riduzione cit.*, 74.

(3) *Ibidem.*

cacia imperativa a questo giudizio, nel formulare il quale il giudice è stato mosso soltanto, come sempre dovrebbe qualsiasi critico onesto, dalla volontà di ben conoscere e di ben giudicare: tant'è vero che, se le si toglie il suggello di autorità impressovi dallo Stato, la sentenza rimane in piedi soltanto come un qualsiasi parere legale, che può convincere ma non comandare. Nè si può dimenticare che in certi periodi storici la netta separazione tra l'attività intellettuale del giudicante e la volizione dello Stato è stata segnata anche da una distinzione cronologica di funzioni, quando la pubblica autorità, a cui era stato delegato dallo Stato l'esercizio dell'*imperium* giurisdizionale, si limitava a imprimere il suggello ufficiale sul parere giuridico preparato, fuori del processo, da studiosi disinteressati (*consilium sapientis* del diritto comune italiano; *Aktenversendung* del diritto comune tedesco).

12. — Queste considerazioni mi porterebbero a concludere che il giudice, in quegli ordinamenti in cui il diritto preesiste, formulato in leggi, al processo, agisca piuttosto come uno storico (che qualifica, secondo i criteri giuridici consacrati nelle leggi *esistenti*, un fatto *accaduto*) che come un politico. Ma anche se questa conclusione dovesse considerarsi, sotto l'aspetto filosofico, una eresia, mi domando se sotto l'aspetto pratico questa eresia non sarebbe assai meno pericolosa di quanto potrebbe forse rivelarsi, abbandonata in mano agli ignari di filosofia, la contraria verità.

Solamente chi vive a contatto con la pratica del diritto è in grado di rilevare con quale paurosa fatalità la sorte di certe istituzioni giuridiche è legata alle forze irrazionali che si sprigionano dal fraintendimento di certe teorie filosofiche; le quali, nate per vivere nel sereno empireo di un sistema, vengono malamente interpretate dai profani come regole dell'agire pratico e come programmi di riforma politica. Come, dalla premessa filosofica della « irrealità » delle leggi, sarebbe aberrante (eppur non è mancato chi è caduto in tale aberrazione) voler trarre la conclusione politica che tutte le leggi siano praticamente inutili e che quindi debbano essere tutte abolite (1), così dall'affermare in sede filosofica che la sentenza del giudice vale essenzialmente come atto di volontà sarebbe aberrante trarre la conclusione che sia augurabile in sede

di riforma giudiziaria l'affrancamento del magistrato da ogni ossequio alla legge e la riduzione d'ogni diritto all'arbitrio del giudicante. Eppure a questa pericolosa aberrazione del « diritto libero », che cinquant'anni fa, appena si affacciò in Italia, parve sepolta sul nascere sotto una tradizione due volte millenaria di saggezza e di chiarezza giuridica, qualcuno torna oggi, anche da noi, a guardare con simpatia: e arriva ad augurarsi che, abolito come un ferro vecchio il principio « *nullum crimen sine lege* », al posto della solida e spiegata legge penale si assida la mutevole sensibilità politica del giudice, al quale si dovrebbe affidare l'ufficio di qualificare e punire caso per caso come reati tutti quei fatti, anche non vietati dalla legge, che destino l'allarme nella sua vigile intuizione (1).

Quando raffronto qual'è praticamente la posizione del cittadino che vuol essere ossequente alle leggi in un ordinamento giuridico in cui sia in vigore il principio « *nullum crimen sine lege* », e quale sarebbe domani in un ordinamento in cui il giudice avesse il tremendo potere di punir senza legge come reato il fatto che come tale gli venga rivelato da una sua voce « che detta dentro », penso che per il mantenimento di quel supremo bene che è nello Stato la certezza dei diritti e dei doveri individuali e l'uguale trattamento giuridico dei casi simili, sia da considerarsi giudice ottimo quello che non si intende di filosofia: il quale, continuando a credersi null'altro che un modesto e fedele storiografo della legge e ad agir come tale, commetterà, sia pure, un errore filosofico, ma un errore praticamente innocuo, che lascerà indisturbata la giustizia.

13. — Di questa riduzione dell'atto giurisdizionale a mero comando, che, trasferita dal piano speculativo in quello pratico della riforma giudiziaria, potrebbe portare alla abolizione di istituti finora considerati come preziose acquisizioni della civiltà, non mancano tracce nella dottrina processualistica; la quale, quasi inconsapevolmente obbedendo ad una generale tendenza filosofica del tempo, ha compiuto in quest'ultimo secolo sugli istituti giudiziari una profonda rielaborazione sistematica, la cui direttiva costante potrebbe esser trovata proprio nella *rivalutazione della volontà a detrimento della intelligenza*.

Un tempo, secondo quella corrente d'idee la cui espressione più

(1) Croce, *Filosofia della pratica*, pag. 331.

(1) Cfr. in proposito, Carnelutti, *L'equità nel diritto penale*, in questa *Rivista*, 1935, I, 105 e segg.

eloquente si trova nel Montesquieu (è celebre la sua frase che descrive i giudici come « *la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur* ») l'essenza della giurisdizione era nella sua logicità. Giudicare significava *conoscere*, e fase di « cognizione » si chiamava infatti, tecnicamente, il processo che portava alla sentenza. La giurisdizione, anzi, si faceva consistere tutta quanta nella fase di cognizione: *iurisdictio in sola notione consistit*. L'esecuzione forzata, attraverso la quale la pronuncia del giudice opera nel mondo esterno come un comando pratico, si riteneva estranea alla funzione giurisdizionale e rientrando nell'amministrazione; il momento tipico della giurisdizione, quello che dava dignità ed eccellenza all'ufficio del giudice, era posto sopra tutto nel sillogizzare; e si credeva che per arrivare a pronunciare una sentenza giusta il giudice altro non dovesse fare che scoprire, con l'acume della limpida e misurata ragione, una *verità* che stava tutta fuori di lui. Di questa concezione, che si potrebbe dire illuministica, della giurisdizione come mera attività logica, si avevano frequenti applicazioni nella dottrina più antica: la concezione dell'autorità del giudicato come presunzione di verità, l'estensione della nozione di sentenza ad ogni risoluzione di questioni e la conseguente sparizione di ogni differenza concettuale tra le pronunce interlocutorie e quelle definitive, sono altrettante prove di una mentalità che vedeva la funzione essenziale del giudice non nel comandare, ma nel ragionare. Questa mentalità non rimase senza conseguenze pratiche nell'ordinamento positivo dei giudizi: l'obbligo fatto al giudice di motivare le sue decisioni a pena di nullità, le garanzie escogitate per porre al riparo da ogni influsso perturbatore la indipendenza del magistrato, furono altrettanti mezzi svolti a sviluppare in esso le virtù del puro logico, e a sottrarlo ai pericoli della politica. E nello sfondo del quadro campeggiava il dogma della completezza della legge, esasperato in certi momenti fino a generare l'assurdo divieto d'ogni interpretazione giudiziaria, attraverso la quale si temeva che i giudici potessero usurpare le funzioni del legislatore e trasformarsi in politici (1).

Ma poi, come si è detto, anche la dogmatica processuale si è messa a rivalutare la volontà: mentre da una parte si conduceva a fondo la polemica contro il dogma della completezza dell'ordi-

(1) Cfr. la mia *Cassazione civile*, vol. I, n. 150.

namento giuridico e si arrivava a indicare nella sentenza l'unica formulazione reale del diritto (1), dall'altra si poneva lo scopo del processo anziché nella dichiarazione, nell'attuazione del diritto oggettivo, e con ciò si veniva necessariamente a ricomprendere nella giurisdizione anche quel momento della esecuzione forzata che finora n'era rimasto escluso. Così, per definir la giurisdizione in base a un carattere che fosse reperibile anche nella esecuzione forzata, non si poteva più fermarsi al momento logico (proprio soltanto della fase di cognizione), ma bisognava necessariamente mettere in primo piano il momento imperativo. La sentenza non era più concepita come la conclusione logicamente rigorosa di un giudizio storico, ma era concepita come un comando destinato a valere indipendentemente dal valore logico e storiografico delle sue premesse: e nel passaggio in giudicato della sentenza si vedeva ormai, anziché il consolidarsi di una presunzione di verità, una specie di purificazione della volontà dal peso delle premesse logiche che avevano servito a crearla.

Nè il movimento si è arrestato qui. A poco a poco nelle relazioni tra processo di cognizione e processo di esecuzione la dogmatica ha invertito i termini: l'interesse degli studiosi che un tempo si concentrava sul processo di cognizione, da qualche anno dà la preferenza al processo esecutivo: sembra che più non metta conto studiare come il comando si formi, purchè si sappia come il comando si attui: centro d'ogni amorosa indagine non sono più i meccanismi della giustizia, ma quelli della forza. Il punto di vista si è rovesciato: *iurisdictio in sola executione consistit!*

Rientrano forse in questo movimento di idee i tentativi, talora genialissimi, con cui, nell'elaborare i sommi principî di una teoria generale del processo, si sono tagliati fuori dalla fase di cognizione alcuni istituti tradizionalmente plasmati in vista dei fini propri del giudicare (quali la prova o la cosa giudicata), e si è cercato di collocarli su un piano teorico più alto, che possa abbracciare anche il processo esecutivo. Ma in questo allargamento quei concetti perdono la loro tradizionale fisionomia: la prova, sforzata a comprendere anche il titolo esecutivo (2), cessa di essere uno strumento per

(1) Per una rassegna della dottrina, a partire dal celebre scritto del Bülow, *Gesetz und Richteramt* (1885), cfr. Chiovenda, *Principii*, § 2, II.

(2) Cfr. Carnelutti, *Sistema*, vol. I (1936), nn. 326 e segg.

accertare la verità dei fatti altrui, e la cosa giudicata, estesa anche ai provvedimenti esecutivi (1), non significa più l'irrevocabilità di un giudizio sull'altrui condotta. Sembra proprio che alla base di tutto questo stia una fondamentale confusione tra il pensiero e l'azione, tra il conoscere *in iudicando* e l'operare *in procedendo*, tra il giudizio sull'operare altrui e la volontà determinante dello operare proprio.

Nè a questo movimento si sottraggono i progetti di riforma processuale, nei quali affiora da più parti la tendenza a ridurre l'importanza della motivazione, ad aumentare i poteri discrezionali del giudice, a restringere le impugnative. A poco a poco non si ammette più che il giudice, come uomo che è, possa sbagliare: il comando ha in sè la propria giustificazione, senza bisogno di risalire alle sue premesse logiche: ogni errore delle premesse è purificato dalla volontà.

Tutto questo lascia disorientato il pratico del diritto, uomo dabene ma troppo modesto per inalzarsi alle ardue sintesi speculative: egli, abituato a guardare da vicino come funzionano nella realtà di tutti i giorni le istituzioni giudiziarie, si domanda se il tradizionale equilibrio tra la bilancia e il gladio, simboleggiato nelle raffigurazioni romane della Giustizia, non stia per esser rotto: e sta in pensiero, umilmente, per la bilancia.

PIERO CALAMANDREI

(1) Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza* (1935), pag. 46.

PROBITÀ, LEALTÀ, VERIDICITÀ NEL PROCESSO CIVILE

SOMMARIO: 1. Le formulazioni dell'obbligo di veridicità e lealtà. — 2. La distinzione dell'obbligo di veridicità dall'obbligo di lealtà nelle legislazioni e nella dottrina. — 3. La stessa distinzione nelle discussioni italiane circa l'art. 26 del Progetto preliminare. — 4. Critica del fondamento di tale distinzione. — 5. Necessità di compiere altrimenti la distinzione. La teoria del dolo processuale. — 6. La sfera dell'interesse pubblico come ambito d'eccezione alla norma della bilateralità quale discriminante del dolo processuale. — 7. Confusioni a cui si va incontro quando non si ammetta il principio della necessaria unilateralità del dolo processuale, e quindi anche dell'infrazione dell'obbligo di lealtà. — 8. Conclusioni pratiche circa l'applicazione del precetto di lealtà: *nemo mendax coram iudice nisi mendax coram parte; nemo mendax nisi bis mendax*. — 9. L'obbligo di lealtà in rapporto col principio dell'inscindibilità della confessione e con certe clausole di contratti assicurativi.

1. — L'art. 26 del Progetto preliminare del codice di procedura civile (« Le parti, i procuratori ed i difensori hanno l'obbligo di esporre al giudice i fatti secondo verità e di non proporre domande, difese, eccezioni o prove che non siano di buona fede ») ha riaperto tra gli studiosi la controversia circa l'obbligo di probità e di veridicità nel processo civile, già dibattuta in altri tempi specialmente tra processualisti austriaci e tedeschi: e la discussione non è stata inutile, in quanto ha evidentemente influito sulla nuova formulazione che la norma ha subita nel corrispondente art. 29 del Progetto definitivo (« Le parti e i loro procuratori e difensori hanno il dovere di agire con probità e con lealtà »). Rendersi conto dei motivi fondamentali della controversia e delle possibilità di soluzione del problema è quindi utile non solo per intender meglio le ragioni che hanno condotto a tale modificazione della formula, ma anche e soprattutto per prospettare come potrà essere concretamente applicata la norma stessa, la quale — debba essa subire ancora qualche ritocco prima della promulgazione del codice, o restare, così com'è, affidata all'interpretazione della dottrina e della giuri-