

ANNI XLIX-L - 1980-81/1981-82

NUOVA SERIE A - N. 33-34

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



MAGGIOLI EDITORE - RIMINI

STVDI VRBINATI

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE

ANNI XLIX-L
1980-81/1981-82

NUOVA SERIE A
N. 33-34

MAGGIOLI EDITORE - RIMINI 1984

TUTTI I DIRITTI SONO RISERVATI

© - Copyright 1984 by Maggioli Editore - Rimini

Direttore responsabile : prof. CARLO BO

Redattore : prof. GIOVANNI GUALANDI

Autorizzazione del Tribunale di Urbino del 22 settembre 1950, n. 24

Tipografia « Grafica 10 » - Città di Castello

CORRADO FERRI

**CONTRADDITTORIO
E POTERI DECISORI DEL GIUDICE**

CAPITOLO PRIMO

Poteri decisori e contraddittorio: problemi di riforma e aspetti comparatistici

SOMMARIO: 1. La garanzia del contraddittorio nei recenti progetti di riforma: il progetto Liebman. — 2. Disegno di legge delega per il nuovo codice. Il progetto ministeriale. — 3. Le proposte di riforma anteriore al codice del 1942. — 4. Orientamenti interpretativi circa l'art. 183, 2° comma e l'attuazione effettiva del contraddittorio. — 5. Rilevanza costituzionale. — 6. L'ordinamento francese: i decreti di riforma e il dovere del giudice di provocare il contraddittorio delle parti. — 7. *Segue*. Orientamenti giurisprudenziali. — 8. *Segue*. Le ulteriori modificazioni normative. — 9. Spunti in tema di *Hinweispflicht* del giudice; il § 278 ZPO.

1. L'ormai più che ventennale elaborazione dell'art. 24, 2° comma Cost. ha condotto la giurisprudenza costituzionale, e con maggiore ampiezza e rigore la dottrina che di essa si è occupata ⁽¹⁾, ad elaborare sul principio del contraddittorio un *corpus* di regole e principi dotato di notevole grado di organicità. Come è noto, questa elaborazione ha portato all'eliminazione di norme che elidevano direttamente il diritto al contraddittorio nel processo civile, come nel caso dell'art. 28 c.p.p., e di norme che ne restringevano senza giustificazione l'esercizio, mediante divieti probatori, come nel caso degli artt. 247 e 248 c.p.c.

(1) COMOLIO, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, (estr. dal volume *Rapporti Civili*, art. 24-28), Bologna-Roma, 1979, *passim* Cfr. inoltre MARTINETTO, *Contraddittorio (principio del)*, in *Noviss. dig. it.*, (*App.*, vol. II), Torino, 1981, p. 604.

Il principale risultato di questa vicenda interpretativa è stato quello di depurare in modo pressoché completo ⁽²⁾ la disciplina del processo da norme che incidessero negativamente sull'attuazione piena della garanzia del contraddittorio. Malgrado tutto ciò, è certo in errore chi ritenga che il principio del contraddittorio abbia ormai raggiunto un grado adeguato di realizzazione applicativa e abbia acquisito effettivamente quella funzione centrale nella struttura del processo civile che la *communis opinio* gli riconosce. Infatti, l'elaborazione compiuta sull'art. 24, 2° comma della Cost., pur riguardando aspetti essenziali dell'attuazione del contraddittorio, non esaurisce i problemi consistenti nel definire in modo organico e compiuto il principio stesso, e nel delineare quale debba essere la struttura fondamentale di un processo civile che intenda realmente ispirarsi ad una integrale sua attuazione. Può sembrare anzi che l'avere a lungo concentrato l'attenzione sulla dimensione costituzionale della garanzia della difesa abbia prodotto una sorta di deformazione unilaterale della prospettiva, nella quale si sono posti in maggiore evidenza gli aspetti di conflitto tra norme ordinarie e garanzia costituzionale, in secondo piano, quelle che potrebbero chiamarsi « lacune nell'attuazione del principio del contraddittorio ».

Che i problemi non possano ridursi alla compatibilità della normativa ordinaria con il disposto costituzionale, risulta del resto in modo evidente dalle recenti vicende che attengono alle progettate riforme del codice di procedura civile. Da un lato, infatti, non sorgono particolari difficoltà quanto all'esigenza di adattamento della normativa processuale alle direttive deducibili

(2) La limitazione è d'obbligo per chi ritenga, ad esempio, che anche l'art. 246 cod. proc. civ. non abbia sufficienti giustificazioni a fronte dell'esigenza di integrale attuazione della garanzia costituzionale della difesa. V., ampiamente, sul punto CAPPELLETTI, *La sentenza del bastone e della carota (A proposito della dichiarazione di costituzionalità-incostituzionalità degli art. 246-247 cod. proc. civ.)*, in *Giur. cost.*, 1974, p. 3586 ss. e COMOLIO, *Incapacità e divieti di testimonianza nella prospettiva costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, p. 41 ss.

dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di difesa e contraddittorio: in questa direzione già ci si era mossi nel disegno di legge n. 2246 del 1975 sui « provvedimenti urgenti » per il processo civile (il c.d. « progetto Reale ») ⁽³⁾ e la stessa esigenza era stata tenuta presente nei successivi progetti di riforma. Dall'altro lato, invece, proprio in questi progetti diviene evidente una notevole incertezza sulle scelte che possono definirsi di « politica del diritto » da compiere in sede di attuazione del principio del contraddittorio, considerato non tanto come corollario della garanzia costituzionale della difesa, ma come principio *stricto sensu* processuale.

Il c.d. « Progetto Liebman », del 1977 ⁽⁴⁾, in quanto limitato al Libro II° del codice, non contiene le « norme generali » sull'esercizio dell'azione (collocate nel Libro I del codice vigente) ⁽⁵⁾, né quindi è prevista alcuna disposizione generale circa il principio del contraddittorio. Tuttavia, nella parte relativa allo svolgimento dell'udienza preliminare, e specificamente al ruolo del giudice in essa, il Progetto contiene norme che riguardano l'attuazione del contraddittorio. Per quanto qui interessa, non tanto ha rilievo l'art. 171 attinente al controllo della regolarità del contraddittorio, quanto invece l'art. 172, 2° comma, ove si prevede che se il giudice solleva d'ufficio questioni preliminari processuali, inviti le parti alla discussione sul punto, eventual-

⁽³⁾ Cfr. VERDE, *Il disegno di legge n. 2246 presentato al Senato dal Ministero Reale sui provvedimenti urgenti relativi al processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 636 ss.; COLONNA-QUARANTA, *Osservazioni e proposte relative al disegno di legge n. 2246*, *ibidem*, p. 620 ss.; nonché autori vari in *La Magistratura*, 1975, n. 6-10, p. 16 ss.

Sul progetto Reale e i tentativi di riforma negli anni settanta, v., tra gli altri, TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, 1980, p. 332 ss.

⁽⁴⁾ Il progetto è pubblicato, con informazioni e notizie circa la sua elaborazione, nella *Riv. dir. proc.*, 1977, p. 452 ss., con il titolo « *Proposte per una riforma del processo civile di cognizione* ».

⁽⁵⁾ Per un ampio esame dei principali aspetti del progetto, cfr. le relazioni e gli interventi svolti nell'incontro di Milano del 1978, e riportati in *Incontro sulla riforma del processo civile. Il progetto Liebman sul processo di cognizione*, Milano, 1979.

mente rinviando la causa ad altra udienza. Merita attenzione anche l'art. 174, il quale dispone che il giudice segnali alle parti, nei limiti delle domande ed eccezioni proposte, le eventuali lacune nell'esposizione dei fatti, degli elementi di diritto e delle deduzioni probatorie (punto a), e indichi alle parti le questioni di merito rilevabili d'ufficio (punto b). Le norme richiamate non disciplinano espressamente gli effetti che si producono nel caso in cui il giudice non provochi la discussione delle parti, e non è quindi possibile stabilire se il progetto abbia inteso configurare semplici *poteri* discrezionali del giudice (il cui mancato esercizio non avrebbe comunque precluso la possibilità di decidere *ex officio* sulle questioni di rito o di merito o sui punti di fatto o diritto non sottoposti previamente al contraddittorio delle parti) ovvero se intendesse configurare un *dovere* del giudice eventualmente sanzionato dalla preclusione a decidere, e dalla nullità della decisione comunque emessa. Il silenzio sul punto del progetto ⁽⁶⁾rende forse probabile la prima delle due ipotesi, ma la specificità e puntualità delle norme indicate, nonché la loro collocazione nel capo relativo all'udienza preliminare, destinata alla preparazione dell'udienza principale di istruzione e di dibattimento ⁽⁷⁾, autorizzano a ritenere che non di meri poteri discrezionali del giudice dovesse trattarsi, ma di doveri orientati alla migliore attuazione del contraddittorio delle parti su questioni da esse non dedotte, ma che il giudice intendesse rilevare d'ufficio, e che quindi il loro mancato esercizio non potesse essere privo di conseguenze sulla decisione presa senza previo contraddittorio.

Al di là di questo problema, che allo stato ha un significato meramente ipotetico, resta comunque il fatto che le norme richia-

(6) È significativo, del resto, che nell'ampia analisi del procedimento svolta da Punzi, *Il procedimento (relazioni sulle proposte di riforma del processo civile di cognizione)*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 463 ss., non vi sia alcun cenno al problema di cui trattasi.

(7) Cfr., PUNZI, *Il procedimento*, cit., p. 457.

mate del Progetto Liebman, costituiscono coerenti applicazioni di « un principio del contraddittorio », orientato nella direttiva di far sì che spetti al giudice, di fronte a questioni di rito o di merito, e a punti di fatto o di diritto non sollevati dalle parti, ma ritenuti dal giudice rilevabili d'ufficio, o semplicemente rilevanti per la decisione, di provocare la discussione preliminare delle parti (ed eventualmente anche la modificazione di domande, eccezioni e conclusioni, ed il completamento delle deduzioni probatorie, come previsto anche in connessione con le ipotesi in esame, dall'art. 174, 3° comma). Spetta quindi al giudice di far sì che, prima della sentenza, il contraddittorio delle parti si svolga su una « ipotesi di decisione » formulata dallo stesso giudice, non soltanto per quanto attiene alle questioni di rito o di merito rilevabili d'ufficio e non affrontate dalle parti, ma anche per quanto concerne questioni particolari di fatto o di diritto, che il giudice ritenga rilevanti, ma sulle quali possono ravvisarsi lacune.

Come si è accennato, la disciplina del Progetto Liebman era lacunosa sulle conseguenze dell'eventuale violazione di un principio del contraddittorio così inteso, ma era invece del tutto chiara nel fissare i limiti del principio stesso, ossia nell'evitare che potessero esservi diversità tra l'oggetto del contraddittorio svolto dalle parti e l'oggetto della decisione; si escludeva, quindi, che potesse esservi decisione, in tutto o in parte, non preceduta da previo contraddittorio.

2. Le linee segnate dal Progetto Liebman sono state poi seguite anche dalla Commissione Ministeriale incaricata con D.M. 6 dicembre 1978 di redigere un progetto di legge delega per la riforma del codice di procedura civile. Infatti, l'art. 8 del Progetto redatto nel 1981 da tale Commissione ⁽⁸⁾ riguarda la « Previ-

(8) Il testo del progetto è pubblicato, unitamente al successivo testo ministeriale, in *Giust. civ.*, 1981, II, p. 315 ss.

Sul disegno di legge delega, cfr., in generale, LIEBMAN, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 25 ss. e, soprattutto, FABBRINI, *A*

sione del contraddittorio come regola generale del processo, con dovere del giudice di provocarlo anche sulle questioni rilevabili d'ufficio, se la loro soluzione sia idonea a definire totalmente o parzialmente il giudizio e disciplina delle conseguenze per la sua inosservanza ». Questa formulazione si pone nella stessa direttiva indicata nel Progetto Liebman, ma non coincide con quanto in esso previsto. Da un lato, infatti, si prevede la fissazione normativa di un principio generale del contraddittorio che il Progetto Liebman non conteneva, e si compie comunque un ulteriore passo con l'individuazione del dovere del giudice di provocare il contraddittorio, sanzionandone il mancato esercizio, con modalità la cui determinazione viene rimessa al legislatore delegato.

D'altro canto, la portata oggettiva del dovere del giudice appare più limitata rispetto a quella del progetto Liebman, poiché esso ha ad oggetto solo le questioni rilevabili d'ufficio idonee a definire totalmente o parzialmente la controversia, mentre l'art. 174 lett. a) del Progetto Liebman prevedeva anche la segnalazione da parte del giudice delle lacune nell'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto, nonché delle deduzioni probatorie, ravvisabili nelle allegazioni di parte. Sotto il profilo oggettivo, quindi, la norma in esame coincide sostanzialmente con quella dell'attuale art. 183, 2° comma c.p.c. ⁽⁹⁾, che pure si riferisce solo alle questioni rilevabili d'ufficio ⁽¹⁰⁾. È evidente, peraltro, come rispetto alla disposizione vigente, l'art. 8 del Progetto in esame

proposito del disegno di legge delega per la riforma del c.p.c., in *Foro it.*, 1981, V, 293; TARZIA, *Principi generali e processo di cognizione nel disegno di legge delega per il nuovo codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 30 ss. V., inoltre, le osservazioni di CERINO CANOVA, *In tema di riforma del codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 316 ss.; di recente, v., anche VOCINO, « *Du côté* » del *disegno delega per il nuovo codice di procedura civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 193 ss.

⁽⁹⁾ Per una analisi di diversi orientamenti interpretativi della norma, v., *infra*, § 3.

⁽¹⁰⁾ Nel senso che l'art. 8 potesse riferirsi a qualunque questione, di fatto o di diritto, rilevata d'ufficio, cfr., invece, TARZIA, *Principi generali e processo di cognizione nel disegno di legge delega per il nuovo codice di procedura civile*, cit., p. 48.

implichi un decisivo mutamento di prospettiva, in quanto prevede un dovere del giudice, sanzionato, di provocare il contraddittorio sulle questioni rilevabili d'ufficio. Non a caso, si è in esso ravvisata un'attuazione della più moderna e corretta visione della garanzia costituzionale della difesa ⁽¹¹⁾, in quanto strumento per evitare le sentenze c.d. della « terza opinione » o della « terza via », ossia le decisioni fondate su questioni rilevate d'ufficio e sottratte al contraddittorio delle parti.

Il riesame avvenuto in sede ministeriale del Progetto redatto dalla Commissione, non si limita ad aspetti di dettaglio, ma introduce modifiche sostanziali su vari punti ⁽¹²⁾. Tra le modificazioni, decisamente peggiorative, sono da annoverarsi proprio quelle relative all'art. 8, che venne così riformulato: « Previsione del contraddittorio come regola generale del processo; dovere del giudice di pronunciare sulla domanda e sulle eccezioni e non oltre i limiti di esse e divieto di pronuncia di ufficio sulle eccezioni riservate alle parti ». Come è agevole rilevare, ben poco resta dell'originaria formulazione della norma: si prevede ancora che il contraddittorio assurga a regola generale nel processo, ma eliminate le indicazioni circa il dovere sanzionato del giudice di provocare il contraddittorio delle parti, appare evidente come la regola si traduca in semplice affermazione di principio. È legittimo anzi il sospetto che le intenzioni della versione ministeriale siano proprio nel senso di rendere un omaggio meramente formale alla garanzia costituzionale della difesa, senza disciplinare in concreto alcun dovere del giudice di assicurare il previo contraddittorio di parte sulle questioni destinate a formare oggetto di decisione. La relazione ministeriale al Progetto è assai chiara sul punto ⁽¹³⁾, in quanto vi si afferma l'opportunità di tenere fermo il potere del giudice di decidere anche su « ragioni » non espressamente dibattute.

⁽¹¹⁾ TARZIA, *op. loc. cit.*

⁽¹²⁾ Cfr., per tutti, TARZIA, *op. cit.*, *passim*.

⁽¹³⁾ V., il Punto 8, in *Giust. civ.*, cit., p. 324.

tute, al fine di « evitare elementi di distorsione dei meccanismi processuali »; si dichiara inoltre che tutto ciò sarebbe confermato dalla scarsa rilevanza attribuita finora all'art. 183, 2° comma, del vigente codice.

Il testo ministeriale dell'art. 8 e la citata relazione richiedono alcune considerazioni.

Per quanto concerne il testo della norma, risulta anzitutto non esatto ricondurre alla problematica del contraddittorio il principio della « corrispondenza tra il richiesto e il pronunciato » attualmente formulato nell'art. 112 c.p.c. Non a caso, invece, il testo della Commissione enunciava lo stesso principio, ma in una norma autonoma da quella attinente al contraddittorio (art. 9).

Quanto all'opinione, espressa nella Relazione ⁽¹⁴⁾, secondo cui la regola della corrispondenza tra richiesto e pronunciato sarebbe una conseguenza del principio del contraddittorio (ed anzi, nella prospettiva ministeriale, ne sarebbe la conseguenza principale e forse l'unica) essa è del tutto discutibile: è invero comune affermazione in dottrina che la regola in questione trovi la sua *ratio* nei principi della domanda e del contraddittorio ⁽¹⁵⁾, ma tale luogo comune non sembra dotato di particolare forza ricostruttiva. È ben vero infatti che la regola *de qua* è essenziale manifestazione del principio della domanda e quindi del principio dispositivo, poiché è ovvio che entrambi questi principi non avrebbero alcun significato se il giudice non fosse vincolato a decidere soltanto su quanto gli è stato chiesto dalle parti ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁴⁾ Cfr., Punto 8 cit., p. 323.

⁽¹⁵⁾ V., per tutti, GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, Milano 1967, p. 65 e *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, diretto da Allorio, libro I, tomo II, Torino, 1973, p. 1254 ss.

⁽¹⁶⁾ Cfr., tra gli altri, e per riferimenti, MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, vol. I, (3° ediz.), Torino, 1981, p. 77 ss. Sull'argomento cfr., inoltre, GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da ultra e da extra petizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, p. 386 ss., nonché dello stesso A., *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 580.

Assai più dubbia è, invece, la connessione tra questa regola e, appunto, il principio del contraddittorio: non si può negare che essa abbia il fine di precludere che la decisione verta su *petita* non dedotti dalle parti e che quindi non sono stati oggetto di discussione ⁽¹⁷⁾; tuttavia, la regola non è certamente idonea ad impedire che la decisione verta su oggetti *non sottoposti* al previo contraddittorio delle parti stesse. È quanto accade, infatti, per le questioni rilevabili d'ufficio, le quali costituiscono una deroga non evitabile alla regola della corrispondenza tra chiesto e pronunciato ⁽¹⁸⁾, per le questioni processuali (per le quali tale regola non opera) ⁽¹⁹⁾, e infine per i « punti » di fatto o di diritto i quali, all'interno delle domande ed eccezioni di parte, possono condurre ad una « terza via » di decisione senza essere stati oggetto di specifico contraddittorio delle parti. In sostanza, appare evidente che la funzione specifica dell'art. 112 c.p.c. non sia quella di garantire il contraddittorio su tutto ciò che costituisce oggetto di decisione, e tale garanzia vada dedotta *aliunde* ⁽²⁰⁾.

Le argomentazioni sulle quali si fonda il citato passo della Relazione ministeriale sono quindi assai fragili, in quanto l'equivalenza tra principio del contraddittorio e principio dispositivo non risulta agevolmente sostenibile.

Un altro passo della Relazione è quanto mai ambiguo: si afferma la opportunità di non eliminare il potere del giudice di decidere anche sulla base di ragioni non espressamente dibattute. Non è chiara, anzitutto, la distinzione tra « ragioni » e « questioni ». È vero infatti che se la controversia viene decisa per effetto della soluzione di una questione assorbente, nella struttura della

⁽¹⁷⁾ V., sul punto, SATTA, *Diritto processuale civile*, (9ª ediz., riveduta ed ampliata a cura di Punzi), Padova, 1981, p. 173 ss.

⁽¹⁸⁾ V., ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1979, p. 234 ss. Più in generale, sul principio del contraddittorio cfr. anche PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, diretto da Allorio, Torino, 1973, I, 2, p. 1084 ss.

⁽¹⁹⁾ Cfr. ancora ANDRIOLI, *op. cit.*, p. 236.

⁽²⁰⁾ In senso negativo, v. però *infra*, § 3.

sentenza la decisione della questione rappresenta « una ragione » della decisione sulla domanda ⁽²¹⁾ ma, come è stato autorevolmente osservato, si può inoltre rilevare che se la questione pregiudiziale è risolta in modo tale da non determinare direttamente la decisione della domanda (ad es. se la questione di prescrizione è risolta in modo negativo), viene meno il nesso logico tra soluzione della questione e decisione, e la prima non può essere considerata come una « ragione » della seconda ⁽²²⁾. Probabilmente tutto ciò è sufficiente per escludere ogni equivalenza tra « questioni » e « ragioni della decisione »: per il vero non ogni soluzione di questione diventa, nel contesto della sentenza, una vera e propria ragione di decisione e, per contro, è del tutto evidente che vi sono ragioni della decisione che non consistono nella soluzione di questioni. La terminologia adoperata nella Relazione è quindi arbitraria e incongrua.

Sembra invece che con essa si tenda a spostare il problema su piani diversi, richiamandosi alla costante giurisprudenza che, in tema di obbligo di motivazione, afferma che il giudice non è obbligato a tener conto di tutte le argomentazioni di parte e può usare argomentazioni diverse da quelle dedotte dalle parti. Indipendentemente dal fondamento che si voglia attribuire a questo orientamento, certo è che nulla ha a che vedere con la soluzione dei problemi del contraddittorio. Altra è, infatti, la definizione dei limiti di autonomia del giudice nella scelta delle argomentazioni usate per motivare la decisione, e altro è lo stabilire se il giudice possa o non decidere questioni sulle quali non abbia previamente provocato il contraddittorio ⁽²³⁾. La Relazione tende

(21) V., sull'argomento, ampiamente TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, p. 273 ss.

(22) TARUFFO, *op. cit.*, p. 274.

(23) In realtà sussiste un collegamento tra obbligo di motivazione e garanzia di difesa, ravvisato in ciò che la motivazione deve consentire alle parti di verificare che il giudice abbia tenuto adeguatamente conto delle loro istanze e allegazioni (cfr., TARUFFO, *La motivazione della sentenza*, cit., p. 401). Tale collegamento non opera tuttavia nel senso di fare ammettere decisioni assunte al di fuori del contraddittorio,

a giustificare una soluzione affermativa del secondo problema, ma l'implicito richiamo, a tal fine, alla soluzione affermativa che comunemente viene data al primo appare non congruo e fondato su una evidente conclusione tra i problemi inerenti alla decisione e quelli relativi alla sua motivazione (²⁴).

Non meno fragili sono infine gli altri elementi giustificativi addotti nella Relazione: debole è il riferimento alla scarsa rilevanza fino ad ora attribuita all'art. 183, 2° comma. Non si può dire invero che questa valutazione sia condivisa dalla dottrina, la quale anzi ne ha sempre lamentato la scarsa applicazione, ed anche di recente ne ha suggerito interpretazioni estensive e maggiormente rigorose. D'altronde, se è vero che la norma è inadatta a risolvere i problemi del contraddittorio, ciò dipende dalla sua stessa formulazione, che si limita a prevedere una mera facoltà per il giudice di indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio di cui ritenga *opportuna* la trattazione. È proprio considerando l'inadeguatezza dell'art. 183, 2° comma, rispetto all'attuazione integrale del contraddittorio, che la Commissione aveva proposto l'art. 8 nei termini più sopra esaminati: ma a tale proposta la Relazione obietta che, poiché l'art. 183, 2° comma non ha funzionato come garanzia del contraddittorio, è utile che le cose non mutino e si continui a consentire al giudice di eludere tale garanzia (²⁵).

Altrettanto ingiustificato è il riferimento, infine, a rischi di « distorsione dei meccanismi processuali », che deriverebbero dall'adozione di una norma come quella proposta dalla Commis-

ma anzi, precisamente, in senso opposto ossia in quello che, nella motivazione, il giudice dovrebbe dimostrare di avere deciso senza violazione del diritto delle parti al contraddittorio stesso: cfr., ancora, TARUFFO, *op. cit.*, p. 403.

(²⁴) Sulla distinzione tra i due ordini del problema, v. in generale TARUFFO, *op. cit.*, p. 118 ss., 207 ss.

(²⁵) Rileva giustamente TARZIA, *Principi generali e processo di cognizione nel disegno di legge delega per il nuovo codice di procedura civile*, cit., p. 49, che non può « fare stato, in un processo civile che si vuole radicalmente nuovo, l'attuale diffusa disapplicazione dell'art. 183, 2° comma, cod. proc. civ. ».

sione. Si è giustamente osservato, al riguardo, che il rischio non è certamente tale da precludere comunque l'adozione di una norma siffatta, sia perché la previa discussione delle questioni non creerebbe particolari problemi nell'organizzazione funzionale del processo, sia perché anche l'eventualità dell'annullamento di una sentenza « sostanzialmente giusta » perché resa in violazione del contraddittorio non provocherebbe un allungamento dei giudizi, e sarebbe facilmente evitabile dal giudice proprio con la puntuale attuazione della garanzia del contraddittorio ⁽²⁶⁾. Si può aggiungere che appare ben singolare la definizione di « distorsione dei meccanismi processuali » applicata alle conseguenze derivanti dall'attuazione di garanzie fondamentali del processo. Infatti, occorrerebbe porsi il problema della compatibilità funzionale di una modificazione degli attuali meccanismi processuali con il « modello » che si intenda realizzare e con la tutela di altre garanzie fondamentali. Considerare quale « distorsione » ciò che comporta qualche variazione dello *ius conditum* è invece un atteggiamento ben curioso per un legislatore che si propone la riforma generale del codice di procedura civile; che poi ciò avvenga proprio quando si tratta di attuare una garanzia costituzionale, è segno evidente del diffuso atteggiamento di svalutazione delle garanzie medesime. Esso si esprime in proposte che appaiono francamente paradossali, come quella in esame, secondo la quale le garanzie andrebbero attuate in sede di riforma solo quando non comportino mutamenti del sistema vigente, ossia soltanto quando non vi siano riforme da fare! È evidente, quindi, al di là delle confusioni sopra accennate, che le divergenze fra il testo dell'art. 8 proposto dalla Commissione, e il

(26) TARZIA, *op. cit.*, p. 48.

Va richiamata l'opinione del MONTESANO, *Osservazioni sul disegno di legge di delega al governo per l'emanazione del nuovo codice di procedura civile*, in *Foro It.*, 1982, p. 5 (dell'estr.), il quale auspicando l'obbligo del giudice di segnalare alle parti le questioni che egli si pone d'ufficio, respinge le obiezioni di chi prospetta queste « garanzie » come formalistiche ed eccessive.

testo e la Relazione ministeriale sul punto, non sono né di forma, né di dettaglio. Ciò che il Progetto ministeriale sembra rifiutare è precisamente l'attuazione concreta del principio del contraddittorio mediante la previsione di doveri sanzionati del giudice di provocare la discussione delle parti sulle questioni che gli appaiono rilevanti per la decisione. A fronte di ciò, a mio avviso, la previsione di un principio generale del contraddittorio come « regola fondamentale del processo » suona veramente come una affermazione destinata a rendere un mero omaggio formale a principi di cui, in realtà, si intende evitare l'effettiva attuazione.

3. Le oscillazioni che caratterizzano l'impostazione del problema relativo al potere o al dovere del giudice di provocare preventivamente il contraddittorio delle parti sulle questioni rilevabili d'ufficio, non riguardano soltanto la fase recente dei progetti di riforma del codice. Lo stesso art. 183, 2° comma, cod. proc. civ. è il frutto di una vicenda storica caratterizzata da notevoli incertezze ed ambiguità.

Sotto il codice del 1865, in realtà, il problema non si poneva neppure; essendo il rito formale incentrato sull'istruzione scritta, rimessa integralmente alle parti senza alcun intervento del giudice ⁽²⁷⁾, risulta evidente come la tutela delle parti fosse garantita dalla loro completa libertà e disponibilità sull'andamento del processo, e come tale libertà contrastasse con ogni ipotesi di funzione « attiva » del giudice. Del resto, la discussione orale avveniva solo dopo la chiusura dell'istruttoria scritta ⁽²⁸⁾, e quindi in un momento non idoneo a far sì che parti potessero adeguatamente affrontare questioni non trattate in precedenza.

La situazione appare diversa, ma in senso peggiorativo, nel rito sommario, ove addirittura le parti scoprono soltanto all'u-

⁽²⁷⁾ Cfr., TARUFFO, *La giustizia civile in Italia*, cit. p. 115 ss.

⁽²⁸⁾ TARUFFO, *op. cit.*, p. 118.

dienza di discussione quali siano le difese dell'avversario, talché la garanzia del contraddittorio appare ancora più limitata ⁽²⁹⁾.

Il problema in esame invece affrontato per la prima volta nel progetto Chiovenda, del 1919 ⁽³⁰⁾, , nel quadro di un modello imperniato, oltre che sugli ormai classici principi dell'oralità, dell'immediatezza e della concentrazione, sulle funzioni di un giudice spiccatamente attivo nella direzione dell'istruzione e per il chiarimento dei fatti. In questo contesto si inserisce l'art. 31, il quale dispone che in ogni stato della causa il giudice inviti le parti a chiarire le conclusioni, a completare l'esposizione dei fatti e le deduzioni probatorie, in particolare, richiamandone l'attenzione sui punti che devono essere esaminati d'ufficio ⁽³¹⁾. In questa formulazione è già contenuta, come è evidente, la soluzione moderna del problema: il giudice ha il dovere di provocare il contraddittorio delle parti. La norma non prevede espressamente sanzioni, ma si intende agevolmente, dalla norma così formulata, che sarebbe derivata la nullità della decisione sui punti rilevati d'ufficio senza che le parti fossero state messe in grado di difendersi al riguardo. Il riferimento ai « punti » rilevabili d'ufficio, benché manchi di una precisa definizione tecnica, implica una possibile apertura verso ogni elemento rilevante per la decisione, e suggerisce l'idea di un contraddittorio integrale, esteso a tutti gli aspetti di fatto e di diritto della decisione. Ancora, tale idea appare rafforzata da ciò, che il giudice deve rendersi attivo « in

(29) LANCIOU ROSSI, *Procedimento (forme del)*, in *Digesto italiano*, vol. XIX, parte 2^a, Torino, 1908-1913, p. 405.

Più in generale, sulla disciplina del rito sommario, cfr., ancora TARUFFO, *op. cit.*, p. 121.

(30) *La riforma del procedimento civile proposta dalla Commissione per il dopo guerra*, a cura di Chiovenda, Napoli, 1920, *passim* e CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, vol. II, p. I ss.

(31) Cfr., la *Relazione* (nel volume *La riforma del Procedimento civile*, cit. alle note precedenti) 78, ove si chiarisce che tale dovere del giudice si inserisce in una mutata concezione del suo ruolo in quanto egli « non può oggi conservare quell'attitudine di passività e quasi di indifferenza che nel nostro processo civile si è abituato e forse trovato costretto ad assumere ».

ogni stato della causa » e quindi in ogni momento e fase nella quale ravvisi l'eventualità di « dovere esaminare d'ufficio » un punto della controversia.

Nei successivi progetti di riforma, il problema non viene più affrontato: il progetto Mortara del 1923 ⁽³²⁾ non se ne occupa, trattandosi essenzialmente di un adattamento e di una generalizzazione del preesistente rito sommario; il progetto Carnelutti del 1926 ⁽³³⁾, a sua volta non contiene nulla al riguardo, ponendosi nella prospettiva di conservare le passività del giudice e di lasciare lo svolgimento del processo al libero gioco delle iniziative di parte ⁽³⁴⁾. I rapporti tra poteri-doveri del giudice e contraddittorio, riemergono invece, con diverse soluzioni, nei progetti successivi. Nel progetto preliminare Solmi del 1937 ⁽³⁵⁾, nel quadro generale di una decisa accentuazione dei poteri direttivi del giudice ⁽³⁶⁾, l'art. 162 dispone che il giudice debba segnalare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio di cui ritenga necessaria la trattazione. In analogia con la proposta chiovendiana, si prevede

⁽³²⁾ Il progetto, unitamente alla relazione, è pubblicato con il titolo *Per il nuovo codice della procedura civile. Riflessioni e proposte*, in *Giur. it.*, 1923, IV, p. 136 ss. e 1924, IV, p. I ss. e in un volume autonomo, Torino, 1923. In generale, sull'argomento, cfr. ancora TARUFFO, *La giustizia civile in Italia*, cit., p. 199 ss.

⁽³³⁾ V., Progetto del codice di procedura civile presentato alla Sottocommissione Reale per la riforma del Codice di Procedura Civile, Padova, 1926, (supplemento della *Riv. dir. proc. civ.* del 1926).

Cfr., in argomento, CARNELUTTI, *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, I, p. 3 ss. (pubbl. anche in *Studi di diritto processuale*, IV, Padova, 1939, p. 333 ss.); cfr., anche CALAMANDREI, *Note introduttive allo studio del progetto Carnelutti*, ora in *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, 1965, p. 194.

V., anche TARELLO, *Profili di giuristi contemporanei: Francesco Carnelutti ed il progetto del 1926, Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. IV, Bologna 1974, p. 515 ss.

⁽³⁴⁾ TARUFFO, *La giustizia civile in Italia*, cit., p. 205.

⁽³⁵⁾ Cfr., Ministero di Grazia e Giustizia, *Codice di procedura civile. Progetto preliminare e relazione*, Roma, 1937. Sui progetti Solmi, cfr. in generale, TARUFFO, *op. cit.*, p. 231 ss.

⁽³⁶⁾ Sui limiti di tale accentuazione, cfr., peraltro, CALAMANDREI, *Sul progetto preliminare Solmi*, in *Opere giuridiche*, cit., I, p. 333 ss.

quindi un dovere del giudice, anche se con formulazione per certi aspetti più restrittiva. Il rigore dell'art. 31 del progetto Chiovenda appare peraltro attenuato, in quanto nel progetto preliminare Solmi è previsto che il giudice sottoponga al contraddittorio delle parti le questioni rilevabili d'ufficio, soltanto quando ne ritenga necessaria la trattazione; è evidente che si introduce in tal modo l'elemento di discrezionalità nella valutazione giudiziale ⁽³⁷⁾. È noto che, nel passaggio dal progetto preliminare a quello definitivo Solmi, hanno luogo significative attenuazioni delle scelte maggiormente innovative, così come delineate nel progetto preliminare ⁽³⁸⁾. Questa tendenza trova manifestazione peculiare proprio sul punto che qui interessa: l'art. 172 del progetto definitivo prevede ancora, infatti, che il giudice indichi alle parti le questioni rilevabili d'ufficio, ma solo quando ne ritenga « opportuna » la trattazione. Il mutamento è essenziale. Infatti, la valutazione discrezionale del giudice viene estesa in modo tale da modificare il contenuto dell'originario dovere del giudice stesso in una mera facoltà di provocare il contraddittorio.

Dall'art. 172 del progetto definitivo Solmi deriva direttamente la disposizione dell'art. 183, 2° comma del vigente codice, che però è ormai ridotta ad una « ombra » dell'originaria formulazione chiovendiana del dovere del giudice di assicurare il contraddittorio delle parti, prima della decisione, su tutti i punti rilevanti della stessa ⁽³⁹⁾.

4. Fin dall'entrata in vigore del codice, dottrina e giurisprudenza si orientano nel senso di ravvisare nell'art. 183 l'attribuzione al giudice di una mera facoltà discrezionale, sia per quanto attiene alla richiesta di chiarimenti alle parti, che per quanto

⁽³⁷⁾ Sull'art. 31 del Progetto Chiovenda, cfr, in particolare, DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 230.

⁽³⁸⁾ V., in generale TARUFFO, *La giustizia civile in Italia*, cit., p. 236 ss.

⁽³⁹⁾ V., in tal senso, DENTI, *op. loc. cit.*

concerne l'indicazione delle questioni rilevabili d'ufficio di cui il giudice ritiene opportuno la trattazione. A questo orientamento interpretativo fa puntuale riscontro la prassi giudiziaria, che attua una sostanziale e diffusa disapplicazione della norma.

Tale *communis opinio* non appare però uniforme. Ad esempio, Andrioli attribuisce all'art. 183, 2° comma una portata non meramente direttiva ma precettiva, ravvisandovi lo strumento per evitare il pericolo di sentenze fondate sulla « terza opinione » del giudice, sottratte al previo contraddittorio delle parti. Da ciò, l'A. ricava l'impossibilità, per il collegio, di esaminare d'ufficio questioni che il giudice istruttore non avesse indicato alle parti, o sulle quali lo stesso collegio non avesse disposto l'interrogatorio non formale delle parti stesse in camera di consiglio ⁽⁴⁰⁾.

A parte qualche occasionale adesione ⁽⁴¹⁾, tale opinione rimane però a lungo isolata, nel contesto di un diffuso disinteresse verso il problema dell'attuazione effettiva del contraddittorio.

L'intuizione di Andrioli venne tuttavia successivamente ripresa in dottrina, sia pure da diverse prospettive.

Nel contesto di un ampio esame dei profili della decisione non determinati dalle domande o eccezioni di parte, si è giunti ad affermare il dovere del giudice di provocare preventivamente il contraddittorio delle parti sugli elementi di fatto e di diritto della decisione sui quali ha luogo la pronuncia d'ufficio ⁽⁴²⁾. Nell'impostazione del Grasso tale dovere, che sarebbe previsto dall'art. 183, 2° comma, non è però ricollegabile alla garanzia generale del contraddittorio, mentre troverebbe sicuro fondamento nel principio di collaborazione tra il giudice e le parti, che secondo lo stesso A. domina l'intera struttura del processo civile ⁽⁴³⁾.

⁽⁴⁰⁾ ANDRIOLI, *Commento al Codice di Procedura Civile*, vol. II, Napoli, 1960, sub art. 183, p. 81 s.

⁽⁴¹⁾ CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, vol. I, p. 70, nota n. 31.

⁽⁴²⁾ GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., spec. p. 121, 310, nonché *La collaborazione nel processo civile*, cit., 607 ss.

⁽⁴³⁾ *La collaborazione*, cit., spec. p. 591, 605 ss.

Diverso è l'approccio di Denti ⁽⁴⁴⁾, il quale condivide l'opinione dominante per cui l'art. 183 esprime una semplice direttiva e null'altro prevede se non una facoltà discrezionale del giudice ⁽⁴⁵⁾. Peraltro, l'A. ritiene che l'attuazione della garanzia della difesa ex art. 24, 2° comma Cost. implichi il dovere del giudice di sottoporre le questioni rilevabili d'ufficio al previo contraddittorio delle parti. A queste conclusioni, non si perviene muovendo dall'interpretazione dell'art. 183, 2° comma, ma da quella dell'art. 101 cod. proc. civ., alla luce della garanzia costituzionale ⁽⁴⁶⁾, secondo la quale la norma in esame, al di là della sua formulazione letterale, esprimerebbe l'esigenza e la necessità che il contraddittorio sia garantito per tutto il corso del processo e in particolare prima che il giudice pronunci su questioni rilevabili d'ufficio ⁽⁴⁷⁾. Rispetto alla tesi del Grasso, questo orientamento comporta un'altra variazione di notevole rilievo: il dovere del giudice di provocare il contraddittorio delle parti, e la nullità della sentenza pronunciata in violazione di tale dovere, sussistono esclusivamente quando si tratti di questioni pregiudiziali rilevabili d'ufficio. Il dovere non sussisterebbe quindi riguardo ai punti di fatto e di diritto della decisione, ma riguarderebbe solo questioni di rito o di merito tali che la loro soluzione sia idonea a definire l'intero giudizio ⁽⁴⁸⁾, e che siano rilevabili d'ufficio.

Per quanto consta, dottrina e giurisprudenza non hanno re-

⁽⁴⁴⁾ *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, cit., p. 217 ss. ove si rileva che dal mancato esercizio di tale facoltà, non è comunque deducibile la nullità della sentenza che abbia pronunciato su questioni rilevabili d'ufficio senza il contraddittorio delle parti.

⁽⁴⁵⁾ Analogamente MONTESANO, *Su alcuni problemi del processo civile*, in *Temi*, 1967, p. 484, il quale auspica che la sanzione di nullità per tale sentenza venga introdotta *de iure condendo*.

⁽⁴⁶⁾ DENTI, *op. cit.*, p. 223 suggerisce anche un'ipotesi alternativa secondo la quale il dovere del giudice potrebbe derivare non dall'art. 101 ma direttamente dall'art. 24, 2° comma della Costituzione.

⁽⁴⁷⁾ DENTI, *op. cit.*, p. 223.

⁽⁴⁸⁾ DENTI, *op. cit.*, p. 219, 225, 231.

cepito né l'una né l'altra proposta interpretativa, sopra richiamata. Peraltro, il problema non può ritenersi esaurito, non soltanto per quanto già si è esposto a proposito dei progetti di riforma del codice, ma anche perché l'esigenza del previo contraddittorio delle parti è stata di recente riproposta sotto altra prospettiva.

Nel considerare l'utilizzazione, ai fini della formazione del convincimento del giudice di presunzioni, argomenti di prova, prove atipiche in genere, si è rilevato che tali fonti di prova o si sono formate in assenza di contraddittorio tra le parti, fuori dal giudizio (come accade in genere per le cosiddette prove atipiche) ⁽⁴⁹⁾, o si sono formate nel giudizio, ma senza contraddittorio, perché il giudice ne tiene conto solo in sede di decisione (come accade per le presunzioni semplici) ⁽⁵⁰⁾.

Sono quindi numerose le situazioni nelle quali l'accertamento dei fatti si fonda su elementi di prova che non sono stati sottoposti alla discussione delle parti, o alle loro controdeduzioni, con la conseguenza che la regola del contraddittorio risulterebbe violata. La dottrina ha ben sottolineato la gravità di questa situazione, a volte ponendo in evidenza la necessità, *de jure condendo*, di una norma che imponga al giudice di provocare il contraddittorio su tutte le fonti di prova ⁽⁵¹⁾; a volte suggerendo una interpretazione estensiva ed integrativa dell'art. 183, 2° comma; si tenderebbe quindi ad interpretare la norma in chiave di attuazione della garanzia costituzionale della difesa, suggerendone sia l'ap-

⁽⁴⁹⁾ Cfr., in particolare, TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, p. 408 ss., 431 ss.

Più in generale, sull'argomento, v. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, cit., vol. II, p. 116, in nota, nonché CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 679 ss. e MONTESANO, *Le « prove atipiche » nelle « presunzioni » e negli « argomenti » del giudice civile*, *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 233 ss.

⁽⁵⁰⁾ V., TARUFFO, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, 1974, parte IV, p. 41 (dell'estr.).

⁽⁵¹⁾ V., TARUFFO, *op. cit.*, *loc. cit.*, nonché dello stesso A., *Problemi e linee evolutive del sistema delle prove civili in Italia*, in *Studi in onore di Liebman*, Milano, 1979, vol. II, p. 1517.

plicabilità per tutto il corso del giudizio, sia la necessaria applicazione (in termini di *dovere* e non di mera facoltà) ad ogni iniziativa d'ufficio del giudice suscettibile di determinare la decisione della causa (e quindi, in particolare, in tutti i casi intenda fondare la decisione in fatto su elementi di prova che non si sono formati nel giudizio o non sono stati altrimenti oggetto del contraddittorio delle parti) ⁽⁵²⁾.

Sul problema si tornerà più ampiamente nelle pagine che seguono; di esso doveva peraltro farsi cenno, per dimostrare che la problematica connessa con l'art. 183, 2° comma, e che investe l'attuazione della regola del contraddittorio, non soltanto non è marginale ed episodica nella dottrina, ma anzi acquista ampiezza e pluralità di dimensioni, con il progressivo approfondimento dei problemi che attengono ai rapporti tra diritti fondamentali delle parti e poteri di decisione del giudice. Per altro aspetto, la non omogeneità degli orientamenti interpretativi manifestati in dottrina, non rende possibile, a questo stato dell'indagine, la prospettiva di una scelta ben definita, ponendo l'esigenza di una ulteriore analisi.

5. Si è accennato più sopra (v. § 1) alla circostanza che, nella pur ricca elaborazione giurisprudenziale che fino ad ora la Corte Costituzionale ha fornito nell'applicazione dell'art. 24, 2° comma, il problema che ci occupa non ha mai costituito oggetto di specifiche pronunce ⁽⁵³⁾. Al contrario, proprio nell'ambito di una effettiva attuazione delle garanzie di difesa, esso può assumere particolare consistenza e esigere una collocazione che

(52) Cfr., in particolare, MONTESANO, *Le « prove atipiche nelle « presunzioni » e « negli argomenti » del giudice civile*, cit., p. 237 ss.

(53) Sulla violazione del contraddittorio sotto il profilo costituzionale del diritto di difesa, v., anche per riferimenti, FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, 1975, p. 113 ss.; sul « contenuto minimo » del contraddittorio, che deve imporsi al legislatore ordinario, cfr., tra gli altri, LUISSO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano, 1981, p. 17 ss.

vada al di là dei limiti interpretativi attinenti agli artt. 101 e 183. In qualche limitato caso, la stessa Corte costituzionale ha avuto occasione di porre il problema in modo corretto, quando ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 713 1° comma cod. proc. civ. per contrasto con la garanzia della difesa⁽⁵⁴⁾. La *ratio* di tale decisione consiste infatti nel rilievo che la norma consentiva il rigetto della domanda di interdizione o inabilitazione sulla sola base della richiesta formulata in tal senso dal pubblico ministero, prima di ogni altro atto del giudizio e in particolare prima della comparizione del ricorrente. Sul punto la Corte ha giustamente ritenuto sussistere una violazione del diritto di difesa, in quanto il ricorrente veniva privato del diritto di contraddire, prima della decisione, la richiesta del pubblico ministero, non essendo in condizione di conoscerne i motivi, né, quindi, di contestarne la fondatezza. A prescindere dagli intrinseci limiti della fattispecie decisa, la Corte formula in questo caso il principio per cui la garanzia della difesa implica che le parti siano poste in condizione di conoscere e contestare preventivamente gli elementi che potrebbero determinare la decisione sulle loro domande.

Per altro verso, e benché la Corte Costituzionale non abbia avuto altre occasioni per esprimersi negli stessi termini, è stata la dottrina, come è noto, che ha formulato con chiarezza le tesi per cui dalla garanzia della difesa deriva necessariamente che alle parti deve assicurarsi possibilità di previo contraddittorio su tutto ciò che è destinato a costituire il fondamento della decisione. Nel diritto al previo contraddittorio si è ravvisato anzi il « punto

(54) Corte Costituzionale 5 luglio 1968 n. 87, in *Foro it.*, 1968, I, 2042 e in *Riv. dr. proc.*, 1969, p. 301 ss., con nota di MANDRIOLI, *Il « nuovo » provvedimento di rigetto anticipato della domanda di interdizione o di inabilitazione, dopo la parziale dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 713 primo comma cod. proc. civ.* Analogamente, v. anche la sentenza della Corte Costituzionale 12 luglio 1965 n. 70, in *Foro it.*, 1965, I, 1969.

focale » di tale garanzia e nell'eventualità di decisioni « a sorpresa » o c.d. « della terza opinione » un'inammissibile violazione della garanzia medesima ⁽⁵⁵⁾.

Di conseguenza, si è anche affermando che « è inammissibile lasciare al giudice facoltà incontrollata di eludere il principio costituzionale » enunciato nell'art. 24, 2° comma, mentre ciò avviene ogni volta che il giudice fonda la decisione su elementi, questioni o ragioni diverse da quelle prospettate e discusse *inter partes*; si conclude poi nel senso che tale principio può essere attuato soltanto in quanto il giudice provochi, anche d'ufficio, il previo contraddittorio delle parti su tutti gli aspetti che egli ritiene rilevanti per la decisione ⁽⁵⁶⁾.

Se si condivide questa interpretazione dell'art. 24 cost., il problema del contraddittorio risulta impostato in termini almeno parzialmente diversi da quelli di consueto proposti e certamente si esige un ulteriore approfondimento.

⁽⁵⁵⁾ COMOGLIO, nel *Commentario della Costituzione*, cit., p. 56 (dell'estratto); già prima, e più ampiamente, v. dello stesso A., *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970, p. 75 s.; v., anche, *Direzione del processo e responsabilità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, p. 51, sotto il profilo del dovere del giudice di usare dei suoi poteri di direzione materiale al fine di assicurare il contraddittorio delle parti.

⁽⁵⁶⁾ V., COMOGLIO in *Commentario*, cit., p. 57 e *La garanzia costituzionale*, cit., p. 145 ss. Nello stesso senso v. anche TROCKER, *Processo civile e Costituzione*, Milano, 1974, p. 682 ss.

Il fondamento delle tesi esposte nel testo appare coerente con l'esigenza di una reale attuazione del contraddittorio delle parti, come metodo dialettico di formazione della decisione. Essa risponde del resto ad una esigenza fondamentale che, sia pure a volte in modo generico, parte della dottrina ha da tempo percepito, indicando il contraddittorio (o la collaborazione tra parti e giudice) come metodo necessario di preparazione e formazione della decisione giudiziale. Cfr., ad esempio, e tra gli altri, CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, ora in *Opere giuridiche*, cit., vol. I, p. 682 e Carnelutti, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 31.

V., riassuntivamente, in argomento, TROCKER, *Processo civile*, cit., p. 674 ss. Va peraltro osservato che è stata assai diffusa l'indifferenza verso il problema, nella prospettiva di una considerazione essenzialmente formale della garanzia del contraddittorio: v., ad es., MARTINETTO, *Contraddittorio (principio del)*, in *Novissimo Dig. It.*, vol. IV, Torino, 1959, p. 458 ss.

Se si aderisce alla tesi per cui la garanzia costituzionale della difesa implica il previo contraddittorio delle parti sugli elementi rilevanti per la decisione, risulta poi insoddisfacente l'opinione di chi ne affermi la necessità limitandosi a fare perno (con applicazione estensiva dell'art. 183, 2° comma) sull'affermato « principio di collaborazione » e non piuttosto sulla garanzia costituzionale stessa ⁽⁵⁷⁾. In questo modo sembra si disconosca il rilievo costituzionale del problema, collocando l'esigenza del previo contraddittorio nell'ambito più incerto di quei principi « non scritti » che si suppongono impliciti nella normativa ordinaria del processo civile.

La stessa interpretazione dell'art. 24, 2° comma, fa sorgere, peraltro, dubbi, anche sull'altra tesi proposta in dottrina, per cui dalle garanzie costituzionali della difesa discenderebbe una necessaria interpretazione estensiva dell'art. 101 cod. proc. civ., e la necessità del previo contraddittorio, limitata tuttavia alle questioni pregiudiziali, in senso tecnico, rilevabili d'ufficio ⁽⁵⁸⁾. Si può anzitutto rilevare che l'accennata interpretazione dell'art. 24 cost., implica, per quanto qui interessa, non tanto una lettura estensiva della disposizione dell'art. 101 cod. proc. civ., tale da ampliarne la portata a tutto lo svolgimento del processo ⁽⁵⁹⁾, ma piuttosto una interpretazione per così dire « integrativa » dell'art. 183, 2° comma, tale da configurare un vero e proprio dovere del giudice di provocare previo il contraddittorio delle parti, e non già una mera facoltà discrezionale ⁽⁶⁰⁾. Inoltre, è lecito porre in dubbio che l'accennata esigenza di attuazione della garanzia costituzionale della difesa sia integralmente soddisfatta una volta che si giunga a configurare un dovere del giudice di provocare il

⁽⁵⁷⁾ È la tesi, come è noto, di Grasso, su cui *supra*, § 3.

⁽⁵⁸⁾ Come già osservato, è questa l'opinione di DENTI, *op. loc. cit.*

⁽⁵⁹⁾ V., in questo senso, DENTI, *op. cit.*, p. 223, 226, nonché COMOGLIO, *La garanzia costituzionale*, cit., p. 144.

⁽⁶⁰⁾ V., infatti, in questo senso, e sia pure con riferimento a particolari fattispecie, MONTESANO, *supra*, *op. loc. cit.*

contraddittorio sulle questioni pregiudiziali in senso tecnico. Se è vero infatti che il contraddittorio è indispensabile su tali questioni, in quanto rilevabili d'ufficio, e proprio perché esse sono idonee a definire la controversia (⁶¹), non sembra si porra ritenere che *soltanto su di esse* occorra il previo contraddittorio per soddisfare la garanzia costituzionale. È infatti intuitivo che la garanzia medesima può ugualmente eludersi, e con effetti forse non meno gravi a danno delle parti, se il giudice fonda d'ufficio la decisione su elementi che non costituiscono questione pregiudiziale, almeno secondo una definizione rigorosa di essa, ma che tuttavia possono influire in modo rilevante sulla decisione della controversia. Basti accennare all'ipotesi in cui il giudice, senza rilevare « questioni », attribuisca al rapporto controverso una qualificazione giuridica diversa da quelle prospettata e discussa dalle parti, ovvero al caso in cui accerti un fatto principale della causa servendosi di presunzione semplice.

Proprio questo, a mio avviso, è tuttavia il punto che richiede maggior approfondimento: se infatti l'interpretazione dell'art. 24 di cui si tratta è nel senso di configurare la necessità del previo contraddittorio su tutti gli elementi di fatto e di diritto influenti sulla decisione, ciò implica che la garanzia vada estesa oltre l'ambito delle questioni pregiudiziali in senso stretto, ma non si fornisce ancora in tal modo una definizione adeguata di ciò che dovrebbe costituire l'oggetto della garanzia stessa.

Si può rilevare allo stato della ricerca e salvo ogni ulteriore approfondimento, che una definizione analitica è comunque necessaria se si vuole poi configurare l'attuazione della regola del previo contraddittorio come elemento di validità della decisione (⁶²).

(⁶¹) Sulla nozione di questione pregiudiziale, cfr., in particolare, DENTI, *Questioni pregiudiziali (diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1967, p. 675 ss. e, anche per altri riferimenti, FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, p. 127 ss.

(⁶²) Nel senso che dalla violazione del contraddittorio derivi direttamente la nul-

6. Meritano attento esame, a questo punto della ricerca, alcune disposizioni che nell'ordinamento francese regolano l'attuazione del principio del contraddittorio, con riferimento al dovere del giudice di provocare preventivamente la discussione delle parti su elementi della controversia rilevabili d'ufficio. L'analisi di cui si tratta trae motivo non soltanto dal fatto che l'ordinamento francese è ritenuto, tra altri, maggiormente « vicino » al nostro, ma anche perché sul piano della comparazione, si sono prodotte soluzioni controverse, ma di indubbio interesse.

Va anzitutto rilevato che in Francia, pur in mancanza di una norma costituzionale come l'art. 24, 2° comma cost., la dottrina ha costantemente considerato la garanzia della difesa come diritto fondamentale (o « naturale »), ricollegato al principio del contraddittorio ⁽⁶³⁾. Peraltro, già da tempo si sono posti rilevanti problemi circa l'individuazione delle conseguenze che ne derivano, ossia circa gli strumenti processuali necessari per assicurarne l'attuazione. In particolare, è controverso se dal principio del contraddittorio discenda il dovere del giudice di sottoporre preliminarmente alla discussione delle parti tutti gli elementi della causa che si ritengano necessari per la decisione, e che non siano

lità della sentenza, v., DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, cit., p. 223 e COMOGLIO, *Direzione del processo*, cit., loc. cit.

I rilievi formulati nel testo costituiranno comunque oggetto di più ampia indagine nei successivi paragrafi.

(63) Cfr. in questo senso, ad es., MOTULSKY, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle: le respect des droits de la défense en procédure civile*, in *Ecrits*, I, *Etudes et notes de procédure civile*, Paris, 1973, p. 60 ss.; Id., *Droit processuel*, Paris, 1975, p. 147; WIEDERKEHR, *Le principe du contradictoire. A propos du décret n. 73-1122 du 17 décembre 1973*, Dalloz, 1974, *Chron.*, p. 95; OPPETIT, *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil en droit français*, in *Fondamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*, Milano-New York, 1973, p. 498; VINCENT, *Procédure civile*, Dalloz, 1978, *Chron.*, p. 36; RICCI, *Garanzie costituzionali del processo civile nel diritto francese*, in *Riv. dir. proc.* 1968, p. 251.

V. infine di WIEDERKEHR, *Droits de la défense et procédure civile*, Dalloz, 1978, *Chron.*, p. 36.

stati allegati dalle parti stesse ⁽⁶⁴⁾. Dagli inizi degli anni '60, l'opinione più autorevole, difesa e sostenuta in numerosi scritti, fu quella di Motulsky, secondo il quale il principio del contraddittorio, in quanto aspetto essenziale della garanzia fondamentale della difesa, implica necessariamente che il giudice, allorché rilevi un elemento della controversia rilevante per la decisione, ma non allegato dalle parti, deve provocare preliminarmente, su di esso, la discussione delle parti medesime ⁽⁶⁵⁾. La tesi si fondava, in particolare, sull'art. 171 cod. proc. civ., come riformato dal decreto del 2 agosto 1960 ⁽⁶⁶⁾, oltre che su un diffuso orientamento giurisprudenziale che affermava l'annullabilità di sentenze nelle quali il giudice avesse pronunciato d'ufficio su alcuni aspetti della controversia, senza preventivo contraddittorio di parte ⁽⁶⁷⁾. In particolare poi, il Motulsky, prendeva in considerazione le ipotesi in cui il giudice avesse deciso la controversia sulla base di norme diverse da quelle invocate dalle parti o comunque qualificando giuridicamente il rapporto controverso, divergendo dalla prospettazione delle parti medesime: pur affermando il potere del giudice di decidere d'ufficio in tal modo, in base al principio *iura novit curia*, si ribadiva il dovere del giudice, prima di emet-

⁽⁶⁴⁾ Non viene qui affrontato, per ora, il problema consistente nello stabilire se esistano e quali siano gli elementi della controversia rilevabili d'ufficio; cfr., MOTULSKY, *Prolégomènes pur un futur code de procédure civile: la consécration des principes directeur du procès civil par le décret du 9 septembre 1971*, *Ecrits*, cit., I p. 292 ss., sulle diverse opinioni manifestate in dottrina.

⁽⁶⁵⁾ Tra i numerosi scritti in cui Motulsky sostenne questa posizione cfr., *Le droit naturel*, cit., p. 76 s.; *La réforme du Code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès*, *Ecrits*, cit., p. 181; *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégations des faits*, *ivi*, p. 56; *La cause de la demande du juge et des parties dans l'allégations des faits*, *ivi*, p. 109 ss., 128.

⁽⁶⁶⁾ La norma riformata prevedeva infatti che il giudice non potesse rilevare d'ufficio l'incompetenza assoluta senza aver prima chiesto sul punto le osservazioni delle parti. La norma venne ritenuto *d'ordre public* dalla Cassazione la quale richiedeva, a pena di nullità, che dell'avviso alle parti si desse registrazione nei verbali e in sentenza (v., anche per riferimenti, MOTULSKY, *La réforme*, cit., p. 181; *Droit processuel*, cit., 154).

⁽⁶⁷⁾ Cfr. indicazioni e riferimenti nelle opere di Motulsky, citate alla nota n. 65.

tere siffatta decisione, di provocare una discussione delle parti sul punto ⁽⁶⁸⁾.

Probabilmente, i fondamenti dell'opinione in esame non erano così certi come l'A. riteneva ⁽⁶⁹⁾; tuttavia, la dottrina del Motulsky fu assai influente e costituì certo una traccia ed anzi la base teorica per le riforme legislative in materia di contraddittorio che si susseguirono a partire dal 1965. La prima di tale riforme, come è noto, viene attuata con il decreto 13 ottobre 1965, il cui art. 82 prevede il potere del giudice di chiedere chiarimenti alle parti sugli aspetti di fatto e di diritto della controversia, aggiungendo: « *Néanmoins, aucun moyen, même d'ordre public, non soulevé par les parties ne pourra être examiné d'office sans que celles-ci aient été appelées à présenter leur observation à cet égard* ». Si tratta evidentemente di una conferma della tesi sopra esposta: giustamente rileva il Motulsky che non si tratta di mera facoltà del giudice ma di un dovere, la cui osservanza è condizione di validità della pronuncia, ed è indispensabile per l'attuazione della garanzia della difesa ⁽⁷⁰⁾.

La norma introdotta con il decreto del 1965, non ebbe, tuttavia, una rilevante storia autonoma; pochi anni dopo fu avviata la più generale riforma del codice con l'emanazione di una serie di decreti governativi ⁽⁷¹⁾. Tra questi, particolarmente importante, è il decreto del 9 settembre 1971, i cui primi 21 articoli, definiti come disposizioni preliminari, contengono in realtà l'e-

⁽⁶⁸⁾ V., specialmente *La réforme*, cit., 1811; *Le rôle respectif*, cit., p. 56; *La cause de la demande*, cit., p. 109 e successivam. *Droit processuel*, cit., p. 153. V. anche RICCI, *op. cit.*, loc. cit.

⁽⁶⁹⁾ V. infatti, NORMAND, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1978, 185 s., il quale osserva che la giurisprudenza era solita annullare decisioni contenenti pronunce d'ufficio non per la mancanza del previo contraddittorio delle parti, ma per violazione dei limiti del potere decisorio del giudice, e che il riferimento all'art. 171, oggetto di riforma nel 1960, non serviva a sostenere la tesi generale di Motulsky perché era sempre stato interpretato dalla giurisprudenza in modo fortemente restrittivo.

⁽⁷⁰⁾ MOTULSKY, *La réforme*, cit., p. 182 s.

⁽⁷¹⁾ V., al riguardo, notizie in PERROT, *Il nuovo e futuro codice di procedura civile francese*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 230 ss.

nunciazione di principi generali del processo ⁽⁷²⁾, destinati a costituire una normativa di carattere generale posta all'inizio del nuovo codice. Tra queste norme « di principio » alcune riguardano l'attuazione della regola del contraddittorio ⁽⁷³⁾, ed in particolare l'art. 16 che impone al giudice di far osservare *e di osservare lui stesso tale regola*; si precisa inoltre che egli non potrà fondare la decisione su elementi di diritto rilevati d'ufficio ⁽⁷⁴⁾, senza avere preliminarmente invitato le parti a presentare loro osservazioni. Identica regola vale per le spiegazioni integrative che il giudice abbia richiesto alle parti, nel senso che se esse sono rilevanti per la decisione devono essere sottoposte a discussione preventiva ⁽⁷⁵⁾. La norma in esame è stata considerata come un limite al potere d'ufficio del giudice di attribuire al rapporto controverso l'esatta qualificazione giuridica, e al potere di rilevare le questioni di puro diritto ⁽⁷⁶⁾; sotto altro profilo, la disposizione di cui si tratta, rappresenta comunque una riconferma ed una enunciazione generale del dovere del giudice di non decidere mai questioni e punti controversi senza averli preventivamente sottoposti al contraddittorio di parte ⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷²⁾ PERROT, *op. cit.*, p. 232; MOTULSKY, *Prolégomènes*, cit., p. 275 ss.

⁽⁷³⁾ Cfr. gli artt. da 14 a 17.

⁽⁷⁴⁾ La formulazione originaria dell'art. 16 del decreto del 1971 fa un'eccezione per i *moyens d'ordre public*, che il giudice può rilevare d'ufficio anche senza previo contraddittorio. L'eccezione viene eliminata e la regola diventa realmente generale, con l'art. 122 del decreto 20 luglio 1972 (v. MOTULSKY, *Droit processuel*, cit., p. 154).

⁽⁷⁵⁾ V. in argomento, BLANC, *La nouvelle procédure civile*, Paris, 1973, p. 26 s.; MOTULSKY, *Droit processuel*, cit., p. 153, ove si ritengono possibili le spiegazioni complementari su richiesta del giudice anche sui fatti della causa, benché l'art. 13 parli di « *explications de droit* ».

⁽⁷⁶⁾ PERROT, *op. cit.*, p. 243 ss. Il 3° comma dell'art. 12 consente alle parti, su materie disponibili e per accordo espresso, di vincolare il giudice alla qualificazione giuridica del rapporto sui punti di diritto ai quali intendono limitare la discussione (v. PERROT, *ivi*, p. 245).

⁽⁷⁷⁾ V., in questo senso, in modo chiaro, MOTULSKY, *Droit processuel*, cit., 152 ss.; WIEDERKEHR, *Droits de la défense et procédure civile*, Dalloz, 1978, *Chron.*, p. 37.

V. anche NORMAND, *op. cit.*, *loc. cit.*, che, avendo negato tale dovere esistere in procedura (v. n. 7), attribuisce al decreto del '71 un carattere radicalmente

La scelta di fondo compiuta dal legislatore del 1971 con l'art. 16, viene ribadita e ulteriormente articolata con il decreto del 20 luglio 1972, che esclude ogni limitazione prevista nella formulazione originaria della norma ⁽⁷⁸⁾, e impone al presidente di avvertire le parti, con menzione nel verbale di causa, delle questioni di diritto rilevabili d'ufficio, invitandole a presentare le loro osservazioni immediatamente o entro un termine da lui fissato (cfr. art. 90, 2° comma); l'art. 92 prevede poi la riapertura della discussione se le parti non abbiano potuto presentare le loro difese, mentre le stesse regole sono estese al procedimento avanti la Corte di Cassazione (cfr. art. 166) ⁽⁷⁹⁾. La giurisprudenza della Cassazione applica puntualmente le nuove disposizioni, individuando ad esempio una violazione dell'art. 16 nel caso di dichiarazione di inammissibilità di una domanda nuova, o di pronuncia di nullità di una clausola di indicizzazione, non previamente sottoposta alla discussione delle parti ⁽⁸⁰⁾.

Quando le norme dei decreti di riforma vengono rifuse in un testo unitario, anche se non completo e che costituisce il nuovo codice destinato a entrare in vigore il 1° gennaio 1976 ⁽⁸¹⁾, si verifica, tuttavia, sul punto in esame, una netta inversione di tendenza. L'art. 16 viene infatti riformulato con modificazioni riduttive di notevole rilievo ⁽⁸²⁾: dal primo comma viene escluso

innovativo, se non altro per l'estensione generale della norma (dato che il decreto del 1965 riguardava solo i giudizi sottoposti alla procedura di *mise en état*).

⁽⁷⁸⁾ V. sopra la nota n. 74.

⁽⁷⁹⁾ MOTULSKY, *Droit processuel*, cit., p. 154.

⁽⁸⁰⁾ Cass. 8 ottobre 1974, *Gaz. Pal.* 1974, 2, 282; Cass. 20 maggio 1974, *Bull. civ.*, IV, 131. L'art. 16 viene spesso disapplicato dai giudici di merito; la Cassazione è invece assai rigorosa nell'annullare decisioni assunte senza il previo contraddittorio delle parti, sulle fattispecie più diverse di diritto sostanziale e processuale. V., anche per numerose citazioni, PERROT, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1976, p. 827 che parla al riguardo di *incroyable florilege*.

⁽⁸¹⁾ Su questa vicenda e le sue peculiarità cfr. PERROT, *Il nuovo codice di procedura civile francese*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 281 ss.

⁽⁸²⁾ La ragione di queste modificazioni, come di altre introdotte dai decreti che varano il codice, rimane sconosciuta, perché tali decreti non sono preceduti da alcuna

ogni riferimento al dovere del giudice di rispettare lui stesso il contraddittorio, e resta solo quello di farlo osservare alle par. 90 del decreto del 1972, la previsione inerente al dovere del giudice di provocare il contraddittorio preventivo sulle questioni rilevabili d'ufficio e resta soltanto un vincolo a tener conto nella decisione delle « *explications qu'il a recueillies contradictoirement* »⁽⁸⁴⁾. Coerentemente, viene poi del tutto eliminata, dall'art. 90 dl decreto del 1972, la previsione inerente al dovere del presidente di avvertire le parti delle questioni che potrebbero essere rilevate d'ufficio (cfr. art. 442 cod. proc. civ.)⁽⁸⁵⁾.

L'art. 16 subisce un'ulteriore modificazione, nel 2° comma, con il decreto del 29 luglio 1976, che così ora recita:

Il (giudice) « *ne peut retenir dans sa décision les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement* ». Come si rivela agevolmente, quest'ultima riformulazione non è che una limitazione ulteriormente riduttiva delle formule precedenti: sparisce infatti anche l'ultimo riferimento all'iniziativa del giudice nel « raccogliere spiegazioni » in contraddittorio, né si prevede un dovere del giudice di provocare la discussione delle parti. Pur sussistendo il richiamo alla necessità del contraddittorio su questioni, spiegazioni e documenti, si esige soltanto che le parti siano state in condizione di poterne discutere; è ben chiaro, comunque, che si tratta soltanto di questioni e documenti introdotti in giudizio dalle parti, e manca qualsiasi riferimento alle questioni rilevabili d'ufficio o alle spiegazioni richieste dal giudice alle parti.

discussione (v. PERROT, *op. loc. cit.*). Al riguardo, si è ipotizzato che lo scopo di tali modificazioni fosse quello di eliminare occasioni di ricorso in Cassazione (BENABENT, *Les moyens relevés en secret par le juge, J.C.P., La sem. jur.*, 1977, I, 2849).

(83) Cfr., WIEDERKEHR, *Droit de la défense*, cit., p. 37.

(84) Cfr., PERROT, *op. ult. cit.*, p. 289; BENABENT, *op. cit.*. Non viene invece eliminato il dovere di segnalare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio in Cassazione.

(85) V. WIEDERKEHR, *op. e loc. ult. cit.*

In tal modo, il significato originario dell'art. 16 appare profondamente mutato, quanto meno rispetto alla formulazione del 1971. Da un lato, infatti, la disposizione è posta solo a garanzia del contraddittorio *tra le parti* ⁽⁸⁶⁾: la norma principale in materia è allora l'art. 15, il quale prevede appunto il dovere tra le parti di farsi conoscere a vicenda i *moyens de fait*, i *moyens de droit* e i mezzi di prova che allegano, in tempo utile affinché ognuna di esse possa organizzare le proprie difese, mentre l'art. 16 rappresenta in un certo senso la sanzione di tale dovere, disponendo che i *moyens* e le prove, non tempestivamente indicate all'altra parte, non possano costituire oggetto di decisione. Il ruolo del giudice, in questa prospettiva, è puramente passivo, dovendo egli limitarsi a trarre le conseguenze, in sede di decisione, del comportamento e degli atti compiuti dalle parti, ma non può certo esercitare autonomi poteri di iniziativa al fine di assicurare preventivamente il rispetto del contraddittorio.

Dall'altro lato, non è venuto meno il potere del giudice di attribuire ai fatti della causa l'esatta qualificazione giuridica e di rilevare d'ufficio i *moyens de pur droit* (è rimasto infatti immutato l'art. 12); allora, la modificazione dell'art. 16 sembra comportare semplicemente l'esclusione del dovere del giudice di sottoporre a discussione preventiva di parte le questioni rilevabili d'ufficio e le ipotesi di diversa qualificazione giuridica della fattispecie, così come non esiste più l'analogo dovere inerente alle spiegazioni ottenute dalle parti in base all'art. 13. In sostanza, rimangono integri i poteri d'ufficio del giudice, ma, ai fini della decisione, il loro esercizio non è più condizionato al rispetto della regola del contraddittorio.

7. L'eliminazione del dovere del giudice di provocare il contraddittorio delle parti suscita reazioni diverse. Vi è chi la considera coerente con i principi generali dell'ordinamento, ritenendo che il contraddittorio debba valere per ciò che viene introdotto

(86) WIEDERKEHR, *op. ult. cit.*, p. 38.

nel giudizio dalle parti, ma non implichi discussione delle soluzioni che il giudice intende dare alla controversia: si ritiene quindi che la regola non operi tra giudice e parti e che la funzione del giudice sia quella di decidere la causa in piena autonomia dopo che le parti stesse hanno esaurito le loro difese⁽⁸⁷⁾. D'altro canto, autorevole dottrina, pur continuando a ritenere che se il giudice non indica preliminarmente alle parti le questioni rilevabili d'ufficio risulta violato il principio del contraddittorio e pure criticando l'eliminazione del relativo dovere, prende atto che esso non è più disciplinato nel diritto positivo⁽⁸⁸⁾. Vi è infine chi sostiene che i decreti del 1971 e del 1972 non hanno fatto altro che codificare un principio generale preesistente e, di conseguenza, il venir meno della norma positiva che lo esprimeva non potrebbe comunque implicare l'eliminazione del principio stesso. Se ne deduce che il giudice ha comunque il dovere di provocare la discussione delle parti sulle questioni rilevabili d'ufficio, in quanto le vicende di una norma regolamentare come l'art. 16 non possono influire sull'attuazione della garanzia fondamentale della difesa⁽⁸⁹⁾.

La giurisprudenza della Cassazione si orienta in una direzione diversa. Si riconosce che il nuovo codice ha eliminato il dovere del giudice di provocare il contraddittorio, ma si delineano soluzioni diverse a seconda si tratti di *moyens de pur droit* oppure di questioni miste di fatto e di diritto. Nel primo caso, trattandosi di questioni che non implicano apprezzamento di fatto, né una diversa valutazione dei fatti allegati, la Cassazione ritiene che il giudice possa rilevarle d'ufficio, senza provocare su di esse il

(87) Cfr., PARODI, *L'esprit général et les innovations du nouveau code de procédure civile*, Paris s.d. (ma 1976), p. 83.

(88) Cfr., PERROT, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1976, p. 828, il quale segnala che in tal modo « *les plaideurs seraient offert en holocauste à la sérénité des juges* »; NORMAND, *ibid.*, 1977, p. 180 ss. e nota cron. in *Dalloz*, 1977, p. 411.

(89) Cfr. WIEDERKEHR, *op. e loc. ult. cit.*; BENABENT, *op. cit.*, e *Id.*, nota a Cass. 8 dicembre 1976, nello stesso senso, in *Dalloz*, 1977, 543. In senso critico v. in particolare NORMAND, in *Rev. trim. dr. civ.* 1978, p. 184 ss.

previo contraddittorio delle parti ⁽⁹⁰⁾. La seconda ipotesi ha luogo invece quando il rilievo di una questione di diritto implica una diversa qualificazione giuridica dei fatti allegati, tale da attribuire rilevanza a fatti che non ne avevano nell'iniziale prospettazione delle parti ⁽⁹¹⁾, e tale quindi da configurare l'oggetto della decisione come diverso da quello del contraddittorio. Sotto questo profilo, la giurisprudenza della Cassazione appare orientata nel senso di richiedere il previo contraddittorio delle parti come condizione perché il giudice possa validamente rilevare d'ufficio la questione ⁽⁹²⁾, anche se nessuna previsione espressa è contenuta nell'art. 16. In definitiva, la giurisprudenza segue il criterio per cui non occorre previo contraddittorio sulle sole questioni di diritto ⁽⁹³⁾, mentre è necessario quando la questione rilevata d'ufficio investe anche i fatti della controversia, sotto il profilo di una diversa valutazione della loro rilevanza giuridica.

Peraltro, mentre la prima affermazione non crea particolari problemi, ne crea invece la seconda. È dubbio, invero, se il giudice possa rilevare d'ufficio le questioni « miste », poiché l'art. 12, 3° comma, prevede soltanto il potere di rilevare i *moyens de pur droit*, talché non è chiaro — al di là dei richiami espressi al diritto di difesa che pure sono diffusi nella giurisprudenza sul punto — se l'annullamento da parte della Cassazione di pronunce d'ufficio su questioni « miste » senza contraddittorio, sia dovuto al principio per cui la previa discussione delle parti è sempre necessaria su questioni che coinvolgono i fatti, ovvero se la *ratio*

⁽⁹⁰⁾ In questo senso sono numerose le decisioni successive all'entrata in vigore del codice, soprattutto su questioni processuali: v. la rassegna di NORMAND, in *Rev. trim. dr. civ.* 1979, p. 417 ss.

⁽⁹¹⁾ Cfr. NORMAND, in *Rev. trim. dr. civ.* 1977, p. 182.

⁽⁹²⁾ V. la rassegna di NORMAND, *Rev. trim. dr. civ.* 1979, p. 420 ss.

⁽⁹³⁾ La non necessità del contraddittorio viene affermata, con qualche incertezza, anche nel caso di applicazione d'ufficio di una norma diversa da quella invocata dalle parti: v. NORMAND, *op. ult. cit.*, p. 419 s.

reale di questa giurisprudenza consista nell'inesistenza del potere del giudice di rilevare d'ufficio questioni che non siano *de pur droit* ⁽⁹⁴⁾. Rimane comunque il fatto che, se questo potere esiste, esso può essere validamente esercitato solo a condizione che il giudice provochi sulla questione mista il contraddittorio preliminare delle parti ⁽⁹⁵⁾.

La situazione muta a seguito della sentenza del 18 ottobre 1979 del *Conseil d'Etat* sul caso *Rassemblement des nouveaux avocats de France* ⁽⁹⁶⁾, con la quale si ritiene illegittimo l'articolo 16 del codice in quanto non impone al giudice di rispettare lui stesso la regola del contraddittorio. Sembrerebbe trattarsi di un'abrogazione dell'art. 16, nel testo del codice, con un conseguente ritorno alla formulazione originaria, dei decreti 1971 e 1972 ⁽⁹⁷⁾, ma la sentenza opera in realtà una distinzione tra il caso in cui il giudice *deve* rilevare d'ufficio un *moyens de droit*, ossia quando si tratta di un *moyens d'ordre public* ed il caso in cui ha solo il potere di rilevarlo: nel primo caso il previo contraddittorio delle parti non è necessario, mentre lo sarebbe nel secondo ⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. NORMAND, *op. ult. cit.*, p. 421 ss. Se così fosse, è chiaro che il dovere del giudice di provocare il contraddittorio sarebbe completamente eliminato (NORMAND, *ivi*, 422).

⁽⁹⁵⁾ Cfr. NORMAND, *ivi*, p. 422.

⁽⁹⁶⁾ Pubblicata in *Dalloz*, 1979, 606 con nota di BENABENT; v. anche le conclusioni del Commissario di Governo, con nota di BORÈ in *J.C.P., La sem. jur.*, 1980, II, 1928, e la nota di VIATTE, *Les moyens de droit relevés d'office et le principe de la contradiction*, *Gaz. Pal.* 3, I, 1980, *Doctr.*, p. 4.

⁽⁹⁷⁾ La sentenza pronuncia invero l'annullamento dell'art. 16 nel testo del Codice, in quanto norma regolamentare in contrasto con i principi generali del diritto e, nella specie, con il principio del contraddittorio, osservando che il potere del giudice di rilevare questioni d'ufficio è legittimo solo se su di esse è garantita la previa difesa delle parti.

Sui poteri del *Conseil d'Etat* di controllo di legittimità degli atti regolamentari v., in generale, VINCENT-MONTAGNIER-VARINARD, *La justice et ses institutions*, Paris, 1982, p. 414 ss.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. NORMAND, *Rev. trim. dr. civ.* 1980, p. 146; BORÈ, nota in *J.C.P. Sem. Jur.*, 1980, 1928.

La decisione del *Conseil d'Etat* è indubbiamente ispirata all'esigenza di ampliare l'area di applicazione della regola in esame, ma non fornisce soluzioni chiare del problema.

Per un verso, vi è chi nega la distinzione tra questioni che il giudice deve e questioni che il giudice può rilevare d'ufficio abbia un preciso significato dal punto di vista del contraddittorio, poiché, in entrambi i casi, il rilievo della questione pone in gioco il diritto di difesa delle parti ⁽⁹⁹⁾, e se ne deduce quindi che il dovere del giudice di provocare preliminarmente la discussione delle parti sussiste in entrambe le ipotesi sopra accennate ⁽¹⁰⁰⁾. La prevalente giurisprudenza della Cassazione è tuttavia orientata nel senso di tener conto della distinzione proposta dal *Conseil d'Etat*, così che viene più volte confermata l'inesistenza del dovere del giudice di provocare la discussione preventiva delle parti sulle questioni che egli è tenuto a rilevare d'ufficio ⁽¹⁰¹⁾, mentre si impone tale dovere a proposito delle questioni che egli può rilevare d'ufficio ⁽¹⁰²⁾.

Va inoltre osservato che tale distinzione opera all'interno dei *moyens de pur droit*, di cui parla l'art. 12, 3° comma del codice; se invece si tratta di *moyens melangés de fait et de droit*, il cui

⁽⁹⁹⁾ V. NORMAND, *ivi*, 147.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr., VIATTE, *op. loc. cit.*; BORÈ, *op. loc. cit.*, e la sent. della *Chambre commerciale* del 12 maggio 1980, in *J.C.P., La sem. jur.*, 1980, IV, 272, su cui v. il commento favorevole di NORMAND, *Rev. trim. dr. civ.* 1980, p. 802 s.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. la rassegna di NORMAND, in *Rev. trim. dr. civ.*, cit., 1980 p. 598 ss. e 1981, p. 200 ss.

⁽¹⁰²⁾ Com'è evidente, il problema diviene allora quello di individuare quali questioni rientrino nella prima categoria e quali nella seconda.

Nella prima rientrano le questioni d'*ordre public*, sia di rito (come in certi casi di *fins de non recevoir* o di nullità), sia di merito; le questioni inerenti all'esatta qualificazione giuridica del rapporto (che ex art. 12 il giudice *deve* attribuire d'ufficio), e all'esistenza della condizione per l'applicazione della norma invocata dalle parti (cfr., con riferimenti, NORMAND, *Rev. trim. dr. civ.* 1980, p. 148 s. e 598 ss.).

Nella seconda rientrano le ipotesi in cui il giudice intende applicare ai fatti un *moyen nouveau*, ossia una norma giuridica diversa da quella invocata dalle parti (NORMAND, *ivi*, p. 149; BORÈ, *op. cit.*; VIATTE, *op. cit.*) e altre questioni il cui rilievo è di volta in volta dichiarato facoltativo dalla legge.

problema non è stato affrontato dalla decisione del *Conseil d'Etat* la Cassazione continua a ritenere che il giudice abbia il potere di rilevarli d'ufficio, malgrado le perplessità già sopra richiamate⁽¹⁰³⁾, e riafferma tuttavia il dovere del giudice di provocare al riguardo la discussione preventiva delle parti⁽¹⁰⁴⁾.

In una situazione così complessa⁽¹⁰⁵⁾, è inevitabile che si verifichino oscillazioni giurisprudenziali, anche se la Corte di Cassazione segue con notevole coerenza la serie di criteri appena indicata. Così, ad esempio, è importante la precisazione per cui il giudice può modificare d'ufficio, senza contraddittorio, la qualificazione giuridica del rapporto controverso, ma solo se la nuova qualificazione non implica l'attribuzione di rilevanza giuridica a fatti che non l'avevano nella prospettazione di parte⁽¹⁰⁶⁾. Meno rigoroso nell'attuare il principio del contraddittorio, è invece il persistente orientamento, per cui il giudice è libero di scegliere tra i fatti allegati quelli che gli appaiono rilevanti per la decisione, anche se nessuna delle parti li ha indicati come tali, pur senza provocare su di essi la discussione di parte⁽¹⁰⁷⁾.

Le incertezze della giurisprudenza non durano tuttavia a lungo: con due sentenze del 10 luglio 1981, la *Chambre Mixte* della Cassazione⁽¹⁰⁸⁾ si occupa dell'art. 16 riaffermandone la portata generale, con una enunciazione del principio del contraddittorio come regola generale del processo, tale da superare le limitazioni sulle quali si era fondata la pronuncia del 1979 del *Conseil*

(103) V. ancora NORMAND, in *Rev. trim. dr. civ. cit.*, p. 600.

(104) V. la rassegna di NORMAND, *op. e loc. ult. cit.* e *ivi*, 1981, p. 201 ss.

(105) NORMAND, in *Rev. trim. dr. civ.* 1982, p. 460 fa cenno al riguardo di « une des crises jurisprudentielles les plus aigues qu'aient suscitées les avatars de l'article 16 ».

(106) Cass. 7 luglio 1981, *J.C.P., La sem. jur.*, 1981, IV, 355, su cui NORMAND, *ivi*, p. 461.

(107) V. ad es., Cass. 16 giugno 1981, *J.C.P., La sem. jur.*, 1981, IV, 319, nonché NORMAND, *ivi*, 462.

(108) Le sentenze sono pubblicate in *Dalloz*, 1981, 637. V. i commenti di NORMAND, in *Rev. trim. dr. civ.* 1981, p. 677 e di PERROT, *ivi*, p. 905.

D'Etat e che, come si è più sopra accennato, hanno caratterizzato la giurisprudenza in materia. La *Chambre Mixte* — diversamente da quanto ritenuto da una parte rilevante della giurisprudenza anteriore — ritiene cioè che la regola del contraddittorio preventivo debba applicarsi anche alle questioni processuali, rilevabili d'ufficio, e in particolare a quelle che potrebbero portare ad una pronuncia di *fin de non-recevoir* ⁽¹⁰⁹⁾. La stessa regola va inoltre applicata — e qui avviene il più rilevante superamento della tesi limitativa accolta dal *Conseil D'Etat* — anche ai *moyens d'ordre public*, ossia a tutte le questioni di diritto indipendentemente dal fatto che il giudice abbia il dovere oppure il semplice potere di rilevarle d'ufficio ⁽¹¹⁰⁾. Infine, la *Chambre Mixte* non si pronuncia sul controverso punto dell'applicabilità del contraddittorio ai « *moyens nécessairement dans la cause* », ma le sue affermazioni di principio hanno portata generale, così da far ritenere che anche nel caso in cui il giudice rimanga nei limiti delle domande di parte e dei fatti allegati, ma intenda dare ad essi una diversa qualificazione giuridica, questa debba essere previamente sottoposta al contraddittorio delle parti ⁽¹¹¹⁾.

7. Muta peraltro, nuovamente, la situazione normativa. In conseguenza del vuoto provocato dalla pronuncia di annullamento dell'art. 16 del Codice da parte del *Conseil D'Etat*, il legislatore interviene sul punto con un decreto del 12 maggio 1981, il quale, unitamente a numerose norme integrative e modificative del codice, contiene (parte II, art. 7) una riformulazione dell'art. 16: pur senza ritornare letteralmente a quella del 1971/1972, viene nuovamente enunciata la regola generale sul previo contraddittorio di parte avente ad oggetto questioni rilevabili d'ufficio. Torna

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. BENABENT, *L'article 16 du nouveau code de procédure civile, version 1981*, in *Dalloz*, 1982, *Chron.* 55.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. BENABENT, *op. ult. cit.*, p. 56.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. BENABENT, *op. loc. cit.*

ad essere prescritto, anzitutto, il dovere del giudice di osservare lui stesso la regola del contraddittorio (così recita il 1° comma: « *Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui même le principe de la contradiction* »). Il giudice non può tener conto delle affermazioni, elementi, spiegazioni e documenti prodotti dalle parti, se al riguardo le parti stesse non sono state in grado di discuterne in contraddittorio (cfr. il 2° comma: « *Il ne peut retenir, dans sa decision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement* »). Infine, e si tratta dell'elemento indubbiamente più importante, viene sottolineato e disciplinato l'esercizio del dovere del giudice di sottoporre al contraddittorio preventivo delle parti tutte le questioni di diritto che intende rilevare d'ufficio, come condizione per poter pronunciare su di esse in sede di decisione (recita il 3° comma: « *Il ne peut fonder sa décision sur le moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leur observations* »).

È evidente come in questo modo la parabola decennale dell'art. 16 si concluda con un sostanziale ritorno ai principi affermati nei decreti del 1971 e 72: il giudice torna ad assumere la funzione di necessario garante del contraddittorio in tutte le fasi del processo, anche in relazione alle sue iniziative, senza istanza di parte, e il rilievo d'ufficio delle questioni di diritto è sottoposto, senza limitazioni di sorta, alla condizione del previo contraddittorio — almeno potenziale — delle parti. È da notare inoltre che il « nuovo » testo normativo nasce già confortato da un'autorevole giurisprudenza: le decisioni della *Chambre Mixte* e della *Cour de Cassation*, citate più sopra, vengono infatti rese sul fondamento di situazione legislativa anteriore al decreto del 1981 (pur essendo pubblicate dopo la sua emanazione), ma i principi sui quali si fondono sono i medesimi, e sono chiaramente destina-

ti a guidare la giurisprudenza nel senso indicato dal nuovo art. 16 ⁽¹¹²⁾.

Si è analizzata dettagliatamente la complessa vicenda dell'art. 16, poiché essa è significativa sotto diversi aspetti. Le incertezze e i contrasti sull'interpretazione della norma hanno provocato un notevole approfondimento del problema, per poi riportarlo in sostanza alla soluzione iniziale. Il legislatore francese, avviando la riforma del codice, ha immediatamente formulato con notevole chiarezza, recependo al riguardo l'insegnamento della dottrina più illuminata, una regola del contraddittorio come effettivo principio fondamentale del processo civile, e non come mera enunciazione formale: l'osservanza della regola è infatti posta a condizione di validità della decisione.

L'ampio dibattito che ha accompagnato le diverse fasi della vicenda normativa costituisce senza dubbio elemento degno di nota. In un ordinamento la cui Costituzione non contiene alcuna norma equivalente a quella del nostro art. 24, 2° comma, la garanzia della difesa è stata costantemente riaffermata non soltanto come astratto principio teorico, ma soprattutto come premessa sistematica della quale far discendere direttamente la regola del contraddittorio sotto un primo profilo come *dovere per il giudice* e sotto altro aspetto quale *condizione di validità della pronuncia*. Come si è osservato, su questo punto non sono mancate perplessità in dottrina e in giurisprudenza, che hanno probabilmente condizionato alcuni atteggiamenti del legislatore governativo. Dall'indagine che precede è risultato tuttavia evidente come, sia pure nella varietà delle specifiche posizioni, l'orientamento che si richiama alla dottrina di Motulsky sia stato costantemente prevalente, e abbia dato luogo ad una continua e intensa « pressione » sulla giurisprudenza e sul legislatore stesso, sino a giungere al risultato conclusivo costituito dal « nuovo » art. 16. In realtà, la norma è formulata in modo tale per cui la regola del previo

(112) V. infatti, ad es., le decisioni riportate in *Dalloz*, 1982, *I.R.*, 211 e 256.

contraddittorio è effettiva e piena: il 2° comma tende infatti ad assicurare il contraddittorio su tutti gli elementi rilevanti per la decisione, che le parti stesse abbiano allegato nel corso del giudizio, dopo gli atti introduttivi, mentre il 3° comma, come già si è sottolineato, estende la medesima regola alle questioni di diritto rilevabili d'ufficio (le sole, del resto, che il giudice può rilevare d'ufficio in base all'art. 13 del codice). Infine, la regola enunciata nel primo comma opera come « norma di chiusura », soprattutto per quanto attiene al dovere del giudice di rispettare egli stesso in ogni circostanza il principio del contraddittorio, e resta quindi escluso che la decisione possa fondarsi su elementi rispetto ai quali le parti non abbiano avuto effettiva opportunità e possibilità di discussione preventiva ⁽¹¹³⁾.

8. Spunti di qualche rilievo (anche se di minore interesse ai fini dell'indagine se posti a raffronto con quelli che emergono dall'analisi dell'ordinamento francese), sono offerti anche dalla più recente dottrina tedesca e dall'esame della giurisprudenza in tema di *Hinweispflicht* del giudice, successivamente alla legge di riforma del codice di procedura civile germanico, cosiddetta *Ver-einfachungsnovelle* ⁽¹¹⁴⁾.

Come è ben noto, l'interpretazione tradizionale della norma del § 139 ZPO è sempre stata orientata nel senso che dovere del giudice, nell'ambito di una costante iniziativa di collaborazione

⁽¹¹³⁾ Si può anche ritenere risolto un problema che l'attuale formulazione dell'art. 16 non affronta, e che veniva invece posto, espressamente, nel testo del 1971/72. Esso riguarda il contraddittorio sulle « spiegazioni » chieste dal giudice alle parti e che era previsto in tale testo come condizione perché tali spiegazioni potessero essere usate dal giudice ai fini della decisione. Il nuovo art. 16 non ne parla specificatamente, ma è lecito dedurre (dal comma 1) che, qualora il giudice abbia avuto spiegazioni da una parte, non possa validamente servirsene in sede di decisione se non abbia posto l'altra nelle condizioni di presentare le sue osservazioni al riguardo.

⁽¹¹⁴⁾ Nel presente paragrafo sono soltanto accennati alcuni temi in relazione all'attuale orientamento della giurisprudenza tedesca; eventuali richiami potranno essere oggetto di ulteriore trattazione in prosieguo.

tra i vari soggetti del processo, fosse quello di indicare alle parti e di chiarire elementi di fatto, o risultanze probatorie, o elementi di diritto, indispensabili per l'emanazione di una corretta decisione e comunque carenti o da integrare nell'ambito del « materiale del processo »¹¹⁵. La giurisprudenza delle corti di merito (e, come si vedrà, dello stesso giudice costituzionale) ha ampliato e approfondito le premesse generali dalle quali muoveva la dottrina, sostenendo che la pronuncia giudiziale non può essere fondata su elementi che non siano stati previamente discussi o trattati dalle parti in contraddittorio tra loro¹¹⁶; si è ben chiarito, al riguardo, come l'esigenza di garantire l'effettività del diritto alla difesa giustifichi l'estensione dei doveri del giudice, considerando la stessa valutazione giuridica dei fatti allegati alle parti.

(¹¹⁵) Cfr., tra gli altri, ed anche per riferimenti, STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 20 ediz., (a cura di Grunsky, Leipold, Münzberg, Schlosser, Schumann), Tübingen, 1983, sub § 139, p. 164 ss., spec., p. 167; SCHNEIDER, *Beiträge zum neuen Zivilprozessrecht*, III, in *Monat. für Deut. Recht*, 1977, p. 969; BRUNS, *Zivilprozessrecht*, München, 1979, p. 213 ss.; WASSERMANN, *Der soziale Zivilprozess*, Neuwied u. Darmstadt, *passim*, ma spec., p. 117 ss.; BAUMBACH-LAUTERBACH, *Zivilprozessordnung*, München, 1984, p. 411 ss.

Opportunamente TROCKER, *Processo civile e costituzione*, cit., p. 660 ricorda come la dottrina tradizionale consideri la norma del § 139 ZPO lo strumento tecnico-normativo per attuare il *Rechtsgespräch*; il fine ispiratore della norma è quello di impedire che sia emessa una certa pronuncia senza che il giudice, nel valutare il materiale processuale, eviti di informare le parti di una data allegazione, di un mezzo di prova, o di un mutamento di valutazione giuridica. Il giudice non deve « tenere segreta la sua opinione giuridica » e la sentenza non deve risolversi in una sorpresa tra le parti. Cfr., testualmente, sul punto richiamato da Trocker, *op. loc. cit.*, ROSEMBERG-SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, München, 1969, p. 372.

(¹¹⁶) STEIN-JONAS, *Kommentar cit.*, p. 169; v., anche PRÜTTING, *Die Grundlagen des Zivilprozess im Wandel der Gesetzgebung*, in *Neue Jur. Wochen.*, 1980, p. 362 ss., spec. p. 364 e WASSERMANN, *op. cit.*, p. 119.

V. anche, TROCKER, *Processo civile e Costituzione*, cit., p. 653 ss.

L'iniziativa giudiziale può essere assunta in ogni fase del processo, e fin anche prima che sia avvenuta la costituzione in giudizio del convenuto; l'*Hinweispflicht* deve essere adempiuto anche nelle fasi di impugnazione e nel processo esecutivo. V., sulla portata generale della regola del § 139 ZPO, tra le altre, la recente sentenza del BGH 9 novembre 1983 in *Neue Jur. Wochen.*, 1984, p. 310.

Peraltro, nell'applicazione della norma del § 139, la giurisprudenza si è dimostrata assai cauta e talora incerta, anche perché se è vero che la norma impone al giudice il potere-dovere di chiarificazione, manca una indicazione espressa delle modalità di adempimento e si offre un largo spazio alla discrezionalità dell'intervento giudiziale (¹¹⁷).

Il recente intervento legislativo ha parzialmente modificato la situazione in esame: infatti, con la *Vereinfachungsnovelle*, si è modificato il testo del § 278, recependo i risultati degli orientamenti giurisprudenziali in tema di cosiddette *Überraschungsentscheidungen*. L'orientamento di cui si tratta è diretto a garantire le parti dalla possibilità che siano emesse decisioni senza una preventiva trattazione e discussione, in contraddittorio, su elementi di « diritto » del rapporto controverso, e che siano da qualificarsi come rilevanti o indispensabili per la decisione stessa (¹¹⁸). Come è stato esattamente rilevato, il legislatore, (e non solo un orientamento giurisprudenziale), impone ora al giudice, prima di decidere, di mostrare alle parti quale sia la sua « opinione », evitando una propria giurisprudenza « occulta » (¹¹⁹).

La norma in esame, costituisce quindi l'attuale specificazione del fondamentale principio cosiddetto del *rechtliche Gehör* e si richiama palesemente alla più ampia e generale disposizione enunciata dal § 139; il dovere del giudice è quello di porre a fon-

(¹¹⁷) V. TROCKER, *op. cit.*, p. 662; osserva esattamente l'A., come la stessa formulazione della norma rischia di offrire spazio ad « una interpretazione restrittiva e ad un atteggiamento di incertezza », onde la necessità di collegare il § 139 della ZPO con il precetto contenuto nell'art. 103, comma I, della legge fondamentale, per limitare la « discrezionalità » desumibile dalla norma ordinaria e rafforzare i doveri assistenziali del giudice in base alle esigenze di carattere costituzionale.

(¹¹⁸) V., sulla portata della disposizione del 2° comma del § 278, tra gli altri, SCHNEIDER, *Beiträge zum neuen Zivilprozessrecht*, cit., p. 881.

V. anche GRUNSKY, *L'accelerazione e la concentrazione del procedimento dopo la novella che semplifica il processo civile in Germania*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 375.

(¹¹⁹) In questo senso, testualmente, WASSERMANN, *op. cit.*, p. 114.

damento della sua decisione soltanto quei fatti, rilevanti, la cui qualificazione giuridica sia stata oggetto di preventiva ed effettiva trattazione nel corso del giudizio o, comunque, di indicazione da parte dello stesso giudice, anche se le parti non abbiano poi svolto sul punto alcun contraddittorio.

Al riguardo, si ha cura di precisare⁽¹²⁰⁾, che il *rechtliche Gesichtspunkt*, che deve essere reso palese alle parti prima della decisione, non tanto concerne la astratta possibilità di applicazione della norma alla fattispecie concreta controversa, ma gli elementi di qualificazione e valutazione giuridica, rilevanti e propri della fattispecie medesima. Il giudice non è quindi tento ad indicare preventivamente alle parti la norma, in astratto, da applicare, ma è tenuto a prospettare quale sia la qualificazione giuridica che intende attribuire al rapporto controverso, qualora fatti rilevanti siano stati trascurati dalle parti, o comunque la stessa qualificazione giuridica, poi indicata dal giudice, non sia stata oggetto di trattazione, o discussione da parte dei contendenti⁽¹²¹⁾. Infine, dallo stesso § 278, si ricava agevolmente come la violazione della regola di cui trattasi da luogo ad una nullità del procedimento, che la parte potrà far valere con i normali mezzi di impugnazione⁽¹²²⁾.

Premesso quanto sopra, va poi ulteriormente rilevato come la dottrina, nel commento alle citate norme e, più in generale, nella trattazione del problema, tenda ad accentuare l'indagine sull'esistenza del potere-dovere del giudice piuttosto che sulle modalità e

(120) THOMAS-PUTZO, *Zivilprozessordnung mit Nebengesetzen*, München, 1978, sub § 278, p. 498.

(121) Cfr., tra gli altri, BISCHOF, *Der Zivilprozess nach der Vereinfachungsnovelle*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1980, p. 77, 112 s. e THOMAS-PUTZO, op. cit., p. 499.

Cfr., inoltre, ed anche per richiami, BAUMBACH-LAUTERBACH, *Zivilprozessordnung*, cit., sub § 278 *passim*.

(122) THOMAS-PUTZO, op. cit., p. 501.

sui limiti di esercizio, limiti che dovrebbero individuarsi proprio nell'osservanza della regola del contraddittorio ⁽¹²³⁾. Del resto, anche la giurisprudenza, muovendo dalla considerazione dell'estensione dei poteri discrezionali del giudice, attribuiti dalle disposizioni dei §§ 139 e 278 ZPO, si limita di norma a riaffermare, in numerose decisioni, che il giudice deve attenersi soltanto a esigenze di « imparzialità » e di « neutralità » ⁽¹²⁴⁾. Secondo la

(123) La considerazione si ricava agevolmente dalla semplice lettura dei testi richiamati nelle note che precedono; è infatti comune l'affermazione secondo cui (cfr., per tutti, STEIN-JONAS, *Kommentar*, cit., p. 168 ss.) all'« *Aufklärungspflicht* » del giudice non vengono posti limiti esattamente determinati, sia dalle disposizioni del § 139 che dal § 278; il giudice deve attenersi al criterio di evitare uno « svantaggio per le parti », osservando il principio della rigida « imparzialità ».

Tuttavia, poste queste premesse generali resta in ombra proprio il profilo dei diritti delle parti al contraddittorio. Infatti, si sostiene che il giudice, nell'esercizio della sua discrezionalità, possa indicare anche ad una sola delle parti, e senza provocare il contraddittorio, la necessità di integrazioni o di diverse allegazioni.

(124) Può avere interesse l'indicazione di alcuni casi di « intervento » giudiziale: è dibattuto, ancor oggi, alla luce della nuova formulazione della norma del § 278, se spetti al giudice il compito di segnalare alle parti la possibile eccezione di prescrizione (v., di recente, per una completa esposizione del problema, PRÜTTING, *Die Grundlagen des Zivilprozess im Wandel der Gesetzgebung*, cit., p. 364; in senso affermativo, richiamandosi a considerazioni inerenti a *sozialstaatliche Prinzipien*, cfr., tra gli altri, WASSERMANN, *Der soziale Zivilprozess*, cit., p. 117-119; tra le decisioni in materia, v., la sentenza dell'OLG di Brema 14 agosto 1979, in *Neue Jur. Wochen*, 1979, p. 2215 e sulla stessa rivista, 1980, p. 1170, esaurientemente annotata da Wache nonché la sentenza del BGH 4 dicembre 1980, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, Köln-Berlin, 1981, p. 76).

L'*Hinweispflicht* giudiziale può avere ad oggetto l'integrazione di fatti rilevanti con invito alla parte a nuove allegazioni e con espressa indicazione di « trarne le dovute conseguenze giuridiche » anche per modificare, eventualmente, le domande già proposte (cfr. la decisione dell'OLG di Düsseldorf 28 aprile 1982, in *Neue Jur. Wochen*, 1983, p. 634) e l'iniziativa istruttoria di parte (v., per una analisi di diverse fattispecie, con riferimento particolare alla tardività dell'allegazione e deduzione, MAYER, *Zürückweisung eines nicht unter Beweis gestellten verspäteten Vorbringens?* in *Neue Jur. Wochen*, 1983, p. 858).

Si osservi che i *richterliche Hinweise* possono provenire dal giudice non soltanto nel corso dell'udienza di trattazione e discussione orale della causa o nella fase istruttoria, ma anche nella fase introduttiva del giudizio e anteriormente alla prima udienza e al deposito del primo atto di difesa del convenuto. In questo caso, il giudice indica con decreto, ad entrambe le parti, quali elementi di fatto possano integrare

giurisprudenza, il dovere di chiarificazione da parte del giudice ha per oggetto non soltanto l'indicazione di aspetti del rapporto sostanziale controverso, ma anche di elementi e circostanze di fatto relative allo stesso rapporto processuale. Si precisa che l'intervento del giudice non deve riguardare fatti estranei alla fattispecie controversa, ma elementi della fattispecie medesima, allegati dalle parti, da integrare, nonché la stessa qualificazione giuridica del rapporto. Da un lato si riafferma l'esigenza di osservare il principio dispositivo, mentre dall'altro si osserva che la funzione cosiddetta « compensatoria » (¹²⁵), del giudice, non muove da esigenze di *Sozialhilfe*, giacché compito del giudice è di attuare il diritto nel processo e non già di tutelare la parte più debole (¹²⁶).

Si osservi infine che, se è pur vero che secondo il § 278 l'invalido esercizio del potere del giudice dà luogo alla nullità della decisione, l'estensione della discrezionalità riduce in concreto la possibilità di individuare i casi in cui l'invalidità possa considerarsi verificata. È costante poi il richiamo al dettato costituzionale della « neutralità » e « imparzialità », costituenti i principi che da soli dovrebbero limitare l'esercizio del potere-dovere

l'atto di citazione. Di particolare interesse, a questo proposito, è la recente sentenza del BGH, 9 novembre 1983, in *Neue Jur. Wochen.*, 1984, p. 310 s., che esclude un dovere del giudice di indicare alla parte attrice che i fatti allegati come elementi costitutivi della *causa petendi* non sono in effetti né rilevanti né « concludenti ». La disposizione del § 139 ZPO, afferma in motivazione la sentenza del BGH, « *nicht dazu dienen, unschlussige Klagen schlussig zu machen* ». Adesiva è l'annotazione di Deubner, (*loc. cit.*) il quale rileva come la decisione si ponga nella « *Tradition höchsterlicher Rechtsprechung zu §, 1º ZPO* ».

Si osservi che, anche in questo caso, la decisione riguarda i limiti dei poteri del giudice e non già i diritti delle parti al contraddittorio: non viene quindi posto il problema dell'oggetto sul quale dovrebbe vertere il contraddittorio delle parti stesse.

(¹²⁵) In questo senso STEIN-JONAS, *Kommentar*, cit., p. 168.

(¹²⁶) Cfr., ancora, STEIN-JONAS, *op. loc. cit.*, e gli autori vivi richiamati (note n. 16 e 17).

del giudice di cui si tratta (¹²⁷). E in questa direzione si muovono anche le più recenti sentenze del *Bundesverfassungsgericht* (¹²⁸).

(¹²⁷) V., gli AA. e le sentenze sopra richiamate, alle note precedenti. Cfr., ancora le decisioni del BGH, 13 marzo 1981, in *Neue Jur. Wochen.*, 1982, p. 581 e 16 dicembre 1981, *ibid.*, 1982, p. 1042.

(¹²⁸) V., la decisione del 24 marzo 1976, in *Neue Jur. Wochen.*, 1976, p. 1391 e del 25 luglio 1979, *ibid.*, 1979, p. 1924: entrambe le sentenze sottolineano come l'imparzialità del giudice non rappresenti un *wertfreies Prinzip*, ma una regola fondamentale del processo che deve conformarsi a norme costituzionali. La sentenza del 1979 in particolare, nel richiamarsi all'interpretazione tradizionale del § 139, afferma che nel processo civile di cognizione l'iniziativa giudiziale, a vantaggio di una parte, non deve produrre un danno o uno svantaggio all'avversario.

CAPITOLO SECONDO

L'oggetto del previo contraddittorio tra le parti rispetto ad elementi « nuovi ».

SOMMARIO: 1. L'oggetto del previo contraddittorio; questioni e punti rilevanti. — 2. Contraddittorio delle parti e poteri del giudice. — 3. I poteri del giudice di porre a fondamento di decisione elementi nuovi rispetto alle allegazioni e indicazioni di parte: posizione del problema. — 4. Attuazione del contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio. — 5. Contraddittorio sul *petitum* e identificazione dell'oggetto della domanda. — 6. Individuazione della norma applicabile e previo contraddittorio di parte. — 7. La norma straniera. — 8. Il criterio equitativo. — 9. Poteri del giudice di attribuire qualificazione giuridica al rapporto controverso e garanzia del contraddittorio. — 10. *Segue*. Diversi aspetti del problema. — 11. Poteri del giudice, contraddittorio di parte e fatti notori. — 12. *Segue*. Massime d'esperienza. — 13. Poteri decisori e contraddittorio rispetto a fatti secondari non allegati dalla parte.

1. Le considerazioni svolte nel capitolo che precede inducono a ritenere che dall'art. 24, 2° comma, Cost. discenda la necessità dell'integrale attuazione del contraddittorio in ogni fase del procedimento ed in particolare la necessità che le parti siano poste in condizione di poter interloquire e difendersi preventivamente su ogni aspetto rilevante della decisione. Si è peraltro osservato che, al di là della questione se la necessità stessa possa derivare da una interpretazione in chiave costituzionale dell'art. 101 cod. proc. civ. o dell'art. 183, 2° comma, o di entrambi, il problema principale che emerge è quello della definizione dell'oggetto sul quale deve aver luogo il previo contraddittorio delle parti. Si tratta quindi di stabilire esattamente su quale oggetto la decisione non

possa essere validamente pronunciata se il contraddittorio non è stato assicurato in un momento anteriore a quello in cui il giudice decide la controversia.

Il quesito posto non è di semplice soluzione e può prospettarsi sotto diversi profili.

a) Un primo aspetto riguarda la distinzione tra procedimento ordinario e procedimenti speciali ovvero, più esattamente forse, la distinzione tra procedimenti in cui tipicamente il contraddittorio *deve* svolgersi *prima* che la decisione sia pronunciata, e quelli nei quali il contraddittorio *può* aver luogo *dopo* l'emanazione del provvedimento decisorio. È noto che, a proposito di questi ultimi procedimenti, si è ampiamente discusso alla luce della garanzia della difesa ex art. 24 Cost.⁽¹⁾; nella prospettiva del presente lavoro si tratta peraltro di un problema, per ora, secondario almeno nel senso che presuppone la soluzione di altri quesiti più generali e quindi esso dovrà essere affrontato in altra sede.

b) Un altro aspetto del problema riguarda più specificamente l'oggetto del contraddittorio, ossia l'individuazione degli elementi della decisione sui quali deve essere preventivamente provocata la discussione delle parti. Va, invero, rilevato che nella dottrina, sono emerse due posizioni le quali, se hanno in comune l'affermazione della necessità del previo contraddittorio sulla base della sopra citata norma costituzionale, divergono nettamente quanto all'individuazione di ciò che deve costituirne l'oggetto. La prima — come è noto — è sostenuta da chi afferma⁽²⁾ che il previo contraddittorio è indispensabile allorché il giudice *decide*, ma non quando *conosce*; muovendo da tale premessa, si giunge ad affermare che l'obbligo del contraddittorio esisterebbe solo allorché il giudice sollevi d'ufficio una questione pregiudiziale in

(1) COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 582 ss.

(2) DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio*, cit., p. 230 ss.

senso stretto, tale cioè che la sua soluzione sia potenzialmente idonea a definire la decisione sulla domanda. Questa prospettiva presenta senza dubbio il vantaggio di definire in modo univoco le questioni rilevabili d'ufficio sulle quali il giudice deve provocare il contraddittorio, ma non appare del tutto soddisfacente sotto altri profili. Essa, infatti, sembra presentare elementi di incertezza in quanto, se la questione pregiudiziale viene risolta in modo tale da *non* determinare la decisione sulla domanda (ad esempio si nega che vi sia nullità del contratto) ciò comporta — a meno che vi sia pronuncia di accertamento incidentale ex art. 34 cod. proc. civ. — che la questione sia risolta in via di mera cognizione (*incidenter tantum*) e non a titolo di vera e propria « decisione ». Nella prospettiva di Denti ciò dovrebbe implicare la non necessità del contraddittorio, ma la scelta circa questa stessa necessità potrebbe aver luogo solo al momento della decisione, ossia quando la questione pregiudiziale viene in concreto risolta. Vero è che se una questione pregiudiziale rilevabile d'ufficio viene decisa negativamente, ciò equivale a non sollevarla, e quindi non sposta i termini della controversia così come configurati dalle parti; per richiamarci all'esempio di cui sopra, se il giudice verifica d'ufficio la validità del contratto, per poi affermare che esso non è nullo, ci si trova ugualmente di fronte ad una questione pregiudiziale — che avrebbe quindi richiesto il previo contraddittorio — risolta tuttavia in via di mera cognizione.

Per altro verso, alla tesi qui oggetto di indagine, si può obiettare che la decisione non è in realtà condizionata soltanto dalla soluzione di questioni pregiudiziali in senso stretto, ma anche da numerosi o altri elementi che, pur non integrando vere e proprie « questioni pregiudiziali », in quanto non rappresentano presupposti logico-giuridici della decisione sulla domanda, sono tuttavia « decisivi » e ben rilevanti, in quanto idonei a dare fondamento alla pronuncia giudiziale: può trattarsi di profili di diritto e quindi di scelta o interpretazione di norme applicabili o valutazioni giuridiche di fatti e di profili di fatto quali, ad

esempio, questioni relative a scelte di prove decisive e di valutazioni circa l'attendibilità delle prove.

Di tali elementi, si tiene conto nella seconda prospettiva avanzata dalla dottrina che si è occupata del tema, in quanto, nell'affermare che il contraddittorio è il metodo necessario e normale di formazione della decisione, si rileva come esso debba svolgersi su tutte le questioni, preliminari e pregiudiziali, di rito e di merito, di fatto e diritto ⁽³⁾. È chiaro come in questa opinione venga espressa un'ampia concezione del contraddittorio, in piena corrispondenza con la portata che ormai si attribuisce all'art. 24, 2° comma, Cost., secondo cui qualsiasi elemento rilevante per la decisione deve essere sottoposto al previo contraddittorio delle parti, risultandone altrimenti violata la garanzia della difesa. In questo contesto, il termine « questione » viene adoperato in significato non tecnico e comunque assai esteso: alla regola del contraddittorio vengono quindi ricondotte non soltanto le vere e proprie questioni (preliminari e pregiudiziali) ma anche tutti i punti rilevanti per la decisione concernenti il fatto o il suo profilo di diritto. In effetti, una volta adottata la prospettiva per cui la regola del contraddittorio non può che essere generale e specifica (relativa quindi all'intera decisione e ad ogni suo elemento) sfuma l'importanza del criterio di distinzione per individuare una « questione » in senso tecnico. Da un lato la regola del contraddittorio riguarda certamente le questioni in senso proprio, ma non soltanto ciò che costituisce questione preliminare e pregiudiziale; d'altro lato, il criterio generale di definizione dell'ambito sul quale la regola deve operare non può essere costituita dalla nozione di « pregiudizialità » della questione e deve invece essere rappresentato dalla rilevanza, per la decisione, dei singoli punti o elementi di fatto o di diritto.

Formulato in tal modo, si tratta evidentemente di criterio

⁽³⁾ Cfr., per tutti, COMOLIO, in *Commentario della Costituzione*, cit., loc. cit.; si richiamano qui in particolare i §§ n. 1 e segg. del capitolo che precede.

assai generico che richiede ulteriori specificazioni. Sembra tuttavia opportuno procedere non per la via di una analisi generale e astratta, bensì nella direzione di una sua verifica in concreto, ossia con l'esame delle specifiche situazioni in cui emergono punti rilevanti, sui quali risulta necessaria l'attuazione della regola del contraddittorio. Soltanto a seguito di tale verifica si potrà eventualmente formulare una migliore definizione di sintesi del criterio di determinazione dell'ambito oggettivo della regola medesima.

2. Occorre ora precisare quindi il campo di indagine e a tal fine distinguere ciò che attiene al contraddittorio *fra le parti* da ciò che attiene al contraddittorio *delle parti*, in relazione — o in conseguenza — a iniziative del giudice ⁽⁴⁾.

Sotto il primo aspetto (contraddittorio fra le parti) rientrano problemi di notevole rilievo, ma che interessano solo indirettamente la nostra indagine: essi riguardano infatti le norme del codice che mirano ad assicurare ad entrambe le parti l'adeguata conoscenza delle domande e difese della controparte, con la possibilità di proporre tempestivamente le proprie domande in relazione a quelle già proposte dalle altre parti in causa ⁽⁵⁾. È noto che questi profili del contraddittorio non si presentano senza incertezze ed hanno dato luogo ad una ricca elaborazione giurisprudenziale e dottrinale mirante a rendere effettiva la possibilità di adeguata difesa ⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ La distinzione è analoga a quella che emerge nelle vicende interpretative dell'art. 16 del codice di procedura francese; cfr. i §§ 6 e segg. del capitolo che precede.

⁽⁵⁾ Basti al riguardo ricordare, a titolo meramente esemplificativo, le norme in tema di notificazione degli atti introduttivi del giudizio, le disposizioni dell'art. 101, dell'art. 252, 2° comma, 275, 292 e 299 e segg. cod. proc. civ.; cfr., anche, in generale MARTINETTO, *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 458 ss., nonché PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, cit., p. 1084 ss.

⁽⁶⁾ Cfr., anche per riferimenti, TARZIA, *Le principe du contradictoire dans la procédure civile italienne*, in *Rev. int. droit comparé*, 1981, p. 789 ss.

Ciò che qui interessa non è tuttavia valutare il grado di attuazione di tale garanzia, ma sottolineare che essa è stata configurata essenzialmente come garanzia di una parte nei confronti dell'altra. L'essenziale connessione tra le garanzie previste dai primi due commi dell'art. 24 Cost. con il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 ha fatto sì che l'accento venisse posto sulla parità delle situazioni processuali delle parti, al fine di realizzare l'equivalenza delle rispettive possibilità di difesa. Il parametro fondamentale è, quindi, stato quello di assicurare il contraddittorio paritario tra le parti individuandone il fondamento nel diritto di difesa.

Non si può negare, all'evidenza, che la problematica del contraddittorio paritario *fra le parti* abbia notevole importanza, ma essa non esaurisce certo il campo di attuazione della garanzia del contraddittorio. I problemi di cui trattasi ne esaurirebbero la portata a condizione che il giudice fosse vincolato in sede di decisione non soltanto alle domande, eccezioni, allegazioni e deduzioni delle parti, ma anche a « scegliere » la decisione *soltanto* entro le ipotesi prospettate dalle parti stesse. Se così fosse, infatti, si potrebbe concludere che il contraddittorio fra le parti equivalga a quello sulla decisione.

È evidente invece che così non è, poiché anche in modelli di processo fortemente ispirati al principio dispositivo, il giudice gode di ampi poteri decisorii autonomi, il cui esercizio implica che diversi elementi della decisione possono essere formulati d'ufficio, in modo diverso da quelli prospettati dall'una o dall'altra parte. Basti pensare al potere del giudice di determinare l'esatto *nomen juris* della fattispecie controversa, per il quale le prospettazioni di parte possono essere utili ma non sono certo vincolanti, oppure al potere di rilevare d'ufficio eccezioni non riservate alle parti. In ipotesi come quelle di cui si è fatto cenno, il giudice esercita un potere autonomo non vincolato alle deduzioni di parte, se non per quanto deriva da confini per così dire « esterni », attinenti ai principi della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pro-

nunciato. Nei limiti in cui tali poteri sono legittimamente esercitati, essi comportano da parte del giudice l'individuazione di elementi della decisione « nuovi », in quanto possono essere diversi dalle allegazioni di parte. Per questa via si individua agevolmente l'aspetto sotto il quale si verifica una chiara diversità tra nozione di contraddittorio di parte e di contraddittorio sulla decisione: la differenza è determinata dai poteri decisori del giudice, proprio in quanto essi consentono di fondare la decisione su elementi che possono non essere stati oggetto del contraddittorio fra le parti.

Ne deriva anche che questa differenza dà luogo ad una mancanza di effettiva « garanzia », nel senso che la decisione si fonda su elementi rispetto ai quali le parti non hanno potuto previamente difendersi; viene meno, almeno in parte, la garanzia del contraddittorio inteso quale metodo indispensabile di formazione dialettica della decisione. Più ancora, viene svuotata di significato la stessa regola del contraddittorio *tra le parti*, poiché esso appare illusorio se è destinato a svolgersi su elementi che non saranno rilevanti per la decisione, mentre non si svolge su elementi che invece determineranno la decisione stessa.

Si può quindi pervenire ad una prima conclusione: l'ambito in cui il giudice può esercitare autonomi poteri costituisce l'area rispetto alla quale va posto il reale problema del contraddittorio, sotto il profilo che qui interessa.

Al riguardo può aggiungersi una duplice precisazione.

a) Anzitutto, va sottolineato come il problema qui trattato concerne propriamente i poteri decisori del giudice e non quelli di iniziativa istruttoria.

In effetti, se il giudice dispone d'ufficio l'acquisizione di un mezzo di prova, al di fuori delle deduzioni di parte, possono certo sorgere problemi attinenti al contraddittorio, ma essi si risolvono in una diversa prospettiva, con riferimento a ciò che si è definito il contraddittorio *fra le parti*. Infatti, se la prova è disposta

d'ufficio, il procedimento di ammissione e assunzione appare sostanzialmente identico a quello che ha luogo nel caso in cui la prova sia dedotta da una parte. Il provvedimento di ammissione consiste infatti in una normale ordinanza istruttoria, come tale sottoposta al regime di disciplina degli art. 178 e 187 cod. proc. civ.; le parti potranno esercitare il mezzo di reclamo, se intendono contestare la rilevanza o l'ammissibilità della prova. Lo stesso strumento opera anche nel caso in cui si intenda contestare l'esistenza stessa del potere del giudice di disporre d'ufficio l'assunzione di determinati mezzi di prova⁽⁷⁾.

Quanto all'assunzione della prova disposta d'ufficio si applicano le regole generali di cui all'art. 202 e segg. cod. proc. civ., che valgono nel caso di prove dedotte dalle parti e la stessa considerazione può valere per le norme più specifiche che regolano l'assunzione dei singoli mezzi di prova. Talché, se al riguardo si pongono problemi di attuazione del contraddittorio, essi non riguardano specificamente l'ipotesi di prove assunte per iniziativa del giudice, ma in generale la garanzia dei diritti delle parti nell'assunzione della prova⁽⁸⁾.

Si può d'altronde ricordare che allorché l'esercizio dei poteri di iniziativa istruttoria del giudice potrebbe, per la struttura concentrata del procedimento in cui si inserisce, privare le parti delle possibilità di difesa, è la legge a risolvere il problema. Il riferimento è al processo del lavoro: il comma secondo dell'art.

(7) Cfr., sul punto, ANDRIOLI, *Commento al Codice di Procedura Civile*, Napoli, 1960, vol. II, p. 61 ss. e GIANNOZZI, *Reclamo*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIV, Torino, 1967, p. 1065 ss.

(8) L'ipotesi può non verificarsi frequentemente, ma se ha luogo, conferma quanto rilevato nel testo. Se si ritiene che l'art. 90 disp. att. consenta una violazione del diritto di difesa delle parti, in quanto impone al consulente tecnico di comunicare loro soltanto la data e il luogo di inizio delle operazioni (cfr., al riguardo, DENTI, *Perizie, nullità processuali e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, p. 395 ss., spec. p. 400 ss., va anche osservato come tale violazione non è connessa col fatto che la consulenza tecnica venga disposta d'ufficio dal giudice, ma dipende semplicemente da una lacuna nella disciplina relativa allo svolgersi della consulenza. I termini della questione non muterebbero, infatti, se la consulenza tecnica fosse disposta ad istanza di parte.

421, infatti, mentre prevede il potere del giudice di « disporre d'ufficio in qualsiasi momento l'ammissione di ogni mezzo di prova », richiama espressamente il sesto comma dell'art. 420. Il rinvio, in realtà, va esteso anche al settimo comma della norma citata ove, prevedendosi l'eventualità che siano ammessi nuovi mezzi di prova, si ammette che la controparte possa dedurre « i mezzi di prova che si rendono necessari in relazione a quelli ammessi », dovendole essere concesso a tal fine un termine perentorio di cinque giorni. Sia pure in modo contorto e impreciso, si dispone dunque il contraddittorio delle parti sulle prove disposte d'ufficio, ammettendo la possibilità delle parti medesime di dedurre proprie prove in relazione a quelle disposte dal giudice ⁽⁹⁾.

b) La seconda precisazione, necessaria al fine di circoscrivere l'ambito di indagine, riguarda poi i poteri decisorii del giudice.

Come già si è fatto cenno, il loro esercizio far sorgere senza dubbio il problema del contraddittorio in quanto comporti da parte del giudice l'introduzione, nel « materiale » di fatto e di diritto rilevante per la decisione, di elementi « nuovi », non allegati dalle parti.

Ma non solo in questi casi l'esercizio di autonomi poteri decisorii del giudice investe la problematica del contraddittorio; è infatti lecito ipotizzare che, sotto il profilo dell'effettività del contraddittorio, preliminare rispetto alla decisione, il problema possa essere posto in termini analoghi, anche per quanto riguarda

⁽⁹⁾ V., sull'interpretazione della norma di cui al 7° comma dell'art. 420, nel quale « trova limpida espressione il principio scaturente in *primis* dagli artt. 3 e 24 Cost. », TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*. Lo stesso A., ribadisce, in *Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile*, in *Studi parmensi*, XVIII (1977), p. 358, che « tutto il procedimento probatorio deve svolgersi nel pieno contraddittorio delle parti ed anzi nel dialogo costante tra le parti e il giudice ». Espressione del principio del contraddittorio è tra l'altro l'obbligo, gravante sul giudice, « laddove disponga d'ufficio l'ammissione di un mezzo prova, di consentire alle parti, prima della sua assunzione, di dedurre i mezzi di prova che appaiono necessari in relazione a quelli così disposti ».

elementi della decisione stessa che siano stati allegati dalle parti, o comunque acquisiti al giudizio, nel corso del processo.

In sostanza, si tratta dell'eventualità che cosiddette « decisioni a sorpresa » vengano in essere anche quando il giudice eserciti i suoi poteri decisorii senza introdurre nuovi elementi di giudizio e restando nell'ambito delle deduzioni di parte: l'eventualità di cui trattasi può verificarsi allorché la decisione si fondi su elementi di fatto e di diritto che appartengono al materiale di causa ma non siano stati individuati dalle parti come « rilevanti »⁽¹⁰⁾. Quando ciò ha luogo, è probabile che il contraddittorio svolto dalle parti non investa tali elementi; peraltro, se il giudice, al momento della decisione, attribuisce ad essi rilevanza, viene a verificarsi una situazione sostanzialmente analoga a quella indicata più sopra, nel senso che la decisione viene ugualmente a fondarsi su elementi rispetto ai quali non è stato svolto tra le parti un effettivo previo contraddittorio. Quindi, anche su tali situazioni occorre condurre l'indagine, allo scopo di accertare se, anche là dove il contraddittorio formale sia in ipotesi possibile, il modo in cui il giudice esercita i suoi poteri decisorii possa ugual-

(10) Come già si è osservato (cfr. § 11 del capitolo che precede) l'ipotesi è ora espressamente regolata, nell'ordinamento tedesco, dal § 278 ZPO. Peraltro, l'orientamento della giurisprudenza ad oggi, e per quanto riguarda in particolare la garanzia del contraddittorio, appare cautamente restrittivo, nel senso almeno che si ritiene che il giudice, anteriormente alla decisione, non debba rendere palese alle parti le proprie scelte in ordine alle norme applicabili; il giudice dovrebbe limitarsi a provocare il contraddittorio su fatti la cui rilevanza sia stata trascurata dalla parte o relativamente a qualificazioni giuridiche del tutto nuove rispetto a quelle fornite dalle parti al rapporto controverso. Si badi tuttavia che non è necessario che il giudice fissi una udienza per una nuova discussione orale della causa, ma è sufficiente — secondo quanto afferma la giurisprudenza — un invito alle parti a chiarire la propria « posizione » rispetto agli elementi trascurati.

Cfr., sul punto, GRUNSKY, *L'accelerazione e la concentrazione del procedimento dopo la novella che semplifica il processo civile in Germania*, cit., p. 375, il quale rileva come la disposizione in esame porti « ben poco di nuovo » in quanto il divieto della cosiddette sentenze a sorpresa già si ricaverebbe dal 1° comma dell'art. 103 G.G.

La violazione della norma importa comunque una nullità della decisione.

mente comportare, sotto il profilo della reale effettività, una lesione della garanzia di difesa.

3. Il potere del giudice di porre a fondamento di decisione elementi di fatto, allegati dalle parti, ma non ritenuti dalle stesse parti rilevanti, o comunque punti ed elementi che non hanno costituito oggetto di discussione e trattazione, non è certamente generale e indiscriminato, dovendo coordinarsi con la stessa funzione che al giudice è riservata sulla base di norme positive.

L'aspetto di maggior rilievo del problema deriva dal dovere del giudice di giudicare secondo diritto, in ossequio alle norme degli artt. 101, 2° comma Cost., e dell'art. 113 cod. civ. È comune opinione che da questo dovere, e dal principio *jura novit curia* che ad esso si ricollega, discenda per il giudice il potere di attribuire alla fattispecie controversa l'esatta qualificazione giuridica, indipendentemente dalle qualificazioni di parte. Come si esporrà più oltre l'esercizio di questo potere implica una complessa serie di attività, necessarie per la formulazione del giudizio di diritto, rispetto ad ognuna delle quali si può porre il problema del previo contraddittorio delle parti. Da altra prospettiva, il problema dei poteri decisorio del giudice sorge considerando le norme che prevedono per il giudice stesso il potere di introdurre d'ufficio elementi di decisione non allegati dalle parti: per quanto attiene al giudizio di diritto, si tratta dello art. 112 cod. proc. civ., che, nel vincolare il giudice a pronunciare sull'oggetto della domanda (e sulle eccezioni riservate alle parti) gli consente tuttavia indirettamente di rilevare d'ufficio le eccezioni non riservate alle parti stesse ⁽¹¹⁾. Quanto poi al giudizio di fatto, è l'art. 115, 2° comma, che in deroga al generale divieto di scienza privata del giudice, consente di « porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune

(11) V., sul punto, tra gli altri GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, diretto da Allorio, cit., p. 1269 ss.

esperienza ». Come si vedrà più oltre, entrambe le norme esigono una analisi interpretativa, per stabilirne la portata, al fine di determinare l'ambito dei poteri d'ufficio che al giudice vengono attribuiti. È fin d'ora evidente come tali poteri esistono e, poiché il loro esercizio condiziona direttamente la decisione, in relazione ad essi si pone il problema del contraddittorio.

4. È opportuno ora muovere dal tema più noto, che ha riguardo al potere di rilevare d'ufficio eccezioni non riservate alle parti.

Va anzitutto osservato che l'art. 112 cod. proc. civ. sembra presupporre il potere generale del giudice di rilevare d'ufficio qualunque eccezione, salvo che vi siano norme specifiche dirette ad attribuire esclusivamente alle parti il relativo potere. È noto tuttavia come l'orientamento largamente prevalente sia nel senso di considerare la disposizione in esame come una sorta di norma in bianco, che rinvia non all'espressa disciplina delle eccezioni, ma alla teoria stessa delle eccezioni, almeno nei casi in cui la legge non risolva il problema. Si afferma, in tal modo, che sono riservate alle parti, e quindi non rilevabili d'ufficio, le eccezioni cosiddette in senso proprio, consistenti nell'allegazione di fatti estintivi, impeditivi o modificativi che rientrano nella disponibilità delle parti⁽¹²⁾.

In questa sede non interessa, peraltro, discutere nel merito e, analiticamente, questo orientamento, quanto rilevare che esso, in quanto mira ad estendere ben oltre il dettato letterale dell'art. 112 l'ambito delle eccezioni riservate all'iniziativa delle parti, delimita di conseguenza l'ambito stesso dei poteri d'ufficio del

(12) Vastissima, come è noto, la letteratura in argomento: v., per tutti e riassuntivamente, FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Studi in memoria di Furno*, Milano, 1973, p. 247; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1979, p. 368; MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, vol. I, Torino, 1981, p. 112 ss., al quale si rinvia per riferimenti (cfr. in particolare nota (3), p. 114).

giudice e restringe l'oggetto rispetto al quale può porsi, propriamente, il problema del contraddittorio: è chiaro, infatti, che per le eccezioni riservate alle parti il problema non si pone *a priori* in quanto se la parte solleva l'eccezione instaura con ciò stesso il contraddittorio su di essa, mentre se non la solleva il fatto posto a fondamento della eccezione non può essere certo conosciuto dal giudice ed allora il problema del contraddittorio non sussiste.

Secondo il citato orientamento sono invece rilevabili d'ufficio le eccezioni cosiddette in senso improprio, ossia dirette al rilievo di fatti che esplicano *ipso jure* efficacia estintiva, impeditiva o modificativa del diritto fatto valere con la domanda, ovvero implicano l'inesistenza dello stesso fatto costitutivo. Anche a questo riguardo non occorre una indagine analitica, una volta precisato che l'ipotesi può verificarsi sia quando è prevista espressamente dalla legge (si pensi alla eccezione di nullità del contratto, ex art. 1421 cod. civ.), sia in casi nei quali non è prevista (ad esempio nell'ipotesi di pagamento, simulazione, novazione) ⁽¹³⁾.

Ciò che preme rilevare in linea generale è che l'ambito delle eccezioni rilevabili d'ufficio definisce quello stesso ambito del contraddittorio, in quanto il rilievo d'ufficio dell'eccezione individua un elemento della fattispecie, o meglio una questione ⁽¹⁴⁾, idonea a determinare in senso negativo la decisione sulla domanda. Tale questione, proprio perché rilevabile d'ufficio, sfugge peraltro al previo contraddittorio delle parti: la conseguenza è che un punto necessario della decisione (anzi l'unico punto, se la questione è decisa in senso tale da determinare il rigetto della domanda) è escluso dall'ambito di attuazione della garanzia della difesa.

⁽¹³⁾ V., sul punto, FABBRINI, *L'eccezione di merito*, cit., p. 264 ss., e MANDRIOLI, *Corso*, cit., p. 118.

⁽¹⁴⁾ Sull'eccezione come strumento processuale per porre questioni pregiudiziali, cfr., tra gli altri, DENTI, *L'eccezione nel processo civile*, ora in *Dall'azione al giudicato*, Padova, 1983, p. 74 ss.

A ben vedere, questa situazione non sempre si verifica. Infatti, se la parte ha sollecitato l'esercizio del potere decisorio del giudice su un'eccezione rilevabile d'ufficio, si può discutere se la sua istanza vincoli il giudice a decidere la relativa questione, ma in ogni caso si può ritenere che essa provochi la controparte al contraddittorio, in modo sostanzialmente non dissimile da quanto accada nell'ipotesi di eccezioni riservate alle parti. Si potrà discutere, eventualmente e caso per caso, sull'idoneità dell'istanza di parte al riguardo, posto che l'eccezione riservata alla parte va espressamente formulata, mentre la segnalazione al giudice dell'eccezione rilevabile d'ufficio, proprio perché non necessaria, può essere formulata in modo generico e sintetico, tale da non costituire una reale provocazione al contraddittorio di controparte.

Discutibile è invece il caso in cui sia la parte stessa a fornire al giudice gli elementi di prova che possono fondare un'eccezione rilevabile d'ufficio. Ad esempio nell'ipotesi in cui dai documenti prodotti risulti all'evidenza il pagamento del debito, si potrebbe concludere che, anche se la parte non ha sollecitato il rilievo della relativa eccezione, l'eventualità che il giudice pronunci d'ufficio al riguardo è del tutto prevedibile, per la controparte, talché questa è in grado di difendersi. Non sembra peraltro accettabile, in linea generale, la tesi secondo cui il contraddittorio sarebbe assicurato quando la parte possa in astratto prevedere la mera eventualità che il giudice pronunci d'ufficio su un'eccezione, indipendentemente da istanze difensive della controparte, poiché ciò imporrebbe l'onere, oggettivamente impossibile da adempiere, di difendersi rispetto a qualunque eccezione, in teoria ipotizzabile o semplicemente prevedibile.

Nel caso delle eccezioni rilevabili d'ufficio, si può dunque concludere che la possibilità effettiva del contraddittorio è assicurata soltanto quando una parte solleciti espressamente il rilievo dell'eccezione da parte del giudice; in tutti gli altri casi, il giudice che rilevi l'eccezione di propria iniziativa, in sede di decisione, finisce inevitabilmente col fondare la decisione medesima su que-

stioni rispetto alle quali le parti non hanno avuto possibilità di difesa. In queste ipotesi, la lesione della garanzia di difesa appare evidente, sicché appare fondata la tesi sostenuta da Denti ⁽¹⁵⁾, per cui la sentenza è nulla, per diretta violazione dell'art. 24, 2° comma, Cost., ovvero per violazione dell'art. 101 cod. proc. civ. Al riguardo, deve essere chiaro che in discussione non è certo il potere del giudice di rilevare eccezioni d'ufficio. Vero è che se tale potere non esistesse, neppure si porrebbe il problema, poiché sulle eccezioni riservate alle parti il contraddittorio si instaura automaticamente con la proposizione stessa dell'eccezione.

D'altra parte, ritenere nulla la sentenza che abbia deciso questioni rilevabili d'ufficio, rispetto alle quali le parti non siano state in condizione di difendersi, non significa negare il potere del giudice di decidere d'ufficio, ma attribuire rilievo a vizi concernenti le modalità di esercizio del potere medesimo. L'esercizio del potere deve essere infatti subordinato al rispetto della garanzia di difesa, e ciò, come si è visto, implica che il giudice, per decidere validamente sull'eccezione rilevata d'ufficio, deve verificare se su di essa si sia realizzata l'effettiva possibilità di contraddittorio: in caso contrario deve provocarlo d'ufficio. Se ciò non ha luogo, e il giudice ugualmente decide sull'eccezione, non viola le norme che gli attribuiscono il potere di rilievo d'ufficio, ma viola la garanzia del contraddittorio.

Si consideri, in definitiva, che se il giudice ha il potere di decidere d'ufficio questioni pregiudiziali, non può tuttavia esercitarlo in modo tale da ledere il diritto di difesa delle parti. Prima di concludere sul punto, è appena il caso di osservare che quanto detto vale senza dubbio su un terreno generale: non solo dunque per le eccezioni e questioni di merito, ma anche per le eccezioni, o questioni, di rito.

A proposito di queste ultime, si ripropongono i medesimi problemi. Se si tratta di questioni processuali che soltanto le parti

(15) *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, cit., p. 223 s., 231.

possono sollevare, il problema del contraddittorio non sorge, posto che se il giudice le decide d'ufficio si verifica una nullità, mentre se una parte solleva la questione, con ciò stesso pone l'avversario nelle condizioni di possibile difesa. Se invece si tratta di questioni rilevabili d'ufficio, e il giudice le rileva per la prima volta in sede di decisione, si verifica, come più sopra si è precisato, che la decisione viene ad essere fondata su di un punto rispetto al quale le parti non hanno avuto possibilità di difesa e contraddittorio. Anche in questo caso, ciò che è in discussione non è dunque il potere del giudice di rilevare d'ufficio determinate questioni di rito, potere che è regolato da apposite norme; i problemi riguardano invece le modalità di esercizio del potere, che sono da considerarsi illegittime, e quindi produttive di nullità della decisione, se implicano violazioni della garanzia di difesa.

5. Una volta ritenuto che le questioni rilevabili d'ufficio costituiscono oggetti di decisione sui quali è indispensabile la previa attuazione del contraddittorio, ci si può chiedere se questa conclusione debba valere soltanto per le questioni pregiudiziali in senso proprio, ovvero se vi siano altri elementi o « punti » della decisione ⁽¹⁶⁾ sui quali il problema del contraddittorio presenti gli stessi caratteri.

Come già si è accennato ⁽¹⁷⁾, la non diffusa dottrina sul punto prospetta due diversi orientamenti: al riguardo, appare forse preferibile l'opinione secondo cui, se il contraddittorio si considera metodo necessario di formazione della decisione, esso dovrebbe

⁽¹⁶⁾ Punti che non costituiscono « questioni » in senso stretto, in quanto non riguardano l'accertamento di fatti giuridici diversi da quelli allegati nella domanda e idonei a paralizzarne gli effetti.

Cfr., ancora, circa i limiti oggettivi della pronuncia di merito, con riferimento ai fatti posti a fondamento dell'eccezione, FABBRINI, *L'eccezione di merito*, cit., p. 251 ss.

⁽¹⁷⁾ Cfr. il capitolo precedente ai §§ 5 e segg. Si deve sottolineare come la distinzione tra giudizio di diritto e di fatto viene qui introdotta soltanto allo scopo di dare ordine all'esposizione.

avere riguardo non solo alle questioni pregiudiziali, ma a tutti i punti, di fatto o diritto, idonei ad influenzare o fondare la decisione stessa.

Più specificamente si può ritenere vi siano ipotesi nelle quali il giudice, nell'esercizio dei suoi poteri decisori, introduce nella decisione elementi « nuovi », in quanto non espressamente allegati dalle parti: tali ipotesi hanno luogo sia nell'ambito del giudizio di mero diritto, sia in quello di fatto⁽¹⁸⁾. Con riferimento al giudizio di diritto, esse sono riconducibili anzitutto al potere del giudice di individuare l'esatto *nomen juris* del rapporto controverso⁽¹⁹⁾, e si possono verificare in vari momenti e fasi del procedimento.

A) Possiamo aver riguardo anzitutto all'esercizio del potere del giudice, ex art. 112 cod. proc. civ., di «interpretare» la domanda, al fine di individuare esattamente il *petitum*. Si tratta invero di una operazione complessa, in quanto non è certamente limitata all'individuazione del significato letterale delle parole adoperate dalla parte: il giudice, interprete della volontà della parte stessa, non può modificare quanto essa chiede, e compie

(19) V., per tutti, ed anche per riferimenti, GRASSO, *Dei poteri del giudice*, cit., p. 1260 ss.; FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, cit., p. 89; PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, cit., p. 1061 ss. V., inoltre, per una approfondita e vasta indagine sull'identificazione della domanda giudiziale, anche in riferimento ai poteri del giudice di individuare l'effetto giuridico oggetto del processo, v., CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario del Codice di procedura civile* diretto da Allorio, II, I, *passim*., ma spec. p. 128 ss.

(18) È noto come la stessa possibilità di operare tale distinzione sia stata contestata da una parte della dottrina (cfr., ad es., NASI, *Giudizio di fatto (dir. proc. civ.)*, in *Enc. del dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, p. 967 ss.) ma non sembra che questa tesi dia luogo a risultati convincenti. Al di là del fatto che essa può rivelarsi agevole in diversi casi di specie, e può assumere diverse connotazioni a seconda dei contesti in cui viene posta, pur considerando che nell'ambito della decisione i due giudizi si pongono in un complesso rapporto di interazione dialettica, resta pur sempre ben fermo che vanno distinti i giudizi attinenti all'individuazione, interpretazione e applicazione di norme, da quelli relativi all'accertamento giudiziale della verità dei fatti. Cfr., tra gli altri, TARUFFO, *Note in tema di giudizio di fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 33 ss.

tuttavia a tal fine una analisi autonoma, che può avere rilevanti conseguenze sul terreno del contraddittorio.

Da un lato, infatti, l'effettiva volontà di parte va ricostruita in base alle conclusioni precisate ex art. 189 cod. proc. civ., talchè occorre senza dubbio tener conto delle modificazioni delle domande intervenute nel corso del procedimento⁽²⁰⁾. Tutto ciò implica che la domanda sia determinata, proprio al fine di circoscrivere l'oggetto della decisione, sulla base del principio enunciato nell'art. 112 cod. proc. civ., non avendo riguardo alle mere affermazioni e formulazioni di cui all'atto introduttivo, ma con preciso riferimento all'atto conclusivo, rispetto al quale si chiude il contraddittorio. Se il giudice « interpreta » le allegazioni di parte in modo tale da fornirne una versione che non sia previamente nota ed evidente all'avversario, esso viene ad essere effettivamente privato della possibilità di difendersi sulla domanda, quanto meno nei termini esatti in cui questa sarà sottoposta a decisione.

Problemi analoghi possono profilarsi nell'ipotesi di mancata riproposizione espressa, in sede di conclusioni, di domande inizialmente formulate. Come è noto, l'orientamento prevalente in giurisprudenza è nel senso che ha luogo in questo caso una rinuncia o abbandono della domanda, ma non mancano dubbi in dottrina⁽²¹⁾, e una parte della giurisprudenza finisce anche in

(20) V. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, cit., vol. II, p. 98 ss.; PAIARDI, *Della trattazione della causa*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile* diretto da Allorio, cit., p. 599 ss. Anche per riferimenti di giurisprudenza, v. LANCELOTTI, *Variazioni dell'implicito rispetto alla domanda, alla pronuncia e al giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 465 ss.

(21) Cfr., PAIARDI, *op. loc. cit.*, e le decisioni richiamate da MANDRIOLI, *op. cit.*, p. 100, in nota.

Cfr., in tal senso, ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 649.

In sostanza, la mancata riproposizione di una specifica domanda implicherebbe una presunzione di abbandono, che sarebbe possibile comunque contrastare sulla base di precise risultanze: cfr., ad es., Cass. 27 marzo 1982, n. 1904, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 111 e Cass. 25 novembre 1982, n. 5408, in *Foro it.*, *Mass.* 1982 e *Foro it.*, *Rep.*, 1982, voce *Procedimento civile*, n. 147.

questo caso col rimettere al giudice la determinazione della reale volontà della parte, in base ad una valutazione complessiva di quanto dalla stessa affermato nel corso del processo⁽²²⁾. Ciò equivale a ritenere che, qualora tale volontà non sia chiaramente espressa, il reale significato della domanda ai fini della decisione viene determinato dal giudice soltanto nel momento in cui pronuncia la decisione: la conseguenza ulteriore è che la controparte ignora, in tutto il corso del processo, la reale domanda rispetto alla quale debba difendersi.

Del resto le osservazioni appena svolte possono ricondursi al più generale problema inerente all'interpretazione della domanda. Il principio comunemente accolto è che il giudice non sia vincolato alle formule letterali usate dalle parti, (che non sono dunque tenute ad assumere espressioni formalmente determinate), e deve invece esso stesso individuare, discrezionalmente, l'effettiva volontà di parte⁽²³⁾. Il giudice può quindi determinare e individuare domande formulate implicitamente o in modo non chiaro, attribuendo alla domanda stessa il suo proprio significato.

Pur restando fermo, per il giudice, il vincolo alla volontà di parte, nei casi dubbi è quindi lo stesso organo giudiziale a determinarne la volontà in sede di decisione. Non sembra possano esservi incertezze sull'esistenza o comunque sull'opportunità di questo potere giudiziale, poiché esso potrebbe eliminarsi soltanto in un sistema fondato su rigide forme sacramentali, per la proposizione della domanda, del tipo di quelle che caratterizzavano l'antico processo formulare romano. Se tuttavia si osserva il problema dall'angolo visuale della controparte e delle sue possibilità di

(22) V., anche per opportuni riferimenti, CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., *passim.*, e particolarmente, sui criteri di individuazione della domanda giudiziale, p. 172 ss.

(23) Cfr., LANCELLOTTI, *Variazione dell'implicito rispetto alla domanda, alla pronuncia e al giudicato*, cit., loc. cit. V., anche Cass. 26 ottobre 1981, n. 6300, in *Foro it.*, *Mass.* 1981 e Cass. 27 maggio 1982 n. 3213, in *Foro it.*, *Rep.*, 1982, v., *Sentenza civile*, 16 e Cass. 4 settembre 1982 n. 4816, *ibid.*, 23.

effettiva difesa, appare evidente come soltanto nel momento finale della decisione viene stabilito l'esatto significato della domanda.

In definitiva: il diritto al contraddittorio implica che la controparte possa difendersi sulla domanda, intesa come determinazione dell'oggetto di decisione; per esercitare tale diritto, la parte deve conoscere esattamente quale sia l'ambito oggettivo della domanda sulla quale avrà luogo la decisione e, se la domanda stessa viene determinata solo nella fase finale decisoria, la possibilità di difesa viene esclusa o comunque non certo integralmente garantita.

Si noti che il problema qui posto non appare soltanto teorico: la giurisprudenza ammette, ad esempio, che il giudice decida su una domanda di restituzione ritenendola implicitamente contenuta in una di regolamento di confini⁽²⁴⁾; ovvero su una domanda di accertamento dell'esistenza e validità del contratto preliminare, ritenendola implicitamente contenuta in una domanda proposta ex art. 2932 cod. civ.⁽²⁵⁾. In queste ipotesi appare evidente come l'interpretazione della domanda ad opera del giudice implichi una rilevante modificazione rispetto a ciò che è l'apparente oggetto esplicito della domanda medesima; se su tale oggetto la parte si è difesa, e non su quello implicito, poi considerato « reale » dal giudice, sono state svolte, in realtà difese inutili, poiché la parte non è stata posta in grado di difendersi rispetto all'oggetto effettivo di decisione.

6. B) La qualificazione giuridica del rapporto controverso implica l'individuazione da parte del giudice della norma che lo regola: eventuali indicazioni di parte, non sono vincolanti⁽²⁶⁾.

⁽²⁴⁾ Cfr., Cass. 25 luglio 1977, n. 3320, in *Foro it., Rep.*, 1977 v. *Sentenza civ.*, 16.

⁽²⁵⁾ Cass. 19 settembre 1978, n. 4148, in *Foro it., Rep.* 1978, v. *Proc. civ.*, 131.

⁽²⁶⁾ Tali indicazioni possono anche non esservi, ma in questo caso, e a maggior ragione, spetta al giudice individuare la norma applicabile.

Il principio è pacifico; cfr., fra gli altri, SATTA, *Domanda giudiziale (dir. proc.*

L'individuazione delle norme che regolano la fattispecie non si esaurisce nella determinazione dell'enunciato normativo, ma implica, come è noto, un'attività complessa consistente nella formulazione di più « modelli di decisione » tra i quali il giudice sceglie quello che meglio si adatta alla concreta fattispecie⁽²⁷⁾. Essa implica dunque l'interpretazione di più enunciati normativi o diverse interpretazioni dello stesso enunciato: si tratta di procedimento logico il cui risultato è la fissazione del significato della norma in ipotesi applicabile alla fattispecie⁽²⁸⁾. Scelta della norma applicabile significa dunque determinazione, nell'ambito di più ipotesi formulate in sede interpretativa, del criterio giuridico idoneo a qualificare la fattispecie concreta.

In questa scelta, come si è fatto cenno, il giudice è libero anche se vi sono indicazioni di parte; le scelte del giudice sono autonome durante tutto il complesso *iter* logico che, muovendo dall'individuazione di enunciati normativi, giunge fino alla determinazione della « norma interpretata », destinata a costituire la *ratio decidendi* giuridica della decisione. Ciò significa altresì che il criterio giuridico di decisione, in quanto determinato dal giudice in piena autonomia, può non coincidere con quello indicato dalle parti: è quindi possibile che il giudice adotti una « terza via di decisione » in diritto, individuando una « norma » (*rectius* un'interpretazione di un enunciato normativo) applicabile alla fattispecie, diversa da quelle sulla quale le parti hanno fondato le rispettive difese⁽²⁹⁾.

civ.), in *Enc. del dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 823 ss.; MICHELI, « *Jura novit curia* », in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 575 ss., nonché PROTO PISANI, *op. cit.*, p. 1061 e CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., p. 172 ss.

V., per riferimenti di giurisprudenza in tema di criteri per individuazione della domanda, CERINO CANOVA, *op. ult. cit.*, *passim*, ma spec. p. 77 ss., e, in sintesi, p. 103.

(27) Sugli aspetti logici dell'operazione, v., anche per ulteriori riferimenti, TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., p. 224 ss.

(28) V., ampiamente, e per richiami, TARUFFO, *op. cit.*, p. 230 ss.

(29) V., oltre agli AA. citati nel capitolo I°, per cenni sul problema in generale, TARZIA, *Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile*, cit., p. 353 ss. e *Manuale del processo del lavoro*, cit., p. 93.

L'operazione di cui si tratta ha luogo nel momento in cui si formula la decisione e possono verificarsi al riguardo almeno due ipotesi :

1) se il giudice sceglie un criterio di qualificazione giuridica che coincide con quello proposto dall'attore o dal convenuto, o da entrambi, non sorge nessun problema dal punto di vista del contraddittorio ; entrambe le parti hanno avuto piena possibilità di difesa. In tal caso, pur essendo libera e autonoma la scelta del giudice in sede di decisione, essa deriva comunque dal contraddittorio delle parti.

2) Se invece il giudice segue criteri diversi da quelli prospettati dalle parti ⁽³⁾, e quindi introduce un elemento di novità rispetto al contraddittorio svolto nel processo, è evidente che la decisione si fonda su una *ratio* giuridica estranea alle difese delle parti. In tal caso, quindi, esse hanno attuato il contraddittorio relativamente a norme poi risultate irrilevanti, mentre non erano in condizioni di potere svolgere le loro difese proprio in relazione alle « ipotesi normative » che determinano poi la decisione.

Il problema della garanzia del contraddittorio si pone con immediata evidenza, poiché, come già sottolineato, la decisione risulta fondata su criteri di giudizio estranei alle effettive possibilità di difesa. Se la garanzia costituzionale va intesa come la possibilità per le parti di interloquire preventivamente su ogni elemento rilevante per la decisione, è indubbio che tale garanzia risulti violata qualora il giudice si pronuncia sulla base di norme « nuove » rispetto a quelle indicate dalle parti nel giudizio. Non v'è bisogno di insistere sulla rilevanza del problema ⁽³¹⁾, poiché

⁽³⁰⁾ Sceglie quindi una norma diversa o un'interpretazione diversa dalla stessa norma: sull'ipotesi prevista dal 3° comma del § 278 ZPO, il § 11 del I° capitolo e per un breve cenno, v. GRUNSKY, *L'accelerazione e la concentrazione del procedimento*, cit., p. 375.

⁽³¹⁾ La necessità di una tutela delle parti contro il pericolo delle sorprese derivanti dall'atteggiamento del giudice (quale che sia l'elemento di fatto o di diritto, sul quale

appare evidente come decidere secondo norme diverse da quelle preventivamente discusse, indicate, o comunque individuate, significa determinare, diversamente da quanto prospettato nel corso del giudizio, l'esito della decisione. Anche a questo proposito va comunque ancora sottolineato come non sia in discussione certamente il potere del giudice di individuare in piena autonomia la norma applicabile ⁽³²⁾. Ciò che è in discussione è solo la modalità di esercizio di questo potere, che appare in contrasto con la garanzia della difesa quando il risultato cui si perviene è l'individuazione di norme applicabili al rapporto controverso « nuove », rispetto alle difese, in diritto, svolte dalle parti.

7. Il problema del contraddittorio sulla norma che determina la decisione non si pone soltanto riguardo alle disposizioni che appartengono al sistema delle fonti normative ordinarie (ossia alle norme scritte di produzione degli organi legislativi dello Stato), ma anche, nei casi in cui il giudice debba decidere sulla base di norme che non appartengono a tale sistema: può infatti richiedersi l'esame di possibili fonti normative, la cui conoscenza ad opera delle parti non è presumibile prima che la decisione sia formulata.

È il caso, ad esempio, della legge straniera. È ben noto come l'opinione prevalente escluda l'equiparazione della norma straniera al fatto, sotto il profilo del modo in cui il giudice può venirne a conoscenza, negando si possa configurare un onere, per la parte che ne invoca l'applicazione, di provarne l'esistenza in giudizio ⁽³³⁾. Si riconduce quindi la soluzione del problema al principio

la sorpresa incide) si prospetta, secondo TARZIA, *Manuale*, cit., loc. cit., come « un imperativo di moralità processuale ».

Si tratta, inoltre, di un « preciso obbligo giuridico, la cui violazione comporta la nullità della sentenza ».

⁽³²⁾ Anche se si tratta di considerazione ovvia, è opportuno sottolineare che se si dovesse in effetti negare tale potere, si porrebbe in dubbio lo stesso principio di legalità della decisione giudiziaria.

⁽³³⁾ Cfr., Grasso, *Dei poteri del giudice*, cit., p. 1283, con riferimenti alla nota n. 23; v., inoltre, MICHELI, « *Jura novit curia* », cit., p. 575 e SAPIENZA, *Il principio*

generale « *iura novit curia* », affermando che il giudice ha comunque il dovere di conoscere d'ufficio la norma straniera, indipendentemente dal fatto che le parti abbiano svolto attività probatorie in questo senso ⁽³⁴⁾. L'attività di parte, diretta a fornire al giudice la conoscenza della norma straniera, si configura come « collaborazione », ma se l'attività medesima non si è verificata o non è stata tale da fornire in concreto la conoscenza, il giudice ha comunque il potere-dovere di conoscere d'ufficio la norma ⁽³⁵⁾.

Se la norma straniera non viene individuata la domanda va rigettata perché non fondata in diritto, salvo che essa possa comunque essere accolta sulla base della normativa italiana.

Orbene, il problema del contraddittorio si prospetta anche in questa ipotesi sotto diversi profili: se si ha riguardo alla determinazione compiuta d'ufficio dal giudice, si ripresentano le questioni e i dubbi sopra esaminati (cfr. paragrafo 6), resi ancora più complessi dalla circostanza che la conoscenza di norme straniere implica sovente l'esame di fonti incomplete, non aggiornate o comunque oggettivamente incerte, in specie allorché si tratti di analizzare fonti dottrinali o giurisprudenziali. In tal caso è certo elevato il rischio di errore da parte del giudice, ed è poi particolarmente ampio il margine di imprevedibilità nella scelta della norma applicabile. D'altronde, anche se le parti assumono iniziative per fornire informazioni al giudice, questi non è vincolato a

« *iura novit curia* » e il problema della prova delle leggi straniere, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 71 ss.

⁽³⁴⁾ Il principio affermato in dottrina non è peraltro uniformemente accolto dalla giurisprudenza, che, in decisioni anche recenti, ritiene che la conoscenza della legge straniera non rientri nella portata della regola *iura novit curia*, e costituisca oggetto di specifico onere probatorio delle parti.

V., GRASSO, *op. ult. cit.*, p. 1284 e, anche per riferimenti, CAPPELLETTI, « *Jura novit curia* » e impossibilità di conoscere il diritto straniero richiamato dalle norme di diritto internazionale privato, in *Giur. it.*, 1966, I, I, 140 ss., in nota a Cass. 16 febbraio 1966, n. 486; v., anche Trib. Roma 24 marzo 1980, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 2531 e Trib. Milano 11 gennaio 1979, in *Foro it.*, 1980, I, 2042.

⁽³⁵⁾ Cfr., Cass. 26 maggio 1980 n. 3445, in *Foro it.*, 1981, I, 2278; v. anche ANDRIOLI, *Sull'applicazione giudiziale del diritto straniero*, in *Foro it.*, 1981, V, 225.

servirsene, nè a decidere sulla base di esse, talché l'esito della scelta rimane comunque non prevedibile.

È intuitivo come in questa situazione la « decisione a sorpresa » non sia una mera eventualità, ma un dato « normale » e, se è così, si verifica una lesione della garanzia del contraddittorio, poiché le parti non soltanto non conoscono *ex ante*, ma neppure possono ragionevolmente prevedere quale sia la norma straniera che il giudice porrà a fondamento della decisione. *De facto*, può accadere che l'imprevedibilità della scelta del giudice diminuisca, ad esempio, quando si ricorra alla consulenza tecnica o a strumenti assicurati da accordi di collaborazione internazionale per la conoscenza delle leggi straniere; peraltro, questi strumenti non sono idonei a fornire soluzioni generali al problema del mancato contraddittorio di parte.

Si osservi infine che l'incertezza circa la norma straniera riguarda anche la scelta tra la stessa normativa straniera e la legge italiana; il problema se sia norma applicabile, e se questa sia norma italiana o di altro ordinamento, è evidentemente di tutto rilievo: la circostanza che il problema medesimo possa essere risolto dal giudice senza che al riguardo le parti abbiano potuto previamente pronunciarsi sottrae alle stesse ogni facoltà di difesa sull'individuazione della *ratio decidendi* della decisione.

8. Devono considerarsi, nell'ambito dell'argomento qui trattato, anche le ipotesi nelle quali il giudice è legittimato a decidere senza applicare norme di diritto: il riferimento è alle disposizioni degli artt. 113 e 114 cod. proc. civ., allorché il giudice pronuncia secondo equità, con un giudizio sostitutivo del giudizio di diritto sulla fattispecie ⁽³⁶⁾. Se il giudice pronuncia secondo equità ⁽³⁷⁾, ed

(36) Sull'equità cosiddetta sostitutiva e la distinzione rispetto all'equità cosiddetta integrativa, cfr., tra gli altri, DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova, 1959, p. 183.

Cfr., inoltre ed anche per riferimenti, GRASSO, *Dei poteri del giudice*, cit., p. 1285 ss.

(37) Il problema trattato nel testo non si pone soltanto nelle ipotesi di equità

è quindi legittimato a formulare la regola di giudizio per il caso concreto ⁽³⁸⁾, la sua funzione non è quella di individuare, ma di formare il criterio di decisione, sia traendolo da regole giuridiche come i principi generali del diritto, sia tenendo conto di criteri etici, sociali od economici diffusi nella coscienza comune, oltre che della peculiarità della fattispecie concreta.

Non rileva, in questa sede, la definizione del giudizio di equità; importa invece sottolineare come, in questo caso, il criterio di decisione, qualunque esso sia, non preesiste alla decisione stessa, poiché spetta al giudice crearlo al momento in cui decide. La trattazione della causa e la difesa delle parti, in ordine al fondamento giuridico della decisione, hanno un oggetto caratterizzato solo negativamente, ossia dalla previsione che il giudice non applicherà alla fattispecie le norme di diritto ⁽³⁹⁾. Il processo si svolge, quindi, interamente senza che le parti sappiano, o possano prevedere, quale sia il criterio di valutazione cui il giudice si atterrà nella pronuncia della decisione equitativa. È evidente come il problema della garanzia del contraddittorio si presenti con intensità ancora maggiore che nelle ipotesi sopra esaminate ⁽⁴⁰⁾.

sostitutiva in senso proprio, quando l'intera decisione è resa secondo equità, ma anche in alcuni casi di equità integrativa, allorché la valutazione equitativa di un elemento della fattispecie non consiste solo in una quantificazione approssimata (come ad es., nelle fattispecie previste dagli artt. 1226 cod. civ. o 432 cod. proc. civ.), ma implichi la definizione in via equitativa di un aspetto giuridico della fattispecie:

ha luogo quest'ultima ipotesi, ad es., nell'integrazione del contratto prevista dall'art. 1374 cod. civ., o nella modificazione delle condizioni contrattuali di cui all'art. 1467, 3° comma e 1468 cod. civ.

⁽³⁸⁾ Cfr., DE MARINI, *op. cit.*, p. 166; GRASSO, *op. cit.*, p. 1983; NASI, *Equità*, in *Enc. del dir.*, vol. XV, p. 127; VECCHIONE, *Equità*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VI, p. 627.

⁽³⁹⁾ Neppure questa caratterizzazione negativa è, peraltro, sicura, poiché deve ammettersi che il giudice, determinando il criterio equitativo più idoneo a guidare la decisione, possa stabilire che il criterio medesimo è quello enunciato nella norma applicabile alla fattispecie. V., sul punto, GRASSO, *op. cit.*, p. 1292; NASI, *op. cit.*, p. 115, 117; VECCHIONE, *op. cit.*, p. 631.

⁽⁴⁰⁾ Sul contraddittorio in generale, nell'ambito del procedimento arbitrale, cfr., RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974, p. 114 ss.

Ne varrebbe obiettare che ogni questione può ritenersi eliminata per il fatto che si tratti di giudizio di equità. Occorre infatti osservare che l'equità investe la determinazione del criterio giuridico della decisione, legittimando il giudice a non decidere secondo il diritto, ma non sottrae certo il giudice o le parti dall'osservanza delle ordinarie norme processuali⁽⁴¹⁾. In altri termini, la circostanza che la decisione sia resa secondo equità non implica una diversa disciplina del procedimento, né diverse definizioni del ruolo nel processo del giudice e delle parti, rispetto alle ipotesi di decisione secondo diritto. Infatti, se le parti, ex art. 114 cod. proc. civ., concordano nel rinunciare al giudizio secondo diritto, ciò non implica che esse rinuncino anche alle garanzie processuali: in particolare, la concorde richiesta di decisione secondo equità non può in alcun modo venire intesa come rinuncia alla garanzia di difesa.

Se quanto precede è esatto, il problema del contraddittorio non si pone nel giudizio di equità in termini sostanzialmente diversi rispetto al giudizio di diritto. Il dato caratteristico, come già si è fatto cenno, consiste in ciò che, il criterio di decisione è fissato dal giudice caso per caso, senza necessario riferimento alla norma ipoteticamente applicabile alla fattispecie. Appare dunque imprevedibile per le parti detto criterio e, sotto altro profilo, si rendono del tutto irrilevanti eventuali deduzioni delle parti stesse. È quindi particolarmente evidente l'impossibilità del previo contraddittorio sul criterio di decisione e l'impossibilità quindi di una difesa sul punto nel corso del giudizio.

Ciò premesso, poiché soluzione equitativa della controversia può significare impossibilità oggettiva di far valere proprie ragioni e argomentazioni, ne discende che il solo modo per assicurare la garanzia della difesa, nel giudizio di equità, consiste nel con-

(41) V., in tal senso, VECCHIONE, *op. cit.*, p. 632, nonché GRASSO, *op. cit.*, p. 1293 s., al quale si rinvia anche per riferimenti di opinioni parzialmente difformi o incerte, anche in giurisprudenza.

sentire alle parti la previa conoscenza e discussione del criterio equitativo che il giudice intende adottare in sede di decisione.

Si consideri poi che la sentenza di equità non è appellabile, ed è impugnabile in Cassazione soltanto per vizi *in procedendo*: la sola possibilità per le parti di discutere il merito della decisione è quindi ipotizzabile soltanto prima che la decisione di equità venga emessa.

9. Il potere del giudice di attribuire alla fattispecie dedotta in giudizio l'esatta qualificazione giuridica si riconduce, come è noto, al principio *iura novit curia*, in quanto manifestazione del più ampio potere-dovere di decidere la controversia secondo diritto; si ritiene, inoltre, che il limite del potere del giudice sia costituito dalla *causa petendi* allegata dalla parte, in quanto il giudice non può mutare i fatti sui quali la domanda si fonda⁽⁴²⁾.

La fissazione di questi principi non risolve peraltro i problemi attinenti al ruolo rispettivo del giudice e delle parti e al contraddittorio del rapporto controverso. Quanto alla rilevanza della qualificazione prospettata ad opera delle parti, si osserva, in dottrina, da parte di taluni Autori, che essa non può venire del tutto trascurata, o perché idonea all'esatta individuazione del *petitum*⁽⁴³⁾, o perché rileva ai fini dell'identificazione della *causa petendi*, con la conseguenza che il limite del potere qualificativo del giudice andrebbe determinato caso per caso, a seconda che per individuare il titolo della domanda siano sufficienti i soli fatti allegati oppure occorra invece far capo alla prospettazione giuridica data-

(42) V., anche per riferimenti, FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, cit., p. 88 ss. V., inoltre, per una accurata analisi degli orientamenti giurisprudenziali, CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 77 ss. e, in particolare, p. 94 ss.

Rileva l'A., *op. cit.*, p. 98, che spesso la giurisprudenza « finisce per concedere a se stessa quelle variazioni dalla domanda introduttiva, le quali sono vietate o controverse per la parte ».

(43) SATTA, *Domanda giudiziale*, in *Enc. del dir.*, vol. XIII, p. 825; cfr., per altri riferimenti di dottrina, FERRI, *op. ult. cit.*, p. 89.

ne dalla parte⁽⁴⁴⁾. Resta ben ferma, in ogni caso, l'affermazione della relativa utilità della qualificazione prospettata dalle parti, ma ad essa non si attribuisce una efficacia determinante o vincolante nei confronti del giudice⁽⁴⁵⁾.

La giurisprudenza, per il vero, non sembra condividere le perplessità della dottrina e ritiene che il giudice sia vincolato solo ai fatti allegati dalle parti, nel senso che non potrebbe attribuire efficacia giuridica ad un fatto non allegato, ma resterebbe completamente libero in sede di determinazione della sua qualificazione giuridica. Si ammette, pertanto, che il giudice possa sempre fondare la propria decisione prospettando una qualificazione dei fatti diversa da quella indicata dalle parti, anche se ciò implica una diversa ricostruzione dell'intera fattispecie controversa⁽⁴⁶⁾.

Ciò premesso, con riguardo al potere del giudice qui considerato, si può ritenere sorgano problemi del tutto simili a quelli dianzi esaminati, a proposito dell'individuazione della norma applicabile. Infatti, se il giudice « aderisce » alla qualificazione prospettata dalle parti o da una parte, non sorge alcuna questione circa l'attuazione del contraddittorio, mentre la relativa garanzia può risultare violata, qualora il giudice attribuisca alla fattispecie un *nomen iuris* diverso da quello sul quale le parti hanno imperniato le loro difese.

(44) V., in tal senso, PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, cit., p. 1062.

Per il vero il problema deve essere interamente riformulato, prospettando soluzioni diverse a seconda delle azioni che si esercitano in giudizio e a seconda del tipo di domanda che viene proposta: segue questo metodo, con risultati indubbiamente positivi, CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., *passim*, e spec., p. 128 ss., 172 ss.

(45) Del resto le ragioni che si adducono a fondamento dell'esclusione di tale efficacia, sono evidenti: il vincolo per il giudice nel giudizio di diritto eliminerebbe il principio stesso secondo cui spetta al giudice l'esatta applicazione della legge. Il punto è pacifico: v., tra gli altri, MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, p. 104 e SATTA, « *Jura novit curia* », in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 380 s.

(46) V., anche per ampi riferimenti di giurisprudenza, ancora, CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto* cit., p. 94 ss., spec. p. 96 e 98.

È opportuno esaminare ora le modalità con le quali può operare la qualificazione giuridica⁽⁴⁷⁾ da parte del giudice, dei fatti allegati.

Se la parte ha allegato i fatti storici a), b) e c), riconducendoli ad una fattispecie legale nella quale essi assumono una certa rilevanza giuridica, possono profilarsi le seguenti situazioni:

1) Il giudice adotta la medesima qualificazione giuridica della parte: non si pone in questo caso alcun problema di contraddittorio.

2) Il giudice adotta una diversa qualificazione giuridica, per la quale gli stessi fatti a), b) c), hanno rilevanza giuridica, ma diversa da quella prospettata dalla parte⁽⁴⁸⁾. Si rettifica, quindi, ad opera dell'organo giudiziale, l'erronea prospettazione di parte e sorge l'esigenza di contraddittorio poiché le parti potevano difendersi e interloquire sull'ipotesi A), ma non sull'ipotesi B), che il giudice introduce solo al momento della decisione. Analoghi problemi si profilano nell'ipotesi di fattispecie con qualificazioni giuridiche concorrenti, nelle quali gli stessi fatti giuridici possono essere qualificati secondo fattispecie legali diverse⁽⁴⁹⁾. L'esigenza del contraddittorio non si profila se le parti hanno avuto facoltà di difesa sulle varie qualificazioni possibili, ma può ben sorgere se il giudice assume una qualificazione concorrente, non mai prospettata dalle parti e sulla quale, pertanto, esse non hanno avuto alcuna possibilità di difesa.

3) Il giudice adotta una diversa qualificazione giuridica, tale per cui, ad esempio il solo fatto a) assume rilevanza giuridica. In tal caso, pur rimanendo nell'ambito dei fatti allegati, muta l'ambito dei fatti stessi giuridicamente rilevanti, e quindi si modi-

(47) V., in argomento CERINO CANOVA, *op. ult. cit.*, p. 104.

(48) Si tratta ad esempio (e sotto altro aspetto) di ipotesi in cui vi è non corrispondenza tra domanda e pronuncia sotto il profilo della *causa petendi*: v., per riferimenti di giurisprudenza, CERINO CANOVA, *op. ult. cit.*, p. 96.

(49) V., in tema di concorso dei diritti e delle azioni, ai fini dell'individuazione della domanda giudiziale, CERINO CANOVA, *op. ult. cit.*, p. 228 ss.

fica essenzialmente la struttura e composizione della *causa petendi*. Anche ad ammettere che ciò rientri nel potere qualificativo del giudice, può comunque porsi un problema di contraddittorio (diverso da quello considerato *sub* 2), poiché il giudice finisce col giudicare su fatti costitutivi « diversi » da quelli allegati dalla parte.

4) Infine, consideriamo l'ipotesi in cui si attribuisce ai fatti, una qualificazione giuridica tale per cui risultano rilevanti i fatti a), b) e c), allegati dalla parte (o alcuni di essi), ma la fattispecie deve necessariamente essere integrata anche dal fatto d), non allegato dalle parti. In virtù del vincolo che discende dal principio della domanda, il giudice non potrà certamente conoscere del fatto d), in quanto non allegato (né prevedibilmente provato) in giudizio. In questo caso, peraltro, l'esito non altro potrà essere se non quello del rigetto della domanda, poiché la parte non ha allegato, né provato, un fatto giuridicamente rilevante in base alla fattispecie legale, secondo la quale il giudice qualifica il rapporto. Come si può constatare, in questo caso, la qualificazione giuridica adottata dal giudice modifica la *causa petendi*, in modo tale che risulta carente un elemento indispensabile della fattispecie, talché la parte soccombe necessariamente, per effetto della qualificazione giuridica indicata e assunta dal giudice (e senza quindi che la stessa sia posta in condizione di potersi previamente difendere al riguardo).

Secondo i principi generalmente accolti, l'ipotesi qui considerata rientra nei poteri qualificativi del giudice, poiché lo stesso non giudica *ultra alligata et probata*, ma provvede, proprio sulla base degli *alligata et probata*, all'esatta qualificazione della fattispecie controversa. Risulta, comunque, evidente che in tal modo la decisione viene emessa sul fondamento di un *nomen iuris* rispetto al quale le parti non hanno avuto alcuna possibilità di difesa.

Della sussistenza del problema si è resa conto la Suprema Corte, in una recente decisione (peraltro — a quanto consta —

del tutto isolata)⁽⁵⁰⁾, che ha rilevato una violazione del contraddittorio nell'ipotesi in cui il giudice adotti d'ufficio un'interpretazione della fattispecie non prospettata dalle parti ed imputi all'attore la mancata prova dei fatti, rilevanti nella prospettiva adottata dal giudice, ma non in quella indicata dallo stesso attore.

In conclusione, le situazioni sopra indicate mostrano che, in linea di principio, allorché il giudice esercita il potere di qualificazione giuridica del rapporto controverso in modo tale da discostarsi dalla prospettazione fornita dalla parte, può derivarne una lesione della garanzia del contraddittorio.

10. Occorre tuttavia distinguere nettamente due aspetti del problema.

Il primo riguarda l'esistenza del potere del giudice di adottare la qualificazione giuridica del rapporto controverso ed i limiti di esercizio del potere stesso. Si tratta pertanto di stabilire, caso per caso, fino a che punto si possa legittimamente qualificare giuridicamente il rapporto, senza introdurre una modificazione della *causa petendi*, non consentita e tale da viziare la sentenza per extrapetizione. La linea di confine tra i due fenomeni, costituita dal divieto di mutamento del titolo della domanda, è solo apparentemente chiara. Si è visto infatti, che il mutamento di qualificazione giuridica, sempre possibile in linea di principio, può dar luogo ad una diversa definizione giuridica del titolo stesso della domanda, talchè non a quest'ultimo occorre far capo, ma all'allegazione dei fatti prospettati come rilevanti. Da questo angolo visuale — e richiamando quanto sopra osservato relativamente all'ipotesi sub 4) —, il solo limite che il giudice incontra, sembra consistere nell'impossibilità di adottare una qualificazione giuridica tale che richieda l'integrazione della fattispecie legale con « fatti » non allegati o non provati comunque dalla parte: il

⁽⁵⁰⁾ Cass. 5 dicembre 1981, n. 6456, in *Foro it.*, Rep. 1981 v. *Prova civile* n. 21.

giudice non può quindi conoscere d'ufficio di fatti non allegati o comunque non può imputare alla parte la mancata prova di fatti che non erano giuridicamente rilevanti nella prospettazione della domanda (⁵¹).

Altro aspetto del problema riguarda le modalità processuali con le quali il potere del giudice di attribuire al rapporto controverso l'esatta qualificazione giuridica viene in concreto esercitato.

Per il vero, si potrebbe supporre che tale problema non sussista, poiché non si prevedono espressamente particolari modalità per l'esercizio del potere: il giudice, quindi, sarebbe libero di esercitarlo in ogni fase e momento del giudizio ed anche soltanto nella fase di decisione. Peraltro, si è sopra osservato come proprio questa modalità d'esercizio del potere di qualificazione giuridica finisca col ledere in effetti una reale garanzia di difesa, quanto meno in tutte le ipotesi in cui il giudice adotti un *nomen iuris* sul quale le parti non abbiano mai avuto possibilità di svolgere il contraddittorio.

Ciò che va qui precisato è che si tratta di problemi che non incidono sulla esistenza del potere del giudice, ed anzi la presuppongono: infatti, il giudice esercita il potere di qualificazione giuridica del rapporto controverso entro limiti che sono *aliunde* determinati; il rispetto della garanzia di difesa implica che tale potere sia tuttavia validamente esercitato, e ciò, come più volte

(⁵¹) D'altra parte esiste il problema, più sopra accennato, se la qualificazione proposta dalla parte sia *sempre* giuridicamente irrilevante per il giudice ovvero se, in taluni casi, possa costituire parte integrante dell'allegazione, tale da vincolare il giudice stesso in sede di definizione del *nomen iuris* del rapporto dedotto in causa (cfr., sul problema, FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda* cit., p. 88 ss.).

Occorre aggiungere, tuttavia, che la soluzione del problema non riguarda direttamente l'oggetto della presente indagine. Quale che essa sia, la soluzione stessa è utile per definire e limitare il potere del giudice nell'attribuzione al rapporto dell'esatta qualificazione giuridica, determinando quindi il caso in cui il giudice violi i limiti propri dei suoi poteri. Viene violato, in tal caso, il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. Il vizio della sentenza deriva tuttavia soltanto dalla violazione della norma dell'art. 112, e non è in gioco la regola del contraddittorio.

sottolineato, ha luogo soltanto se le parti abbiano avuto la possibilità di difesa, prima della decisione, su quella stessa qualificazione giuridica che il giudice ritenga più adeguata alla fattispecie.

11. Il potere del giudice di porre a fondamento della decisione elementi non allegati dalle parti può riguardare non soltanto questioni di diritto, ma anche di fatto. Anche a questo proposito, pertanto, si può porre il problema della attuazione del contraddittorio. Se il giudice fonda, infatti, la sua decisione su elementi di fatto non previamente noti alle parti, può derivarne — seguendo la prospettiva fin qui svolta — una lesione della garanzia della difesa, non diversamente da quanto accade a proposito dei « nuovi » elementi di diritto⁽⁵²⁾.

È opportuno richiamare, a questo punto, quanto già sopra si è rilevato circa la distinzione tra poteri decisorii e poteri di iniziativa istruttoria. Vero è, infatti, che col disporre prove d'ufficio il giudice tende ad introdurre elementi nuovi nel materiale probatorio destinato a costituire il fondamento della decisione; al riguardo, tuttavia, non sorgono problemi di contraddittorio, sia perché le parti sono in grado di discutere l'iniziativa giudiziale sotto il profilo della rilevanza e dell'ammissibilità della prova disposta d'ufficio, sia perché la sua assunzione avviene comunque secondo le regole ordinarie, ossia in udienza, e ciò è sufficiente a garantire il contraddittorio delle parti. Si può anzi aggiungere che qualora si ammetta che il giudice possa disporre d'ufficio prove su fatti non allegati⁽⁵³⁾, ciò sarebbe sufficiente a soddisfare ogni esigenza di contraddittorio poiché l'ordinanza con la quale si dispone la prova dovrebbe indicare alle parti il fatto non allegato, che il giudice considera rilevante, consentendo quindi di svolgere

(52) Il problema non si pone (cfr. peraltro l'indagine di cui al capitolo successivo) allorché la decisione si fonda su fatti allegati dalle parti, poiché l'allegazione sembra sufficiente ad assicurare alle parti stesse la possibilità di reciproca difesa sui punti rilevanti.

(53) V., capitolo successivo, §§ 5 e segg.

alle parti stesse le difese opportune anche rispetto a tale fatto.

Consideriamo ora, per quanto qui interessa, la disposizione dell'art. 115 cod. proc. civ.: sono state date, della norma, diverse interpretazioni, tra le quali alcune dirette a ravvisarvi l'enunciazione del principio dispositivo ⁽⁵⁴⁾, ed altre l'enunciazione di principi diversi, quali quelli del contraddittorio ⁽⁵⁵⁾ o del diritto alla prova ⁽⁵⁶⁾.

È peraltro diffusa l'opinione che, comunque, la norma sancisca anche il generale principio del divieto del giudice di ricorrere alla propria scienza privata per la conoscenza dei fatti della causa ⁽⁵⁷⁾. L'art. 115 recepirebbe sotto questo profilo l'antica regola secondo cui il giudice deve giudicare *secundum allegata et probata*, non *secundum conscientiam*. ⁽⁵⁸⁾. Il giudice non ha quindi il

⁽⁵⁴⁾ Cfr., LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, ora in *Problemi del processo civile*, Napoli, s.d. (1962), p. 3 ss. e MANDRIOLI *Corso di diritto processuale civile*, cit., vol. I, p. 92. Nello stesso senso, tra gli altri, CAVALLONE, *Crisi delle « Maximen » e disciplina dell'istruzione probatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, p. 678 ss.

Nello stesso senso, ma con diverse accentuazioni cfr., anche per riferimenti, VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, p. 220 ss., spec. p. 224.

Secondo la relazione al Codice (§ 13) la norma esprimerebbe anzi il principio dispositivo come diretta conseguenza della disponibilità del rapporto sostanziale (v., l'analisi critica di Carnacini, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di E. Redenti*, vol. II, Milano, 1951, p. 736 ss., nonché CAVALLONE, *op. cit.*, p. 706).

⁽⁵⁵⁾ Cfr., in particolare, ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 239 nonché SATTA *Diritto processuale civile*, cit., p. 187.

⁽⁵⁶⁾ Cfr., RICCI, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 380 ss. e TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, *passim*.

⁽⁵⁷⁾ V., tra gli altri, CAVALLONE, *op. ult. cit.*, p. 707 e ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 240, il quale richiama anche la norma dell'art. 97 disp. att. cod. proc. civ., che ritiene dovrebbe essere collocato tra le disposizioni generali del codice, « sì rilevante essendo la sua osservanza ed espressione di inciviltà, per contro, essendo la sua violazione »; v., dello stesso A., *Prova (diritto processuale civile)* in *Noviss. dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1976, p. 278.

⁽⁵⁸⁾ Sulla formazione e l'evoluzione di questa regola nel diritto comune, cfr., NÖRR, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit: iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*, München, 1967, *passim*.

potere di porre a fondamento della decisione fatti che non risultino da prove acquisite in giudizio e che, per quanto qui rileva, sarebbero « nuovi » in quanto allegati dal giudice, appunto per la prima volta, in sede di decisione.

Il principio è derogato dal secondo comma dello stesso art. 115, ove si ammette che possano essere poste a fondamento della decisione, senza bisogno di prova, le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza. Secondo l'opinione comune, e malgrado qualche dubbio al riguardo ⁽⁵⁹⁾, con tale generica espressione, il legislatore ha inteso alludere a due fenomeni diversi; i fatti notori e le cosiddette massime d'esperienza. È dunque rispetto ad essi che va posto il problema del contraddittorio, in relazione al potere d'ufficio del giudice. Quanto ai fatti notori, non è tanto la loro definizione che può avere qui rilievo, definizione sufficientemente chiara in dottrina ⁽⁶⁰⁾, bensì le condizioni e le modalità secondo le quali il giudice, può per così dire, « inserirli » nella decisione.

Da un lato, il secondo comma dell'art. 115 non distingue tra fatti principali e fatti secondari, talché deve ritenersi che entrambi questi tipi di fatti possano essere assunti come notori anche se assai più probabile che notorio sia un fatto secondario, piuttosto che un fatto costitutivo della pretesa ⁽⁶¹⁾. Quanto alle modalità di introduzione del fatto notorio, si ritiene che se si tratti di un fatto principale valga la regola generale che riguarda i fatti giuridici, e quindi ne occorra l'allegazione, salvo che si tratti di fatti principali rilevabili d'ufficio; si ritiene invece che non occorra

⁽⁵⁹⁾ V., ad es., GRASSO, *Dei poteri del giudice*, cit., p. 1307.

⁽⁶⁰⁾ Cfr., per tutti, CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 19, P. 273; GRASSO, *op. cit.*, p. 1308 e DE STEFANO, *Fatto notorio (dir. priv.)* in *Enc. del dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 1000 ss.

⁽⁶¹⁾ GRASSO, *op. cit.*, p. 1309 s. Sulla ben nota distinzione tra fatti principali e secondari, ai fini dell'allegazione e delle tecniche di accertamento dei fatti stessi, cfr., anche per riferimenti di dottrina, tra gli altri, VERDE, *Norme inderogabili*, cit., p. 226 ss.

l'allegazione di parte se il fatto notorio sia un fatto secondario ⁽⁶²⁾.

Nella maggior parte dei casi nei quali entra in gioco il fatto notorio quindi, questo può essere conosciuto dal giudice, senza apposita allegazione di parte. Si afferma anzi che il « può » di cui al 2° comma dell'art. 115 non deve intendersi come possibilità che il giudice non tenga conto del fatto notorio, ma come riferimento alla eventualità che egli non lo conosca; il giudice che conosca e possa conoscere tale fatto, è tenuto quindi a considerarlo in sede di decisione ⁽⁶³⁾.

Se il giudice fonda la decisione su un fatto notorio non allegato (il che ha luogo nel momento stesso in cui la decisione è pronunciata), viene a modificarsi la base di fatto della decisione rispetto a ciò che aveva costituito oggetto del contraddittorio delle parti e si elude quindi la relativa garanzia. Occorrerebbe allora prevedere, al fine di evitare la violazione della regola, che allorché il giudice intenda fondare la decisione su fatto notorio non allegato, lo indichi preliminarmente alle parti perché su di esso si svolgano le difese.

Al riguardo tuttavia il problema che si pone è diverso e riguarda la stessa possibilità di ammettere la difesa di parte rispetto al fatto notorio. Si è invero sostenuto che non possono ammettersi prove contrarie al notorio e addirittura che non rilevano le prove contrarie eventualmente acquisite in giudizio ⁽⁶⁴⁾. Orbene, se ciò fosse vero, sarebbe del tutto superfluo ipotizzare la previa possibilità per le parti di difesa rispetto al fatto notorio,

⁽⁶²⁾ V., tra gli altri, GRASSO, *op. cit.*, p. 1310 e DE STEFANO, *Fatto notorio*, cit., *loc. cit.*, (ivi anche per riferimenti).

Diversamente DENTI, *Ancora sulla nozione di fatto notorio*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, 3, p. 264, secondo il quale è sempre necessaria l'allegazione del fatto notorio.

⁽⁶³⁾ Cfr., GRASSO, *op. cit.*, p. 1312 s., nonché DE STEFANO, *Fatto notorio*, cit., p. 1011. V., anche i rilievi al riguardo di ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 243.

⁽⁶⁴⁾ GRASSO, *op. cit.*, p. 1311.

posto che non si potrebbe provare il contrario e quindi neppure contestare il fatto, o negarne la « notorietà », e bisognerebbe concludere quindi che la garanzia del contraddittorio trova un limite invalicabile nel potere del giudice di assumere un fatto come notorio.

Non sembra, tuttavia, che l'esclusione della prova contraria sia sostenibile.

Da un lato, va ricordato che l'art. 115, 2° comma esclude la *necessità* della prova del fatto notorio, ma non l'eventualità che su di esso prove vi siano, il che equivale ad ammettere che vi siano anche prove contrarie delle quali il giudice possa e debba tener conto.

Dall'altro lato, la notorietà del fatto è l'elemento che serve ad eliminare la necessità stessa della prova, garantendone la veridicità⁽⁶⁵⁾, ma non sembra che esso possa giustificare il potere assoluto e indiscutibile del giudice di conoscere del fatto notorio; invero, la notorietà del fatto può essere dubbia, quindi contestata, e ciò pone il problema stesso del contraddittorio e delle eventuali prove contrarie. In definitiva, la notorietà del fatto, è il risultato della valutazione giudiziale che può aver luogo dopo che le parti abbiano svolto al riguardo le proprie difese. Se si tiene conto di questa premessa, l'opinione secondo cui la stessa nozione di fatto notorio basterebbe ad elidere ogni esigenza e problema di contraddittorio non appare sostenibile, in quanto fondata su una indebita estensione degli effetti processuali riconducibili alla notorietà. Bisogna invece riconoscere che le parti possono contestare la notorietà del fatto, eventualmente deducendo prove al riguardo; del resto, la deduzione di una prova contraria al fatto, già implica la contestazione della sua notorietà.

Individuato questo spazio per la difesa delle parti in ordine al fatto « potenzialmente » notorio, si stabilisce anche la necessità

(65) V., SATTA, *Diritto processuale civile*, cit., p. 193 e DE STEFANO, *Fatto notorio*, cit., p. 1000.

che tale difesa sia consentita alle parti anteriormente al momento in cui il giudice pone il fatto notorio a fondamento della decisione.

Si sottolinea ancora — come già è stato più volte fatto — che è in discussione qui non già il potere del giudice di introdurre un elemento di novità nella decisione, rispetto a quanto risulta dalle allegazioni di parte, ma la modalità di esercizio di tale potere, che non deve comportare la violazione della garanzia della difesa.

12. Argomentazioni diverse devono essere svolte invece per le massime d'esperienza⁽⁶⁶⁾. Allorché il giudice impiega massime d'esperienza nel giudizio di fatto, per derivare la conoscenza di un fatto ignorato da un noto, formulando presunzioni semplici o come criterio per la valutazione discrezionale di prove, introduce nel contesto del giudizio di fatto un elemento che può essere « nuovo », in quanto non sia stato specificamente indicato dalle parti⁽⁶⁷⁾; è poi indubbia la rilevanza della massima d'esperienza rispetto alla decisione, poiché l'accertamento del fatto varia in funzione della massima medesima che il giudice impiega come criterio per formulare la presunzione o per valutare la prova.

Per altro verso, occorre anche sottolineare che l'impiego delle massime d'esperienza non significa di per sé un mutamento, ad opera del giudice, dei fatti sui quali la decisione si fonda, fatti che in ipotesi possono essere solo quelli allegati dalle parti. Infatti, le massime non sono fatti specifici e il loro impiego non implica la posizione di fatti nuovi rispetto a quelli che già appartengono al

(⁶⁶) Per la definizione del concetto e, in genere, sulla funzione che le massime d'esperienza svolgono nel giudizio di fatto, v., anche per ulteriori riferimenti, TARUFFO *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, 1974, V, 89 ss.; NOBILI, *Nuove polemiche sulle cosiddette « massime d'esperienza »*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, p. 123 ss.

(⁶⁷) O comunque perché induce alla formulazione di un giudizio sui fatti che non coincide con quello « proposto » dalle parti.

materiale di causa ; si tratta quindi di criteri di valutazione di tali fatti, utilizzati al fine di derivarne conclusioni circa l'esistenza dei fatti principali.

Poste queste premesse, non sembra che l'individuazione da parte del giudice della massima d'esperienza idonea a fondare tali conclusioni — anche in assenza di indicazioni di parte — debba di per sé costituire oggetto di necessario contraddittorio preliminare. Si osservi tuttavia che il problema del contraddittorio non viene escluso in generale in tutte le situazioni in cui ricorra l'impiego di massime d'esperienza nel giudizio di fatto. Come si vedrà più ampiamente in seguito, l'impiego di presunzioni semplici, la cui formulazione è fondata su massime d'esperienza, rappresenta anzi una delle ipotesi in cui tipicamente si pone l'esigenza del previo contraddittorio di parte. L'esigenza investe però le ipotesi di giudizio di fatto fondate su presunzioni (e quindi sulle massime) e non l'individuazione, in sé considerata, dei criteri conoscitivi che consentono la formulazione delle ipotesi medesime. In definitiva, è il giudizio presuntivo nel suo insieme che va previamente sottoposto al contraddittorio, non già la pura e semplice individuazione della massima d'esperienza da cui tale giudizio deriva.

13. Nell'ambito del giudizio di fatto, il potere del giudice di introdurre elementi « nuovi » può esaminarsi, infine, sotto un diverso profilo, attinente, all'eventualità che la decisione sia fondata su fatti non allegati dalla parte.

Può trattarsi, anzitutto, di fatti che risultino comunque provati in giudizio o la cui esistenza risulti da atti del processo. Infatti, il generale divieto per il giudice, posto dall'art. 115, di ricorrere alla sua scienza privata, gli preclude non solo il ricorso alla conoscenza privata del fatto a fini probatori, ma anche del fatto come premessa per la sua introduzione in giudizio, eventualmente soltanto al fine di formulare nuovi « temi di prova »

(⁶⁸). Inoltre, non può trattarsi di fatti « principali », poiché in tal caso il vincolo alle allegazioni di parte è rigoroso, e l'introduzione di tali fatti, se non allegati, violerebbe il principio dispositivo e quello della domanda (⁶⁹).

L'indagine deve riguardare quindi i soli fatti secondari che, senza essere stati allegati o indicati dalle parti, emergano in giudizio da altra fonte, diversa peraltro dalla privata conoscenza del giudice, e siano rilevanti per l'accertamento indiretto dei fatti principali (⁷⁰).

In tali ipotesi, se il giudice può introdurre d'ufficio il fatto, non allegato, nel contesto di quelli sui quali si fonda la decisione, sorge il problema delle modalità d'esercizio del potere giudiziale, in relazione alla garanzia del contraddittorio.

La soluzione appare agevole se il giudice, individuato il fatto, lo introduce come « tema di prova » eventualmente disponendo su di esso — ove ne abbia la facoltà — prove d'ufficio. In tal caso, infatti, il provvedimento che dispone la prova indica alle parti che il giudice intende porre quel fatto a fondamento della decisione, e ciò pare sufficiente a consentire alle parti il contrad-

(⁶⁸) In tal senso v., CAVALLONE, *Crisi delle Maximen e disciplina dell'istruzione probatoria*, cit., p. 695 ss.

(⁶⁹) V., tra gli altri, ampiamente, CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, I, p. 333 ss.

(⁷⁰) In tal caso il problema non viene risolto dal divieto di ricorso alla scienza privata del giudice, perché il fatto non risulta da essa ma da altra fonte.

Cavallone, *op. loc. cit.*, non sembra affrontare il problema poiché pone una rigida alternativa tra fatti allegati e fatti derivanti dalla scienza privata del giudice, non considerando l'ipotesi in esame.

Le questioni non si risolvono tuttavia secondo il principio dell'allegazione, che vale sicuramente per i fatti principali, ma non opera con altrettante certezza per i fatti secondari.

Larga parte della dottrina è comunque orientata nel senso che, purché non sia violato il divieto di ricorso alla scienza privata, il giudice possa tener conto nella decisione di fatti secondari non allegati dalle parti. Cfr., tra gli altri, VERDE, *Norme inderogabili*, cit., p. 228 e 231 (con particolare riferimento all'utilità dell'interrogatorio *ad clarificandum*, come metodo per indurre le parti ad indicare il fatto); v., anche GRASSO, *op. cit.*, p. 1303.

dittorio⁽⁷¹⁾. Il problema viene risolto anche se il giudice pone il fatto ad oggetto di interrogatorio libero, per ottenere sul fatto medesimo chiarimenti dalle parti⁽⁷²⁾, poiché anche tale iniziativa rende manifesta alle parti l'intenzione del giudice di considerarlo in sede di decisione.

Una rilevante lesione della garanzia del contraddittorio emerge invece quando il giudice, ritenendo il fatto provato (ad esempio perché oggetto di dichiarazione testimoniale o perché risultante da un documento) si limita a tenerne conto nella decisione, senza che di questa eventualità le parti possano avere conoscenza nel corso del giudizio. Che, in questo caso, il fatto sia rilevante ai fini della decisione, in quanto fonda l'accertamento di un fatto principale, è implicito nella circostanza che il giudice ne tenga conto, proprio a tal fine. Le modalità con le quali ciò avviene sono tuttavia tali da escludere la possibilità che le parti deducano prove contrarie, talché ne risulta violata la garanzia della difesa sotto il profilo del diritto alla prova⁽⁷³⁾.

(71) Diversamente CAVALLONE, *op. ult. cit.*, p. 695 ss. il quale peraltro muove dall'ipotesi che si tratti di fatti individuati dal giudice sulla base della propria scienza privata.

(72) VERDE, *op. loc. cit.*

(73) Sul diritto alla prova contraria come aspetto essenziale del diritto alla prova cfr., TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit. p. 12 ss. (dell'estr.).

CAPITOLO TERZO

L'oggetto del previo contraddittorio rispetto alle allegazioni e indicazioni di parte.

SOMMARIO: 1. Allegazioni di parte e garanzia di difesa. — 2. Contraddittorio e allegazione di fatti secondari. — 3. Contraddittorio e allegazioni di fatti costitutivi con qualificazioni giuridiche concorrenti. Domande alternative per l'oggetto e per il titolo. — 4. Contraddittorio e domande subordinate. — 5. Esigenza del contraddittorio, valutazione della prova e libero convincimento del giudice. — 6. *Segue.* Prove precostituite. — 7. *Segue.* Argomenti di prova e presunzioni semplici. — 8. *Segue.* Prove atipiche.

1. Nei paragrafi che precedono si è individuato il sorgere del problema del contraddittorio in tutti i casi nei quali l'esercizio di poteri decisorî del giudice comporta l'introduzione, nel contesto degli elementi di fatto e di diritto che fondano la decisione, di indicazioni delle parti. Proprio il carattere di novità pone la questione della garanzia della difesa delle parti in quanto queste, non conoscendo o non potendo conoscere *ex ante* tali elementi, si trovano in effetti ad essere prive della facoltà di svolgere difese al riguardo, in un momento anteriore della decisione. Va osservato tuttavia che il problema del contraddittorio *non si prospetta soltanto in queste ipotesi*: infatti, anche se un elemento rilevante per la decisione viene introdotto nel giudizio ad opera o per iniziativa di una parte, con ciò stesso non si garantisce che l'altra

parte sia posta effettivamente in condizioni di potersi difendere⁽¹⁾.

Le condizioni minime perché il contraddittorio possa essere attuato si verificano quando la parte conosca o possa prevedere il possibile oggetto di difesa e quindi che un certo elemento sarà posto a fondamento della decisione. Tali condizioni non sussistono dunque se la parte possa sapere soltanto che un elemento di fatto, o di diritto, potrebbe in via di mera ipotesi essere considerato rilevante per la pronuncia giudiziale. In tal caso si deve escludere la possibilità di un effettivo contraddittorio, poiché si esige dalla parte un eccesso di attività difensive; essa, infatti, non sapendo *ex ante* quali saranno gli elementi effettivamente rilevanti per la decisione, dovrebbe difendersi su tutti quelli ipoteticamente tali da poter influenzare la decisione medesima. Si tratta di onere evidentemente impossibile da soddisfare, oltre che largamente superfluo, onere che pone la parte in una situazione sostanzialmente non dissimile da quella che si verifica allorché essa non abbia alcuna possibilità di conoscere in anticipo i fattori che incideranno sulla decisione. Anche in questo caso, infatti, la parte non conosce abbastanza al riguardo per poter organizzare una difesa utile rispetto alla decisione prevedibile. Si tratta allora di chiarire in quali ipotesi si verifichi o meno tale situazione, al fine di analizzare il rapporto tra poteri decisorii e garanzia del contraddittorio.

2. Consideriamo anzitutto l'ipotesi in cui vi sia stata l'allegazione in senso proprio, ossia l'indicazione di fatti costitutivi della domanda o della eccezione. In base agli artt. 99 e 112 cod. proc.

(1) In realtà, l'introduzione di tale elemento per iniziativa di una parte assicura all'altra la possibilità di conoscere che l'elemento medesimo « potrebbe » essere utilizzato al giudice ai fini della decisione ma non indica che esso « sarà » effettivamente posto a base della stessa.

Come potrà rilevarsi nel corso dell'indagine, il verificarsi di questa seconda ipotesi dipende da diversi fattori tra i quali essenzialmente le modalità e gli effetti giuridici dell'allegazione, nonché la modalità di esercizio del potere giudiziale.

civ., tale allegazione ha efficacia vincolante per il giudice, in quanto definisce e limita necessariamente l'oggetto della decisione.

Per questa ragione l'allegazione di fatti costitutivi può considerarsi di per se stessa sufficiente a costituire fondamento e oggetto di contraddittorio, poiché la controparte sa che su tali fatti, proprio in quanto allegati, il giudice dovrà comunque pronunciarsi.

Più complessa è l'ipotesi di allegazione di fatti secondari⁽²⁾. Per un verso, non si tratta di allegazione in senso tecnico, che può risultare da qualunque indicazione contenuta in atti di parte. Per altro verso, essa non ha gli effetti vincolanti che si attribuiscono all'allegazione dei fatti principali; infatti, l'indicazione di fatti secondari, non impedisce certamente al giudice di tener conto anche di altri fatti secondari non allegati dalle parti, che comunque emergano nel giudizio e neppure è vincolato a fondare la decisione sui soli fatti secondari allegati. Il principio del libero convincimento del giudice viene comunemente interpretato nel senso che, in sede di decisione, egli è libero di scegliere gli elementi probatori che ritiene rilevanti a fondamento della pronuncia. Poiché i fatti secondari hanno esclusivamente la funzione di costituire possibili elementi di prova indiretta rispetto ai fatti principali, ne deriva appunto che il giudice non è tenuto a fondare la propria decisione sui fatti secondari indicati dalle parti.

Discende altresì da queste premesse che l'indicazione di un fatto secondario, proveniente dalla parte, non è di per se stessa idonea ad individuare un elemento necessario della decisione ed è pertanto assai dubbio che essa possa considerarsi come condizione sufficiente per porre in essere un effettivo contraddittorio. Al

(2) Sulla quale v., tra gli altri, TARZIA, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1972, p. 350 ss., nonché VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, cit., p. 226 ss.

riguardo, sembra tuttavia opportuno distinguere almeno due diverse ipotesi.

a) La semplice indicazione di un fatto secondario (in quanto inidonea ad individuare un elemento necessario della futura decisione) non pone la controparte in condizione di valutare l'opportunità e lo scopo di difendersi, riguardo al fatto stesso. La valutazione che il giudice dovrà dare del fatto secondario rimane d'altronde imprevedibile, talchè la controparte resta nel dubbio se svolgere difese che potrebbero essere inutili e superflue o non piuttosto difendersi rispetto ad un fatto che in seguito il giudice potrà considerare rilevante ai fini della decisione.

b) È invece diversa l'ipotesi in cui l'indicazione di un fatto secondario avvenga in sede di deduzione di prove che riguardano quel fatto stesso, ovvero come fondamento di specifiche difese proposte dalla parte.

Neppure in questo caso l'indicazione ha efficacia determinante rispetto all'oggetto della decisione, poiché il giudice non è in alcun modo vincolato a prendere in considerazione il fatto; tuttavia, trattandosi di indicazione di parte diretta ad uno specifico fine probatorio o difensivo, si realizza quanto meno il risultato di far conoscere alla controparte la rilevanza che il deducente attribuisce al fatto in questione.

In sostanza, al di là dell'eventualità che il giudice non ne tenga conto in sede decisoria, la controparte conosce l'oggetto delle possibili difese e si realizza pertanto la condizione minima perché le possa svolgere instaurando il contraddittorio.

Si può quindi concludere che non la semplice indicazione di un fatto secondario, ma la sua allegazione connessa con deduzioni probatorie o con specifiche argomentazioni difensive, è idonea ad assicurare alla controparte la possibilità del contraddittorio⁽³⁾.

(3) Conclusioni sostanzialmente analoghe dovrebbero valere per le indicazioni in diritto: come già si è osservato, esse non sono vincolanti per il giudice, che è libero di determinare l'esatta qualificazione giuridica della domanda.

Peraltro, è possibile distinguere tra mere indicazioni (ad es., il semplice richiamo a

3. Si è osservato, nel capitolo precedente, come il giudice non sia vincolato alla prospettazione *sub specie iuris* di fatti ad opera delle parti. Egli può decidere secondo norme diverse da quelle invocate dalle parti stesse, attribuendo alla fattispecie controversa una diversa qualificazione giuridica.

Le ipotesi ora da esaminare, si verificano, invece, allorché il giudice non introduca nessun elemento di « novità », a fondamento della decisione, ma pronunci sulla base delle indicazioni di diritto e delle allegazioni di parte; può sorgere comunque anche in questo caso un problema di attuazione del contraddittorio.

Una prima situazione si prospetta quando la parte, allegando determinati fatti costitutivi, ne indichi differenti qualificazioni giuridiche. Se una soltanto di queste qualificazioni è corretta, in relazione al fatto costitutivo dedotto in causa, spetta al giudice stabilirlo in sede di decisione⁽⁴⁾; anteriormente all'emanazione della pronuncia, la controparte si trova di fronte a diverse possibili qualificazioni degli stessi fatti. Nulla le impedisce di difendersi rispetto a tutte le tesi prospettate dell'avversario, ma si tratterebbe di attività, almeno in parte, superflue, con lo svolgimento di difese che potrebbero essere concentrate proprio sulla qualificazione che si rivela poi errata o irrilevante, mentre, d'altro canto, potrebbero risultare invece del tutto insufficienti rispetto alla qualificazione sulla quale il giudice fonderà la decisione.

In sostanza, in questo caso, il contraddittorio è formalmente assicurato, ma non sul piano sostanziale, poiché l'ambiguità e la

norma di legge) e vere e proprie argomentazioni difensive. Nella prima ipotesi non si verificano le condizioni minime per attuare il contraddittorio, mentre nel secondo caso è possibile prospettare le esigenze di realizzazione della garanzia del contraddittorio stesso: si tratta quindi di individuare i casi in cui l'attività di parte non è di per sé stessa idonea ad assicurare alla controparte la possibilità di difesa.

(4) L'ipotesi ha riguardo al concorso di norme sulla stessa fattispecie, su cui v., TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 253 ss., nonché LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 1980, p. 179 s. e CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., p. 228 ss.

incertezza relativa alla questione di diritto non garantiscono che esso possa svolgersi adeguatamente, rispetto a tutte le qualificazioni giuridiche dei fatti e quindi anche rispetto a quella valutazione che costituirà in concreto fondamento di decisione.

a) Consideriamo ora le fattispecie delle domande alternative e in primo luogo quelle relativamente all'oggetto, nelle quali, dalla stessa fattispecie, la parte fa derivare diversi *petita* ⁽⁵⁾; si è giustamente rilevato che si introduce in tal modo nel processo un'inammissibile incertezza quanto alla determinazione dell'oggetto della domanda, talchè si ammette che il fenomeno possa aver luogo solo quando la scelta tra i diversi *petita* dipenda univocamente dalla soluzione di una questione pregiudiziale, in modo tale che, decisa la questione, ne risulti determinato uno solo tra i vari *petita* richiesti ⁽⁶⁾. Al riguardo, si può tuttavia osservare che la soluzione proposta è utile al fine di eliminare l'incertezza della domanda quanto all'oggetto della decisione, per stabilire quindi quale sia l'effettiva domanda che deve essere decisa ⁽⁷⁾, ma non appare forse di per sé idonea ad attuare la garanzia reale del contraddittorio. È ben vero che nel caso in esame la soluzione della questione pregiudiziale elimina l'alternativa tra i diversi *petita*, ma la elimina *per il giudice*, non per la controparte, se la decisione della questione pregiudiziale e la decisione sulla domanda avvengono contestualmente in sede di decisione finale: in tal caso, infatti, la controparte non sa quale sia la « vera » (o

⁽⁵⁾ TARZIA *op. ult. cit.*, p. 255 ss. esclude che il cumulo alternativo di domande esista nel caso del cosiddetto concorso alternativo di azioni (ossia quando da una stessa fattispecie derivino più azioni miranti a diversi risultanti, ma tali per cui l'una esclude l'altra), in quanto esistono meccanismi tali per cui il concorso viene meno prima della decisione: l'attore deve infatti scegliere quale azione far valere ad esclusione delle altre (cfr., ad es., la fattispecie regolata dall'art. 1492, 2° comma, cod. civ.). Il rilievo vale anche per quanto qui interessa, poiché tale scelta risolve l'incertezza circa la particolare azione che viene esercitata, anche al fine di porre il convenuto in condizioni di potersi difendere rispetto alla domanda.

⁽⁶⁾ TARZIA, *op. cit.*, p. 269 ss.

⁽⁷⁾ CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., p. 191 ss., con particolare riferimento al concorso di titoli nelle azioni di responsabilità.

« reale ») domanda sulla quale avrà luogo la pronuncia. Ne consegue che il contraddittorio preventivo è in effetti garantito soltanto quando la questione pregiudiziale venga risolta con una sentenza parziale, poiché soltanto dopo la emanazione di tale pronuncia l'altra parte può sapere rispetto a quale domanda dovrà difendersi.

In generale, appare comunque evidente che nel caso in esame la garanzia del contraddittorio non viene assicurata se l'incertezza, insita nella proposizione di domande alternative per l'oggetto, non è risolta dal giudice *prima della decisione*. D'altro canto, se si ipotizzasse un meccanismo processuale in tal senso, si attenuerebbero le ragioni che ostano ad una più ampia ammissibilità di tali domande, in ragione appunto delle ambiguità cui si è accennato e che esse comportano quanto all'individuazione dell'oggetto specifico della decisione⁽⁸⁾.

b) Per quanto riguarda poi le domande alternative con riferimento al « titolo » — aventi quindi lo stesso *petitum* — ma fondate su diverse *causae petendi*⁽⁹⁾, si ritiene che non vi sia problema di incertezza se sono identici i fatti materiali, variando soltanto la loro qualificazione giuridica. L'incertezza permarrebbe, e non è risolta dalla unicità del *petitum* se le diverse *causae petendi* si riferiscono a fatti materiali diversi⁽¹⁰⁾, poiché in questo caso resta incerto proprio l'oggetto della decisione (e ancor prima della istruzione).

Tuttavia, se si guarda a questo fenomeno dal punto di vista della garanzia del contraddittorio, ne derivano considerazioni in

⁽⁸⁾ Per un'ampia analisi di tali ragioni, v., TARZIA, *op. loc. cit.*

⁽⁹⁾ V., TARZIA, *op. cit.*, p. 287, nonché per l'esposizione dei problemi relativi all'individuazione, nelle domande « eterodeterminate » del fatto costitutivo, CERINO CANOVA, *op. cit.*, p. 172 ss. 191 ss.

⁽¹⁰⁾ V., TARZIA, *op. cit.*, p. 288 s., il quale peraltro ammette il fenomeno qualora l'esistenza di un fatto costitutivo escluda necessariamente quella di altri fatti (costitutivi), ovvero si tratti in realtà di ipotesi di pretese concorrenti, tali da escludersi automaticamente.

parte diverse. Tale garanzia appare sicuramente violata nell'ipotesi in cui le varie *causae petendi* siano riferite a fatti materiali diversi, poiché anche per la controparte, oltre che per il giudice l'oggetto della decisione resta incerto fino al momento della decisione stessa. Soltanto allora, infatti, il giudice stabilirà quale, tra le *causae petendi* indicate dall'attore, deve intendersi posta a fondamento e titolo per il provvedimento richiesto.

La garanzia è violata anche quando le diverse *causae petendi* si riferiscono agli stessi fatti materiali: si tratta del fenomeno delle qualificazioni giuridiche concorrenti — tra le quali il giudice dovrà scegliere all'atto della decisione — che si è più sopra esaminato, rilevando che esso implica l'impossibilità, per la controparte, di difendersi preventivamente sull'ipotesi reale di decisione.

I rilievi che precedono non sono diretti a dimostrare come il fenomeno delle domande alternative sia da considerarsi *tout court* inammissibile, in quanto si viola la garanzia della difesa.

A parte ogni rilievo circa la loro diffusione nella prassi, e malgrado la giustificazione teorica del fenomeno stesso non sia sempre limpida e convincente ⁽¹¹⁾, la soluzione del problema non consiste nel negare il relativo potere delle parti, ma nel far sì che esso venga esercitato nel rispetto della regola del contraddittorio. In realtà, ciò significa spostare il centro del problema sull'organo giudiziale, in quanto ad esso soltanto spetta di sciogliere le incertezze insite nella proposizione delle domande alternative. Occorre quindi che il giudice eserciti il suo potere di scelta *prima della decisione*, ponendo le parti in condizione di potersi difendere sulla specifica domanda che della pronuncia costituirà l'oggetto reale.

(11) Cfr., sul problema in generale, ancora diffusamente, TARZIA, *op. cit.*, *passim*, e *spec.* p. 269 ss.

4. Considerazioni analoghe possono svolgersi con riferimento ai casi in cui vengono proposte in giudizio più domande, o eccezioni, subordinate. Come è noto l'ordine della subordinazione, opera nel senso che la domanda successiva sia presa in considerazione soltanto se viene respinta la precedente⁽¹²⁾, e si tratta pertanto di criteri certamente chiari anche per la controparte. Trattandosi, inoltre, di più domande o eccezioni, proposte secondo una determinata successione logica, non vi è dubbio che la controparte sia posta in condizioni di potere articolare le proprie difese al riguardo.

Anche a questo proposito, va tuttavia osservato che sembra trattarsi più di garanzie formali che reali. È vero, da un lato, che la controparte potrebbe difendersi rispetto a tutte le domande proposte in ordine di subordinazione, ma è anche vero che ciò comporterebbe oneri difensivi largamente superflui, nonché ovvi rischi di errore nell'individuazione della domanda che il giudice consideri fondata, o parzialmente infondata, e sulla quale quindi intende incentrare la decisione. D'altronde, il criterio della subordinazione è tale per cui si può sapere che il giudice affronterà la domanda successiva soltanto dopo che abbia espressamente rigettato la precedente: ciò che — salvo il caso di sentenze parziali — si scopre esclusivamente al momento in cui viene pronunciata la decisione.

(12) Si è posto in dottrina il problema se il giudice sia sempre tenuto a seguire l'ordine della subordinazione con la quale l'attore ha proposto le domande. Al riguardo prevale la soluzione positiva (cfr., tra gli altri, TARZIA, *op. ult. cit.*, p. 282 s.), anche se la portata del vincolo può venire intesa in senso più limitato ossia solo nel caso di vera e propria pregiudizialità fra domande (cfr., ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 170 s.) o qualora l'ordine delle domande non corrisponda all'interesse di parte (v., CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, rist., 3^o ediz., Napoli, 1965, p. 1131).

Per quanto qui interessa, occorre solo osservare che se si ammette il potere del giudice di discostarsi dall'ordine con la quale la parte ha proposto le domande subordinate, si profila un ulteriore problema relativo al contraddittorio; la controparte, infatti, non sarebbe posta in condizione di individuare *ex ante* l'oggetto di domanda e di decisione, e quindi non potrebbe difendersi rispetto ad esso.

La proposizione espressa delle domande subordinate e la chiarezza dell'ordine di subordinazione che le collega, non sembrano pertanto costituire di per sé elementi sufficienti a porre la controparte nelle reali condizioni di difendersi adeguatamente, e ciò perché essa non conosce *ex ante* quale sia, nell'ordine di subordinazione, la domanda che il giudice potrebbe più probabilmente ritenere fondata e costituire quindi il reale *thema decidendum* della controversia.

Come si rileva agevolmente, le diverse situazioni ora richiamate presentano due comuni caratteri fondamentali: il primo è costituito dal fatto che su tutte le qualificazioni o domande proposte da una parte, l'altra ha la teorica possibilità di difendersi; il secondo è rappresentato dalla circostanza che il modo in cui sono proposte le domande (o le eccezioni) fa sì che spetti al giudice, in sede di decisione, la scelta di ciò che costituisce reale oggetto di pronuncia.

È peraltro evidente come proprio questo secondo elemento sia quello che rende difficoltosa l'applicazione concreta del primo: ai fini di una difesa efficace e non inutile, non è sufficiente infatti conoscere l'intero « raggio » delle alternative fra le quali il giudice determinerà la domanda specifica su cui pronunciarsi. È invece necessario che la parte conosca *ex ante* quale sia questa specifica domanda (quale *nomen iuris* tra i diversi proposti, quale effetto giuridico tra i diversi richiesti, quale domanda tra le diverse subordinate), poiché è su di essa che deve essenzialmente difendersi.

La proposizione di più alternative di decisione non serve dunque ad assicurare effettivamente un reale contraddittorio, neppure nelle ipotesi in cui il giudice scelga tra quelle dedotte dalle parti, ed è anzi proprio l'elemento che ostacola l'efficace svolgimento della difesa.

Il nucleo del problema, come già si è osservato, non è tuttavia costituito dal potere delle parti di dedurre in giudizio diverse qualificazioni giuridiche dello stesso fatto o proporre domande

alternative o subordinate ⁽¹³⁾, bensì dalla circostanza che il giudice compie la propria scelta solo al momento della decisione. Gli inconvenienti segnalati, e che in concreto si traducono in una violazione o quanto meno una forte attenuazione della garanzia di difesa, sono del resto non difficilmente eliminabili, a condizione che il giudice fondi la propria decisione su allegazioni o domande, tra le diverse proposte da una parte, soltanto quando la controparte su di esse sia stata in grado di difendersi adeguatamente o, in caso contrario, provochi d'ufficio, sul punto, il previo contraddittorio.

5. Problemi relativi all'attuazione del contraddittorio, rispetto ad elementi che pure siano stati introdotti nel giudizio per iniziativa delle parti, esistono anche nell'ambito del giudizio di fatto. Qualora si debbano accertare fatti principali o secondari allegati dalle parti e l'accertamento si fondi su prove da queste dedotte o prodotte, è possibile che il modo in cui il giudice formula il giudizio di fatto implichi ugualmente lesioni della garanzia della difesa.

La questione sorge, evidentemente, allorché il giudice disponga di poteri discrezionali nell'accertamento di fatto. Invero, nel caso in cui tali poteri non sussistono perché il giudice è vincolato da norme di prova legale, il problema non si pone: da un lato infatti, l'assunzione di una prova legale ne determina automaticamente l'esito, che le parti possono univocabilmente prevedere

(13) Si può osservare, del resto, che non si tratta di un potere generale e senza limiti, come risulta chiaramente dagli studi degli autori citati alle note che precedono. Con particolare riferimento a TARZIA, *op. loc. cit.*, si tende infatti ad escludere tale potere quando il suo esercizio introduca in giudizio un'incertezza oggettiva circa la domanda, ammettendolo invece allorché l'incertezza possa eliminarsi ai fini dell'individuazione univoca dell'oggetto della decisione.

L'indagine del Cerino Canova conduce invece a risultati diversi, con riferimento ai singoli tipi di azioni esercitate in giudizio e quindi alla diversa attribuzione di rilevanza dei fatti costitutivi nell'individuazione della domanda.

ex ante; dall'altro lato, in presenza di una prova legale il giudice non può discrezionalmente decidere di non tenerne conto, perché violerebbe le norme che definiscono in modo vincolante l'efficacia della prova ⁽¹⁴⁾; ancora, nel caso di contrasto tra prove legali e liberamente valutabili, il conflitto è risolto automaticamente a favore delle prime (ed anche questo costituisce oggetto di possibile previsione delle parti).

In sostanza, si può ritenere che il problema in esame sorga allorché l'accertamento del fatto rientri nel libero convincimento del giudice, poiché in esso viene meno la prevedibilità dell'esito dell'accertamento, che resta invece assicurata quando debbano essere applicate norme di prova legale. Peraltro, non si può affermare che sempre il principio del libero convincimento, in quanto implica valutazioni discrezionali del giudice, crei questioni di rilievo per quanto riguarda la garanzia del contraddittorio.

a) Il principio anzi non fa sorgere problemi in questo senso, allorché viene applicato nel suo significato proprio, ossia quanto il giudice valuta discrezionalmente l'efficacia della prova con suo « prudente apprezzamento ». In questo caso egli esercita un potere discrezionale le cui modalità di esercizio non coinvolgono la garanzia della difesa. La valutazione della prova potrà essere razionale o meno, attendibile o non, ma i problemi, che pure sussistono a questo riguardo ⁽¹⁵⁾, non concernono la garanzia della difesa. È pur vero, d'altronde, che tale garanzia investe anche la posizione delle parti rispetto alle prove, e si è configurato, infatti, un vero e proprio « diritto alla prova », sulla base dell'art. 24 della Cost. ⁽¹⁶⁾: esso implica la facoltà per le parti di dedurre prove dirette e contrarie senza subire limitazioni ingiu-

⁽¹⁴⁾ V., per un accenno, TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit., alla nota n. 76.

⁽¹⁵⁾ V., in generale, TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, p. 159 ss. e dello stesso A., *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, cit., loc. cit.

⁽¹⁶⁾ Cfr., da ultimo, ed anche per riferimenti, TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit., p. 3 ss. (estr.).

stificate. Si è anche configurato un diritto delle parti alla valutazione della prova nel senso che il giudice non possa trascurare le prove dedotte dalle parti ⁽¹⁷⁾, ma anche in questo caso il problema non riguarda le modalità con cui avviene tale valutazione e quindi la garanzia della difesa.

Più in generale, rispetto all'accertamento dei fatti, la garanzia della difesa implica che le parti possa influire *ex ante* sul convincimento giudiziale, svolgendo le opportune difese e deduzioni probatorie. Esse, pertanto, devono potersi difendere in sede di deduzione, ammissione e assunzione delle prove ⁽¹⁸⁾, e occorre far luogo sulle prove stesse ad un contraddittorio pieno antecedentemente alla decisione. La garanzia della difesa implica, quindi, che alle parti sia effettivamente assicurato il diritto alla prova nella accezione più ampia di cui si è fatto cenno, ma non implica che le parti stesse debbano potersi difendere, *ex ante* rispetto a ciò che costituirà la libera valutazione del giudice. Più precisamente, esse devono essere in grado di svolgere tutte le difese, anteriormente alla decisione, difese dirette ad influenzare tale valutazione, ma non sembra necessario (e sarebbe con molta probabilità impossibile oggettivamente) che il giudice enunci tale valutazione prima della decisione che assumerà ⁽¹⁹⁾.

(17) Perché il convincimento sui fatti sia razionale e coerente al principio del contraddittorio, occorre che tale valutazione sia compiuta su tutte le prove dedotte dalle parti. V., in tal senso, TARUFFO, *op. ult. cit.*, il quale rileva altresì come il problema non si esaurisca nell'individuazione del necessario oggetto della valutazione del giudice, ma investa anche i requisiti della motivazione sul giudizio di fatto. Affermare che le parti hanno il diritto a che il giudice valuti le prove da esse proposte « significa dire che le parti hanno il diritto di ottenere una motivazione che esprima e giustifichi tale valutazione ».

Cfr., sul diritto alla valutazione della prova, inteso in questo senso, anche RICCI, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, cit., p. 380 ss.

Contra, v., CAVALLONE, *Crisi della «Maximen» e disciplina dell'istruzione probatoria*, cit., p. 678 ss.

(18) Cfr., TARUFFO, *op. ult. cit.*, *passim*.

(19) Ciò non esclude che il giudice non debba ledere il diritto delle parti alla prova, nel corso del giudizio, sulla base di una valutazione delle prove formulata nello

b) Il principio del libero convincimento del giudice fa sorgere invece problemi rilevanti, circa la garanzia del contraddittorio, in quanto si ritenga — come afferma costante giurisprudenza⁽²⁰⁾ — che esso comporti anche la piena libertà del giudice di scegliere gli elementi probatori sui quali fondare, in fatto, la decisione. Se il giudice ha la facoltà di non prendere in considerazione prove dedotte dalle parti, viene ad essere leso proprio il diritto alla prova; in realtà, il giudice è libero — nella sua valutazione discrezionale — di ritenere che una prova di parte non sia attendibile o sia meno attendibile di altre, ma non è libero di non tenerne conto se si tratta di prova che abbia comunque qualche efficacia⁽²¹⁾.

Il problema che interessa in questa sede, non riguarda, peraltro, le prove che il giudice trascura, ma quelle che egli sceglie di utilizzare a fondamento della decisione sul fatto.

Può trattarsi anzitutto di prove costituenti, dedotte dalle parti o disposte d'ufficio, ed assunte secondo i normali procedimenti: in questo caso le parti ben sanno che la prova è stata (o deve essere) assunta, che ha ad oggetto determinati fatti rilevanti, e che potrà essere utilizzata dal giudice per decidere sui fatti stessi. Eventuali problemi di contraddittorio non possono

svolgimento dell'istruttoria. Il problema può sorgere a proposito dell'art. 209 cod. proc. civ., in quanto si ammetta che il giudice possa non dar corso a nuovi incombenti istruttori sulla base del proprio convincimento, escludendo l'assunzione di prove di parte con esso contrastanti. V., anche per riferimenti di dottrina e giurisprudenza, in senso critico, COMOLIO, *Il principio di economia processuale*, vol. I, Padova, 1980, p. 202 ss. il quale parla di « compressione certamente irrazionale del principio dispositivo e del diritto di difesa delle parti ».

(20) Il giudice, secondo questo indirizzo, sarebbe libero quindi non soltanto di valutare l'efficacia della prova, ma anche di individuarla discrezionalmente, entro il materiale documentale acquisito al giudizio. V., anche per riferimenti, TARUFFO, *op. ult. cit.*, e tra le numerose sentenze della Cassazione, ad es., Cass. 21 maggio 1981, n. 3340, in *Giur. it., Rep.*, 1981, v. *Prova in genere*, n. 65 e Cass. 15 febbraio 1982, n. 950, in *Foro it., Rep.* 1982, v. *prova civile*, n. 56.

(21) TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 12 ss., 19 ss., 24 ss.

quindi sorgere rispetto all'eventualità che il giudice si serva del risultato di questi mezzi di prova nella decisione.

Dubbi sorgono invece per quanto concerne le prove precostituite. Esse vengono introdotte nel processo tramite « produzione », senza dunque una formale deduzione di parte e senza che vi siano provvedimenti di ammissione. A seguito della produzione del documento, la controparte, che ne viene naturalmente a conoscenza, è quindi posta in condizione di difendersi al riguardo, anche mediante la produzione o la deduzione di prove contrarie. In entrambi questi casi, tuttavia, si può ritenere che la conoscenza che la controparte abbia della prova — e la conseguente possibilità di difesa — possa non essere sufficiente ad assicurare integralmente l'attuazione della garanzia del contraddittorio, nel significato almeno che si è inteso attribuirle in questa sede. Per un verso, infatti opera rispetto a tutte le prove il principio cosiddetto dell'acquisizione processuale, secondo il quale la prova si intende acquisita al processo indipendentemente dalla sua provenienza, talché il giudice è libero di trarne qualunque conseguenza, anche sfavorevole alla parte che l'ha dedotta⁽²²⁾. Per altro aspetto, va applicato il principio del libero convincimento, inteso come regola per cui il giudice ha la facoltà di scelta, entro il materiale probatorio acquisito, degli elementi di prova che ritiene rilevanti al fine di fondare l'accertamento dei fatti.

Orbene, il giudice non è tenuto a valutare la prova nel senso prospettato dalla parte che l'ha dedotta, ma neppure ha l'obbligo di tener conto soltanto degli elementi probatori che le parti abbiano indicato come rilevanti. Nulla vieta infatti al giudice di servirsi di elementi di prova che le parti abbiano espressamente indicato a fondamento delle loro tesi difensive. Al contrario, egli può utilizzare a fini probatori qualunque circostanza appaia rile-

(22) MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, cit., vol. II, p. 128.

vante, indipendentemente dal fatto che essa sia stata espressamente allegata come tale ⁽²³⁾.

Che questo potere del giudice sussista sembra indubbio, poichè non è vigente nel nostro ordinamento alcun principio per cui il giudice possa tener conto solo di quelle circostanze che le parti abbiano indicato come possibili fonti di prova ⁽²⁴⁾. Sembra peraltro altrettanto chiaro che l'esercizio di tale potere può ledere la garanzia del contraddittorio, poichè, come si è esattamente osservato, le parti vengono private « non solo della possibilità di dedurre prove contrarie, ma di qualunque possibilità di conoscere e di discutere preventivamente la ricostruzione dei fatti sulla quale il giudice tende a fondare la decisione » ⁽²⁵⁾.

Invero, se il giudice ritiene rilevanti per la decisione circostanze che pure risultino da prove acquisite per iniziativa di parte, ma che le parti stesse non abbiano indicato come elementi di prova, finisce col fondare la decisione su « prove » rispetto alle quali le parti non hanno potuto difendersi, poichè non potevano prevedere che il giudice se ne sarebbe servito utilizzandole in

⁽²³⁾ A quanto consta (cfr. sul punto, anche TARUFFO, *op. ult. cit.*, alla nota n. 63) la Corte di Cassazione in una sola decisione ha ritenuto che il giudice non possa utilizzare a fini probatori circostanze emergenti da un documento acquisito al giudizio, se la parte, che lo ha prodotto, non ne abbia fatto oggetto di apposita deduzione difensiva: v., Cass. 24 agosto 1981, n. 4993, in *Foro it., Rep.*, 1981, v. *Prova civile*, n. 22.

⁽²⁴⁾ Nel nostro ordinamento non esiste, oltre all'onere di allegazione, alcun altro onere di « affermazione » dei fatti, tanto meno riferiti a fatti secondari o a « motivi ». In tal senso, cfr., per tutti, ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 174 e *Diritto processuale civile*, cit., p. 238.

Manca, quindi, la possibilità stessa di ipotizzare un vincolo per il giudice a tener conto soltanto dei fatti che le parti abbiano indicato espressamente come fonti di prova.

⁽²⁵⁾ TARUFFO, *op. loc. cit.*, il quale osserva che il solo rimedio possibile consisterebbe nel configurare come « obbligatorio il contraddittorio preventivo delle parti sull'ipotesi di giudizio di fatto che il giudice ritiene più verosimile ».

sede di decisione: viene a mancare, quindi, il contraddittorio nella formazione del convincimento del giudice⁽²⁶⁾.

6. I problemi che si sono appena delineati, si ripresentano con particolare evidenza allorché la decisione sia fondata, in fatto, su argomenti di prova, presunzioni semplici o prove atipiche⁽²⁷⁾. Per quanto riguarda gli argomenti di prova, è ben vero che il 2° comma dell'art. 116 si richiama a circostanze che si verificano nel corso del processo, ma ciò può non essere determinante ai fini del contraddittorio, anche se si tratta di circostanze note non solo al giudice ma anche alle parti. Infatti, è soltanto in sede di decisione che il giudice stabilisce se le risposte all'interrogatorio libero, o il rifiuto di consentire ispezione, o comunque un certo comportamento processuale delle parti, costituisca o meno elemento rilevante ai fini probatori. D'altronde, il giudice non è tenuto a considerare comportamenti « tipici » poiché, secondo l'art. 116, « può » desumere argomenti di prova, con una scelta discrezionale compiuta in sede di decisione. Quanto al contegno processuale delle parti, si tratta di una categoria indeterminata, entro la quale qualsiasi tipo di comportamento può assumere rilievo probatorio⁽²⁸⁾. In definitiva, tutto ciò sembra escludere *a priori* che le parti possano in qualche modo prevedere la valutazione del giudice e difendersi anticipatamente. Non si può infatti ritenere che le parti abbiano l'onere, oggettivamente impossibile da adempiere, di di-

(26) Altro problema, naturalmente, riguarda il rimedio che possa esistere *de iure condito*, ma su ciò, *infra*, nel prossimo capitolo.

(27) V., oltre allo scritto più volte citato di TARUFFO, *passim*, specialmente, MONTESANO, *Le « prove atipiche » nelle « presunzioni » e negli « argomenti » del giudice civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 233 ss.

(28) I casi che ricorrono più di frequente (come la mancata contestazione di circostanze addotte da controparte o la prospettazione di tesi difensive contraddittorie) possono assumere solo valore esemplificativo e non costituiscono una tipologia rigorosa di comportamenti valutabili dal giudice.

V., GRASSO, *Dei poteri del giudice*, cit., p. 1321 s., nonché MICHELI, *Sulla rilevanza del contegno processuale delle parti*, in *Temi*, 1947, p. 115 ss.

fendersi e contraddire in vista di ogni possibile eventualità: essi si trovano di fatto nell'impossibilità di dedurre prove contrarie a quelle che il giudice considererà rilevanti per la decisione. Di conseguenza, allorché il giudice trae argomenti di prova finisce col fondare la propria decisione su elementi la cui possibile efficacia probatoria non era previamente nota alle parti e rispetto ai quali, quindi, non poteva svolgersi reale contraddittorio.

L'indagine non riguarda solo le fattispecie indicate nell'art. 116, ma ogni ipotesi in cui sia previsto che il giudice possa trarre discrezionalmente conseguenze probatorie da un comportamento o da un evento processuale. È, ad esempio, il caso della mancata comparizione personale delle parti ex art. 420, 1° comma, e della mancata conoscenza dei fatti da parte del procuratore ex art. 420, 2° comma, nonché del rifiuto delle parti di esibire il documento a seguito dell'ordinanza del giudice ex art. 210 e segg. cod. proc. civ. ⁽²⁹⁾. In tutti questi casi, per vero, la legge individua i fatti dai quali il giudice può trarre argomenti di prova, ma il potere largamente discrezionale di cui esso dispone rende ugualmente imprevedibile il fondamento di fatto della decisione, e quindi, per le parti, l'oggettività impossibilità di svolgere al riguardo una adeguata difesa.

Potrebbe obiettarsi che il problema, per certi aspetti, sia da considerarsi di scarso rilievo se si osserva che gli « argomenti di prova » dovrebbero costituire elementi puramente aggiuntivi ed integrativi della valutazione delle prove, e, come tali, non idonei a costituire vero e proprio fondamento della decisione in fat-

(29) Per il vero, la disciplina in materia non prevede né possibilità di esecuzione coattiva dell'ordine del giudice, né sanzioni per il caso in cui la parte (o il terzo) rifiutino oppure omettano l'esibizione del documento. Peraltro, la dottrina e la giurisprudenza hanno esteso al rifiuto dell'esibizione le stesse conseguenze probatorie previste per il rifiuto di consentire l'ispezione, applicando il 2° comma dell'art. 118. V., in tal senso MANDRIOLI, *Corso*, cit., vol. II, p. 168; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., vol. II, p. 134 e LA CHINA, *Esibizione delle prove* (dir. proc. civ.), in *Enc. del dir.*, vol. XV, p. 707.

to⁽³⁰⁾. L'obiezione è comunque infondata, posto che la giurisprudenza costante (invocando il principio del libero convincimento del giudice) afferma che la decisione possa essere fondata anche soltanto su argomenti di prova⁽³¹⁾, e quindi la valutazione del giudice al riguardo potrebbe in effetti risultare decisiva ai fini della ricostruzione dei fatti controversi.

Per quanto concerne infine le presunzioni semplici, si tratta di argomentazioni in parte analoghe. Salva l'ipotesi in cui sul fatto destinato a costituire fonte di presunzione vi sia stata una deduzione probatoria, nel quale sussistono elementi sufficienti a consentire il previo contraddittorio delle parti, la presunzione si prospetta come prova che viene creata dal giudice nel momento stesso della decisione e che quindi resta ignota alle parti nel corso del giudizio⁽³²⁾. Inoltre, per quanto riguarda l'individuazione delle circostanze (ossia dei « fatti noti ») sui quali il giudice può fondare le argomentazioni relative ai fatti da provare, opera la regola per cui il giudice stesso è completamente libero di individuarle entro il materiale probatorio comunque acquisito al giudizio. Come è evidente, le parti, non conoscendo le presunzioni che il giudice può trarre dal complesso degli elementi di fatto di cui dispone, non sono in condizioni di poter proporre nel corso dell'istruzione prove idonee a contrastare la ricostruzione dei fatti che il giudice deriverà dalle presunzioni stesse; durante il processo le parti non sanno dunque se il giudice formulerà presunzioni né possono prevedere « su che cosa » egli potrà fondarle né rispetto a quali fatti si servirà nella prova presuntiva⁽³³⁾. Ne deriva l'esclusione oggettiva di un reale contraddittorio.

(30) In tal senso v., ad es., MONTESANO, *Le « prove atipiche »*, cit., p. 236 e GRASSO, *op. ult. cit.*, p. 1319.

(31) Cfr., tra le tante, Cass. 14 dicembre 1982 n. 6885, in *Giur. it., Rep. v. Prove in genere*, n. 20.

(32) V., TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit. p. 31 ss.; in generale sulla struttura logica della prova per presunzioni, v., dello stesso A., *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, cit., *loc. cit.*

(33) TARUFFO, *op. loc. cit.*

Il problema della difesa rispetto alla presunzioni semplici appare quindi di tutto rilievo, poiché le presunzioni stesse possono rappresentare il fondamento esclusivo dell'accertamento dei fatti contenuto nella pronuncia giudiziale. Ciò accade, normalmente, nell'ipotesi prevista dall'art. 2729 cod. civ., ossia quando vi siano più presunzioni gravi, precise e concordanti⁽³⁴⁾, ma l'opportunità del previo contraddittorio è tanto più evidente in quanto la giurisprudenza solitamente disapplica tale norma ed ammette che il giudice possa fondare l'accertamento dei fatti su una sola presunzione se, nell'ambito del suo discrezionale convincimento, ritiene che essa sia sufficiente in tal senso.

7. Possono ravvisarsi infine altre situazioni nelle quali la decisione giudiziale deriva da autonome scelte dal giudice, sottratte a qualunque previa contestazione o discussione delle parti, e al di fuori di ogni contraddittorio delle parti sulle prove; si tratta di ipotesi in cui il giudice utilizza prove « atipiche » o « innominate », nell'accertamento del fatto⁽³⁵⁾.

Come è noto, si è posta in dottrina la questione della loro ammissibilità, con soluzioni contrastanti, in quanto vi è chi ritiene che l'elenco dei mezzi di prova espressamente disciplinati dalla legge sia tassativo e quindi esclude che il giudice possa utilizzare fonti di prova non compresi in tale elenco⁽³⁶⁾. Altri ammettono invece che l'indicazione non sia tassativa e comunque affermano non potersi ricavare in linea di principio l'esclusione di fonti di

(34) Su tali requisiti v., TARUFFO, *Certezza e probabilità*, cit., p. 84 s.

(35) V., sui problemi in generale dell'ammissibilità delle prove atipiche, TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, p. 389 ss., CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 679 ss. e MONTESANO, *Le « prove atipiche »*, cit., p. 233 ss.; si rinvia agli AA. citati per ulteriori riferimenti.

(36) In questo senso, CAVALLONE, *op. loc. cit.*, p. 670 ss. e v., inoltre, GRASSO, *Dei poteri del giudice* cit., p. 1303, nonché MANDRIOLI, *Corso*, cit., vol. II, p. 116 e LASERRA, *Critica delle cosiddette « prove innominate »*, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, 838 ss.

prova non comprese nell'elenco dei mezzi di prova espressamente disciplinati ⁽³⁷⁾.

La questione non si pone invece in giurisprudenza, poiché, sulla base del principio del libero convincimento si ritiene comunemente che il giudice possa scegliere al momento della decisione tutti gli elementi che gli appaiono utili per l'accertamento dei fatti e quindi anche ogni elemento atipico di prova. Sarebbero quindi utilizzabili le fonti di prova più diverse ed eterogenee, dagli scritti provenienti da terzi a qualunque tipo di documentazione amministrativa, dalle perizie stragiudiziali alle prove assunte in altri giudizi ⁽³⁸⁾.

L'ipotesi delle prove atipiche è particolarmente rilevante per quanto attiene alla garanzia del contraddittorio.

Si tratta, in generale, di prove precostituite (documenti atipici), la cui formazione è avvenuta fuori dal giudizio, non ad opera delle parti, né in contraddittorio tra le stesse (si pensi ad esempio a documenti provenienti da terzi, o di prove assunte in altri giudizi da parti diverse) ⁽³⁹⁾. Tali prove atipiche vengono solitamente acquisite al giudizio per iniziativa di una parte, che produce il documento, ma ciò, se pure in linea generale consente la conoscenza alla controparte, non garantisce la possibilità di effettivo contraddittorio sul fatto. Anche qui, infatti, opera ed assume ruolo decisivo il potere del giudice di scegliere liberamente le fonti di prova da porre a fondamento del giudizio di fatto; il ricorso alle prove atipiche — non diversamente da quanto accade per l'individuazione delle fonti di presunzione — rimane concretamente imprevedibile per le parti. Esse invero conoscono o possono conoscere il materiale documentale atipico prodotto in cau-

⁽³⁷⁾ Cfr., per questo orientamento, MONTESANO, *op. ult. cit.*, 233 ss. e TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, cit., p. 389 ss.

⁽³⁸⁾ Per un'ampia casistica, v., TARUFFO, *op. ult. cit.*, *loc. cit.*, MONTESANO, *Le « prove atipiche »*, cit., p. 237.

⁽³⁹⁾ Cfr., TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 392 ss.

sa, ma non sono in grado di stabilire nel corso del giudizio se e quali circostanze il giudice riterrà rilevanti, né rispetto a quali fatti da provare egli riterrà di servirsi appunto delle fonti atipiche di prova.

Possiamo ora trarre alcune conclusioni dalle osservazioni sopra svolte. Il potere discrezionale del giudice non può certo essere escluso; del resto, tale potere viene riconosciuto dalla costante giurisprudenza e non si può fornire una soluzione al problema semplicemente negando che esso esista. Allora, la garanzia del contraddittorio entra in gioco sotto il profilo delle modalità con cui tale potere viene esercitato.

Si può osservare che la giurisprudenza consolida a avalla una prassi che implica una effettiva lesione di tale garanzia, poiché consente al giudice di scegliere e di utilizzare prove atipiche in sede di decisione con la conseguenza che il convincimento giudiziale può venire fondato su elementi di prova rispetto ai quali le parti non hanno avuto effettiva possibilità di difendersi preventivamente ⁽⁴⁰⁾.

Autorevole dottrina ⁽⁴¹⁾ ha configurato l'obbligo del giudice di provocare il previo contraddittorio delle parti sulle prove atipiche che egli intende utilizzare, individuandone la base normativa nell'art. 183, 2° comma. Che l'esigenza di contraddittorio sussista, è indubbio, ma, secondo quanto in precedenza osservato intorno ai limiti propri della norma, non sembra che essa si presti ad essere interpretata in questo senso ⁽⁴²⁾.

In realtà, anche il problema del contraddittorio sulle prove atipiche non sembra prestarsi a soluzioni particolari, e va invece affrontato nel più generale contesto, oggetto di indagine, della attuazione della garanzia della difesa in ordine all'esercizio dei poteri decisorii del giudice.

⁽⁴⁰⁾ MONTESANO, *op. ult. cit.*, p. 237.

⁽⁴¹⁾ Analogamente TARUFFO, *op. e loc. ult. cit.*

CAPITOLO QUARTO

Violazione del contraddittorio e invalidità della decisione.

SOMMARIO: 1. Violazione del contraddittorio e nullità della sentenza. Diversi aspetti del problema nella vigente normativa. — 2. Il rilievo della nullità nell'ambito degli errori *in procedendo*. — 3. La disciplina della nullità nel giudizio di Cassazione. — 4. Prospettive *de iure condendo*. L'esperienza comparatistica. — 5. Orientamenti e possibili soluzioni. — 6. *Segue*.

1. L'analisi che precede ha posto in evidenza diverse situazioni in cui le parti non hanno possibilità effettiva di svolgere le proprie difese prima della decisione. Ciò ha luogo in modo evidente quando il giudice introduce nelle decisione elementi « nuovi » rispetto a quelli allegati o indicati dalle parti, e si verifica, inoltre, nel caso in cui egli decida, pur senza introdurre elementi, nuovi, ma « scegliendo » entro il materiale allegato o prodotto dalle parti.

In questa ipotesi si ha una violazione se non formale certamente sostanziale della garanzia del contraddittorio, intesa come reale ed effettiva facoltà per le parti di interloquire preventivamente su elementi rilevanti per la decisione.

Si è più volte sottolineato, del resto, che se tale garanzia implica la necessità che la decisione si formi nel contraddittorio delle parti, a realizzarla, non è sufficiente la generica possibilità che queste possano comunque svolgere difese in giudizio, ma occorre che le parti siano in grado di dedurre e contraddire su

ciò che effettivamente costituirà oggetto e fondamento, in fatto e in diritto della decisione.

Si possono prospettare a questo punto due diversi problemi:

a) il primo riguarda la sorte della pronuncia che sia stata emessa in violazione di detta garanzia;

b) l'altro concerne gli strumenti da porre in essere al fine di evitare che tale garanzia sia violata da decisioni cosiddette « a sorpresa ».

Va rilevato, anzitutto, come non esistano norme specifiche che prevedono espressamente la nullità della sentenza emessa in violazione del contraddittorio, talché il problema non appare di immediata soluzione sulla base di elementi testuali⁽¹⁾.

Sembra tuttavia possibile proporre la tesi secondo cui è nulla la sentenza resa in modo tale da violare la garanzia⁽²⁾. Al riguardo non opera la regola della tassatività delle nullità degli atti processuali, regola enunciata nell'art. 156, 1° comma, cod. proc. civ., poiché essa concerne soltanto le nullità per inosservanza delle forme⁽³⁾. D'altra parte, la disposizione relativa alle nullità delle sentenze, non definisce la tipologia legale dei vizi della stessa, limitandosi a disciplinarne la rilevabilità, con la formulazione del principio della conversione delle nullità della sentenza in motivi di impugnazione⁽⁴⁾.

(1) V., TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, cit., p. 3, in nota n. 101, nonché gli AA. ivi citati e spec. FRANCHI, *Processo civile italiano e diritti dell'uomo*, in *Studi parmensi*, vol., XVIII, 1977, p. 65 s.

(2) V., sull'individuazione di nullità processuali che derivano direttamente dal contrasto con norme costituzionali a carattere precettivo, v., tra gli altri, DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio*, cit., p. 223, e FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, cit., p. 118 s.

(3) Come è noto, la prevalente dottrina esclude che la disposizione dell'art. 156, 1° e 2° comma, abbia ad oggetto i vizi « extraformali »: V., anche per riferimenti, FERRI, *op. ult. cit.*, p. 124 ss., nonché MARTINETTO, *Delle nullità degli atti*, in *Commentario del codice di procedura civile*, cit., p. 1579.

Più in generale, sulla contrapposizione tra vizi « non formali » e « formali », v., tra gli altri, MANDRIOLI, *In tema di vizi c.d. « non formali »*, in *Jus*, 1966, p. 320 ss. e dello stesso A., *Corso di diritto processuale civile*, cit., vol. I, p. 344 ss.

(4) MARTINETTO, *Delle nullità degli atti*, cit., p. 1634 ss.

Questi rilievi dimostrano come il problema vada posto sul terreno dei cosiddetti « vizi non formali » dell'atto, per i quali non esiste alcuna elencazione normativa, e che devono essere invece individuati facendo capo a quei requisiti che riguardano i presupposti sostanziali e « procedimentali » della sua validità ⁽⁵⁾. Sotto questo profilo, la nullità della sentenza fondata su elementi di fatto e/o di diritto, rispetto ai quali le parti non abbiano avuto effettiva possibilità di difesa, si può dimostrare agevolmente. È stato invero efficacemente rilevato come l'art. 101 cod. proc. civ., non possa oggi intendersi quale enunciazione del principio del contraddittorio nel solo momento della costituzione iniziale del rapporto processuale ⁽⁶⁾. Infatti, l'interpretazione dell'art. 101 — alla luce dell'art. 24 Cost. — esige il superamento della sua formulazione letterale, e si deve ravvisare dunque nella citata norma una regola destinata ad operare durante tutto il corso del giudizio e in ogni stato e grado del procedimento ⁽⁷⁾. In altri termini, essa implica che sia garantita alle parti la possibilità di interloquire preventivamente sull'oggetto della decisione, svolgendo al riguardo tutte le deduzioni e difese, anche sul terreno probatorio.

Va poi ribadito che la garanzia del contraddittorio risulta attuata non se alle parti è genericamente assicurata la possibilità difendersi in giudizio, ma se essa sussiste rispetto a tutto ciò che costituisce effettivamente fondamento di fatto e di diritto della decisione. Come si è dimostrato nel corso dell'indagine, la condizione necessaria per la realizzazione del contraddittorio, consiste dunque in ciò, che le parti conoscano *preventivamente* gli elementi che il giudice intende porre a base della

⁽⁵⁾ V., DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio*, cit., loc. cit.

⁽⁶⁾ PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, cit., p. 1086.

⁽⁷⁾ Così DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio*, cit., loc. cit. Come si è già osservato (v. *supra*, nota n. 2) alla stessa conclusione si può anche pervenire configurando una categoria di nullità processuali derivanti direttamente dalla violazione di norme costituzionali, come produttiva di vizi non formali degli atti.

decisione (indipendentemente dal fatto che tali elementi siano stati da loro allegati o vengano introdotti d'ufficio dal giudice).

Se la condizione non si verifica, ha luogo la violazione di una regola fondamentale del processo, con la conseguenza che il giudice non può validamente statuire sulla domanda: la violazione del principio del contraddittorio si traduce quindi nell'invalido esercizio, da parte del giudice, del potere di decisione, dando luogo a nullità del provvedimento. Si tratta ora di individuare il regime di tale nullità, secondo le norme vigenti.

2. Si applica certamente la regola generale dell'art. 161, 1° comma, e la nullità si converte quindi in motivo di impugnazione, risultando sanata con il passaggio in giudicato della sentenza.

Si tratta di nullità assoluta — in quanto derivante dalla violazione di un principio fondamentale del processo — e come tale rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio; ne deriva che la nullità è sanata dalla formazione del giudicato ma se ciò non ha luogo, poiché l'impugnazione è stata proposta anche sulla base di altri motivi, da un lato non si forma il giudicato interno sul punto e dall'altro permane, in capo al giudice dell'impugnazione, il potere-dovere di rilevare la nullità *ex officio* pur nella carenza di specifica impugnazione al riguardo⁽⁸⁾.

Se la sentenza di primo grado è impugnata per la nullità in esame (o se comunque il giudice d'appello la rileva d'ufficio), la conseguenza è che verrà emessa pronuncia d'appello nel merito, previa dichiarazione della nullità⁽⁹⁾. È pur vero, infatti, che la

(8) In questo senso, v., in generale, sul regime delle nullità assolute, MARTINETTO, *op. ult. cit.*, p. 1643. Diversamente orientata, come è noto, è la giurisprudenza che estende la regola dell'assorbimento dell'invalidazione nell'impugnazione, ritenendo che si formi il giudicato (interno) in mancanza di specifica impugnazione, anche nelle ipotesi di violazione del contraddittorio.

(9) Cfr., in questo senso, l'opinione prevalente rispetto alle nullità di cui all'art. 158, nullità alle quali si assimilano quelle per vizi non formali; cfr., fra gli altri, MARTINETTO, *op. cit.*, p. 1603 ss.

rimessione al giudice di primo grado è prevista dall'art. 354 per motivi prevalentemente attinenti al contraddittorio, ma le fattispecie ivi indicate sono tassative⁽¹⁰⁾, e quindi la norma stessa non può applicarsi alle ipotesi qui considerate.

Se le nullità di cui si tratta si verificano nel giudizio di appello, o in esso non sono state dichiarate, può farsi luogo all'impugnazione in Cassazione, ex art. 360 n. 4, norma questa che si riferisce a tutte le nullità, comprese quelle intervenute nel procedimento che precede l'emanazione della sentenza e in esso non sanate⁽¹¹⁾. Se si considera l'usuale classificazione dei vizi che si possono far valere in Cassazione, è chiaro che le nullità per violazione del contraddittorio costituiscono errori *in procedendo*, anche se colpiscono la decisione su determinati aspetti della stessa, in fatto o in diritto. Per quanto attiene alla decisione in diritto non si tratta di *error in iudicando*, rilevabile ex art. 360 n. 3, poiché l'invalidità non riguarda l'individuazione, l'interpretazione o l'applicazione della norma alla fattispecie concreta. Può accadere infatti, come si è più sopra rilevato, che la violazione del contraddittorio si riferisca a vari aspetti del giudizio di diritto, quali ad esempio l'individuazione della norma applicabile e la qualificazione giuridica del rapporto, ma essa non si traduce nella violazione o falsa applicazione della norma sostanziale. Invero, tale norma può essere violata dal giudice quando la garanzia del contraddittorio è stata integralmente attuata, così come può essere correttamente applicata anche quando tale garanzia sia stata violata nei modi che si sono in precedenza individuati. Ciò non dimostra, come è ovvio, che la violazione del contraddittorio non sia rilevante in assoluto, ma soltanto che non è rilevabile ex art. 360 n. 3, poiché non attiene all'applicazione della norma sostanziale alla fattispecie.

⁽¹⁰⁾ V., per tutti, ANDRIOLI, *Commento*, cit., vol. II, p. 478.

⁽¹¹⁾ Cfr., in generale, ANDRIOLI, *Diritto processuale, civile*, I, p. 863 e DENTI, *Nullità degli atti processuali civile in Noviss. Dig. It.*, vol. XI, Torino, 1968, p. 467 ss.

Analoghe considerazioni valgono allorché la violazione del contraddittorio riguardi il giudizio di fatto: essa può attenere, ad esempio, a determinati mezzi di prova, ma non si tratta comunque di vizio che riguarda il giudizio sul fatto⁽¹²⁾, bensì di vizio che riguarda il procedimento di formazione della decisione sul fatto.

Ciò consente di escludere che la nullità in esame possa farsi valere attraverso il solo modo con cui si fanno valere appunto in Cassazione i vizi del giudizio di fatto, ossia il rilievo dei vizi di motivazione ex art. 360 n. 5. Si può individuare un solo profilo sotto il quale le *conseguenze* della violazione del contraddittorio (non la violazione in sé considerata) potrebbero farsi valere per questa via: si tratta dell'ipotesi in cui il mancato contraddittorio abbia impedito alle parti di dedurre prove o produrre documenti o allegare fatti che avrebbero potuto risultare « decisivi », ossia che avrebbero certamente condotto ad una diversa decisione. In questo caso, infatti, la costante giurisprudenza riconduce alla norma dell'art. 360 n. 5, l'omesso esame di un fatto decisivo o l'omessa considerazione di una prova vertente su un fatto decisivo⁽¹³⁾. La soluzione, peraltro, è di dubbia applicazione rispetto al caso qui considerato, poiché essa riguarda in realtà l'omessa considerazione di fatti o di mezzo di prova acquisiti al processo, ma non già l'ipotesi in cui una nullità nel procedimento abbia impedito alla parte di allegare fatti o di dedurre prove.

3. Si può ritenere quindi che, in linea di principio, le nullità per violazione del contraddittorio costituiscano *errores in procedendo* rilevabili in Cassazione ex art. 360 n. 4; ci si può ora

(12) Giudizio che può essere erroneo anche in presenza del contraddittorio delle parti, mentre può essere, in ipotesi, corretto anche in assenza di contraddittorio.

(13) V., TARUFFO, anche per riferimenti, *La motivazione della sentenza civile*, cit., p. 545.

chiedere se esse comportino sempre la cassazione della sentenza invalida ovvero se possa in qualche caso evitarsi tale conseguenza. Poiché si tratta di errori *in procedendo* non sono ad essi riferibili, né il limite derivante dalla cosiddetta « causalità » dell'errore, che è tipico degli errori *in iudicando* ⁽¹⁴⁾, né il limite attinente alla « decisività » del punto, cui l'art. 360 n. 5 condiziona la censurabilità dei vizi della motivazione ⁽¹⁵⁾. Peraltro, il problema non sembra debba necessariamente risolversi nel senso della illimitata rilevabilità delle nullità di cui trattasi. Al riguardo, già Calamandrei aveva chiarito come il legislatore italiano del 1865 ⁽¹⁶⁾ nell'indicare tassativamente i motivi di ricorso in Cassazione per vizi *in procedendo*, avesse « presunto » la loro incidenza sulla sentenza, eliminando di conseguenza ogni possibilità di indagine caso per caso, circa la « causalità » del vizio di attività sulla decisione finale ⁽¹⁷⁾. L'esattezza di questo rilievo è confermata dalla dottrina e dalla giurisprudenza successive che, infatti, non condizionano la rilevabilità dei vizi *in procedendo* alla presenza di un nesso causale tra gli stessi e la decisione finale ⁽¹⁸⁾.

Che la nozione di « causalità » dell'errore non sia riferibile ai vizi derivanti da violazione del contraddittorio, non esclude tuttavia la necessità di una precisazione limitativa circa l'ambito della loro rilevabilità. Occorre, invero, considerare da un lato che si tratta di vizi non formali, per i quali non vale dunque la « presunzione di rilevanza » operata dal legislatore quando prevede la rilevabilità delle nullità formali, e dall'altro che la viola-

⁽¹⁴⁾ Sul concetto di errore causale, v., ANDRIOLI, *Commento*, cit., vol. II, p. 503; LIEBMAN, *Manuale*, cit., vol. II, p. 329, 342.

⁽¹⁵⁾ V., TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 526 ss.

⁽¹⁶⁾ Lo stesso rilievo vale tuttavia per il vigente codice.

⁽¹⁷⁾ V., ampiamente, CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Torino, 1920, vol. II, p. 253, 264 ss., ove distingue il diverso sistema della ZPO tedesca, che condiziona la rilevabilità dell'errore *in procedendo* alla sua causalità rispetto alla sentenza, ma perché non prevede una elencazione tassativa degli errori stessi rilevabili in sede di *Revision*.

⁽¹⁸⁾ V., ad es., LIEBMAN, *op. cit.*, vol. II, p. 331.

zione del contraddittorio, se deve comunque evitarsi, ha rilievo in sede di nullità della sentenza, soltanto in quanto si sia verificata su punti di fatto o di diritto che abbiano costituito fondamento della decisione.

Al riguardo, appare improprio parlare di nesso causale fra tali violazioni e la decisione giudiziale, poiché la lesione del contraddittorio non provoca di per sé, come più sopra si è accennato, un errore di giudizio; al di là del fatto che gli errori di giudizio sono autonomamente rilevabili nei limiti e nei modi loro propri, non sembra applicabile nella specie il criterio per cui il vizio è rilevabile qualora risulti che la decisione sarebbe stata diversa se esso non si fosse verificato. Invero, la violazione del contraddittorio rileva *ex se*, ossia in quanto costituisce lesione di una garanzia fondamentale propria delle parti, indipendentemente dalla circostanza se abbia o meno « causato » un vizio della decisione in fatto o in diritto.

Per contro, possono esservi violazioni del contraddittorio che *ex post*, avendo la concreta decisione come criterio di riferimento, possono tuttavia considerarsi non rilevanti ai fini della validità-nullità della sentenza. L'ipotesi di cui si tratta può aver luogo tutte le volte in cui non vi sia stato contraddittorio su un punto di fatto o di diritto della controversia, ma poi questo stesso punto non sia stato né rilevante, né determinante ai fini della decisione ⁽¹⁹⁾.

In definitiva, e in linea generale, si può ritenere che non tutte le violazioni del contraddittorio relative a qualsiasi elemento di fatto o di diritto della controversia comportano nullità

(19) Può accadere, ad esempio, che non vi sia stata la possibilità del contraddittorio su un'ipotesi di qualificazione giuridica del rapporto (prospettata dalle parti o dal giudice), ma ciò è irrilevante se la decisione si fonda su una diversa qualificazione giuridica (sottoposto invece a contraddittorio). Analogamente può accadere che non vi sia stato contraddittorio su una prova atipica che il giudice prende in considerazione, ma ciò è irrilevante se poi il giudice non ha utilizzato quella prova stessa in sede di accertamento dei fatti.

della sentenza rilevabile ex art. 360 n. 4, ma solo quelle che abbiamo effettivamente privato le parti della facoltà di difendersi rispetto ad elementi di fatto e di diritto rilevanti per la decisione. Tale valutazione va evidentemente compiuta *a posteriori*, ossia tenendo conto di ciò che il giudice ha effettivamente deciso, e degli elementi sui quali ha fondato la propria pronuncia. Se risulta che il punto non sottoposto a contraddittorio non è rilevante, il che si verifica qualora appaia che la decisione sarebbe stata esattamente la stessa se il giudice non avesse tenuto conto di quell'aspetto, è lecito concludere che la violazione del contraddittorio non comporta nullità della sentenza.

Si osservi che ciò non implica certamente la riduzione della nullità all'ambito delle sole questioni pregiudiziali (poiché l'accennato criterio investe, ad esempio, la qualificazione giuridica del rapporto, che non costituisce oggetto di questione pregiudiziale), né all'ambito dei soli fatti principali (poiché il criterio stesso riguarda, ad esempio, la prova di fatti secondari, se questi fatti hanno rappresentato la premessa per l'accertamento di un fatto principale). Più propriamente, si tratta invece di un criterio che fa capo alla *rilevanza* del punto deciso senza contraddittorio, rispetto alla decisione finale sulla domanda; tale rilevanza ha luogo se il punto di fatto e di diritto ha costituito una necessaria premessa e fondamento della decisione. Non rileva, d'altronde, che tale punto sia stato deciso erroneamente oppure correttamente, o che esso comporti o non, un errore di giudizio nella decisione sulla domanda. Ciò che è determinante è che la pronuncia si sia fondata su elementi di fatto o di diritto rispetto ai quali il giudice non poteva validamente esercitare il proprio potere decisorio, in mancanza della necessaria premessa costituita, appunto, dalla possibilità effettiva per le parti di difendersi al riguardo.

4. Il problema della garanzia del contraddittorio sugli elementi di fatto e di diritto destinati a costituire il fondamento

della decisione, può dunque trovare soluzioni soddisfacenti anche allo stato attuale della normativa processuale, ma a condizione che essa venga « integrata », alla luce del principio costituzionale del diritto di difesa, con una interpretazione ricostruttiva che muova da adeguate ricognizioni del problema e dalle implicazioni che esso può assumere sulla struttura del processo.

Tuttavia, si è avuto modo di osservare più volte come la normativa vigente non sia, per varie ragioni, adeguata all'importanza che il problema ha ormai assunto per l'attuazione della garanzia costituzionale della difesa. Una conseguenza di rilievo di tale grave carenza consiste in ciò, che qualunque tentativo di assicurare la realizzazione della garanzia sotto il profilo qui considerato rischia, al di là della sua intrinseca fondatezza, di rimanere « lettera morta » per mancanza di sufficiente supporto e fondamento normativo. A fronte di una prassi giurisprudenziale che ha completamente svuotato di significato una norma, di pur ridotta portata, come l'art. 183, 2° comma ⁽²⁰⁾, non vi è ragione di nutrire serie speranze che il problema possa venire risolto senza l'introduzione di norme nuove, e con i soli strumenti dell'ortopedia interpretativa. Onde la necessità di introdurre, nella generale riforma del codice di procedura civile, norme specifiche destinate a garantire l'attuazione del previo contraddittorio delle parti, superando il momento nettamente negativo segnato dal progetto ministeriale di legge delega del 1981 ⁽²¹⁾.

Si è già accennato, al riguardo, che il punto fondamentale non può che essere l'introduzione del dovere generale del giudice

⁽²⁰⁾ È ben nota la consolidata indifferenza della giurisprudenza verso gli aspetti del contraddittorio oggetto della presente indagine; in particolare, la giurisprudenza ha sempre escluso un'applicazione estensiva dell'art. 183, 2° comma, non ravvisando alcuna invalidità della sentenza nell'ipotesi di violazione del previo contraddittorio.

Cfr., le argomentazioni svolte nel primo capitolo, specialmente al § 4.

⁽²¹⁾ Nel testo dell'art. 8 approvato in sede governativa, l'originaria norma formulata dalla Commissione Liebman è venuta meno e il principio generale del contraddittorio viene riduttivamente inteso come coincidente con la regola della corrispondenza tra chiesto e pronunciato; cfr., i §§ 1 e segg. del I capitolo.

di garantire il contraddittorio preventivo delle parti, sull'esempio offerto dall'ordinamento di altri paesi e in particolare da norme come quelle dell'attuale art. 16 del codice francese⁽²²⁾.

L'esperienza comparatistica può essere significativa, del resto, sotto diversi aspetti. Un primo rilievo riguarda la circostanza che il previo contraddittorio è stato considerato requisito essenziale per la tutela delle parti, indipendentemente dalla presenza di norme costituzionali che prescrivono la garanzia della difesa.

Il caso della Francia è indicativo al riguardo; il problema si è posto in dottrina — pur in mancanza di norme costituzionali equivalenti al nostro art. 24 — semplicemente muovendo dal principio, non scritto, secondo cui la difesa delle parti richiede che la struttura del processo, ed il ruolo del giudice, debbano conformarsi in modo tale da evitare che le decisioni siano rese in violazione della regola del contraddittorio⁽²³⁾. Ancor prima della vicenda interpretativa dell'art. 16 del nuovo codice di procedura civile, si era d'altronde osservato che il nodo del problema consisteva esclusivamente nel « *savoir si le fait rétenu comme fondement de la décision a pu ou non être discuté* »⁽²⁴⁾. Si può osservare che, in sede di riforma, è emersa quindi una linea di tendenza già da tempo presente, sia pure con incertezze e contraddizioni, nella dottrina e nella giurisprudenza francese⁽²⁵⁾. Proprio queste incertezze hanno avuto riflesso nella vicenda interpretativa sopra accennata e danno spiegazioni di taluni aspetti della stessa, pur rimanendo sempre ferma la necessità di sottoporre gli elementi reali della decisione al previo contraddittorio

(22) Necessaria conseguenza è poi la predisposizione di adeguati meccanismi procedurali (invito alle parti per discussione, rinvio per consentire difese, ecc.) che nei vari gradi del giudizio costituiscano lo strumento operativo per l'attuazione del diritto delle parti all'effettivo contraddittorio preventivo.

Su ciò v., *infra*, § 6.

(23) V., le osservazioni e i rilievi contenuti negli scritti citati di MOTULSKY, alle note nn. 63 ss. del capitolo I°.

(24) NORMAND, *Le juge et le litige*, Paris, 1965, p. 217.

(25) Cfr., infatti, anche per riferimenti, NORMAND, *op. cit.*, p. 172 ss., p. 182.

delle parti; tale necessità costituiva da tempo « motivo » ricorrente in ordine alla configurazione delle modalità d'esercizio dei poteri decisorî del giudice. L'art. 16 non prospetta dunque per la prima volta il problema, poich , pi  semplicemente, ne costituisce esplicitamente la soluzione normativa. Nella sua finale definizione, tale soluzione appare del resto l'unica possibile e non si pu  negare che sia ben adeguata: da una lato, infatti, correttamente non si incide sull'esistenza dei poteri decisorî del giudice, ma solo sulle modalit  d'esercizio; d'altro lato, essendo evidente che il problema riguarda ipotesi in cui   lo stesso organo giudiziale a violare la garanzia della difesa delle parti, si estende allo stesso organo il dovere di osservare tale garanzia.

L'esperienza tedesca   forse meno articolata, come si   rilevato pi  sopra. Va sottolineato, tuttavia, che da tempo, nell'ordinamento tedesco, erano dominanti anche in giurisprudenza la cura e la preoccupazione dirette ad evitare « * berraschungsentscheidungen* » che avrebbero finito col violare le garanzie di difesa; anche in mancanza di strumenti normativi specificamente introdotti nella ZPO⁽²⁶⁾, si tendeva ugualmente a individuare un dovere del giudice di provocare il contraddittorio di parte sugli elementi rilevanti della decisione.

Vero   che l'esperienza francese e quella tedesca, bench  tra loro dissimili, sono entrambi rilevanti dal nostro angolo visuale. Esse riguardano infatti l'identico problema che si   posto anche nel nostro ordinamento e dimostrano come l'esercizio di poteri decisorî che non miri anche a rispettare la regola del contraddittorio, si traduce in decisioni invalide sul terreno delle garanzie fondamentali. Il dato distintivo della situazione italiana appare caratterizzato, almeno sino ad anni recenti, soltanto da una pi  accentuata inadeguatezza dell'ela-

(26) V., peraltro, ora sul § 278 ZPO i rilievi di GRUNKY, *L'accelerazione e la concentrazione del procedimento*, cit., p. 375.

borazione dottrinale, e dalla totale indifferenza della giurisprudenza.

È d'altronde evidente, a ben vedere, che il dovere del giudice di assicurare il contraddittorio di parte e la necessità di evitare decisioni a sorpresa sono semplicemente due modi diversi di affrontare uno stesso problema. Tali diversità si spiegano, nell'ordinamento francese e tedesco sia con diversità sul piano normativo⁽²⁷⁾, sia con la diversa evoluzione dottrinale e giurisprudenziale in ordine ai problemi della garanzia di difesa e del ruolo del giudice⁽²⁸⁾.

Dal punto di vista dal quale il problema si pone nel nostro ordinamento, si scorge facilmente la sostanziale omogeneità delle esperienze citate. Le soluzioni offerte dagli ordinamenti francesi e tedesco, infatti, sono rilevanti non soltanto perché si pongono quali esempi di più avanzata « maturazione » del problema, ma si profilano anche come possibili ipotesi di soluzioni *de iure condendo*, una volta che sia superata l'impostazione certamente regressiva, adottata nella versione ministeriale del 1981⁽²⁹⁾. Sot-

(27) Non sono mancati, in realtà, spunti che dimostrano elementi di omogeneità sia con l'impostazione francese che con quella tedesca: così, chi pone l'accento sulla necessità di configurare il dovere del giudice di far osservare il contraddittorio sembra porsi nella linea di tendenza che in Francia ha condotto all'introduzione dell'art. 16 (cfr., in questo senso, ad es., TARZIA, *Le principe du contradictoire dans la procédure civile italienne*, cit., p. 789 ss.); chi, invece, sottolinea la rilevanza dei problemi insiti nella prassi della cosiddetta « terza via di decisione » (cfr., ad es., TROCKER, *op. cit.*, p. 653 ss., 660 ss.), percepisce il problema in termini analoghi a quelli che caratterizzano il fenomeno nell'ordinamento tedesco.

(28) Ad es., l'*Aufklärungspflicht* esisteva in Germania, ma non in Francia; in Francia vige ora l'art. 16, ma la *Vereinfachungsnovelle* tedesca non ha avuto particolare rilevanza al riguardo, essendo orientata soprattutto alla semplificazione del processo e alla accelerazione del procedimento e non a riforme generali di struttura.

(29) V., al riguardo, i richiami delle note precedenti e di quelle del § 1 del primo capitolo.

Vi è chi ritiene comunque che, anche in mancanza di norme inserite nella legge di delega, sia possibile riaffermare il dovere del giudice di assicurare il contraddittorio delle parti, in sede di redazione del nuovo codice. Cfr., in tal senso, TARZIA, *Principi generali e processo di cognizione nel disegno di legge delega per il nuovo codice di procedura civile*, cit., p. 42.

to questo aspetto, il « modello francese » è senz'altro più interessante, anche perché è quello che ha dato luogo a soluzioni tecniche più puntuali; è agevole rilevare, d'altronde, come tali soluzioni sarebbero adattabili al nostro processo civile e rappresenterebbero adeguate prospettive di soluzione.

5. In una prospettiva *de iure condendo*, appare tuttavia problematica la definizione del reale ambito oggettivo rispetto al quale dovrebbe venire garantito il diritto al contraddittorio, quanto meno sotto il profilo dell'individuazione di ipotesi in cui dalla sua violazione derivi la nullità della sentenza.

Da un lato, infatti, è evidente come il contraddittorio debba essere *sempre* assicurato sugli elementi di fatto e di diritto idonei a costituire fondamento della decisione: se si avesse riguardo al contenuto del dovere del giudice, la soluzione potrebbe sembrare del tutto agevole, consistendo nella riaffermazione della regola per cui il giudice deve provocare il contraddittorio di parte ogni volta che individui un elemento potenzialmente rilevante per la decisione, e riscontri che su di esso le parti non hanno ancora svolto adeguate difese. Dall'altro lato, se, come più sopra si è accennato, si ha riguardo invece *ex post* alla sentenza concretamente pronunciata, può accadere che taluni punti risultino non rilevanti né determinanti in alcun modo ai fini della pronuncia, talché appare eccessivo ritenere che anche da essi possa derivare, nel caso di mancato contraddittorio, la nullità della sentenza.

Ciò premesso, e quanto all'individuazione dell'oggetto necessario del previo contraddittorio, si possono prospettare *de jure condendo*, fondamentalmente, almeno tre diverse soluzioni.

a) La prima, a suo tempo proposta da Denti in sede di interpretazione dell'art. 183, 2° comma, e ripresa dal progetto

Liebman⁽³⁰⁾, consiste nel configurare il dovere del giudice di provocare il contraddittorio delle parti — a pena di nullità — sulle questioni pregiudiziali rilevabili d'ufficio. Questa tesi ha senza dubbio il pregio della rigorosa precisione, poiché consente di individuare esattamente l'oggetto del necessario contraddittorio e, contemporaneamente, l'ipotesi in cui dalla sua violazione discende la nullità della sentenza. Essa appare tuttavia eccessivamente restrittiva poiché, come l'analisi svolta nei capitoli che precedono ha dimostrato, esclude dal campo di applicazione della garanzia numerose ipotesi che non integrano « questioni » in senso proprio, ma sulle quali peraltro il potere decisorio del giudice è idoneo a condizionare la decisione, e quindi non dovrebbe essere esercitato senza il limite del previo contraddittorio di parte.

b) La seconda soluzione, è sostanzialmente quella attuata nel nuovo codice di procedura civile francese, e prevede un dovere generale del giudice di garantire il contraddittorio, senza peraltro delimitarne in alcun modo l'oggetto e soprattutto senza disciplinare espressamente le conseguenze della sua violazione. La prospettiva di cui si tratta ha senza dubbio il vantaggio di essere incardinata su di una norma di principio di carattere generale, che suona come un'opportuna affermazione della garanzia della difesa e del ruolo del giudice, come necessario garante della sua effettiva attuazione. Essa, tuttavia, appare caratterizzata da una certa ambiguità nella sua reale portata applicativa, e una soluzione di questo tipo può, di volta in volta, apparire eccessiva o meramente fittizia a seconda di come si risolva l'ambiguità in sede di determinazione delle effettive conseguenze

(30) Come già osservato (cfr., § n. 1 del primo capitolo) il progetto conteneva infatti l'art. 8, relativo al dovere del giudice di provocare il contraddittorio anche sulle questioni rilevabili d'ufficio se la loro soluzione fosse stata idonea a definire, totalmente o parzialmente, il giudizio; era inoltre disposta una apposita disciplina circa le conseguenze dell'inosservanza di tale dovere.

derivanti dalla violazione della garanzia. Infatti, per un verso, se si intendesse rigorosamente la generalità del dovere del giudice, occorrerebbe concludere necessariamente che dalla sua violazione deriva *sempre* la nullità della sentenza: tutto ciò appare eccessivo se si considera che tale violazione può in ipotesi aver luogo su elementi della controversia che poi non risultano rilevanti ai fini della pronuncia che in concreto il giudice emette. All'opposto, non si può neanche escludere il pericolo che il generico dovere del giudice venga inteso come non sanzionato da alcuna nullità della decisione (magari alla scopo di evitare conseguenze eccessive), e con ciò la portata precettiva della norma verrebbe completamente svuotata; né vi sarebbe, in definitiva, alcuna ragionevole possibilità di garantire che il contraddittorio venga realmente attuato, almeno nelle fattispecie in cui invece appare necessario.

c) Si perviene così a configurare una possibile terza soluzione, tale da evitare gli inconvenienti delle due sopra esaminate. Essa potrebbe consistere nel disciplinare, con disposizioni diverse, direttamente ma separatamente, sia il dovere del giudice di garantire il previo contraddittorio delle parti, sia le conseguenze che dalla sua violazione deriverebbero circa l'invalidità della decisione ⁽³¹⁾.

Sul primo punto, non sembra dubbio che si debba riaffermare il dovere generale del giudice di provocare il contraddittorio sugli elementi di fatto e diritto che egli assuma come rilevanti ai fini della decisione. Al riguardo l'analisi svolta più sopra può risultare significativa per indicare, quanto meno, le principali fattispecie rispetto alle quali tale dovere andrebbe adempiuto.

(31) La dottrina francese ha peraltro osservato che la previsione della nullità, in questo caso, avrebbe essenzialmente un valore comminatorio, poiché lo scopo principale è quello di far sì che il contraddittorio venga attuato *prima della decisione*: Cfr., GENI-MERIC, *Le principe du contradictoire à la lumière du nouveau code de procédure civile français*, in *Acta Universitatis Lodziensis-Folia Juridica*, 12, *Procédure Civile*, Lodz, 1983, p. 59.

Il secondo punto (riguardante gli effetti della violazione del contraddittorio e quindi l'invalidità della sentenza) andrebbe invece disciplinato tenendo presente, per così dire, non già la « previsione » della sentenza, ma la pronuncia concretamente emessa, individuandone la nullità qualora risulti che le parti non abbiano avuto possibilità di difesa preventiva rispetto a tutti quei punti di fatto o di diritto che abbiano costituito premesse rilevanti della decisione. In tal modo si eviterebbe la sanzione della nullità in ipotesi di violazione del contraddittorio che, riguardando elementi che in concreto non hanno influito sulla pronuncia, non possono considerarsi rilevanti; si applicherebbe invece tale sanzione in tutte le fattispecie in cui la violazione del contraddittorio ha effettivamente inciso sulla garanzia della difesa, poiché ha impedito alle parti di difendersi rispetto agli elementi costituenti il reale fondamento della decisione. È chiaro poi che i campi di applicazione delle due diverse disposizioni potrebbero coincidere, e ciò nell'ipotesi in cui le « previsioni » del giudice si rivelino esatte, e quindi coincidenti con l'effettivo contenuto che la sentenza viene ad assumere. Esse potrebbero tuttavia divergere, ma in tal caso, mentre non è di alcun danno che il giudice provochi *ex ante* il contraddittorio su elementi che in sede di decisione potrà poi ritenere irrilevanti, si esclude comunque possa aver luogo una valida decisione fondata invece su elementi sottratti al contraddittorio delle parti stesse.

6. Occorre da ultimo considerare che norme siffatte non esaurirebbero interamente la soluzione del problema.

Si tratta, infatti, di elaborare un idoneo meccanismo processuale, diretto all'attuazione del principio del previo contraddittorio. Esso, peraltro, potrebbero profilarsi in modo assai semplice; infatti, in qualsiasi fase del processo, nel momento in cui il giudice dovesse individuare elementi rilevanti per la decisione, constatando che sugli stessi le parti non hanno svolto difese, dovrebbe indicarli, invitando le parti a svolgere al riguardo le

rispettive deduzioni⁽³²⁾. Nell'ipotesi di elementi di diritto, le difese potrebbero limitarsi a discussioni orali sul punto, in una udienza eventualmente successiva a quella in cui il giudice abbia invitato al contraddittorio. Nel caso i cui emergessero elementi di fatto non discussi o trascurati dalle parti, potrebbe ugualmente essere sufficiente la discussione, ma potrebbero anche prospettarsi opportunità di deduzioni probatorie. Anche in questo caso, peraltro, lo strumento processuale dovrebbe consistere in un breve differimento dell'udienza, per poi procedere all'eventuale ammissione della prova e all'assunzione della stessa come dedotta⁽³³⁾. Del resto, il « meccanismo » di cui si tratta, non si tradurrebbe in uno strumento di mero differimento e ritardo nello svolgimento del processo e potrebbe anche non avere una concreta attuazione; infatti, la garanzia della difesa sarebbe ugualmente assicurata qualora le parti accettassero di discutere immediatamente i punti indicati dal giudice ovvero dichiarassero di rinunciare a discuterli o di rinunciare a svolgere le deduzioni al riguardo⁽³⁴⁾.

(32) L'art. 442 del codice di procedura civile francese prevede che il presidente e gli altri giudici possano invitare le parti a fornire le spiegazioni di fatto o di diritto che ritengono necessarie, e a chiarire ciò che appare confuso; secondo l'art. 444 il presidente deve disporre necessariamente la riapertura della discussione qualora le parti non siano state in grado di fornire in contraddittorio le spiegazioni loro richieste.

Si tratta di norme generiche, ma che forniscono lo strumento attraverso cui il giudice può provocare il contraddittorio.

(33) In entrambe le ipotesi il giudice potrebbe poi disporre utilmente la comparizione personale delle parti, al fine dell'interrogatorio libero, e per chiarire i punti che gli sembrano rilevanti per la decisione, non oggetto di precedente contraddittorio.

Occorre d'altronde sottolineare come, al fine di assicurare un effettivo contraddittorio, è probabilmente impossibile ricostruire una tipologia normativa che si presenti al contempo adeguata ed esauriente. Infatti, non sembra possibile indicare e specificare in modo analitico e preventivamente, tutte le ipotesi alle quali il giudice dovrebbe provocare il contraddittorio di parte.

(34) È evidente, invero, che per la validità della decisione sotto il profilo della garanzia della difesa, non occorre che le parti si siano effettivamente difese, essendo sufficiente che esse abbiano avuto la possibilità di farlo.

Norme di questo tipo dovrebbero valere per ogni grado del giudizio, poiché in ogni fase e grado del procedimento si può evidentemente porre il problema del contraddittorio rispetto ai poteri decisori del giudice. Ciò appare evidente per l'appello, dovendosi richiamare tutte le considerazioni finora svolte, in modo non diverso da quanto accade per il primo grado, ma gli stessi rilievi valgono senza dubbio anche per il giudizio di cassazione, anche se in tali ipotesi il problema non riguarda gli elementi di fatto della decisione. Basta ricordare infatti che anche la Corte di Cassazione ha il potere autonomo di sollevare questioni rilevabili d'ufficio, di individuare la norma applicabile (anche tenendo conto dello *ius superveniens*), e di qualificare giuridicamente la fattispecie controversa. In Cassazione, malgrado la tipicità dei motivi di ricorso ed i limiti propri del sindacato che la Corte svolge, l'esigenza di attuazione del contraddittorio non è quindi minore di quanto abbia luogo nei gradi di merito ⁽³⁵⁾.

(35) Il solo problema riguarderebbe le modalità di svolgimento del processo di cassazione che, ex art. 379 cod. proc. civ., si esaurisce con la discussione in udienza.

Peraltro, non sembra si pongano particolari incertezze nel configurare una sospensione dell'udienza o comunque la segnalazione alle parti di punti da sottoporre a discussione, qualora risulti che la pronuncia è destinata ad essere emessa e fondata su punti di diritto diversi da quelli discussi dalle parti o su questioni rilevabili d'ufficio.

VITTORIO PARLATO

IL VICARIATO DI TESSALONICA (IV-VII SEC.) (*)

(*) *Questo articolo è destinato agli « Scritti in onore di Pietro Gismondi ».*



SOMMARIO: 1. Costituzione del vicariato nel IV secolo. — 2. Natura dei poteri attribuiti al vicario. — 3. Parallelismo scritturistico dei poteri del vicario. — 4. Contenuto dei poteri e prerogative vicariali. — 5. Permanenza della funzione vicaria legata al 'vinculum communionis' con Roma. — 6. Confronto con il vicariato di Arles.

1. L'Illirico, comprendente le diocesi civili della Macedonia e della Dacia, durante il quarto secolo, fece parte della Prefettura d'Italia, prima di essere unito, nel 379, all'Impero d'Oriente.

L'aver appartenuto, politicamente, all'Occidente, proprio nel periodo in cui si istituzionalizzava l'organizzazione ultradiocesana della Chiesa, legata, in larga misura, alla ripartizione territoriale civile, fa sì che l'Illirico dipenda ecclesiasticamente dal patriarcato romano ⁽¹⁾. Questa dipendenza si protrarrà anche nei secoli successivi, e i pontefici, sia per impedire che quella regione si orientasse verso Costantinopoli, sia per mantenervi la loro giurisdizione patriarcale, conferiscono speciali poteri al vescovo di Tessalonica, città capo-luogo della diocesi civile della Macedonia prima e, poi, della nuova prefettura dell'Illirico, parte dell'Impero d'Oriente ⁽²⁾.

La creazione di una giurisdizione ultra-metropolitana, vicaria di Roma, nell'intento dei papi, doveva rispondere a due finalità: onorare e promuovere ecclesiasticamente Tessalonica per avvicinarla a Costantinopoli, che proprio in quegli anni cercava di realizzare la sua posizione primaziale, in modo da far sentire i

⁽¹⁾ *Storia della Chiesa dalle origini fino ai nostri giorni*, a cura di A. FLICHE e V. MARTIN, versione it. diretta da A. P. FRUTAZ, vol. IV, Torino 1972, p. 197 s. e 306 s.

⁽²⁾ J. GAUDEMET, *L'Eglise dans l'empire romaine, IV et V siècle*, Paris 1958, p. 403 ss.

vescovi di Tessalonica pari, se non superiori, a quelli di Costantinopoli, e quindi meglio resistere alle tentazioni e inviti di soggiacere alla loro sfera d'influenza e di potere⁽³⁾, e dall'altra costituire una giurisdizione ultrametropolitana in un territorio troppo lontano da Roma per essere governato direttamente; una giurisdizione che però avesse le caratteristiche di precarietà e di specifica subordinazione ai papi.

Il vicario aveva necessità dell'appoggio pontificio per difendere l'influenza romana in quelle zone rivendicate dalla cattedra constantinopolitana. Una costituzione imperiale di Teodosio II⁽⁴⁾ poneva l'Illirico sotto la suprema giurisdizione del vescovo di Costantinopoli; solo l'intervento dell'imperatore d'Occidente Onorio, sollecitato da papa Bonifacio, sospese per qualche tempo la normativa imperiale⁽⁵⁾. Roma e Tessalonica così si aiutavano reciprocamente. Dalle numerose lettere pontificie del quinto e sesto secolo, a noi pervenute⁽⁶⁾, possiamo esaminare la natura e il contenuto di questi poteri e porli in relazione con analoghe e più limitate prerogative riconosciute o attribuite alla sede di Arles, posta a capo delle chiese della Gallia.

(3) *Cod. theod.*, XVI, II, 45 (a. 421); *Storia cit.*, n. 370, p. 320.

(4) *Storia cit.*, vol. V, Torino 1971, p. 108, n. 46; secondo la normativa vigente le questioni relative all'Illirico dovevano essere o risolte in loco dal vicario di Tessalonica o portate al papa. Sembra che nel 437 qualche vescovo dell'Illirico abbia tentato di eludere questa regola rivolgendosi direttamente a Costantinopoli. Papa Sisto III invia una lettera a Proclo vescovo di Costantinopoli intimandogli di considerare ribelli i vescovi illirici che si rivolgono a lui senza autorizzazione. Nonostante la lettera la prassi tuttavia continuò (*Storia cit.*, vol. IV, n. 272, p. 259); sotto Giustiniano il patriarca Epifanio fece un altro tentativo per porre l'Illirico sotto la sua autorità accogliendo il ricorso di due vescovi greci contro l'elezione di Stefano a vescovo di Larissa in Tessaglia. Stefano fece ricorso a papa Bonifacio che in un concilio a ciò indetto fece leggere i decreti romani sulla giurisdizione del vicario in Illirico di cui la Tessaglia faceva parte (*Storia cit.*, IV, n. 809, p. 676).

(5) Ci è pervenuto il rescritto imperiale di Teodosio ad Onorio, riportato anche in *Acta Romanorum Pontificum a S. Clemente I ad Coelestinum III* (P. Commissio ad redigendum codicem iuris canonici orientalis, Fontes, series III, vol. I), Typis Polyglottis Vaticanis 1943, p. 834-835.

(6) Negli *Acta Romanorum Pontificum cit.*, contenente le lettere dei papi ai vescovi orientali dal 90 al 1198 troviamo 35 lettere in tutto dalla fine del IV alla metà del VII sec. relative al vicariato Illirico.

2. La natura di poteri precari e subordinati è evidentissima nelle lettere pontificie. Non si tratta di poteri e privilegi connessi ad una sede, sia essa legata in modo particolare alla predicazione petrina, all'importanza civile della città sede episcopale, né alla presenza per un certo tempo in quella cattedra di autorevolissimi vescovi come nel caso di Cartagine, retta da S. Cipriano ⁽⁷⁾.

La potestà vicaria del vescovo di Tessalonica dipende unicamente, in linea di diritto, dalla volontà del romano pontefice; essa è concessa alle singole persone dei vescovi e deve essere rinnovata per ciascun nuovo vescovo e da ciascun nuovo papa.

In una prima lettera (fine del IV sec.) papa Siricio conferisce alcuni poteri ad Anisio, vescovo di Tessalonica ⁽⁸⁾; nel 402 papa Innocenzo glieli rinnova scrivendo che condivide la scelta di lui come vicario, scelta fatta dai suoi venerati predecessori i papi Damaso e Siricio ⁽⁹⁾.

In una successiva lettera a Rufo, nuovo vescovo di Tessalonica, papa Innocenzo scrive che è per ispirazione divina ⁽¹⁰⁾ che egli affida la *sollicitudo* e la risoluzione delle controversie nelle chiese della Tessaglia, Acacia, Epiro, Creta, Dacia, Prevalia e Dardania confermando e precisando quei poteri che i papi precedenti ⁽¹¹⁾ avevano attribuito ad Acolio e Anisio.

Papa Bonifacio, nel 419 ⁽¹²⁾, giustifica i poteri conferiti col fatto che già i precedenti pontefici avevano affidato a Rufo la

⁽⁷⁾ GAUDEMET, *op. cit.*, p. 396 ss.

⁽⁸⁾ In *Acta cit.*, n. 23, p. 78, circa i poteri di controllo sulla nomina dei vescovi si legge: « nulli licentia esset sine consensu tuo in Illirico episcopos ordinare praesumere ».

⁽⁹⁾ In *Acta cit.*, n. 26, p. 85.

⁽¹⁰⁾ In *Acta cit.*, n. 39, p. 103.

⁽¹¹⁾ « Arripe itaque, dilectissime frater, nostra vice per suprascriptas Ecclesias, salvo eorum primatu, curam, et inter ipsos primates primus, quidquid eos ad nos necesse fuerit mittere, non sine tuo postulent arbitratu. Ita enim aut per tuam experientiam quid quid illud est finietur, aut tuo consilio ad non usque proveniendum esse mandamus », in *Acta cit.*, n. 39, p. 108.

⁽¹²⁾ In *Acta cit.*, n. 45, p. 115 s. e n. 48, p. 122 s.

sollicitudo per le chiese situate nella Macedonia ed in Acaia. Le stesse motivazioni si trovano anche in una lettera di papa Leone, del 444⁽¹³⁾, ai vescovi dell'Illirico, in cui si precisa, inoltre, che l'obbedienza e la subordinazione non sono dovute al vescovo di Tessalonica in quanto tale, ma a lui come *vicarius papae*⁽¹⁴⁾.

Come accennavo prima, la scelta del vescovo di Tessalonica, come vicario per l'Illirico, non vuol trovare giustificazione né nell'importanza religiosa di quella sede episcopale, né nel ruolo civile di quella città capoluogo della prefettura dell'Illirico: i papi non accennano ad altro se non alla loro scelta discrezionale.

Sul piano religioso, invero, la sede episcopale di Tessalonica è di fondazione apostolica⁽¹⁵⁾ e la chiesa tessalonicense è una di quelle cui S. Paolo indirizza le sue epistole; non solo, ma dalla seconda lettera ai Corinti apprendiamo che le lettere inviate ai vescovi delle città più importanti dovevano, poi essere inviate alle altre comunità della provincia⁽¹⁶⁾, da cui si desume, implicitamente, un ruolo preminente di Tessalonica già nel primo secolo.

I papi pur attribuendo il vicariato al vescovo di Tessalonica e non alla sede per meglio sottolineare il disconoscimento del ruolo civile della città, nella realtà lo accettano. Quando Giustiniano, nel 535, volendo attribuire maggiore importanza a Skupi, sua città natale (che ricevette il nome di *Iustiniana Prima*), vi trasportò il prefetto dell'Illirico ed elevò il suo vescovo alla dignità di arcivescovo con giurisdizione sulla diocesi civile della Dacia, chiese al papa di conferire al novello arcivescovo la « vicaria »; la richiesta fu prontamente accolta⁽¹⁷⁾.

(13) In *Acta* cit., n. 70, p. 181 ss.

(14) « Non enim tam illi [vicario] obtemperabitur quam nobis [papae], qui hoc illi pro nostra sollicitudine per illas provincias cognoscitur commisse. In *Acta* cit., n. 70, p. 182.

(15) F. DVORNIK, *Byzance et la primauté romaine*, Paris 1964, p. 25.

(16) DVORNIK, *op. cit.*, p. 24.

(17) *Storia* cit., vol. IV, n. 809, p. 676; Nov. XI e Nov. CXXXI.

Il carattere non strettamente personale della « vicaria » risulta, anche dal fatto che, al tempo dello scisma monotelita, quando i papi tolgono la 'communio' al vescovo tessalonicense, non affidano il vicariato ad altri⁽¹⁸⁾.

Completamente diversa è la giustificazione per i poteri vicari di Arles; alcuni vescovi (quelli di Marsiglia, di Vienne e di Arles) rivendicavano una primazia in Gallia; Arles nel quinto secolo era il centro amministrativo imperiale per la Gallia; nel 417 papa Zosimo istituisce la « vicaria » in favore del vescovo arlesiano, in quanto successore di un leggendario Trofino inviato dallo stesso S. Pietro a fondare la chiesa di Arles. Si presenta una giustificazione religiosa, sia pure leggendaria, diciamo noi oggi, ma allora probabilmente creduta vera, per legittimare la scelta dovuta al ruolo civile della città.

È la stessa motivazione che Roma utilizza per giustificare l'ufficio primaziale di Alessandria d'Egitto; lì la chiesa è stata fondata da S. Marco, inviato in Egitto dallo stesso S. Pietro e quindi è come se Alessandria fosse un'emanazione della sede romana e, come Antiochia, è sede petrina, perché fondata e presieduta o fatta fondare, dall'apostolo Pietro⁽¹⁹⁾.

3. Degna di rilievo è invece l'asserzione fatta nella succitata lettera di papa Innocenzo a Rufo del 417⁽²⁰⁾. Dopo aver sottolineato che dalla sacra Scrittura si ricava che come il Signore affidò a Mosè ogni potere per reggere Israele, così Cristo affidò agli apostoli il compito di curare ed affrontare ogni questione ed ogni urgente necessità nella chiesa; come in virtù di questo potere supremo S. Paolo incaricò Tito di curare la vita eccle-

(18) In *Acta* cit., n. 298, p. 555, n. 206, p. 405; n. 208, p. 407; n. 300, p. 561 ss.

(19) GAUDEMET, *op. cit.*, p. 400; DVORNIK, *op. cit.*, p. 37; sulle sedi petrine cfr. V. PARLATO, *L'ufficio patriarcale nelle chiese orientali dal IV al X secolo. Contributo allo studio della 'Communio'*, Padova 1969, p. 46 ss. e bibl. ivi cit.

(20) In *Acta* cit., n. 39, p. 107.

siale in Creta e Timoteo in Asia⁽²¹⁾, così i papi hanno affidato la « vicaria » sull'Illirico ai vescovi di Tessalonica e a Rufo in particolare⁽²²⁾. È la prima volta che si ricollega un potere ultrametropolitano ad un fatto scritturistico.

4. Nella lettera di papa Sirico alla fine del IV secolo si stabilisce che non possono essere ordinati nuovi vescovi nell'Illirico senza il consenso del vescovo di Tessalonica⁽²³⁾; Gaudemet⁽²⁴⁾ vede in questo un riconoscimento di un diritto analogo a quello posseduto da Alessandria per l'Egitto e da Roma per l'Italia suburbicaria⁽²⁵⁾. Papa Innocenzo, nel 411, nell'elencare le prerogative del vicario non parla più delle elezioni episcopali, ma individua altri e più significativi poteri: controllo sui rapporti tra i singoli vescovi e Roma con la conseguenza che nessuna questione potrà essere portata dinanzi al papa senza essere munita del parere del vicario; competenza a stabilire, secondo il diritto della chiesa romana, le norme da applicare nei singoli casi; benché ogni provincia abbia il suo metropolita, il vescovo di Tessalonica, in virtù del suo speciale primato, può riunire concili, giudicare egli stesso le liti o rimetterle a Roma⁽²⁶⁾. Questi ultimi punti sono ribaditi da papa Sisto nel 436, in una lettera ai vescovi dell'Illiria. Spetta al vicario giudicare e risolvere i dissidi interni sorti in quelle chiese, a lui sia riferito quanto

(21) Di recente è stato ripreso il tema dei particolari poteri 'sopraepiscopali' conferiti a Tito e Timoteo per sostenere che gli Apostoli stessi hanno trasmesso poteri diversi (maggiori o minori) ai loro successori. Cfr. O. KÉRAMÉ, *Les chaires apostoliques et le rôle des patriarchats dans l'Eglise*, in *L'Episcopat et l'Eglise universelle*, Paris 1962, p. 269.

(22) Già altre volte, nelle lettere dei papi, si accenna alla speciale posizione di Antiochia e di Alessandria (in *Acta* cit. n. 8, p. 60, lettera di Papa Giulio, a. 341; n. 18, p. 75, decreto di Gelasio, a. 382; n. 36, p. 103, lettera di papa Innocenzo, a. 415).

(23) In *Acta* cit., n. 23, p. 81.

(24) GAUDEMET, *op. cit.*, p. 404.

(25) Sui poteri dei metropolitani e dei patriarchi in ordine alle consacrazioni episcopali, cfr. PARLATO, *L'ufficio* cit., p. 84 ss.

(26) In *Acta* cit., n. 39, pp. 107-108.

esposto dai singoli sacerdoti; il vicario dovrà fare una relazione relativa ad ogni concilio tenuto e la S. Sede approverà gli atti conciliari tenendo presente la relazione⁽²⁷⁾.

Un'ulteriore precisazione sui poteri dei metropolitani relativi alle ordinazioni dei vescovi suffraganei si riscontra in un'altra lettera di papa Sisto⁽²⁸⁾. I metropolitani hanno sì il diritto di ordinare i vescovi soggetti nella propria provincia, ma se sorgono controversie o perplessità si sospenda l'ordinazione fino alla decisione della sede romana, rappresentata dal vescovo di Tessalonica.

Il controllo sulla nomina dei vescovi è un tipico potere riservato al vescovo 'superiori', così secondo la normativa allora vigente, specialmente in Oriente nel primo millennio il metropolita controlla le ordinazioni dei propri suffraganei, il patriarca quella dei suoi metropolitani.

Il vicario di Tessalonica non solo doveva difendersi dalle pretese dei vescovi di Costantinopoli, ma anche imporsi sui metropolitani illirici, i quali consacravano da sé i propri vescovi suffraganei e non partecipavano, a volte, ai concili indetti da lui⁽²⁹⁾.

(27) In *Acta* cit., n. 67, p. 174.

(28) In *Acta* cit., n. 66, p. 173. s.

(29) GAUBEMET, *op. cit.*, p. 407. Tra il 435 e il 518 furono tenuti a Tessalonica quattro concili, nel primo, tra il 435 e il 437, l'occasione era stata il tentativo del vescovo di Corinto Porigene di non sottostare al vescovo di Tessalonica come 'vicarius papae'; quest'ultimo inviò una lettera a Porigene per riaffermare la sua autorità, una parte della lettera stessa venne inviata, poi, a tutti i vescovi illirici, costoro si radunarono in Concilio a Tessalonica; anche papa Siricio inviò una lettera al concilio richiamando i vescovi, e Porigene in particolare, all'obbedienza. Si ha notizia di un altro concilio tenuto nel 451 allo scopo di ricondurre alla fede ortodossa gli eutichiani o monofisiti. Un concilio presieduto da Eudossio di Tessalonica fu tenuto nel 457 per ribadire la fede calcedoniana e recepire i canoni del Concilio di Calcedonia. L'ultimo concilio è del 518, celebrato per riconfermare l'accettazione della fede stabilita a Calcedonia non poté operare per l'incendio dell'edificio, in cui era riunito, ad opera dei dissidenti; cfr. *Dizionario dei concili*, V, Roma 1966, pp. 300-301. E da segnalare che nel 515 vescovi dell'Illirico e della Grecia si riunirono in una località imprecisata; costoro precisata per iscritto la loro fede ortodossa, si separarono dal proprio

Papa Leone, nel ribadire le prerogative godute dal suo vicario, raccomanda molta moderazione nell'esercizio della potestà vicaria; i metropolitani consacrino pure i loro vescovi, ma richiedano il preventivo assenso del vicario sulla scelta.

Il vicario non dovrà permettere — scrive papa Leone I⁽³⁰⁾ — che si ordinino vescovi per favori personali, per ambizione né per simonia. L'assenso del vicario per l'ordinazione è necessario e chi è stato consacrato vescovo senza tale assenso sappia che Roma lo considera in una posizione precaria « nullam sibi apud nos status sui esse noverit firmitatem », e che coloro i quali si sono arrogati questo potere dovranno render conto della loro usurpazione. Vescovi e metropolitani devono ubbidire alle decisioni del romano pontefice e del suo vicario⁽³¹⁾.

In più occasioni papa Leone ribadisce l'obbligatorietà delle disposizioni della sede romana in forza delle quali le chiese dell'Illirico sono soggette al vescovo di Tessalonica per la soluzione delle cause di maggiore importanza, e se queste non possono essere risolte dal vicario si deve ricorrere a Roma: « Si qua vero de causa maior evenerit, quae a tua fraternitate illic praesidente non potuerit definiri, relatio tua missa nos consulat, ut revelante Domino, cuius misericordia profiteamur esse quod sumus, quod ipse nobis aspiraverit rescribamus, ut cognitioni nostrae pro traditione veteris instituti et Apostolicae Sedis reverentia nostro examini vindicemus »⁽³²⁾.

In sostanza il vescovo di Tessalonica partecipa della 'sollicitudo' del papa, ma non della sua piena potestà⁽³³⁾.

metropolita Timoteo di Tessalonica, fedele all'imperatore Anastasio I seguace dell'eresia monofisita.

Cfr. *Dizionario dei Concili*, vol. II, Roma 1964, p. 179. Cfr. *infra* nota 45.

⁽³⁰⁾ In *Acta* cit., n. 69, p. 178 ss.

⁽³¹⁾ In *Acta*, cit., n. 69, p. 180.

⁽³²⁾ In *Acta*, cit., n. 69, p. 180.

⁽³³⁾ « Vices enim nostras [papae] ita tuae credimus caritati, ut in partem sis vocatus sollicitudinis, non in plenitudinem potestatis », in *Acta* cit., n. 74, p. 190.

Quando Giustiniano promuove al rango di capoluogo la sua città natale chiamandola Iustiniana Prima ed invita il papa a trasferire al vescovo di quella città il vicariato per l'Illirico la sede romana acconsente e dalle lettere possiamo rilevare che il nuovo vicario ha gli stessi poteri di quello di Tessalonica.

Ci sono pervenute quattro lettere di papa Gregorio Magno, tre rivolte al vescovo di *Iustiniana Prima* ed una ai vescovi della regione relative alla funzione vicaria. « Pallium — scrive papa Gregorio ⁽³⁴⁾ — vero ex more transmisimus et vices vos circa subiectos debeatis exhibere placabiles, ut rectitudinem vestram diligere provocentur potius quam timere ». Il vicario dovrà guidare e correggere la vita ecclesiale con affetto paterno ⁽³⁵⁾, con l'esempio, con la bontà, con la prudenza, ma deve anche porsi a tutela dell'ordinata attività pastorale, deve essere giusto, non condannare alcuno arbitrariamente, impedire il furto o la dilapidazione dei beni ecclesiastici ⁽³⁶⁾. Anche nella lettera ai vescovi dell'Illirico il papa pone l'accento sul ruolo pastorale dell'azione del vicario ed aggiunge che debbono obbedire alle disposizioni di lui che riguardano l'ordinamento ecclesiastico e la disciplina a meno che non contrastino con le norme canoniche ⁽³⁷⁾.

Va sottolineata la formula con cui papa Gregorio riconosce Giovanni come vescovo di *Iustiniana Prima*; scrivendo ai vescovi elettori afferma: « Quia ergo ex epistolis... in persona Iohannis fratris et coepiscopi nostri consensum omnium vestrum et serenissimi principis convenisse cognovimus voluntatem, magna nos exultatio habuit, talem Deo auctore ad sacerdotii officium fuisse provectum... Proinde iuxta postulationis vestrae desiderium praedictum fratrem et coepiscopum nostrum in eo quo est sacerdotii ordine constitutus nostri assensus auctoritate firmamus ra-

⁽³⁴⁾ Indirizzata al vescovo di Iustiniana Prima, in *Acta* cit., n. 247, p. 466.

⁽³⁵⁾ In *Acta* cit., n. 247, p. 466.

⁽³⁶⁾ In *Acta* cit., n. 247, p. 467.

⁽³⁷⁾ In *Acta* cit., n. 246, p. 465.

tamque nos eius consecrationem habere dirigentes pallium indicamus » (³⁸).

Nella prima parte di essa il papa prende atto dell'assunzione all'episcopato di Giovanni, su cui si è riversata la scelta dei vescovi comprovinciali e dell'imperatore; nella seconda, su richiesta dei vescovi elettori « firmat » e « ratam habet » la di lui consacrazione episcopale inviandogli il pallio. I verbi « firmare » e « ratum habere » vanno intesi nel senso di rendere più stabile quella nomina perché riconosciuta da Roma, non nel significato di atto posteriore necessario, che si aggiunge alla designazione dei vescovi elettori, al fine di rendere giuridicamente valida la nomina stessa (³⁹) e neppure nel significato (chiamato *confirmatio accidentalis*) di corroborare l'atto confermato rendendolo irrevocabile e definitivo (⁴⁰).

La conferma nella lettera succitata, a parer mio, opera su di un piano di fatto e dà stabilità all'avvenuta nomina episcopale nella misura in cui l'autorità di Roma è sentita come condizionante nei rapporti interecclesiali; direi che la stabilità data in questa lettera è avvicinabile alla non stabilità che Roma riferisce ai vescovi ordinati senza l'autorizzazione del Vicario « nullam sibi apud nos status sui esse noverit firmitatem », già evidenziato sopra (⁴¹).

Del resto non troviamo in alcun'altra lettera il tema della conferma pontificia alle nomine dei vescovi di Tessalonica; al

(³⁸) In *Acta* cit., n. 246, p. 465.

(³⁹) Secondo la moderna dottrina *confirmatio essentialis* si ha nel caso in cui sia necessario l'intervento del papa perché un determinato atto possa dirsi formato o possa ottenere il risultato cui mirava; in questo caso gli effetti degli atti confermati, almeno da un punto di vista giuridico, devono essere ricollegati all'autorità ed alla volontà del romano pontefice. Cfr. V. PARLATO, *La 'conferma' pontificia alle deliberazioni del concilio di Calcedonia*, in *Studi Urbinati*, 1975-76, p. 113 s e bibl. ivi cit.

(⁴⁰) Si ha invece *confirmatio accidentalis* quando viene data dal pontefice senza che sia preordinata *ad necessitatem*, essa ha come fine quello di corroborare l'atto confermato rendendolo irrevocabile e definitivo. cfr., PARLATO, *La 'conferma'*, cit., p. 114 e bibl. ivi cit.

(⁴¹) In *Acta* cit., n. 69, p. 180.

contrario in una lettera di papa Gelasio I (di un secolo precedente) indirizzata ai vescovi dell'Illirico si legge che per antica consuetudine i vescovi suffraganei venivano scelti con il consenso del metropolita, ed il metropolita dai vescovi comprovinciali ⁽⁴²⁾. Nella lettera a Giovanni immediatamente posteriore a quella indirizzata ai vescovi elettori papa Gregorio poi non parla di conferma, ma si limita a dire a proposito: « Quibus non quoque in persona fraternitatis tuae per omnia consentimus; atque omnipotentem Dominum deprecamur, ut caritatem vestram sicut sua gratia elegit, ita in omnibus sua protectione custodiat » ⁽⁴³⁾.

5. Come risulta la funzione del vicario deve sempre essere improntata alla custodia dell'ortodossia e della retta vita ecclesiale. Egli riceve dopo la sua consacrazione episcopale il riconoscimento da Roma e l'investitura pontificia con l'invio delle lettere di comunione e del pallio.

La rottura della comunione determina la perdita dei poteri vicariali. Durante lo scisma di Acacio — sesto secolo — l'arcivescovo di Tessalonica sottoscrisse l'enotico ⁽⁴⁴⁾, formula di fede ambigua, rompendo così la comunione con Roma. Una quarantina di vescovi dell'Illirico ripristinarono la comunione con la S. Sede, rompendola automaticamente con Tessalonica e sottraendosi alla primazia di quella sede. Nelle otto lettere pervenuteci di papa Ormisda (dal 517 al 520) relative alle vicende dell'Illirico si riafferma il tradizionale principio che chi mantiene la comunione ecclesiastica con le chiese prive della comunione romana non può essere in comunione con la S. Sede, e che il vescovo di Tessaloni-

⁽⁴²⁾ In *Acta* cit., n. 190, pp. 384-385.

⁽⁴³⁾ In *Acta* cit., n. 247, p. 466.

⁽⁴⁴⁾ Acacio patriarca bizantino fu privato della *communio* di Roma e deposto nel 484 a causa della sua tolleranza verso i monofisiti; la formula di fede da lui proposta (l'enotico) tendeva a trovare un compromesso tra la dottrina duofisita e quella monofisita, cfr. PARLATO, *L'ufficio* cit., p. 158, e bibl. ivi cit.

ca ⁽⁴⁵⁾, dal momento che non è più in comunione con Roma perché seguace di dottrine eterodosse, ha perso i poteri vicariali. Papa Ormisda aggiunge che il neo eletto vescovo di Nicopoli ha fatto bene a non notificare la sua nomina a quello di Tessalonica; questa omissione sarebbe stata colpevole se tra le due chiese ci fosse stata unità di comunione, ma dal momento che il vescovo di Tessalonica manca della comunione romana non può avere contatto con quello di Nicopoli, membro della comunione interecclesiale ortodossa ⁽⁴⁶⁾. La perdita dei poteri vicariali è dovuta all'assenza di comunione, per esser venuto meno il 'vinculum fidei': appena sarà ristabilita la comunione Roma riaffiderà al vescovo di Tessalonica la funzione primaziale con le prerogative tradizionalmente connesse ⁽⁴⁷⁾.

Benché ci sia assenza di comunione tra Roma e Tessalonica, e benché il vescovo Doroteo abbia sottoscritto l'enotico e perseguitato i calcedoniani, non troviamo un solo documento in cui il papa lo privi dell'episcopato, come del resto è avvenuto per gli altri patriarchi e vescovi orientali, eccettuato Acacio, ma abbiamo ben due lettere indirizzate dal Papa al vescovo Doroteo ⁽⁴⁸⁾, segno evidente che Roma considerava utile mantenere un dialogo anche con Tessalonica, come pure in quel periodo — chiamato dello scisma acaciano — si avevano scambi di lettere con i patriarchi costantinopolitani privi anch'essi della comunione romana.

Tessalonica rappresentava come Costantinopoli e gli altri patriarchati orientali un punto di riferimento ecclesiale, sì che la

⁽⁴⁵⁾ Nel 517 papa Ormisda scrive al vescovo di Tessalonica Doroteo rilevando che egli non può dolersi del comportamento tenuto dal vescovo Giovanni di Nicopoli il quale non gli aveva comunicato la sua avvenuta nomina episcopale; il vescovo di Tessalonica era caduto nello scisma ed aveva perso la comunione con Roma; il vescovo di Nicopoli se avesse comunicato con lui sarebbe a sua volta caduto nello scisma. In *Acta*, n. 206, p. 405.

⁽⁴⁶⁾ In *Acta*, cit., n. 205, p. 404.

⁽⁴⁷⁾ In *Acta* cit., n. 208, p. 407.

⁽⁴⁸⁾ In *Acta* cit., nn. 206, p. 405 e 221, p. 421.

funzione vicaria attribuita da Roma ai suoi vescovi non faceva altro che sanzionare di fatto una preminenza ormai consolidata.

I rapporti tra Roma ed il vicario entrarono in crisi altre volte, nel 592 il vescovo di *Iustiniana Prima* designato dall'imperatore Maurizio a giudicare in secondo grado una controversia tra diaconi e vescovo di Tebe in Tessaglia (Illirico) dette torto al vescovo, questi si rivolse a Roma recandosi personalmente a difendere la causa sua dinanzi a papa Gregorio. Costui non solo dette ragione al vescovo, ribaltando il giudizio del vicario, ma comminò al vicario stesso l'esclusione dalla comunione romana per quaranta giorni⁽⁴⁹⁾.

L'intervento di papa Gregorio fu certamente ispirato alla volontà di riaffermare la giurisdizione ultrametropolitana che competeva a Roma su quella regione, che allora politicamente era entrata a far parte dell'Impero d'Oriente. Si spiega così l'intento dell'imperatore ed il comportamento dei due primi giudici il metropolita di Larissa ed il vicario di *Iustiniana Prima* ligi alle direttive imperiali.

A seguito delle invasioni degli slavi i vescovati della penisola balcanica scomparvero quasi tutti; anche di *Iustiniana Prima* non abbiamo più notizie dopo Gregorio Magno⁽⁵⁰⁾. Il vicariato viene affidato nuovamente al vescovo di Tessalonica.

Anche nell'ultima lettera, in ordine di tempo, tra quelle pervenuteci, scritta da papa Martino, nel 649, si fa presente al clero e al popolo della Chiesa di Tessalonica che il loro vescovo è sospeso dalla comunione romana fino a quando non si sarà emendato per le azioni scismatiche perpetrate.

Siamo sempre nell'epoca della controversia monotelita, il vescovo di Tessalonica Paolo, soggetto politicamente all'imperatore bizantino e quindi condizionato dalla sede constantinopolitana,

⁽⁴⁹⁾ In *Acta* cit., n. 237, p. 452.

⁽⁵⁰⁾ *Storia* cit., vol. V, Torino 1971, pp. 137, 211, 249.

anziché sottoscrivere il formulario ortodosso inviatogli dal papa, spinge i legati pontifici ad accettare una professione di fede ambigua contenente delle affermazioni eretiche⁽⁵¹⁾.

A questo si aggiunge, come si rileva dalle lettere di papa Martino⁽⁵²⁾, che « non confessus sis ut subditum huic Apostolicae Sedi vicarium », avendo preferito riconoscersi nei fatti soggetto al volere dell'imperatore e della chiesa bizantina. Per questi motivi il papa scomunica e depone Paolo « quod depositus sis — gli scrive — ab omni sacerdotali dignitate et ministerio in sancta omnia, quae a nobis hic synodaliter sancita sunt ac definita... »⁽⁵³⁾.

Della scomunica e deposizione avverte anche il clero e il popolo della chiesa di Tessalonica⁽⁵⁴⁾ « eum canonicè ab omni⁽⁵⁵⁾ deposuimus sacerdotali dignitate et ministerio quod propria corrigens, ad apostolicam catholicæ ecclesiæ redeat fidem », perciò essi non dovranno⁽⁵⁶⁾ « nec societatem nec connexionem cum huiusmodi homine, ac ne ulla ratione assentiamini eius doctrina », bensì rimanere saldi nella dottrina professata dalla sede romana.

6. Un paragone con i poteri vicariali di Arles mostra la ben diversa ed importante funzione del vescovo di Tessalonica. Il vicariato arlesiano si attuò per due secoli, dal 418 al primo decennio del settimo secolo. Nel 613 papa Bonifacio conferì a Floriano, vescovo di Arles, il pallio solo come distinzione personale dopo che Gregorio Magno era stato disposto a conferirlo anche a Sigario vescovo di Autun⁽⁵⁷⁾. Anche nel caso del vescovo di Arles

⁽⁵¹⁾ *Storia* cit., vol. V, Torino 1971, n. 192, p. 328.

⁽⁵²⁾ In *Acta* cit., n. 299, p. 562.

⁽⁵³⁾ In *Acta* cit., n. 299, p. 561.

⁽⁵⁴⁾ In *Acta* cit., n. 300, p. 563.

⁽⁵⁵⁾ In *Acta* cit., n. 300, p. 564.

⁽⁵⁶⁾ In *Acta* cit., n. 300, p. 565.

⁽⁵⁷⁾ *La Chiesa tra oriente e occidente, V-VII secolo* (*Storia della Chiesa* diretta da H. JEDIN, vol. III) Milano 1978, p. 262.

si tratta di un vicariato legato alla persona del vescovo, non alla sede; alla fine del quinto secolo, per un breve periodo il vicariato fu esercitato dal vescovo di Vienne⁽⁵⁸⁾. Una prima indicazione delle funzioni vicariali fu fatta proprio da papa Zosimo, da Leone Magno, confermata poi da papa Ilario; il vicario doveva informare Roma sui principali avvenimenti nelle Chiese in Gallia, tenere sinodi locali⁽⁵⁹⁾, fornire ai chierici di quelle regioni, che si mettevano in viaggio, le commendatizie del caso, a lui era stata riservata, per un certo periodo, l'ordinazione dei vescovi del Viennese e della Narbonese, controllandone così la nomina⁽⁶⁰⁾. Agli inizi del sesto secolo papa Simmaco conferì a Cesario di Arles la nomina esplicita a vicario per tutte le province galliche e iberiche. Le sue competenze però sono sempre ristrette al conferimento dei salvacondotti per i chierici che si mettono in viaggio dalla Gallia e una generica sollecitudine a salvaguardia dell'ortodossia della fede⁽⁶¹⁾; alla metà del sesto secolo il papa conferisce al vicario

(58) *La Chiesa* cit., p. 259.

(59) *La Chiesa* cit. p. 259; nel periodo che ci interessa sono stati celebrati in Arles sotto la presidenza del vescovo — Vicarius Papae — sei concili; il 1° del 451 approvò la tesi romana poi fatta propria dal concilio di Calcedonia sul dogma cristologico; il 2° del 455 dirimette la controversia relativa alla giurisdizione dell'abate di Lerins e del vescovo di Fréjus sui monaci-chierici; il 3° del 463 sull'estensione territoriale della provincia ecclesiastica di Vienne; il 4° del 475 condannò l'eresia predestinaziana; il 5° del 524 dette regole sulle ordinazioni ecclesiastiche; il 6° del 554 trattò questioni liturgiche, cfr. *Dizionario dei Concili*, vol. I; Roma 1963, pp. 84-87. Due concili sono stati tenuti a Orange: il 1° del 441 cui parteciparono i metropolitani di Lione e di Vienne, fu presieduto da Ilario di Arles riconosciuto come capo ecclesiastico di tutta la regione tra il Rodano e le Alpi; fu regolata la disciplina ecclesiastica in tutto il sud est delle Gallie; il 2°, del 529, sempre presieduto dal vescovo di Arles, presente anche il prefetto del pretorio Liberio, condannò le tesi semi-pelagiane, le deliberazioni furono approvate da papa Bonifacio II, (cfr. nota 61) cfr. *Dizionario dei Concili*, vol. III Roma, 1965, p. 237-238.

(60) GAUDEMET, *op. cit.*, p. 400.

(61) «... in tutta la contesa semipelagiana Cesario [vescovo di Arles] non apparve affatto come un principe della Chiesa cosciente di possedere una particolare delega di poteri. Richiese piuttosto istruzioni a Roma, e le ricevette da Papa Felice IV; inoltre fece confermare ancora una volta le decisioni del suo sinodo da papa Bonifacio II». *La Chiesa* cit., p. 260.

arlesiano la competenza a risolvere le questioni ecclesiastiche, ma sempre con l'assistenza di un sinodo, ed escluse le *causae maiores* ⁽⁶²⁾.

Il vicario di Tessalonica, posto in un territorio ai confini con la Chiesa orientale, risente della sua concezione ecclesiale e della sua organizzazione, e detiene una potestà ecclesiastica simile a quella che esercitano, o cominciano ad esercitare, i patriarchi orientali nei confronti dei vescovi della propria giurisdizione patriarcale, cioè controllo sull'ortodossia della fede, sull'osservanza della disciplina ecclesiastica, sulla nomina dei vescovi ⁽⁶³⁾; il vicario di Arles, invece, assume una funzione ispettiva, a volte come osservatore ⁽⁶⁴⁾, a volte come controllore ⁽⁶⁵⁾, in specifiche materie.

Per il vicario di Tessalonica, che esplica soprattutto una funzione di salvaguardia della giurisdizione ultrametropolitana del romano pontefice in Illirico e di contenimento dell'espansione della chiesa bizantina, occorre un maggior potere ecclesiastico; al vicariato di Arles, sorto per soddisfare l'ambizione dei vescovi residenti in una città innalzata al ruolo di capoluogo civile dell'amministrazione imperiale in Gallia, il contenuto della funzione vicaria viene individuato ed aumentato nel corso di due secoli per decorare una sede episcopale civilmente importante ⁽⁶⁶⁾, non per necessità ecclesiali; quando quest'ultime sorgeranno allora cadrà il vicariato di Arles in favore di Lione il cui vescovo viene a svolgere un ruolo importante nell'episcopato e nella vita politica della Gallia dell'alto medio-evo ⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶²⁾ *La Chiesa* cit., p. 262.

⁽⁶³⁾ PARLATO, *L'ufficio* cit., p. 67.

⁽⁶⁴⁾ *La Chiesa* cit., p. 259.

⁽⁶⁵⁾ Ad esempio durante la penitenza di Contumeliano vescovo di Riez il papa affidò esplicitamente al suo vicario di Arles la vigilanza sulla sede vacante; cfr. *La Chiesa* cit., p. 260.

⁽⁶⁶⁾ Il vicariato non era un elemento ecclesiastico strutturale, il vicario non poteva operare se non *ad nutum pontificis* e quasi mai esercitò un ruolo preminente circa l'attività pastorale interecclesiale; cfr. *La Chiesa* cit., pp. 260-261.

⁽⁶⁷⁾ *La Chiesa* cit., p. 262.

CRISTOFORO BUSCARINI

IL CARTEGGIO DELLA SIGNORIA DI URBINO
CON LA COMUNITÀ DI SAN MARINO
(1420-1450) (*)

(*) Il presente articolo è parte di una ricerca più ampia (*I rapporti fra la Comunità di San Marino e le signorie di Urbino e di Rimini 1420-1508. Spoglio del carteggio dei Capitani nell'Archivio di Stato della Repubblica di San Marino*) che è in fase di completamento.



SOMMARIO: L'autore compie una ricognizione delle fonti dell'Archivio della Repubblica di San Marino, cioè dei carteggi della Signoria di Urbino con i Capitani della Comunità Sammarinese, relative al periodo 1420-1450. Sono così esaminati da un osservatorio periferico alcuni momenti del trapasso dalla Signoria di Guidantonio a quella di Federico di Montefeltro.

Non mancano ricerche sistematiche sui signori di Urbino ⁽¹⁾ nelle varie fasi del loro potere, così come non scarseggiano le biografie, antiche o moderne, degli esponenti più significativi di questo piccolo principato dello stato della Chiesa, a cominciare, per ricchezza di autori, da Federico di Montefeltro, che governò dal 1444 al 1482 ⁽²⁾.

Le indagini più recenti sono state condotte con una più attenta ricerca delle fonti documentali e con maggiore attenzione critica ⁽³⁾. In questa rinnovata impostazione degli studi relativi agli ultimi due secoli della storia dello stato urbinato, si rileva tuttavia una persistente sottovalutazione dell'apporto che l'archivio sammarinese, almeno teoricamente, potrebbe offrire alla ricostruzione delle vicende storiche del '400 e '500 nella regione ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Essenziali in tale campo sono le opere: F. UGOLINI, *Storia dei conti e duchi d'Urbino*, Firenze 1859; G. FRANCESCHINI, *I Montefeltro*, Milano 1970; Id., *Documenti e registi per servire alla storia dello stato d'Urbino e dei conti di Montefeltro (1202-1404)*, Urbino 1982.

⁽²⁾ P. PALTRONI, *Commentari della vita et gesti dell'illustrissimo Federico duca d'Urbino*, a cura di W. Tommasoli, Urbino 1966; B. BALDI, *Vita e fatti di Federigo di Montefeltro duca di Urbino*, Bologna 1826; G. MUTIO, *Historia de' fatti di Federico di Montefeltro duca di Urbino*, Venezia 1605; ROBERT DE LA SIZERANNE, *Federico di Montefeltro capitano principe mecenate (1422-1482)*, a cura di C. Zeppieri, Urbino 1978; G. FRANCESCHINI, *Figure del rinascimento urbinato*, Urbino 1959.

⁽³⁾ W. TOMMASOLI, *La vita di Federico da Montefeltro 1422-1482*, Urbino 1978.

⁽⁴⁾ Sull'Archivio sammarinese in generale cfr. C. MALAGOLA, *L'Archivio Governativo della Rep. di San Marino*, Bologna 1891 (rist. anast., San Marino 1981); A. ABBATI

Se si esclude infatti qualche sporadico approccio ⁽⁵⁾, l'archivio sammarinese, ed in particolare la serie fondamentale del carteggio dei capitani della comunità che inizia dai primi anni del sec. XV, è stato utilizzato dagli storici in misura minima rispetto alle sue potenzialità di documentazione. Non si ignorano le cause di questo permanente dell'archivio della Repubblica, le difficoltà logistiche che ostano alla consultazione, costituiscono già di per sé buoni motivi per scoraggiare anche il più tenace ricercatore.

Con questo articolo si è cercato pertanto di ripercorrere un breve periodo della storia della signoria urbinata sulla scorta dei documenti del carteggio dei capitani della terra di San Marino, senza la pretesa di apportare rettifiche rilevanti ma con l'intendimento più circoscritto di recare qualche integrazione sul piano della cronologia degli avvenimenti.

Prima di passare all'esame delle fonti, sarà utile ricordare appena il particolare rapporto, del resto già autorevolmente studiato da qualche storico ⁽⁶⁾, che collocava la piccola Comunità di San Marino nell'orbita della signoria urbinata ⁽⁷⁾. Con l'esaurirsi infatti della *souzeraineté* dei vescovi del Montefeltro sul piccolo comune rurale dopo la metà del sec. XIII ⁽⁸⁾, divenne inevitabile per questo ricercare la sopravvivenza della propria autonomia in una prudente politica di buon vicinato col vicariato riminese dei

OLIVIERI, *Indice di tutte le pergamene esistenti nell'Archivio Segreto della Rep. di S. Marino*, in « Annuario del Ginnasio Licco della R. S. Marino », nn. XIII, XIV, XV.

⁽⁵⁾ A. A. BERNARDY, *Carteggi sammarinesi del secolo XV*, in: « Archivio Storico Italiano », s. V. t. XXVI (1900), pp. 7; Id., *Frammenti sammarinesi e feltreschi*, ibidem, t. XXIX (1902), pp. 19.

⁽⁶⁾ G. FRANCESCHINI, *I Montefeltro e la Rep. di San Marino*, in: « Studi Romagnoli », IX (1958), pp. 35-65.

⁽⁷⁾ Nella *Descriptio Romandiolae* del 1371 la Comunità di San Marino è censita per 240 fuochi in tutto (A. THEINER, *Codex diplomaticus domini temporalis S. Sedis*, t. II, Rome 1862, p. 502). Sul tema è utile anche: G. ZANI, *Il territorio ed il castello di San Marino attraverso i secoli*, Faenza 1963 (rist. anast., San Marino 1981).

⁽⁸⁾ Sui rapporti fra Vescovi di Montefeltro e Comunità di San Marino cfr.: G. POCCHIETINO, *San Marino avanti il secolo XV*, in: « Atti e memorie della Deputazione di storia patria per le province di Romagna », s. III v. XXVIII (1910), pp. 338-380; P. AEBISCHER, *Essai sur l'histoire de Saint-Marin des origines à l'an mille*, Saint-Marin 1962.

Malatesti e con quello urbinato dei Montefeltro, con un progressivo accentuarsi dell'egemonia di quest'ultimo.

Tale processo di collocazione della Comunità sammarinese nell'area politica e militare dei Montefeltro appare completato nei primi anni del '400, anche se non manca qualche tentativo di recuperare una posizione di equidistanza tra le due signorie. Realizzandosi una sempre più netta e violenta contrapposizione fra Montefeltro e Malatesti, la Comunità di San Marino dovette fatalmente effettuare un'opzione e questa avvenne, non senza qualche ripensamento, a favore di Urbino la cui signoria apparve più incline a rispettare l'autonomia sammarinese, anche se questo non valse a risparmiarle sacrifici, anche pesanti, nelle fasi più acute dello scontro.

Già una lettera del conte Guidantonio del 28 settembre 1420, nella quale si sollecitano i Capitani della Terra di S. Marino a far consegnare 45 stara di grano comprate dal conte per soddisfare le esigenze delle sue terre « et maxime ogubio », evidenzia l'influenza e l'autorità della signoria sulla Comunità.

Con la responsiva data da Urbino il 27 marzo 1421 il conte esprime le consuete manifestazioni di benevolenza verso la Comunità: « Se vedete per lo stato vostro et per conservatione de vostra libertà noi habiamo a fare alguna cosa, avisatecene perche sempre ce troverete ben disposti et presti a fare tuoto quello ce rechederete et a noi sera a possibile, come sempre hanno facto li passati nostri et faremo noi defin che viviremo et etiam bisognando mettere lo stato et la persona per conservatione de quella, sempre el faremo »⁽⁹⁾. Un'altra responsiva da Gubbio del 25 settembre 1421, trattando di pacificazioni da farsi a San Marino, conferma il ruolo di autorevole moderatore esercitato dal conte nella stessa vita interna della Comunità⁽¹⁰⁾. Il 19 luglio 1423 la Comunità fra l'altro sollecitava l'autorizzazione del conte per

(9) Archivio di Stato, Rep. di S. Marino, Carteggio dei Capitani, anno 1421, busta 80.

(10) A.S. R.S.M., Carteggio dei Capitani, a. 1421, b. 80.

estrarre grani dal Montefeltro, come attesta una minuta (una delle rare minute conservate delle lettere dei capitani) del carteggio sammarinese. La sollecita responsiva di Guidantonio (scrive da Urbino il 20 luglio) riserva la facoltà di decidere secondo i casi circa una questione così importante per la Comunità, come l'importazione di granaglie dal Montefeltro ⁽¹¹⁾.

In altra lettera da Urbino, in data 28 maggio 1427, Guidantonio appare ancora nel ruolo di pacificatore delle frequenti e violente discordie cittadine insorgenti nella Comunità. Lo stesso tema torna nella lettera da Bologna di Marino Calcigni con la data del 1 novembre 1427 ⁽¹²⁾. Il carteggio di Marino Calcigni diretto ai Capitani della Comunità di San Marino per numero ed importanza dei dati forniti riveste singolare interesse tenuto conto che il giurista rivestì importanti incarichi podestarili sotto i Montefeltro e sotto i Malatesti di Cesena, e fu autorevole ispiratore delle decisioni della propria Comunità ⁽¹³⁾.

I rapporti di San Marino con le piccole comunità limitrofe dei due vicariati contrapposti trovano spesso una eco in questo carteggio: reca la data del 4 gennaio 1427 una missiva del Capitano di Serravalle (castello posto ad una decina di chilometri da Rimini, allora soggetto ai Malatesti, annesso a San Marino nel 1463); mentre una lettera del commissario del Montefeltro, inviata da Montecerignone con la data del 14 maggio 1429, reca le lagnanze della comunità di Valle per l'asportazione di pietre da una loro chiesa di San Giovanni, tema riaffiorante addirittura in una lettera dello stesso Guidantonio inviata da Urbino il successivo 25 luglio ⁽¹⁴⁾. In questo stesso anno si ha una lettera da Pesaro di Camilla Sforza, datata 30 agosto 1429, a favore di tale Musetto

⁽¹¹⁾ A.S. R.S.M., Carteggio dei Capitani, a. 1423, b. 80.

⁽¹²⁾ Una piccola parte dell'ampio epistolario del Calcigni, le prime dieci lettere, è edita in: *Carteggio di Marino Calcigni nell'Archivio di Stato della Repubblica di San Marino*, in: « Annuario del Liceo Ginnasio Statale della Rep. di S. Marino », XIV (1980), pp. 173-182.

⁽¹³⁾ Notizie su Marino Calcigni si leggono in: W. TOMMASOLI, *Calcigni*, DBI.

⁽¹⁴⁾ A.S. R.S.M., Carteggio dei Capitani, a. 1429, b. 80.

ebreo perché riabbia i propri crediti a San Marino (diverse sono le testimonianze sulla attività finanziaria di ebrei a S. Marino), ed una credenziale del conte Guidantonio scritta da Isola il 7 ottobre 1429 a favore di ser Giovanni dal Piglio. Assai più significativa è però, almeno in termini formali, un'altra lettera del conte Guidantonio del 27 aprile 1430 nella quale elargisce ai capitani autorevoli suggerimenti nel procedimento da questi avviato contro due individui per motivazioni che si è indotti a ritenere politicamente rilevanti se il conte arriva a scrivere fra l'altro: « Avisandovi che per aumento et conservatione de testa Terra et de gl'omeni d'essa metteremo l'avere et la persona quanto fessimo per una de le nostre terre proprie perche quella extima che famo de le nostre famo de testa »⁽¹⁵⁾.

Da Cagli il 27 febbraio 1431 Guidantonio scrive per rassicurare la Comunità nelle incertezze conseguenti alla morte del Papa, per esortarla alla vigilanza « quia abundans cautela non nocet », per formulare le solite assicurazioni col ribadire che se « per me fosse da fare o dire alchuna cosa per deffesa et conservatione del vostro stato et liberta avisatemenechel faro de bona voglia . . . ».

Non doveva essere infrequente nemmeno il soggiorno del conte stesso a San Marino se nella lettera del 21 maggio 1431 da Urbino invitava i capitani a soprassedere alla condanna di tale Samperino fino al suo arrivo. Altre volte il conte richiede vere e proprie contribuzioni di carattere militare come quando, il 28 giugno 1432, scrivendo da Urbino asserisce fra l'altro: « pensamo habiate saputo come Nicolo de la Stella è venuto a campo a Castello, perché oltra a quello possiamo noj, bisogna che noj rechediamo Amici et benivolj in nostro adiuto. Et pertanto confidandoce et pigliando securtà de voj come sempre havemo facto vi pregamo in questo nostro grande bisogno voliate servirne et mandarne trenta fanti fidati et boni quali possiamo mettere a la guardia et deffesa de le nostre fortezze. Et questo piu tosto ne li

(15) A.S. R.S.M., Carteggio dei Capitani, a. 1430, b. 80.

mandarite ne sera caro, quali solamente volemo per un mese ben che per la gratia de dio speriamo non ne haverimo tanto de bisogno. Et se domane mancasse el bisogno in quel puncto li farimo licentiar » (¹⁶). Sullo stesso tema torna un'altra missiva del conte inviata da Urbino con la data del 3 gennaio 1433: « Ser Antonio vostro notaro e stato qui et hanne menato quelli vinti fanti che voi ne havete mandati a nostra rechesta de quali summamente ve regramo et quelli havemo mandato a la guardia de Eugobio perche piu ne fidamo de loro che daltri. Et avisamovj che noi non havemo guerra ne con S. lo papa ne con perusinj ne con altri circostantj. Apparechiato sempre per voi. Havemo guerra con Nicolo de la Stella » (¹⁷).

In altra lettera del 4 giugno 1434 da Urbino il conte dà istruzioni affinché anche San Marino si adegui alle disposizioni per cui « per li nostri luochi de Montefeltro che non se possa spendere ne torre se non septe quatrine brusciate al bolognino », poiché « noi havemo inteso come ad Arimino sonno stati facti ordinamenti de novo che non se possano cambiare più quatrinj ». A parte una lettera del 16 settembre 1434 con la quale il conte sollecita la grazia a favore di due suoi protetti di Montemaggio, nel Montefeltro, una successiva missiva in data 6 giugno 1435, inviata da Gubbio, reca qualche notizia sull'andamento delle operazioni sul campo: « Jo so qui a Ugobio in su queste frontiere et veggio apicato el fuoco atorno atorno ». Guidantonio è impegnato con le armi a Fabriano dove ha inviato un piccolo contingente. « E pertanto con gran securta al modo usato Jo vi prego strectamente me voliate servire de vinti fanti de li vostri boni (. . .) per uno mese tanto e non per più, per metterli a la guardia de questi cassarj et rocche de Ugobio. E de cio me farite summo piaxere. E

(¹⁶) A.S. R.S.M., Carteggio dei Capitani, a. 1432, b. 80.

(¹⁷) A.S. R.S.M., Carteggio dei Capitani, a. 1433, b. 80. Sulle vicende del momento cfr. G. FRANCESCHINI, *I Montefeltro*, cit., pp. 392-398.

quanto più tosto me li mandarite tanto più caro me sera . . . » ⁽¹⁸⁾.

Nel carteggio del conte di Urbino ai Capitani di San Marino la notizia dei fatti di guerra si alterna con la partecipazione degli eventi familiari. Così il 1 novembre 1437 Guidantonio comunica ai Capitani sammarinesi le nozze del figlio Federico con Gentile Brancaleoni: « perche omne nostro facto maxime de consolatione et alegreza intendemo a partecipare cum voi per tanto ve avisamo come havemo deliberato sel sera piaxere del nostro S. dio a la fine del presente mese de novembre cio e in l'ultima septimana fare le noze del nostro figliuolo Federico. Et invitiamovi et pregamovi voliate venire o mandare a le dicte noze come e de vostro piaxere che a noi sera caro et de grande consolatione et vedere-movi volontieri » ⁽¹⁹⁾.

Il conte di Urbino ricompare nel carteggio dei Capitani con una commendatizia del 30 maggio 1439 a favore di Anastasio da Cantiano e con un'altra del 3 novembre 1439 a favore di Piero di Neri di Brandano da Urbino.

L'approssimarsi della guerra trova una eco in due lettere da Urbino del podestà sammarinese Marino Calcigni (la prima è datata 24 dicembre 1439, la seconda del 1440 è lacera nella datazione) concernenti la fornitura di alcune balestre da banco, il tipico arnese da getto usato ed apprezzato ben oltre l'invenzione delle armi da fuoco.

Che le scaramucce fossero pressoché continue fra le terre delle due contrapposte signorie è dimostrato da una lettera di Antonio Sagramoro inviata ai capitani il 14 gennaio 1440 da

⁽¹⁸⁾ A.S. R.S.M., Carteggio dei Capitani, a. 1435, b. 80.

⁽¹⁹⁾ A.S. R.S.M., Carteggio dei Capitani, a. 1437, b. 80. L'Archivio sammarinese ha una lettera (si tratta di una delle consuete raccomandazioni) a nome di « Gentile di Branchaleonj » datata « In sancto angelo in vado di viiij Julij xj Ind. ». Non è dato determinare a quale dei Brancaleoni sia da attribuire. Si tratta probabilmente del signore di S. Angelo vissuto nella seconda metà del sec. XIV (F. UCOLINI, *op. cit.*, I, pp. 144-146, app. VI).

Rimini per lamentare scorrerie a Serravalle da parte sammarinese: « . . . fra le altre here notte fo tolto et rubade ad uno Andrea de Domenighino da Saravallo xiiij bestie boini et cavalini fra le quale glie foe uno paro de boy et due vache et manzi et una cavalla morella cum uno poledro de sopranno per sey fanti li quali albergano in caxa de Marino dal Monte al strepeto . . . ». La risposta dei Capitani con la data del 22 gennaio è formulata in termini conciliativi e dimostra il tentativo della Comunità di evitare di schierarsi apertamente a favore di una delle parti in lotta. Mentre il 31 gennaio Marino Calcigni informava della avvenuta fornitura di sei balestre grandi da molinello costate venti fiorini, il 9 febbraio il podestà feretrano Gaspare Ubaldini scriveva da Montecerignone per offrire l'invio di un presidio di cinquanta fanti, avendone già inviati otto a Pennarossa, castello prossimo a San Marino. Il 14 febbraio è lo stesso Malatesti a scrivere ai capitani da Cesena per minacciare rappresaglie per i danni arrecati ai suoi sudditi di Mulazzano, nel riminese.

I fatti d'arme piccoli o minimi dovevano ormai essere divenuti quotidiani nel Montefeltro se il 3 marzo il conte Guidantonio rispondeva ai Capitani di San Marino per rassicurarli circa i danni arrecati ai sammarinesi dal presidio feltresco posto a Montemaggio, poiché « ne grava che alchuno nostro vi faccia cosa vi rincresca et e contra l'intentione nostra. Et non che voliamo li nostri soldati vi offendano. Ma hanno expresso commandamento da noi et cusi gl'omeni nostri anche d'essere in vostro adiutorio et deffesa quanto de noi proprio » ⁽²⁰⁾. È pure significativa la lettera del conte Guidantonio del 23 marzo nella quale scrive di un fatto d'arme cui i sammarinesi hanno preso parte assieme agli uomini della Valle e del Montefeltro in genere. Il conte elogia il contributo dei sammarinesi « offerendomi apparecchiato per voi a simile et maior facto perche per voi et per vostra deffesa come so obligato metteria el stato et la persona et roche io ho ». Insediato

(20) A.S. R.S.M., Carteggio dei Capitani, a. 1440, b. 80.

nella podesteria di Montefeltro il nuovo podestà Guidopaolo, il conte di Urbino il 4 aprile scrive ai Capitani invitandoli a prendere le necessarie intese col nuovo ufficiale nel quale possono avere piena fiducia, mentre in altra del 18 aprile Guidantonio li rassicura della possibilità di ridurre i costosi preparativi difensivi a San Marino. Si giunge così ad una delle tante effimere tregue d'armi fra il Montefeltro ed il Malatesti. Il 23 aprile Guidantonio ne dà notizia ai Capitani di San Marino aggiungendovi le note enfatiche assicurazioni di benevolenza e di amicizia ⁽²¹⁾. Che quello fosse un periodo di grande incertezza nonostante la fragile tregua è dimostrato da questo carteggio che assume una assiduità ed una frequenza insolite. Il 25 aprile Guidantonio scrive da Casteldurante per assicurare alla Comunità l'aiuto sollecito del podestà del Montefeltro, mentre il 13 maggio è lo stesso podestà Guidopaolo Accomanducci a scrivere da Montecerignone per esortarli alla massima vigilanza. L'11 giugno Guidantonio scrive ai Capitani a proposito di certo bestiame predato a Soanne in Montefeltro e raccolto a San Marino. Ancora il 9 dicembre scrive il conte Oddantonio per assicurare la piena protezione della signoria alla comunità sammarinese. Ancora precise assicurazioni sono formulate dal podestà Accomanducci nella sua lettera del 10 dicembre 1440 ove si legge fra l'altro: « Et anco m'a scripto (il conte) che bisognando per la libertade vostra comandaria messer Federigo, et non bastando questo ce viria la sua Signoria con quello possesse fare. Et per tanto v'aviso ch'io ho facto mectere in pronto i dicti cinquanta fanti i quali a omne vostra requisitione li poriti havere ». Il 20 dicembre il conte Oddantonio invia dettagliate istruzioni in sei punti per organizzare la difesa della terra di San Marino. Il 28 gennaio 1441 è lo stesso conte Guidantonio a scrivere da Gubbio (« Noi non siamo tornato ancora de la per respecto di tempi non boni et anche perche le vie

(21) Il documento è edito in: M. DELFICO, *Memorie storiche della Repubblica di San Marino*, Napoli 1865⁴, App. XXVIII.

sonno molto cative »): « Haviamo recevuto la vostra lettera responsiva a la nostra a la quale repplicamo che noi siamo certissimo che de la mia tornata ne havete havuto piaxere et contentamento assaj. Et havete ragione et cagione a farlo perche versa vice noi ce contenteremo et opraremmo cusi per omne vostro bene et stato quanto femo per Oddantonio nostro figliolo proprio » (²²).

Il 21 giugno 1441 il conte Guidantonio scrive da Urbino per annunciare l'arrivo di Ghiberto dall'Agnello, suo inviato speciale con cui la Comunità potrà prendere concerti, e di maestro Giovanni da Como che dovrà sovrintendere alle fortificazioni della terra. Il 9 luglio scrive ai Capitani il giovane conte Federico: è a Montemaggio in Montefeltro, vuole due maniscalchi con provviste di ferri e chiodi per ferrare più di cinquanta cavalli e muli, ed anche qualche libbra di cera. Nella stessa data il conte Guidantonio scrive da Urbino indicando dettagliatamente, dietro riferimento di Ghiberto dall'Agnello, gli interventi da effettuare nell'apparato difensivo di San Marino (²³).

Il 15 agosto è Sigismondo Malatesti a scrivere da Savignano per reclamare la restituzione di cose tolte ad un suo famiglio mandato « a saccomanno » presso la corte del castello di Verucchio. E conclude: « Percio ve prego per lo dovere e per benvicinare come dixete volere fare, glie lo vogliate rendere et relassare el suo fameglio perche non lo facendo me sera forza provvedere a la indennitate del dicto mio provisionato per modo rehabia el suo e non habia caxone de lamentarse » (²⁴).

(²²) A.S. R.S.M., Carteggio dei Capitani, a. 1441, b. 81.

(²³) Alcuni passi della lettera del conte danno indicazioni sullo stato precario delle fortificazioni sammarinesi: « da Ghiberto da l'agnello quale e stato la et anco da altri siamo informato che volendo fare forte testo loco da quello canto del borgo ove e la casa de M.o Giohanne, a cio ne entendiate meglio, bisognara che quel muro degli orti che e murato ognuno daperse a secco quello muro deretro continuasse et fosse facto tucto intero senza che fosse partito ne havesse alcuna andata o roptura da uno orto a l'altro ma tucto fosse continuo . . . ».

(²⁴) A.S. R.S.M., Carteggio dei Capitani, a. 1441, b. 81.

Che l'intero territorio del Montefeltro non fosse più sicuro per le incursioni dei riminesi si ricava da una lettera del conte Federico che scrivendo ai Capitani da Montecerignone il 19 agosto 1441 avverte che tutto il bestiame dal Montefeltro sarà trasferito nel territorio direttamente controllato dal conte di Urbino, ed invita i sammarinesi a fare altrettanto. Analogamente il conte Guidantonio il 27 agosto avverte dell'invio a San Marino di un'intera compagnia di soldati, ed il 31 agosto scrive ancora per indicare il contegno da tenere da parte sammarinese informando anche di un tentativo del Malatesti di prendere Soanne in Montefeltro nella notte precedente. Un gruppo di lettere del conte Federico reca alcune preziose notizie sull'andamento della guerra: il 7 settembre scrive da Faenza per assicurare la sua entrata in campo con buon numero di armati; il 24 settembre da Montelocco risponde ai Capitani informando, così come era stato richiesto, dei prigionieri catturati a Santa Croce; il 23 ottobre invia una responsiva da Montecopiolo avvisando di aver rimandato gli uomini di San Marino avendo già preso San Leo, e quanto poi alle minacce del Malatesti, esorta a non preoccuparsene in quanto « a la parte che dicete dubitate el S. Gismondo non v'abrusci quello borgo non bisogna dubitarne perche lui se rendara certo che noi gl'abrusceremo a lui fino a le porte d'Arimino »⁽²⁵⁾. Espressioni queste che ricorrono non infrequenti nel carteggio del giovane capitano a denotare eloquentemente il carattere del conte. Interviene frattanto una nuova effimera tregua d'armi così come comunica ai Capitani il conte Guidantonio nella sua lettera da Urbino in data 26 ottobre. Molto meno fiducioso nei confronti di Sigismondo Malatesti appare il conte Federico che il 26 ottobre scrive da Montetassi per informare dell'andamento delle operazioni in Montefeltro ed assicurare il proprio intervento se necessario, mentre il giorno successivo scrive nuovamente ai Capitani di S. Marino invitandoli ad interporsi presso il padre Guidanto-

(25) A.S. R.S.M., Carteggio dei Capitani, a. 1441, b. 81.

nio affinché non restituisca la rocca di S. Leo, e, ribadendo la propria sfiducia nell'avversario, assicura che alla ripresa delle ostilità si porterà contro Fiorentino, castello dei Malatesti a poche miglia da San Marino. Le due lettere del conte Guidantonio sotto le date del 27 e 28 ottobre recano minute informazioni sui patti di tregua stabiliti grazie alla mediazione dello Sforza ⁽²⁶⁾. Tregua quanto mai precaria e velata di diffidenze e sospetti: il 4 novembre Guidantonio avverte della proroga della tregua raggiunta grazie agli uffici di Alessandro Sforza, ma il 5 scrive di nuovo ordinando di trattenere ancora certi prigionieri di Faetano finché Sigismondo non rilasci quelli che ha presso di sé; il 9 avverte i Capitani dell'inopportunità di prendere iniziative offensive e della necessità di attendere l'arrivo del suo Vicario Generale Giovanni dal Leone; ancora il 9 novembre scrive per rassicurare la Comunità della applicazione della tregua anche al suo territorio, tregua che, come si legge nella missiva del conte, « e durata de continuo per le prorogatione facte da xxviiij del passato fino tucto domane che e venere al tramontare del sole ». Le perplessità circa l'applicazione di così incerti patti di tregua trovano preciso riscontro in una minuta di lettera della Comunità al conte di Urbino del 12 novembre ove ci si sofferma lungamente sul problema, nonché

(²⁶) Nella lettera del 27 ottobre scrive fra l'altro: « Non obstante quello per altra ve haviamo scripto del praticare de li vostri in lo terreno de Arimino a fare le vostre simene per questa ve chiarimo che sul terreno vostro possete stare securamente et cusi seminare et anche nel terreno nostro di Montefeltro », ma soggiunge: « non permettete che niuno vada in quel de Arimino ... ». Il 28 il conte torna sull'argomento: « Noi ve scrivemmo de la tregua facta per la prima lettera che li vostri da Sammarino possevano andare a siminare le loro possessione in quello de Arimino. Dopo le ambasiade del S. Messer Alixandro che sonno qui et per la mano de quali passa tregua dicono era meglio soprasedere a questa parte ... E per questo noi vi mandammo nove lettere avisandovi non se andasse in quello de Arimino et in lo terreno del S. Sismondo desuper altro non haviate de novo. Dubitiamo forse el messo non sia arivato a salvamento. E per questa cagione vi mandamo quest'altro. E siate avisati de non mandare li vostri in quello del S. Sigismondo in alchuno luocho des. altro non haverite da noi de novo. Havuto risposta subito ve avisaremo. Per lo terreno vostro et nostro possete secure stare et fare li facti vostri come vi piace durante la tregua che e di octo di comenzando questa matina al levar del sole quando e sabato ».

V. sullo Sforza, A. ABBATI OLIVIERI, *Memorie di Alessandro Sforza*, Pesaro 1785.

in un'interessante missiva della Comunità di Faetano (un piccolo castello soggetto al Malatesti ed ora incluso nella Repubblica), in data 16 novembre, la quale testimonia l'apprensione delle piccole comunità rurali per lo stato di incertezza derivante dai capitoli non chiari sottoscritti dai contendenti (²⁷).

Il 20 novembre 1441 Guidantonio scrive da Urbino alla Comunità per avvertirla di aver fatto bandire la pace (« Questo di havemo facto bandire qui in Urbino la pace in la forma che se contene in la copia inclusa tral S. Messer Sigismondo et noi ») ed invita a bandirla anche nella terra di San Marino; il 20 novembre scrive nuovamente sull'oggetto della ratifica della pace col Malatesti (²⁸).

Il conte di Urbino ricompare in questo carteggio con una lettera in data 9 febbraio 1442 che informa la Comunità delle trattative condotte dal conte Federico col Malatesti, il quale il 15 febbraio invia una missiva minacciosa sull'oggetto della cattura di due suoi sudditi di Serravalle con l'esortazione « voliate vicinare bene con li mej hominj e non li tractare in questa forma . . . et tractando bene li mej dariteme casione de fare el simile in verso de li vostri ».

È di un certo interesse la responsiva del conte Guidantonio del 19 marzo in materia di importazione di grano nel territorio della Comunità: il conte afferma la massima disponibilità ad accogliere le richieste sammarinesi in materia, ma afferma anche che « el darve la tracta de la piazza de Urbino non poremmo fare

(²⁷) Scrivono gli « hominj et comune di faitano » di aver appreso che « avemo tregua per vinti di prossimi che siguiranno comenzato ad nove de questo mese die Jovis commo sonno in sugli capitulj de i prifatj signurj et perche vuj dixite che ve stado rotta la tregua nuj ve avixamo che non e stado nostra intentione ne nostra sapuda nuj pensamo che seguira la paxe che dio el facia. Nuj voluntiera saveremmo se le de vostra voluntade di osservare i capitulj de i prefati Signurj de la dicta tregua et perche nuj ve avixamo de volere osservare i dicti capitulj et volendo vuj fare questo scrivite de vostra voluntade si pienamente che nuj ci possiamo fidare de vuj per vostra lectera. Nuj osserveremmo i dicti capitulj de i dicti di de la tregua et da quello innanze, non avendo altra informatione ognomo sia valente a caxa sua ».

(²⁸) Il documento è edito in: M. DELFICO, op. cit., App. XXXI.

senza nostro gran carico et biasimo da tuoto questo populo », pur tuttavia è disposto a soddisfare la richiesta, e quindi il grano sarà consegnato colà la settimana entrante al prezzo di tre fiorini allo staro, misura di Urbino, che è di 320 libbre a staro. Periodo questo di penuria di grani se il conte Guidantonio il 22 aprile scriveva da Casteldurante per invitare energicamente i Capitani a procacciare la restituzione del grano che il conte Ugolino Bandi aveva depositato a San Marino poiché ne aveva estrema necessità.

Le vicende di guerra si alternano agli eventi familiari nel carteggio dei Montefeltro: il 3 maggio 1442 Guidantonio comunica alla Comunità le prossime nozze di Violante con Malatesta Novello ⁽²⁹⁾.

Il carattere impulsivo del giovane conte Federico appare ancora in una lettera del 4 agosto in cui si interpone a favore di due omicidi, Bartolo di Giovanni da S. Marino e il fratello, uccisori di Piero de la Menuccia di Fiorentino, in attesa di giudizio a San Marino ⁽³⁰⁾.

Qualche eco della stasi nelle operazioni belliche e del persistere della non belligeranza si ha in una lettera del conte Guidantonio del 16 agosto e nella licenza rilasciata da Polissena Malatesti il 5 settembre affinché i propri sudditi possano « farne la fera a San Marino » e « andare a vendere et comparare ». D'altra parte però il conte Guidantonio l'11 dicembre ribadisce le disposizioni

⁽²⁹⁾ Scrive fra l'altro il conte di Urbino: « A vostra consolatione et alegrezza et acio siate partecipe de omne cosa a noi occorrente ve mandamo inclusa la copia d'una lettera quale questo di havemo ricevuto dal magnifico S. Messer Malatesta Novello de Malatesti sopra el parentado concluso tra lui et noi de nostra figlola et quel medesimo ne scrive anche Federigo nostro figlolo et come el prefato S. Messer Malatesta voria prestissimo a sposarla... ».

⁽³⁰⁾ Scrive Federico: « Bartole de Giohanne da Sammarino e venuto a mi et diceme che voi volete fare condemnare lui et el fratello per l'omicidio che fecero de Piero de la Menuccia da Fiorentino vostro inimico. E perché me pare che li predicti meritariano da voi esser premiati non che condannati vi li recomando strectissimamente. Et pregovi non li voliate condannare ch'el receivero da voi in singularissimo a piaxere ultra che me pare che testa comunita li sia obligatissima perché ve hanno levata da gl'occhi tanta suspicione ».

date circa il divieto di recarsi ai mercati fuori « del nostro terreno » eccettuato « che al vostro de Sammarino ».

Di notevole interesse storico è anche la lettera di Guidantonio del 12 dicembre 1442, la quale reca notizie su una attiva presenza di ebrei a San Marino nell'esercizio del prestito su pegno, attività interessante da un punto di vista economico l'intero Montefeltro, e quindi da trattare con cautela da parte della Comunità, senza reazioni impulsive che sarebbero, a parere del conte, di disdoro e di danno per tutti ⁽³¹⁾.

Ancora i temi familiari ritornano in una lettera del conte Guidantonio del 5 gennaio 1443 nella quale partecipa le proprie nozze con Margherita d'Este figlia del marchese di Ferrara ⁽³²⁾.

Poche lettere si hanno in questo carteggio da parte del conte Guidantonio nei mesi precedenti la sua morte: il 6 gennaio 1443 inviava una commendatizia a favore di Giovanni del Vino di Montemaggio, condannato a San Marino; l'8 febbraio rispondeva

⁽³¹⁾ Si legge nella lettera del conte: « Noi sapiamo che testi giudei che stanno li a sammarino hanno de molti pegni de nostri homeni de montefeltro et tuoto el più utile de quella montagna in mano. Unde se sinistro alcuno li intervenisse che avemo inteso che per alcuni de testa terra se cerca o se volea cercare farli novita, seria la defractione de dicti nostri homeni. E seria gran vergogna et mancamento a testa comunita. E pero vi confortiamo a remediare et che non voliate se possa dire male de voi come se e possuto dire per lo passato, pur laudabile seria non vi satisfacendo loro a darli licentia et loro trovaranno bene ove stare. In altra forma ce enfirieno de gran scandali ».

Sulla questione della presenza degli ebrei a San Marino cfr. A. A. BERNARDY, *Les juifs dans la République de Saint-Marin du XIV au XVII siècle*, Parigi 1904.

⁽³²⁾ « Come sempre fu costume de la bona memoria del S. nostro padre et per lo simile habbiamo observato noi volemo siate partecipi de omne nostro facto de importantia et maxime de le cose da doverle havere grate. Pertanto a vostra consolatione et per comunicarlo cum voi in nome di tuota testa comunita ve advisamo come vivente la bona memoria del lo I.S. Messer Nicolo da Esti Marchese Ferarie etc. vedendo era necessario et utile a la reparatione et salute del nostro stato et per altri respecti necesarij et fructiferi venimmo a ragionamento cum lui de fare parentado insieme et de torre Margarita sua figlola per moglie et erano conducte le cose tanto innanti che non habbiamo possuto fare de manco de non concludere hora et fare el dicto parentado cum lo I.S. Leonello marchese presente. E cusi in lo nome de dio habbiamo firmato. E speramo circa el fine de questo mese presente o a li octo de febraro menare la dicta nostra consorte qui a Urbino che tuoto volemo ve sia noto ».

alla Comunità in termini generici circa un incidente intercorso relativo a certo maestro Andrea. Gli storici datano al 20 febbraio la morte del conte Guidantonio ⁽³³⁾, il quale da prudente politico aveva procacciato al figlio Oddantonio il Vicariato da parte di Papa Eugenio IV con la bolla del 17 febbraio. Più d'un ricercatore ha asserito la irreperibilità della partecipazione della morte del conte inviata da Oddantonio alla Comunità di San Marino ⁽³⁴⁾; ora si può correggere questa affermazione poiché fra le molte lettere che o per mancanza di data o per deterioramento non hanno un'immediata collocazione cronologica (e che quindi si omettono in questa ricerca), si è potuto rintracciare la missiva del conte Oddantonio recante la notizia del lutto nella corte di Urbino. La lettera, per quanto in cattivo stato di conservazione che consente solo una lettura parziale, reca una breve descrizione del trapasso del conte Guidantonio e l'attestazione della sua benevolenza verso la comunità, benevolenza che trova continuità nel figlio ed erede Oddantonio. La morte del conte Guidantonio trova notizia anche nella lettera del 27 febbraio, documento abitualmente citato dagli studiosi ⁽³⁵⁾, di quel ser Giovanni da San Marino « doctor et comes » (ser Giovanni salirà il patibolo in Urbino il 26 marzo 1446 essendo implicato nella congiura contro il conte Federico) il quale raccomanda ai Capitani di non mandare ambascerie in Urbino e di stare vigili a causa della situazione di incertezza creatasi per la morte del conte.

Il carteggio sammarinese non reca altre notizie circa gli avvenimenti connessi alla successione nello stato d'Urbino.

Il 24 marzo 1443 il podestà di Urbino Marino Calcigni informa i Capitani della prossima partenza del conte per Siena per conferire col Pontefice. Infatti Oddantonio ne informa direttamente la Comunità con propria lettera del 26 marzo aggiungendo racco-

(33) W. TOMMASOLI, *La vita di Federico da Montefeltro*, cit., p. 25.

(34) G. FRANCESCHINI, *I Montefeltro*, cit., pp. 418-419.

(35) *Ibidem*.

mandazioni affinché « facciate attendere a la bona et sollicita guarda et al fortificare et che a ciascuno se faccia ragione et giustitia et che boni siano ben tractati et li cattivi puniti. Afforzeremone mediante la gratia dio tornare el più presto poremo. Se havemo a fare più cosa che un altra haveremo caro ne avisiare perche saremo desideroso et opraremmo omne bene che podremo . . . ».

Impegnato Oddantonio lontano dallo stato, accrescendosi le minacce di guerra, i deputati scrivono da Urbino il 2 e il 4 aprile per avvertire dei grandi preparativi nemici. Con la seconda missiva danno notizia della congiura scoperta a Pesaro contro il signore Galeazzo, che ha fatto impiccare sette congiurati, emissari del Malatesti, « a le finestre del palazzo », ma « per gratia del nostro s. dio in questo tractato non ce e stato neuno de li homini del S. Galeazzo ma tucti erano foresterj ». Le notizie di guerra tornano ad intensificarsi: il 27 aprile una lunga missiva di ser Giovanni da San Marino dà conto ai Capitani delle sue iniziative a favore delle Comunità presso il Piccinino durante un soggiorno in Lombardia prospettando possibili rapporti persino col signore di Faenza.

Il clima di guerra incombente trova riscontro in una lettera del 3 giugno inviata da Nicolò de Prefetti dal castello di Pietracuta per segnalare il transito di cavalleria e fanteria nemica verso Verucchio, ma soprattutto in quella del 14 giugno inviata da Urbino da Marino Calcigni. Egli segnala la venuta di 50 balestrieri, metà da Casteldurante, metà dal Montefeltro, e l'arrivo di Ghiberto dell'Agnello con altri « providiturj » (« Acarezade questi che vengono », raccomanda il Calcigni). Rammenta ancora ai Capitani di aver provveduto all'acquisto di sei some di grano perché se ne faccia pane a San Marino, aggiungendo che « apresso el Signore ve manda casse quatro de veritoni che sonno circa mille cinquecento », i preziosi « proiettili » per le balestre grandi.

Il nuovo signore di Urbino, Oddantonio, aveva ricevuto da papa Eugenio IV la dignità ducale il 15 aprile e ne era stato

solennemente investito a Siena il 26 aprile. Il duca scrive ai Capitani il 18 giugno per sollecitare il recupero dei crediti che il conte Ugolino Bandi, i cui possedimenti toccavano le terre della Comunità con i castelli di Monte, Monteliciano e Pennarossa ⁽³⁶⁾, vantava a San Marino poiché si trovava in ristrettezze (« allegando soi bisogni et maxime la spesa li occorre del fare la casa et menare la nora che de tueto dice vero »), non senza prospettare minacce (« . . . non se dando altro modo più efficace che per lo passato se pagara de quello de vostri che e in suo terreno »). Che la Comunità non fosse pronta nell'onorare i propri debiti verso il Bandi è confermato da un'altra lettera del Calcigni del 18 luglio, nella quale si leggono espressioni colorite e singolari ⁽³⁷⁾. Le pendenze finanziarie del Comune hanno una documentazione significativa nella sequela di lettere del podestà Calcigni con le date del 26 luglio, 28 luglio e dell'agosto 1443 ⁽³⁸⁾. La vertenza col Bandi dovette protrarsi a lungo se ancora il 14 novembre Oddantonio perentoriamente sollecitava i pagamenti verso il suo protetto che « anche per nostro riguardo non ha voluto farne represaglie anche haveria havuto bene il modo ».

I grandi temi della guerra tornano nella bella lettera ducale di Oddantonio in data 1 dicembre ove si legge in particolare la

(36) È del 1447 la bolla di Nicolò V che conferma al conte Ugolino Bandi i castelli di Pennarossa, Monte Liciano, Pietramaura e Monte Copia del documento è nell'Archivio sammarinese (A.S. R.S.M., Bolle, brevi, capitoli, trattati, ecc., b. 33 doc. 31). Resta insoluta la questione relativa alla individuazione degli atti formali di trasferimento del castello di Pennarossa alla Comunità di San Marino, vertenza che si protrasse fino al sec. XVII, quando, nel 1676, la Comunità ne ebbe l'investitura.

(37) « De novo el conte Ugolino ha mandato al S. per li soj denarj e tutto el di me molestano per modo che paria stia a mi questa facenda, pregovi cerchiate per quella lettera del S. passato che dixè che la sua S. voleva che noi pagamo el grano a ragione de sei livre el staro urbinato che veria el staro nostro nove l. e xij bol. Quello se sia convene sollicitare e cavarne le mane che e ragione e dovere. Almeno comenzate a darli qualche parte de dinarj che para aviamo animo de pagarlo. Apreso ve adviso come Ghiberto da l'agnello vene in calende de octobre podesta de Montefeltro si che oramaj la cosa passara bene che e nostro tutto. El se dice ch'el capitano e venuto in quello de Peroxa altre novelle non ce sonno ».

(38) A.S. R.S.M., Carteggio dei Capitani, anno 1443, b. 81.

notizia di un disegno del Malatesti di prendere San Marino di sorpresa e quindi la viva esortazione a stare in guardia ⁽³⁹⁾.

È noto che l'8 novembre 1443 Sigismondo Malatesti a Montefeltro aveva disperso le forze del Piccinino che dovette chiudersi a Fabriano, mentre lo stesso Federico di Montefeltro aveva dovuto porsi alla difesa di Pesaro. Niccolò Piccinino si era poi ritirato in Lombardia lasciando un contingente al comando del figlio Francesco che però fu battuto a Montolmo il 19 agosto. Un anno dunque nel quale le sorti non furono favorevoli ai Montefeltro e loro alleati.

Una responsiva di Federico « conte de Santo Agnolo et de Mercatello » in data 4 marzo 1444 attesta l'interessamento del conte per la restituzione « del pucto tolto per li famigli de Antonello de Manthoa mio homodarme ».

Le scaramucce proseguivano nell'area riminese se il Consiglio del Malatesta scriveva ai Capitani il 25 marzo 1444 per lamentare le scorrerie degli uomini del duca d'Urbino, con l'appoggio dei sammarinesi, a Mulazzano ed in altre località limitrofe. Altre preziose notizie sull'andamento delle operazioni nella zona si ricavano dalla responsiva di Oddantonio con la data del 30 giugno 1444 ⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁹⁾ Scrive il duca: « Perche non dubitamo ch'el Signore Gismondo cum omne suo sentimento et industria cercaria sempre et cerca de havere testo loco et a questo continue sta vigile et attento per vendicare sue ingiurie quale reputa havere ricevuto da testa comunita et ancho havemo inteso come al presente cerca de scalare testa terra et haverla per furto. Pero ve ne avisiamo a ciò che a questo provvediate et in forma che non li possa reusciare el pensiero et fate attendare di et nocte a bonissima guarda. Et habbiате cura a chi va et viene perché dubitamo che non li sia li dentro in San Marino qualcuno che desideraria li venisse in mane et che cerchi de metterli. Le scale et altro apparecchiamento sapemo noj che se fanno. Siche come e dicto provedete ch'el pensiero non li riesca et habbiате cura a li vostri medesimj ».

⁽⁴⁰⁾ La responsiva ducale recita: « Respondemo a la vostra lettera che ve regratiamo de l'avisio ne fate de quelli doi cativj presi a Montescutolo et havemo scripto et mandato ad Arimino per rehavere la nostra robba. Al luocotenente et potesta de Montefeltro havemo scripto strettissimamente per li facti vostri et non altramente e nostra intentione siate tractati voi da nostri che noi proprio. Al facto de la gente che sonno in Romagna sentimo che hanno a tornare inderetro verso Lombardia pure el

Il duca Oddantonio perì nella congiura dei Serafini nella notte fra il 22 e il 23 luglio 1444, ed il conte Federico trovò spianata la strada per insignorirsi di Urbino e del Montefeltro. Di questo violento trapasso di potere non s'è trovato traccia nel carteggio sammarinese.

Solo con la data dell'8 ottobre si ha una lettera da Montecerignone del podestà Calcigni recante inviti all'adozione di strette misure difensive a San Marino. Ancora più dettagliate indicazioni per l'approntamento della difesa sono contenute nella successiva lettera del podestà feretrano del 16 ottobre: egli annuncia l'invio di un buon contingente di balestrieri e di fanti, ai quali si dovrà « dare la spesa distribuendoli de casa in casa per le famiglie a chi uno a chi un altro », « e pui ve mando uno garzone de qui che s'entende de schipitti e de fare polvere da issi bonbarde e intedese molto bene . . . vene uno conestabile che se chiama Sarzana e l'altro la Vecchia e Cola e Guiglelmo, recomandoveli che li faciate tractare bene . . . ».

Nuovi accorati incitamenti e consigli si leggono nella lettera del podestà in data 20 ottobre, nella quale si preannuncia l'arrivo di Arcita inviato dalla signoria, si segnalano i preparativi in corso a Rimini presumibilmente diretti contro il castello di San Marino, si formulano assicurazioni per un eventuale soccorso in armi per quanto possibile. Si susseguono le lettere del podestà e del Consiglio del conte relative al rapido evolvere della situazione. Il 2 dicembre il Calcigni informa minutamente i Capitani dell'incontro intervenuto a Pesaro fra il conte Federico e lo Sforza: fra i due si sono stabiliti ottimi rapporti sotto tutti i punti di vista, e soggiunge poi quanto alle armi in campo: « Casteldecì sara nostro più che maj ».

stare bene reducto et socto bona guardia e se non bene. Al facto del scrivere al ministro perché vi compiacia de frate Antonio da Celino et de frate Vitale da Callj de novo li havemo scripto in bona forma et de quanto haveremo ve n'avisaremo ».

Malgrado lo stato permanente di guerra la Comunità non dovette pervenire ad una completa rottura con la signoria riminese, se il 6 marzo 1445 la Comunità di Montecerignone scriveva ai Capitani per chiedere loro di intervenire a Rimini per ottenere la liberazione di « ser Lorenzo figliolo de Sancte de Cecho da Monte Ciaragnone ». La Comunità aveva a sua volta problemi di riscatto di prigionieri, come si deduce dalla lettera da Milano di Ottaviano Ubaldini che informa della sua missione presso Bartolomeo Colleoni.

Ancora notizie di guerra si ritrovano nella lettera del conte Federico del 13 luglio 1445 che sollecita l'invio di uomini di fiducia: « Per la securta et confidentia che so possere havere in testa Comunita vi prego voliate mandarme doi de testi vostri homenj come vi parera apti et fidati (. . .) quali volemo tenere in la Rocca de Urbino in questa mia absentia perche vado in campo cum la Excellentia del Conte et tenerolli per poco tempo. E bisogna che li amici se experimenteno a questi si facti tempi et bisogni ». Anche l'invio di due uomini doveva essere problematico se il 24 agosto Ghiberto dall'Agnello ed il Consiglio del conte scrivevano per sollecitare il rimpiazzo di uno dei due che se ne rientrava a San Marino. Rigide misure annonarie erano state bandite nel Montefeltro dal podestà Calcigni che il 24 settembre ne informava i Capitani invitandoli ad assicurarne il pieno rispetto: stabiliva la pena della forca per chiunque vendesse grano a forestieri, ma non sarebbero mancati approvvigionamenti a San Marino in caso di bisogno.

Nell'ottobre 1445 si viveva una situazione di non guerra e non pace nella regione: una lettera del Calcigni del 3 novembre esorta la Comunità ad astenersi da rappresaglie contro le comunità vicine soggette al Malatesti, come Faetano, malgrado i danni subiti in quanto « ve prego ve adaptiate a la pace quanto e possibile . . . »; informa ancora dell'arrivo di Matteo da Sant'Angelo con fanteria e cavalleria, mentre le genti del conte stanno a

Casteldurante, Sant'Angelo e Mercatello, con tremila cavalli nel contado urbinato.

Mentre una breve missiva di Malatesta Novello chiede dal Sasso il 9 novembre l'invio di delegati per conferire con lui, il capitano malatestiano di Fiorentino il 26 dicembre chiede la pronta restituzione di alcuni fanti che hanno disertato.

L'intenzione, almeno formale, di recuperare la Comunità sammarinese ad una posizione di equidistanza appare in una lunga lettera di Malatesta Novello inviata da Rimini il 3 gennaio 1446 (⁴¹).

Nel marzo 1446, come s'è accennato, aveva avuto infelice esito la congiura contro il conte Federico nella quale risultò implicato anche ser Giovanni da San Marino. Del fatto non s'è trovata traccia nel carteggio sammarinese.

Una responsiva del podestà Calcigni del 15 aprile 1446 dà molte notizie sulle frequenti scorrerie che si ripetevano ai margini del territorio della Comunità. Il 1446 non fu un anno favorevole alle sorti dei Montefeltro e loro alleati: il legato Trevisan ed il Malatesti avevano portato le armi fin nel cuore del Montefeltro espugnando Montecerignone e minacciando da vicino il castello di San Marino, validamente difeso dagli uomini del conte, come attesta la nota lettera dei Capitani di San Marino del 18 settem-

(⁴¹) Scrive il Malatesta: « Jo ne li di passati so stato advisato dal Consiglio de Arimino che quilli nostri soldati che stanno a Verucchio hanno facto novamente alcuni danni a certe vostre gualchere in torre panni de quelle et ancho hanno facto alcuni altri dapni in far carne nel vostro tereno. La qual cosa audita ne havemo presa tanta molestia quanto dire se potesse. Et per alcune casone ma per questa principalmente io so venuto ad Arimino et ordenato cum quilli capi de squadra che stanno a Verucchio i quali ho facto venire qui che ve siano restituite le cose tolte o veramente pagate et oltra ciò che veruno de li dicti soldati non vengano più a danegiare in vostro tereno advisandone molte ben che quilli che ce saranno venuti li farò si castigare che ve avederiti che sommamente me sarà despiaciuto lo fallo per loro commesso. Et non crediati che questo sia de volunta del S.re meo fratello o mia ante e de benvicinare cum voi et cusi siano riguardati li vostri homini da nostri soldati como se fosseno nostrj proprj ».

bre 1446 ⁽⁴²⁾. Il bilancio restava pesante per il conte: molti castelli del Montefeltro erano in mano di Sigismondo o di Malatesta Novello. Inoltre nel febbraio 1447 moriva il pontefice Eugenio IV e gli succedeva Niccolò V: iniziavano le trattative di pace, che però non dissipavano le incertezze ed i pericoli. Anzi i pericoli aumentavano per la piccola Comunità. Il 3 aprile il Calcigni scriveva da Pietracuta per mettere in guardia i suoi concittadini: « Palermo nelle di passati me mando a dire che nante che passasi troppi di se faria una grande novita nello paiese, hora novamente sonno tornati certi qui da Rimino e dicono che certi lorj amici hanno dieto che inante che passe quatro di quilli da Samarino seranno pagati de le alegreze che anno facto de la morte del Signor Messer Malatesta. E che el Signor Messer Sigismondo e venuto a Sancto Arcangiole cum cavallj assaj de che subito a la hauta de questa siati insieme e provedito che li homini stiano reducti per modo che quello loco non possa essere disfacto e non haviati questo a ciance ». Dunque sulla Comunità pesavano concrete minacce da parte del Malatesti, ma non lievi disagi erano provocati dagli alleati come si ricava dalla lettera del conte di Urbino dell'8 aprile ove si tratta delle ruberie compiute dalle soldatesche feltresche di stanza a Montemaggio.

Allarmanti notizie di guerra si leggono in una lettera di Antonio da Urbino, ufficiale del conte, inviata da Tausano il 23 aprile, pressanti richieste di grano a vantaggio del Montefeltro in una lettera del conte Federico del 13 settembre 1447 ⁽⁴³⁾.

⁽⁴²⁾ Il documento è edito in: G. FRANCESCHINI, *I Montefeltro e la Repubblica di San Marino*, cit., p. 54.

⁽⁴³⁾ Scrive fra l'altro: « El bisogna come havete facto sempre che testi nostri homini che sonno de la, che sono cusi vostri come nostri, ve siano recomandati et che li subveniate come havete facto per lo passato. E noi per la confidenza che havemo in voi ve pregamo et strengemo perchè senza lo adiuto vostro non se po. E non ce remediando ve dimo che quelli de Montecupiolo se ne partiranno una bona parte non seminando. E pero vi pregamo et strengemo che voliate subvenirli o in presto o in compra de cinquanta stara de grano acioche possano fare le loro simente. Et in caso

Qualche ulteriore notizia è in una lettera del Consiglio del conte del 22 dicembre 1447 che esprime l'amicizia del signore verso la Comunità e attesta la presenza di alcuni fanti sammarinesi nel presidio del cassero ad Urbino, così come risulta da altra lettera dello stesso Consiglio del 6 gennaio 1448 e da una ulteriore del 12 gennaio. Alla estrema esiguità del superstita carteggio sammarinese dell'anno 1448 fa riscontro una relativa abbondanza di fonti per l'anno seguente.

L'alternanza di guerra e di tregue tra i due signori trova riscontro nei documenti sammarinesi. Mentre Filippo da Ragiano, capitano del castello di Fiorentino per il Malatesti, il 10 aprile 1449 reclama il pagamento delle colte arretrate da parte dei sammarinesi, una lettera da Urbino del Calcigni del 22 aprile fra l'altro informà che « el Signore torno heri qui, el barigello d'Arimino se aspecta qui oggi, penso che la concordia de quisti signori siguitara omne di de bene in meglio, racomandove la justitia et el fortificare . . . ».

Altra lettera del Calcigni (divenuto consigliere del conte) in data 27 maggio informa che il Pontefice è a Spoleto e presso di lui si reca il conte Federico. Lo stesso Calcigni relaziona, assieme a ser Francesco Nicolai da San Marino, sulla missione presso il Pontefice con lettera da Spoleto del 1 giugno ⁽⁴⁴⁾, tema che è

gle lo prestate loro ve faranno ben cauti de restituirvelo al raccolto che vene. Et vendendoglelo loro pagaranno la mita adesso et l'altra mita a sei mesi o a quale termino che voi volesti a la fine. E che facendolo come fermamente speramo sarite cagione de mantenerli in quel luoco che non ve ne sapemo più pregare che famo. E poria essere ancora che prestandoglelo voi noi ve le faremmo rendere subitamente perche noi havemo mandato per la tracta in quello de Fiorenza et havuta faremmo condurre del grano assai per testi nostri luochi de Montefeltro et de quello ve serra restituito . . . ».

⁽⁴⁴⁾ « Heri che fo a di ultimo del passato mese arivamo qua a Spolite et subito facemo una lettera de credenza per parte de la nostra comunita directiva a misser Serafino de Urbino et cum lui ce aperimo de tutti i nostri secreti et de la caxione de la nostra venuta qua al sancto padre. In omne nostro favore lo troviamo tanto bene disposto che non se poria dire più. Ma come dovete essere informati senza mezanita de qualche grande maestro non se po cusi immediatamente havere la intrada a la sanctita de nostro S. che ce conforta che in li nostri facti pigliamo li favori del cardinale

nuovamente affrontato dal Calcigni in altra missiva da Urbino in data 9 giugno 1449. Il consigliere del conte informa ulteriormente i Capitani il 21 giugno scrivendo in particolare: « Questa matina sonno a Pesaro stati impichati duj citadinj per tractado scoperto da quatro di in qua et gia de questo mese segle sonno scoperti duj tractadi sicche li strolaghi che hanno facti gli giuditij de questo anno dicono che questo anno se faranno tractadi asa ma che pochi ne reusiranno et periranno moltj traditori ».

Mentre il capitano e gli uomini di Fiorentino il 2 luglio sono ancora alle prese con le colte da pagarsi da parte dei sammarinesi in quella corte limitrofa, il conte Federico il 12 luglio rassicura la Comunità circa i possibili pericoli (« . . . non vi bisogni troppo dubitare considerato el Signor messer Sigismondo non e di qua ne anco le sue genti ne sonno in loco propinquo per modo vi possano nocere onde la bona guardia e suffitiente assai a la vostra salute . . . »).

Notizie di congiure e tradimenti si hanno anche in riferimento alla stessa vita interna della Comunità: il 23 agosto 1449 da Urbino Marino Calcigni inviava ai Capitani una lunga missiva che reca qualche lume su un tentativo di congiura avvenuto a San Marino in quel periodo. Scrive il Calcigni: « Jo ho sentito che aviti preso maestro Andrino per tractado, pregove che in questa

Morinensis el quale e ultramontano et per lo dovere senza reguardo de persona del mondo fa per chi lo rechede et e el più creduto cardinale che sia apresso al papa. Ma qui bisogna facti et parole. Noi vedemo questa nostra bolla et maxime le colte ce sera arestada et bisognara piatirla in corte perché non se poria cavare chel S. Sigismondo non avia a notitia perche misser Jacomo da Cortona vescovo de Rimino e deputato a la signatura de le supplicatione onde secondo ce informa chi intende questo facto nante che se sbrighe la cosa de corte de papa cum le cortisie che se converranno usare a li grandi maistri montara centovinticinque ducati d'oro che obtenendo questo in pocho tempo migloramo centenaia et miglara de ducati a la nostra comunita. Et perche el papa canta oggi la messa et cusi el vespero dove intervengono tutti li cardinali per questo di non possiamo fare più ma domane farimo una parte de le nostre embasciade. (...) Et se voi intendite che queste facende vadino inanze comenzade a dare modo al denaro che seria bona spesa lassare per uno pocho altra spesa et attendere a questa. Advisate le nostre famigle che noi stamo bene ».

facenda procediate cum quella maturita et acerbezza merita chi fa simili mercadantie et che lo examiniade per modo saviate da chi se ha a guardare et che non haviate riguardo a persona del mondo et sia chi vole in questa farina che se vole purgare, che intesa la novella so remasto atonito per modo che anco non ho rehavuto i sensi. Pense le Magnificenze vostre quello importa a volere torre la liberta honore stado et robba. Per dio Capitani mei come havite comenzado non mancade de procedere in questo facto animosamente come rechede la materia et usate omne rigidezza et crudelita se de usare a traditorj senza pieta contra chi ce vole privare de tanto bene et purgate questa facenda per modo non ce remanga el marcio. Se jo parlo crudo la impieta de chi cercava contra de noi simile desfatio et se per quello logo bisognasse una cosa piu che un'altra advisatemene. Et pregove che particulariter me advisiate del tutto et anco non ve rencresca scriverne duj versi ad Octaviano . . ». Ed infatti con la data dell'8 settembre si ha una breve generica responsiva di Ottaviano Ubal dini. Più significativa e ricca di notizie è però un'altra lettera con la stessa data del Calcigni, che in questi anni fu lo strumento di collegamento permanente fra la signoria di Urbino e la Comunità. Nella lettera Calcigni dà il testo di tre missive da inviarsi da parte dei Capitani: la seconda avente come destinatario il « consiglio » (di Rimini) chiarisce alcuni aspetti della vicenda di maestro Andrino. La minuta recita: « Magnifici domini nostri. Noi havimo ricevuta vostra lettera a la quale respondemo che e vero che facemo piglare maestro Andrino el quale non per tortura ne altro martorio confesso quanto tractava contra questa nostra liberta et quanto se sforzava che de proximo ruinasse. Et a li preparamenti et entrade che avea adaptade non fo maj el piu acto traditore a cio et in simile cosa non mostra a essere tanto semplice quanto dicete. Et perche sponte senza alcuno martorio in populo dove se trovarono piu et piu homini del tereno de li Ex.sì Signorj Malatestj che intesaro dal maestro Andrino el tutto non se posseva in tanto evidente et vero et preparato tradimento retardare

non se li facesse raxione perche avendolo voluto fare noi cum esso serimo stati a furore populj tagladj a pezzi. Et come scrivemo al M. et Ex.so Signore Misser Malatesta, ciascheduno de noi voria che gle fosse costo una livra del proprio sangue et maestro Andrino non fosse stado di cio colpevole. Pure recomandamo sempre a le S.V. et pregamo quelle ce racomandi a testi vostri, et nostrj Ex.si Signori ». Il Calcigni fa seguire alle minute questa considerazione finale: « A mi pare che mandate che havite queste risposte che honestamente tentiate come voglono vivere cum noi. Vedete se podestove mettere le mani adosso ad alcuno degl'altrj incolpati in cio et se qua volete se faccia cosa alcuna advisatemenne ». L'episodio della congiura di maestro Andrino assume dunque i contorni di uno dei tanti tentativi del Malatesti di mettere le mani sul castello di San Marino, così strategicamente importante verso il Montefeltro. Ma San Marino se doveva temere le mire del Malatesti, non poteva starsene nemmeno troppo sicuro degli alleati, poich , come   stato evidenziato ⁽⁴⁵⁾, dopo che lo Sforza pot  impadronirsi di Milano, i due contendenti si rivolsero a lui per una composizione della vertenza nella quale sembra oggetto di scambio proprio San Marino: al Malatesti sarebbe toccato San Marino, ed il Montefeltro avrebbe avuto tutti i castelli da lui reclamati. Ma ci  richiedeva il consenso di alcune potenze, e ci  ritard  e vanific  il baratto.

Intanto il 14 febbraio 1450 da Pietramaura Alessandro Gambacorta segnalava ai Capitani gli intensi preparativi del Malatesti ed assicurava l'aiuto di Federico. L'incertezza della situazione ha eco in una lettera di Calcigni del 27 marzo da Urbino, nella quale le ipotesi di pace e di guerra sono prospettate come ugualmente possibili, mentre appare ben delineata la esistenza di fazioni contrapposte a San Marino dal momento che il consigliere

(45) G. FRANCESCHINI, *I Montefeltro e la Repubblica di San Marino*, cit., pp. 55-57.

del conte si preoccupa caldamente perché siano eletti capitani elementi ossequianti alla propria volontà.

La successiva lettera del Calcigni, in data 7 luglio, riferisce sul colloquio avuto con Alessandro, fratello del duca di Milano, e sulle assicurazioni di protezione e di amicizia in tale occasione ricevute. I pericoli erano tuttavia molto gravi, se l'Arciprete di Pieve Corena il 18 luglio si affrettava a trasmettere ai Capitani una lettera pervenutagli da parte di Antonio da Cantiano residente a Tausano, in cui si segnalavano i preparativi del Malatesti a Sant'Arcangelo (« pero fate che subito omne homo sia reducto in havere et in persona et state sotto bono guardia a cio che non se receva danno et avisate di cio a Sanmarino et non falli a voi »).

Un'altra lettera del Calcigni, con la data dell'8 agosto, reca dettagliati suggerimenti (« Legete questa lettera in consiglio et in arengo . . . », avverte Calcigni, conscio dell'importanza dell'affare) sul modo di contenersi nell'annosa vertenza col Malatesti per il pagamento delle colte del Vicariato per i beni posseduti nel riminese.

Il 18 ottobre il conte Federico scrive ai nuovi Capitani eletti della Comunità che gli avevano comunicato la loro assunzione della carica. Il conte si diffonde in espressioni di amicizia e di simpatia, tanto più sorprendenti se si ritiene fondata la ipotesi di assenso del conte alla presa del castello di San Marino da parte del Malatesti, quale si ricava dalla nota lettera allo Sforza dell'agente Francesco da Cusano del 24 agosto 1451 ⁽⁴⁶⁾. Quando però parve che il Malatesti avesse avuto via libera all'impresa da parte di Milano e di Firenze, il 7 novembre 1451 Federico mise in allarme i sammarinesi ⁽⁴⁷⁾. « Qual fine perseguisse Federico da Montefeltro in questa faccenda non è ben chiaro. Voleva che le cupidigie del suo vicino e le imminenti minacce alla sicurezza

⁽⁴⁶⁾ Ibidem.

⁽⁴⁷⁾ Il documento è edito in: G. FRANCESCHINI, *I Montefeltro e la Repubblica di San Marino*, cit., p. 57.

della piccola repubblica inducessero questa a stringersi ancor più a lui e ad accogliere una guarnigione permanente feltresca onde assicurare la sua difesa? Così si dovrebbe credere. Evidentemente egli voleva imbarcare il suo avversario in un'impresa che era sicuro di poter mandare a vuoto: un'impresa che avrebbe dovuto recar profitto solamente a lui, scemando il prestigio del suo avversario e stringendo viemmeglio i legami che già legavano la repubblica allo stato d'Urbino » ⁽⁴⁸⁾. L'ipotesi interpretativa dello storico chiarisce abbastanza un episodio piuttosto oscuro e contraddittorio del rapporto fra il signore d'Urbino e la comunità sammarinese. Gli avvenimenti dei decenni immediatamente seguenti (per i quali non scarseggiano le fonti dell'archivio sammarinese) rinvigoriscono e consolidano tale rapporto ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁸⁾ G. FRANCESCHINI, *I Montefeltro e la Repubblica di San Marino*, cit., pp. 56-57.

⁽⁴⁹⁾ L'epistolario feltresco nell'Archivio sammarinese in realtà per il periodo in esame conta altri documenti oltre a quelli citati. Si sono rinvenute altre 23 lettere del conte Guidantonio le quali, mancando dell'indicazione esplicita dell'anno, richiedono un'analisi approfondita per tentarne una datazione. Comunque qualcuno di questi documenti reca qualche dato non irrilevante: in una lettera datata « Urbinj iij Augusti hora xxij » il conte avverte del possibile transito in Romagna o nella Marca delle truppe di Braccio; in altra datata « Eugubi die xxviii decembris » risponde sulla questione « de le fumantarie che se debbono pagare per testo Comune a la Camera Apostolica »; in altra lettera datata « Eugubij die xiiij Junij » pone una questione di estradizione (« Nobiles Amici carissimj. Jo intendo che un Luca de Marino da Montegrimano bandigiato del mio terreno de Montefeltro se reduce per stantia o usa l'j a San Marino. E perché desidero la punitione de cativj vi prego che essendocce ello o arivando l'j el voliate fare piglare et mettere in le mano del mio potesta de Montefeltro de che me farite a piaxere singulare pregandovj che non voliate in questo tractarmi peggio che faciate i Malatestj. E se per l'avenire volete fare de non receptare i bandigiatj et condemnatj del mio terreno per lo simile so conteto fare io de vostri. Cusi scrivo al mio potesta de Montefeltro che faccia facendo voi. E pero de cio voliate farmene risposta intendendo io che possendose quellj piglare se mettano in mano degli officialj l'uno a l'altro ove stato commesso el delicto »). Da Gubbio il 17 gennaio 1440 (?) (?) notifica ai Capitani il suo arrivo in quella città con le sue genti dilungandosi in espressioni cordiali verso la Comunità. E da Urbino una missiva del 26 settembre che reca notizie di guerra; in altra lettera da Urbino nel mese di marzo si rallegra il conte con i nuovi Capitani eletti; una altra ancora datata « Urbinj x novembris » sollecita il pagamento di cento ducati « perche n'o troppo grande bisogno ». Tralasciando altre missive di minor conto, si trascrive una lettera di Guidantonio, datata « Eugubij die xxiiij Junij »,

che pare rilevante per determinare la posizione formale e sostanziale della Comunità verso la signoria urbinata: « Spectabiles et Egregij Amici Carissimi. Ser Luca mio canc.o manda la Agnoletto portatore de la presente per le soi fumantarie consuete pero ve prego diate ordine sia spacciato presto acioche li non habbia a restare per questa cagione de la quale cosa ultra el dovere me ne farite a piacere assa ».

Fra le molte altre lettere prive di data esplicita, oltre alla già ricordata di Gentile Brancaleoni, si accenna soltanto, per il loro interesse storico, ad una missiva di Baldinaccio Ubaldini della Carda, datata « Urbinj die vj Junij », che dà qualche notizia sulla situazione in Val di Tevere, e ad un'altra di Braccio Fortebracci « comes Montonis Perusij etc. », nella quale lamenta che al suo cancelliere ser Nicolò da Urbino un ostiere tale Antonio di Pinto, ha perduto e sottratto una giornea ed una berretta di velluto nero del valore di quaranta ducati, onde « vi priegho provvediate che il detto ser nicholo o riabbia la sua giornea o la valuta d'essa. Et facendo questo quantunque sia debito et ragionevole mi sia somamente charo. Altrimenti vi faccio certo che non vorro consentire che il detto ser Nicholo abbia cosi assolutamente perduta la roba sua ». I grandi avvenimenti ed i fatti di mera cronaca si alternano in queste carte sammarinesi, che meriterebbero una attenta e diligente valutazione da parte degli studiosi nonché decorosa sistemazione da parte della Repubblica.

PIERANGELO CIGNOLI

**UN MODELLO DI PREVISIONE E PIANIFICAZIONE
DELLE RISORSE UMANE**

SOMMARIO: I. *Introduzione*. — 1. Natura dei modelli di pianificazione delle risorse umane. — 2. Uso dei modelli di pianificazione del personale. — 3. Generalità sulle caratteristiche matematiche. — II. *Presentazione del modello*. — 4. La struttura logica. — 5. Rappresentazione statica. — 6. Rappresentazione dinamica; a) Variazioni automatiche; b) Variazioni governate; c) Variazioni aleatorie e quasi aleatorie. — 7. Rappresentazione matematica. — 8. Le variabili di controllo. — 9. Usi ed opzioni del modello. — 10. Caratteristiche generali. — *Bibliografia*.

I modelli « corporate » per la gestione e pianificazione integrata d'impresa hanno, fino ad oggi, riguardato, con accentuazioni particolari, dipendenti dalle singole realizzazioni, gli aspetti finanziari, di produzione e di relazione col mercato. Queste tre entità vengono considerate da tali modelli in mutua e coordinata interazione, come descrizione del complesso aziendale nel perseguimento dei suoi obiettivi.

Si è notato ⁽¹⁾ che a questa impostazione sistemica manca una componente fondamentale per una visione globale dell'intero complesso: il sottosistema delle risorse umane. È indubbio, infatti, che il Personale assuma un'importanza fondamentale nella conduzione delle imprese e che ne possa influenzare i risultati; è altresì indubbio che si tratti di un sistema complesso, il cui governo necessita di una adeguata politica e al quale può giovare un ausilio di natura modellistica.

La carenza riscontrata è dovuta alla rapida evoluzione di questi modelli, avvenuta a partire dagli anni settanta, che ha interessato, in tempi successivi, i problemi che al momento erano

(1) CIGNOLI P., *I modelli integrati di pianificazione nelle applicazioni microeconomiche*, in *Studi Urbinati*, Anno XLVIII, 1982.

più urgenti e quindi, prima la produzione, poi il marketing e ultima la finanza; problemi che inoltre vantavano una lunga tradizione modellistica.

Attualmente, con l'accresciuta importanza del Personale tra gli elementi fondamentali della conduzione aziendale — esso infatti sta sempre più assumendo la connotazione di risorsa da trattare come oggetto di politica e strategia, nell'ambito degli obiettivi dell'organizzazione — cominciamo ad effettuarsi tentativi di allargare a quest'area i modelli globali.

Queste realizzazioni non intendono essere naturalmente un semplice strumento di programmazione ⁽²⁾, abbondantemente studiato nelle applicazioni della Ricerca Operativa, ma un reale ausilio alla pianificazione che permetta di esplorare politiche e strategie di ampio respiro sia per l'orizzonte temporale che per la connessione con gli obiettivi aziendali e l'interdipendenza con l'ambiente esterno.

1. Nel loro utilizzo come strumento conoscitivo che permette di sfruttare al meglio le risorse disponibili nel raggiungimento dei fini aziendali, i modelli di pianificazione del personale devono essere in grado di adattarsi alle più svariate esigenze. Particolarmente l'ambiente esterno (mercato, leggi, società, ...) produce circostanze non conoscibili in anticipo e che richiedono risposte di tipo adattativo; ciò significa che il modello deve essere uno strumento che, in tempi brevi, permetta l'esplorazione di politiche e strategie alternative. Inoltre, deve essere in grado di eseguire, con buona approssimazione, calcoli relativi ad azioni che devono essere prese in situazioni bene delineate e definite. L'uso di questi modelli è dunque un processo a due vie: se cambia il contesto e quindi gli obiettivi, esso è di utile ausilio per una adeguata reazione relativamente alla problematiche del personale,

(2) PURKISS C., *Corporate manpower planning: a review of models*, in *European Journal of Operational Research* 8 (1981), 315-323.

inserite nel più ampio contesto del sistema globale. Se invece è il sistema del personale a variare, per qualifiche, capacità, funzioni, aspirazioni, ecc., saranno gli obiettivi globali a necessitare di una revisione.

I modelli che compiono tali funzioni possono essere raggruppati in due classi: quelli *esplorativi-predittivi* e quelli *normativi*.

I primi descrivono il comportamento del personale sotto l'azione di differenti stimoli, comprensivi del trascorrere del tempo; i secondi, spesso più complessi dal punto di vista della formalizzazione matematica, indicano le azioni ottimali da prendere, stanti ben precisi fini formulati come funzione obiettivo.

In ogni caso la struttura è costituita dalla descrizione di uno stock che, istante per istante, viene determinato dal flusso degli ingressi (assunzioni) e dal flusso delle uscite (dimissioni, licenziamenti, pensionamenti, decessi).

Nelle formulazioni più complesse, accanto alle quantificazioni dei più comuni parametri del personale, vengono considerati anche elementi tipici della « qualità » quali le carriere, l'apprendimento, la professionalità e le motivazioni. Ne deriva una complessa rete di relazioni tra le varie entità che fanno parte del sistema, che richiede, per essere governata, un approccio del tipo « per sistemi ».

Questo è un processo che, per aggiustamenti successivi, porta alla riduzione del sistema in esame ai soli aspetti salienti, in relazione con gli altri sistemi collegati e gli obiettivi comuni, e ne facilita la riformulazione in termini di modello. L'analisi dei sistemi permette inoltre di individuare il più adatto fra diversi modelli, di applicarlo correttamente e di derivare opportune indicazioni dai suoi responsi.

Per il caso particolare delle risorse umane, la letteratura esistente, per quanto molto limitata, dà un notevole contributo all'analisi riportando, con generale consenso, quelli che sono stati identificati come elementi di riguardo del sistema e che costitui-

scono, per il ricercatore, punti fermi sui quali costruire i modelli più opportuni.

Più in dettaglio, vi è un accordo generale sul fatto che tale sistema può essere visto come un insieme di *stati* relativi a raggruppamenti omogenei, quali grado, funzione e mansione, che sono collegati da una rete di *flussi*. I flussi sono le regole del comportamento del sistema, in parte in mano al management, e le decisioni su di essi producono variazioni nei diversi stati.

È altresì ormai respinta la collocazione del sistema del personale in un ambiente deterministico a favore dell'uso di strumenti statistici. Purkiss ⁽³⁾ nota che ciò non è tanto in funzione del mero rapporto azienda/mercato, quanto per tenere nel giusto conto fatti complessi ed imprevedibili quali l'evoluzione tecnologica, la crisi energetica o le pressioni socio-ambientali che concorrono a rendere improbabile qualunque scenario costruito con strumenti deterministici.

Il collegamento tra tali scenari e la domanda di risorse umane dell'impresa è ottenuto con le classiche analisi della regressione, analisi fattoriale e le varie tecniche estrapolative di trend e quindi senza apporti innovativi.

Le novità sono tutte nel processo di pianificazione che presuppone, data la particolare caratteristica del sistema, la creazione e l'uso di modelli che costituiscono un approccio originale al problema.

2. Il generale consenso evidenziato nella identificazione degli elementi utili alla formulazione di modelli di pianificazione del personale si estende anche ai loro possibili utilizzi; infatti, prescindendo dal generico processo di simulazione, sfruttato per i propositi più svariati, si possono elencare i più tipici usi caratteristici del sistema in questione:

(3) PURKISS C., opera citata.

— valutare i fattori economici che influenzano la dimensione dello stock;

— esaminare i fattori che permettono di comprendere i processi che portano a situazioni di crisi tra le svariate componenti del personale;

— evidenziare le caratteristiche tipiche della struttura allo scopo di mettere in risalto potenziali aree critiche;

— diagnosticare l'impatto di fattori critici sull'organizzazione, quali la composizione delle assunzioni, l'addestramento o le carriere;

— pianificare lo sviluppo equilibrato del complesso sotto l'effetto di particolari politiche;

— tenere sotto controllo indicatori caratteristici del sistema, quali età media, rapporti tra categorie, turnover, ecc.

3. Dal punto di vista degli strumenti matematici usati per trattare il sottosistema del personale per esigenze di pianificazione, è possibile formulare la seguente tipologia. Innanzitutto i *modelli di simulazione* che descrivono il comportamento attuale e futuro del sistema, con ottimo dettaglio e sotto le più svariate assunzioni, tramite trattamento numerico delle equazioni. In secondo luogo i *modelli di programmazione matematica* che, dotati di una specifica funzione obiettivo, consentono l'individuazione di scelte ottimali. Infine i *modelli analitici* costituiti da equazioni, da risolvere simultaneamente, che legano le variabili chiave.

In tutti i casi, almeno per quanto fino ad oggi riportato in letteratura, questi modelli, in modo più o meno accentuato, fanno riferimento ad un approccio fondamentale di tipo markoviano⁽⁴⁾. Infatti, il vettore dello stato atteso X_{t+1} , all'istante $(t + 1)$, dei particolari aggregati del sistema del personale, è otte-

(4) Si veda: BARTOLOMIEW D. J., *Stochastic Models for Social Processes*, Wiley, New York, 1973.

nuto dal vettore dello stato attuale X_t tramite la matrice P di transizione tra i vari stati, supposta costante nel tempo, dal vettore a che distribuisce gli n_{t+1} nuovi assunti secondo gli opportuni aggregati e dal vettore u che analogamente distribuisce gli m_{t+1} usciti dal sistema, secondo la seguente relazione:

$$X_{t+1} = X_t \cdot P + a \cdot n_{t+1} - u \cdot m_{t+1}.$$

I modelli di simulazione e quelli analitici innestano, su questa comune base, l'insieme delle relazioni che completano la descrizione del sistema. I primi sono prevalentemente usati a scopo esplorativo, i secondi si prestano soprattutto a scopo normativo, ma sono caratteristici di casi tipici molto particolari e quindi sono validi solo in un ristretto campo di applicazione⁽⁵⁾.

I modelli di programmazione matematica sono costituiti da un insieme di equazioni che rappresentano il complesso delle relazioni tra stock e flussi e da vincoli relativi alle particolari realtà aziendali. Essi sono particolarmente utili a rappresentare grandi classi di problemi quali quelli lineari o quasi lineari, ma scontano spesso tale generalità con una eccessiva approssimazione. Tali modelli sono rappresentabili dalla disequazione matriciale

$$A(t)X \leq b \quad (X \geq 0)$$

e da una funzione obiettivo da ottimizzare. $A(t)$ è la matrice dei coefficienti, X il vettore delle variabili decisionali e b il vettore dei requisiti, dei vincoli o delle limitazioni. Gli elementi $a^{ij}(t)$ di $A(t)$ che rappresentano la proporzione della popolazione che, al tempo t , si muove dallo stato i allo stato j , derivano da una matrice di transizione markoviana⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ Si veda ad esempio: KEENAY G. A., MORGAN R. W., RAY K. H., *An Analytical Model for Company Manpower Planning*, Operational Research Q., vol. 2, Pergamon Press., 1977.

⁽⁶⁾ Si veda: CHARNES W., COOPER R., J. NIERHAUS R. J., *Studies in Manpower Planning*, U.S. Navy Office of Civilian Manpower Management, Washington, DC, 1972.

Questi modelli presentano due inconvenienti: non possono essere usati che in funzione normativa e sono scarsamente rappresentativi della complessità di un sistema reale, poiché fanno riferimento ad un unico obiettivo.

Il primo inconveniente è superabile solo eseguendo diverse elaborazioni col modello variando, di volta in volta, i valori giudicati critici e quindi facendo delle vere e proprie simulazioni. Per ovviare al secondo si può usare la tecnica della programmazione per obiettivi, che consiste nel trattare tutti gli obiettivi, tranne quello prioritario della funzione obiettivo, in forma di vincoli e quindi di specifiche da ottenere.

L'uso congiunto di questi accorgimenti comporta però notevoli appesantimenti nell'organizzazione degli esperimenti e soprattutto nei tempi di elaborazione.

Non v'è dubbio che, tra questi tre tipi di modelli, quelli di simulazione, per la capacità di descrizione minuziosa, per l'estrema flessibilità e per l'universalità di applicazione, siano i più adatti (e quindi i più usati) a descrivere il sottosistema del personale specie in un contesto modellistico di più ampia portata, ove coesistano, in complessa integrazione, gli altri sottosistemi prima menzionati.

II

Il modello che qui si illustra rientra nel quadro generale prima delineato ⁽⁷⁾, anche se presenta sostanziali caratteristiche proprie, specie per quanto riguarda la descrizione dinamica e il trattamento della casualità degli eventi.

Esso simula l'evolvere nel tempo di tutto il personale di un'impresa o di suoi grandi raggruppamenti (divisioni, stabilimenti, ecc.), identificato tramite gli attributi di *età*, *classe di*

(7) L'analisi del modello e la stesura in linguaggio FORTRAN è stata fatta sotto la guida del Prof. Giorgio Elemi al quale vanno i ringraziamenti dell'Autore.

retribuzione o di merito ed anzianità di servizio. Alle altre eventuali caratteristiche di una popolazione aziendale si deve risalire, per via mediata, partendo da queste tre, che rappresentano dunque i primi ed espliciti effetti delle scelte direzionali. Inoltre, poiché le politiche aziendali spesso sono rivolte in maniera specifica a particolari gruppi omogenei, il modello permette la suddivisione della popolazione complessiva in un certo numero di classi funzionali ⁽⁸⁾ in relazione agli scopi perseguiti.

Esso dunque riproduce gli eventi relativi alla popolazione così ripartita e caratterizzata, operando, conformemente alla realtà, sia tramite le politiche di reclutamento, dimissioni e carriera, sia considerando anche quei fatti che, in tutto o in parte, risultano casuali e che contribuiscono a discostare il « realizzato » dal « programmato ».

Nella fase di approntamento (inizializzazione) il modello si avvale dei dati desunti dell'archivio aziendale (data base) per la determinazione della distribuzione della popolazione secondo i tre attributi ed incorpora le prassi relative alle politiche « standard », dei normali modi di governo, desunte dalla storia passata dell'impresa, nonché le relative leggi statistiche di scostamento.

L'uso più limitativo del modello consiste nell'applicare tali politiche standard ai dati reali così raggruppati e quindi di proiettarli avanti nel tempo. Naturalmente, in fase di simulazione è possibile agire su tali politiche tramite le variabili di controllo tipiche del management e quindi intervenire, in maniera diretta, con variazioni alle suddette regole ed addirittura con la creazione di nuove.

4. La popolazione aziendale, nel suo complesso o nei suoi aggregati significativi, può essere vista come ripartita secondo le

⁽⁸⁾ In particolare si sono fatti esperimenti su una popolazione suddivisa in Operai, Impiegati esecutivi e Quadri.

caselle di una matrice tridimensionale caratterizzata dalle tre grandezze ordinate: anzianità, classe, età. Ogni elemento della matrice contiene tutte le persone di stessa anzianità di servizio, classe di retribuzione ed età anagrafica. Ad esempio, la prima faccia verticale di questa matrice si può pensare come quella relativa alla minima età ammessa per le assunzioni per ogni combinazione degli altri due attributi; analogamente, un qualunque piano orizzontale rappresenta una data anzianità di servizio per tutti i valori possibili di classe ed età (comprese le combinazioni logicamente impossibili che saranno a valore zero).

L'organico al tempo t è rappresentato da

$$N(t) = [n_{i,j,k}(t)] \quad [1]$$

per $i = 1, \dots, m_i$

$j = 1, \dots, m_j$

$k = 1, \dots, m_k$

essendo:

i l'anzianità di servizio

j la classe di merito

k l'età anagrafica

$n_{i,j,k}(t)$ è il numero di dipendenti che al tempo t hanno anzianità i , classe j ed età k .

Le unità di misura dei tempi sono in funzione della precisione che si vuole ottenere; i vale 1 per i neoassunti ed m_i per la massima anzianità ammessa; k vale 1 per la minima età di assunzione ed m_k per l'età limite pensionabile. Le classi sono riferite ai particolari contratti di lavoro e quindi collegate a retribuzioni o gradi gerarchici; sono in ordine crescente fino al massimo valore m_j .

5. $n_{i,j,k}(t)$ è dunque lo stock di dipendenti con uguali attributi, il quale, per effetto del tempo e delle politiche aziendali, è soggetto a flussi in ingresso ed in uscita ⁽⁹⁾.

La matrice $N(t)$ è molto sparsa e presenta particolari caratteristiche: infatti è intuibile una correlazione tra età ed anzianità del tipo $k = x \cdot i$ ed una, secondo una legge più complessa, di natura statistica, tra anzianità e classe. In particolare, i neoassunti si collocheranno nelle caselle con $i = 1$, decisamente addensati nei valori bassi di j e k ; al contrario, i pensionandi saranno nelle caselle a valore limite m_i e m_k . Quindi è possibile individuare nella matrice degli « itinerari » diagonali che, partendo dalle posizioni basse di i, j, k , giungono ai valori di m_i e m_k ed ai valori di j relativi alla massima carriera ammessa per ogni raggruppamento funzionale considerato.

Eventi rari, quali le assunzioni in basse categoria con età elevata o in alta categoria con bassa età o l'attribuzione di anzianità fittizie, contribuiscono a costellare le regioni vuote di tale matrice di punti anomali.

6. Utilizzando tale logica schematica, il modello si propone di riprodurre l'evoluzione nel tempo del sistema reale tramite la generazione dalla $N(t)$ delle $N(t+1)$, $N(t+2)$, ecc., sotto la condizione che le unità di misura di i e di k siano le stesse.

Il passaggio da un tempo al successivo comporta variazioni che possono essere raggruppate in tre distinte categorie:

- Variazioni automatiche
- Variazioni governate
- Variazioni aleatorie e quasi aleatorie.

⁽⁹⁾ Il passaggio di gruppi da una casella all'altra della matrice per progressi di carriera, può comportare eventuali somme, in uno stesso punto, di individui appartenenti a tipologie diverse, quali ad esempio operai e impiegati. Ciò comporterebbe la parziale perdita di specificità ed omogeneità del gruppo. Pertanto, nel caso di rischio di sovrapposizioni, è bene ricorrere a più matrici, una per ogni aggregato.

a) Sono quelle relative al mero trascorrere del tempo; il passaggio dal tempo t a $t + 1$ comporta l'automatico incremento, per tutti gli elementi della matrice, di un periodo di età e di anzianità. Volendolo rappresentare « visivamente », si ha uno slittamento di una posizione di tutti i piani $[n_{i,j}]$ (incremento dell'età) e di tutti i piani $[n_{i,k}]$ (incremento dell'anzianità). Si ha cioè:

$$n_{i,j,k}(t+1) = n_{i-1,j,k-1}(t) \quad [2]$$

per $i = 2, \dots, m_i$

$j = 1, \dots, m_j$

$k = 2, \dots, m_k$

Questo slittamento di piani, comporta che: 1) le facce $[n_{1,j,k}]$ e $[n_{i,j,1}]$ si svuotano completamente ⁽¹⁰⁾

$$n_{1,j,k}(t) = 0 \quad \forall j, \quad \forall k$$

$$n_{i,j,1}(t) = 0 \quad \forall i, \quad \forall j$$

2) l'uscita dalla matrice, per collocamento a riposo ⁽¹¹⁾, dei gruppi che al tempo t si trovavano o sul piano $[n_{m_i,j,k}]$ o su $[n_{i,j,m_k}]$. Allora coloro che andranno in pensione saranno:

$$P(t) = \sum_{j=1}^{m_j} \sum_{i=1}^{m_i} n_{i,j,m_k}(t) + \sum_{j=1}^{m_j} \sum_{k=1}^{m_k} n_{m_i,j,k}(t)$$

b) Sono quelle determinate dalla politica del personale e sono schematizzabili nei seguenti due punti:

— Politica delle assunzioni

— Politica delle carriere.

⁽¹⁰⁾ Poiché non si sono ancora considerate le nuove assunzioni del periodo, che fanno parte degli altri due tipi di variazione.

⁽¹¹⁾ Il modello assume che il raggiungimento del massimo di età o di anzianità comporti obbligatoriamente l'uscita dalla popolazione aziendale, e quindi dalla matrice.

Le assunzioni producono il riempimento di caselle appartenenti a quella faccia della matrice lasciata sgombra dall'effetto del progredire del tempo ($i = 1$ e $k = 1$). Ogni ingresso che non rispetti questa regola sarà considerato anomalo. La determinazione delle posizioni j , cioè delle classi, dipende, oltre che dalle regole interne del sistema aziendale per le varie funzioni, anche da fattori istituzionali (leggi sul collocamento, contratti nazionali di lavoro, leggi sull'apprendistato, ecc.).

Nella rappresentazione matriciale adottata, la politica delle carriere è rappresentata da un cammino che associa fasi successive di anzianità a particolari classi secondo punti di partenza, intermedi e di arrivo specifici dei vari raggruppamenti individuati e preordinati dalle politiche standard. In particolare, il modello tratta tali itinerari tramite i *tempi medi di passaggio* dalla classe r alla classe s . Essi sono trattati come variabili casuali distribuite, con legge definita, attorno ai loro valori medi. È ammessa qualunque legge di distribuzione e, al limite, annullando la variabilità, viene consentito un comportamento deterministico o di completo governo del fenomeno.

Anche la classe di fine carriera è trattata con regole di natura statistica, nel senso che le « fughe » oltre tale limite sono governate da una legge di probabilità.

La [2] si arricchisce allora degli apporti delle carriere

$$n_{i,j,k}(t+1) = n_{i-1,j,k-1}(t) + C_{i,j-1,k}(t) - C_{i,j,k}(t)$$

per

$$i = 2, \dots, m_i$$

$$j = 2, \dots, m_j$$

$$k = 2, \dots, m_k$$

essendo $C_{i,j,k}(t)$ i passaggi dalla classe j alla classe $j+1$.

I neoassunti sono

$$n_{1,j,k}(t+1) = h_{j,k}(t+1)$$

ove j = è relativo alle preordinate classi di assunzione

$k = 1, \dots, mw$ (massima età ammessa per l'assunzione - è una variabile di controllo)

$h_{j,k}(t + 1)$ = sono gli assunti in classe j di età k (variabile di controllo).

c) sono relative a quegli eventi che incidono sul sistema delle risorse umane in modo indipendente dalla volontà direzionale e dagli automatismi. Sono raggruppabili in due categorie

- uscite dal sistema per cause imprevedibili
- ingressi anomali nel sistema.

La prima riguarda fatti quali dimissioni spontanee, decessi o inabilità al lavoro: questi eventi, pur nella loro imprevedibilità, mostrano una certa costanza desumibile dall'analisi delle serie storiche ⁽¹²⁾. Tali serie permettono di rilevare la frequenza di queste uscite secondo le specificazioni di età, classe ed anzianità. Pertanto è possibile la formulazione di leggi di probabilità, statisticamente accettabili, che permettono il calcolo delle uscite $u_{i,j,k}(t)$ ⁽¹³⁾.

Riguardo alla seconda categoria, sono da considerarsi anomale tutte quelle assunzioni che o sfuggono alle regole aziendali di inquadramenti iniziali in classi predeterminate o che avvengono in classi di anzianità fittizie diverse da zero. Tali assunzioni, sebbene effettuate per esplicita volontà aziendale, sono da considerarsi aleatorie in quanto non pianificate ed effettuate a fronte

⁽¹²⁾ È necessario che la numerosità della popolazione sia abbastanza elevata e costante nel tempo per costituire una base statistica affidabile.

⁽¹³⁾ Queste statistiche vanno depurate dalle dimissioni forzate e favorite dall'azienda che devono essere altrimenti considerate. Nel modello questo tipo di uscite è trattato come la risultante di particolari variabili di controllo i cui effetti tuttavia, per le prevedibili resistenze, non sono mai completamente noti a priori (quasi aleatorie appunto!).

di necessità imprevedibili (per ricoprire posizioni lasciate scoperte, per assunzioni obbligatorie, trasferimenti tra consociate, ecc.).

Anche in questo caso l'analisi delle serie storiche riguardanti questo fenomeno permette di evidenziare leggi di casualità rispetto alle variabili i, j, k e quindi di determinare, ad ogni tempo t , le entrate $e_{i,j,k}^1(t)$.

7. Riassumendo i concetti esposti e completando si ha:

$$n_{i,j,k}(t+1) = n_{i-1,j,k-1}(t) + C_{i,j-1,k}(t) - C_{i,j,k}(t) + e_{i,j,k}(t) - u_{i,j,k}(t)$$

$$\left\{ \begin{array}{l} i = 2, \dots, m_i \\ j = 2, \dots, m_j \\ k = 2, \dots, m_k \end{array} \right.$$

$$n_{1,j,k}(t+1) = h_{j,k}(t+1)$$

$$\left\{ \begin{array}{l} j = 1, \dots, m_j \\ k = 1, \dots, m_k \end{array} \right.$$

$$P(t) = \sum_{j=1}^{m_j} \sum_{i=1}^{m_i-1} n_{i,j,m_k}(t) + \sum_{j=1}^{m_j} \sum_{k=1}^{m_k} n_{m_i,j,k}(t) \quad \text{pensionamenti}$$

$$E(t) = \sum_{k=1}^{m_k} \sum_{j=1}^{m_j} h_{j,k}(t) \quad \text{assunzioni normali}$$

$$TE(t) = E(t) + \sum_{i=2}^{m_i} \sum_{k=2}^{m_k} \sum_{j=1}^{m_j} e_{i,j,k}(t) \quad \text{totale entrate}$$

$$TU(t) = P(t) + \sum_{i=1}^{m_i} \sum_{j=1}^{m_j} \sum_{k=1}^{m_k} u_{i,j,k}(t) \quad \text{totale uscite}$$

$$N(t) = \sum_{i=1}^{m_i} \sum_{j=1}^{m_j} \sum_{k=1}^{m_k} n_{i,j,k}(t) \quad \text{totale organico}$$

$$N(t+1) = N(t) + TE(t+1) - TU(t+1).$$

8. Le variabili di controllo o di governo del sistema sono quelle variabili decisionali, di pertinenza della direzione d'impresa, che presiedono all'ottenimento di obiettivi strategici. Sono dunque gli inputs al modello e riguardano esplicitamente i seguenti punti:

- i . Politica delle carriere
- ii . Politica delle assunzioni
- iii . Nomine dei dirigenti
- iv . Politica di incentivazione delle dimissioni.

Ad esempio per il primo punto, la politica delle carriere, il modello offre la possibilità di variare, per ciascuno gruppo funzionale, la categoria di partenza, il tempo di permanenza in tale classe ed in quelle successive e quindi di modificare l'itinerario predisposto dalle politiche standard. Viene altresì data la possibilità di variare il *grado di governabilità* relativo ai tempi medi di permanenza in ogni classe. Il grado di governabilità è espresso in percentuale ed è la misura dell'addensamento attorno ai valori medi di permanenza (espressi ad esempio in semestri) nel senso che la variabilità della distribuzione è correlata con il complemento a 100 di tale grado di governabilità. Quindi un alto grado di governabilità comporta un maggior numero di dipendenti che rispetterà esattamente il tempo programmato di passaggio.

Come già accennato, è prevista anche la possibilità di governare o descrivere i passaggi oltre le carriere limite programmate mediante opportune leggi statistiche che entrano in vigore dopo tempi di permanenza opportunamente predeterminati.

9. Il procedere della vita della popolazione aziendale nel tempo è ottenuto secondo due modi complementari e conseguenti:

— Incorporazione nel modello della già menzionate politiche standard nonché delle leggi statistiche di scostamento.

— Possibilità di modifiche, anche parziali, di tali standard in seduta di simulazione da parte dell'utente del modello.

Si è visto che il primo di questi due punti è parte dell'inizializzazione del modello; il secondo ne rappresenta il normale utilizzo.

Il modello offre due possibili opzioni:

— *Simulazione a politiche bloccate* che permette di proiettare l'evoluzione della popolazione aziendale secondo i tre attributi, a seguito dell'adozione di scelte strategiche iniziali che rimangono invariate per l'intero arco di tempo simulato.

— *Simulazione « dinamica »* che permette, alla scadenza di prescelti intervalli di tempo, di modificare i valori delle variabili di controllo alla luce dei risultati parziali raggiunti ed in relazione agli obiettivi prefissi.

10. Questo modello è dunque un simulatore usabile soprattutto a scopo predittivo-esplorativo. Si è adottata la tecnica della simulazione per produrre uno strumento che, non richiedendo particolari e complesse operazioni di approntamento e d'uso, fosse direttamente accessibile ad un management sprovvisto di una base informatica e matematica.

Non si tratta di un modello « taylor-made » poiché è praticamente adattabile ⁽¹⁴⁾ a qualunque ente che utilizzi risorse umane purché in modo organizzato.

L'agilità e flessibilità della simulazione è stata anche utile per superare lo schematismo dell'approccio markoviano. Le transizioni da uno stato all'altro sono state trattate con tecniche del tipo Monte Carlo e con un opportuno uso di « filtri casuali » di

⁽¹⁴⁾ Ciò è possibile per le particolari caratteristiche del sistema delle risorse umane sull'analisi del quale vi è accordo tra la maggior parte degli Autori, come inizialmente è stato accennato.

natura analoga che modulano i suddetti passaggi in maniera più prossima alla realtà.

Il modello si colloca nel filone dei « corporate models », pur essendo specifico del sottosistema delle risorse umane, per due ragioni. Innanzitutto, l'approccio manageriale e la natura delle variabili rappresentate ne fanno uno strumento di ausilio alla pianificazione o comunque alle scelte di ampio respiro. In secondo luogo, la sua struttura è tale da poter essere integrata, « manualmente » o automaticamente, in un più vasto e complesso sistema di previsione e pianificazione.

Ad esempio, ai gruppi omogenei per i tre attributi fondamentali si sono associati, nello stesso modello, i parametri retributivi che, in genere, sono funzione ⁽¹⁵⁾ di classe ed anzianità di servizio. Ciò permette un immediato calcolo del monte salari e del fondi di quiescenza e quindi di stabilire un collegamento diretto col sottosistema finanziario.

BIBLIOGRAFIA

- BARTOLOMEW D. J., *Stochastic Models for Social Processes*, Wiley, New York, 1973.
BARTOLOMEW D. J., Editor, *Manpower Planning*, Penguin, London, 1976.
BARTOLOMEW D. J., *Manpower Planning Literature: statistical techniques of Manpower analysis*. Department of Employment Gazette, 1977.
CHARNES W., COOPER R., NIEHAUS R. J., *Studies in Manpower Planning*, U.S. Navy Office of Civilian Manpower Management, Washington DC, 1972.
CIGNOLI P., *I modelli integrati di pianificazione nella applicazioni microeconomiche*, in Studi Urbinati; Anno XLVIII; 1982.
KEENAY G. A., MORGAN R. W., RAY K. H., *An Analytical Model for Company Manpower Planning*, in Operational Research Quarterly, Vol. 28, n. 4, 983-995.
MC CLEAN S., *The Steady State Behaviour of a Manpower Planning Model in wich Class Corresponds to Length of Service*, Operational Research Quarterly, Vol. 28, n. 2, 305-311.
PURKISS C., *Corporate Manpower Planning: a review of models*, in European Journal of Operational Research 8 (1981) 315-323.

(15) Mancano i « bonus » individuali conoscibili solo in media ed equidistribuibili sull'intero corpo del personale o suoi particolari raggruppamenti.

- YOUNG A., ABODUNDE T., *Personnel Recruitment Policies and Long-term Production Planning*, in Journal of Operational Research Society (1979) Vol. 30, 3, 225-236.
- VAJDA S., *Mathematical Aspects of Manpower Planning*, in Operational Research Quarterly 35) Vol. 26, 527-542.
- VERHOEVEN K. J., *Corporate Manpower Planning*, in European Journal of Operational Research 7 (1981), 341-349.
- ZANAKIS S. H., MARET M. W., *A Markow Chain Application to Manpower Supply Planning* in Journal of Operational Research Society, Vol. 31 (1980), 1095-1102.
- ZANAKIS S. H., MARET M. W., *A Markovian Goal Programming Approach to Aggregate Manpower Planning*, in Journal of Operation Research Society, Vol. 32 (1981), 55-63.

DANILO CASTELLANO

**LA POLITICA COME INTELLIGENZA
DELLA GIUSTA MISURA**

(A proposito di un libro di Francesco Gentile)

SOMMARIO: 1. Necessità di una 'giustificazione' della politica. — 2. Sul rapporto 'scienza' politica/filosofia. — 3. Ancora: aporie del pensiero politico moderno. — 4. Conseguenze dell'opzione dell'uomo contemporaneo per l'ideologia. — 5. Sul rapporto scienza giuridica/filosofia. — 6. Dogmatismo e filosofia.

1. Nella prospettiva dell'autentica filosofia politica si può affermare che l'alternativa, posta emblematicamente da Rousseau, è viziata in radice. L'opzione, infatti, che il Ginevrino propone come necessaria tra l'uomo e il cittadino è frutto di pura ipotesi, cioè è parto dell'immaginazione che, per definizione, va oltre il reale, prescindendone. Lo riconosce esplicitamente lo stesso autore del *Contratto sociale* quando, per esempio, nel *Discorso sull'origine e i fondamenti della disuguaglianza fra gli uomini* afferma che lo stato di natura, com'egli lo concepiva, « non è mai esistito » e « probabilmente non esisterà mai » ⁽¹⁾: perciò, è costretto a formulare ipotesi ⁽²⁾.

Formulare ipotesi è certamente lecito. Presentare, però, queste come intuizioni della realtà vera è assolutamente arbitrario e, comunque, non filosofico. La filosofia, infatti, deve spiegare il reale, non inventarlo. Essa è il regno della meraviglia, dove tutto è problema. Ma la meraviglia è originata dal reale. Perciò al problema non può essere data una soluzione qualsiasi. Quest'ultima sarà esatta, cioè vera, solamente se idea e realtà sul piano

⁽¹⁾ J. J. ROUSSEAU, *Discorso sull'origine e i fondamenti della disuguaglianza fra gli uomini*, Prefazione, in ROUSSEAU, *Opere*, a cura di Paolo Rossi, Firenze, Sansoni, 1972, p. 39.

⁽²⁾ Cfr. J. J. ROUSSEAU, *Discorso sull'origine e i fondamenti...*, cit., Prefazione e parte prima, in *Opere*, cit., rispettivamente pp. 43 e 59.

della conoscenza (e soltanto su questo) diventano una « cosa » sola. Ciò vale anche per la filosofia politica, soprattutto se si considera che « la politica è attuazione del perché l'uomo non può non vivere in società » ⁽³⁾. Essa è, pertanto, tra le scienze e le arti, una delle maggiori, avendo come fine la giustizia che si risolve nel bene comune ⁽⁴⁾. Per questo, giustamente, Platone riteneva che, affinché lo Stato potesse funzionare, cioè potesse adempiere al suo compito, fosse necessario porre alla sua testa l'intelligenza, la sapienza: ai filosofi, cioè agli uomini dotati di tale intelligenza da comprendere la realtà, nel caso quella politica, spettava la responsabilità del governo, per la quale anche Aristotele sottolineava la necessità di una particolare preparazione ⁽⁵⁾. Solamente la filosofia — scriveva, infatti, Platone — consente di vedere ciò che è giusto nelle cose pubbliche e in quelle private: la mediazione filosofica, dunque, consente il riconoscimento degli autentici valori che debbono essere a capo della politica e addita a questa i parametri universali del suo operare ⁽⁶⁾.

Se si misconosce, però, l'evidenza ciò diventa impossibile, poiché non si « vede » che ogni Stato è una comunità e che ogni comunità si costituisce in vista di un bene ⁽⁷⁾ che è il suo fine. Ora, indicando il fine la natura degli enti, non si comprenderebbero questi se si rinunciassero a coglierne l'essenza, cioè se si rinunciassero a penetrare, per così dire, l'interiorità delle « cose », limitandosi a una mera descrizione esteriore. Non si comprenderebbe, per esempio, la natura dello Stato solamente descrivendo il suo meccanismo costituzionale oppure riducendolo a « forza ». La

⁽³⁾ F. GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 39.

D'ora in avanti citeremo nel testo le pagine di quest'opera senza altra indicazione.

⁽⁴⁾ Cfr. ARISTOTELE, *Politica*, 1282 b.

⁽⁵⁾ Cfr. *Ibidem*, 1277 a.

⁽⁶⁾ Cfr. M. ZANATTA, *Dimensione politica e problema del fondamento alle origini della filosofia occidentale*, in AA.VV., *Lo Stato e i cittadini*, Napoli, Ed. Dehoniane, 1982, pp. 49-51.

⁽⁷⁾ Cfr. ARISTOTELE, *Politica*, 1252 a.

riduzione dello Stato a « forza » dimostra, infatti, l'incapacità di certo pensiero politico di cogliere l'essenza delle cose. Esso, limitandosi a « descrivere » un fenomeno, non ne coglie le caratteristiche strutturali: in ultima analisi, a ben riflettere, non lo descrive nemmeno, poiché senza la penetrazione dell'essere non si può descrivere l'esistenza di una cosa. Esteriormente, infatti, e semplificando, la violenza e la forza sono fenomeni che presentano per lo più caratteristiche identiche, pur essendo essenzialmente molto diversi ⁽⁸⁾. Una descrizione, pertanto, che volesse cogliere il fenomeno unicamente nella sua esteriorità sarebbe falsa.

La rinuncia alla verità ha portato lo Stato moderno a cercare un fondamento diverso dalla socialità naturale dell'uomo: un fondamento convenzionale. La socialità è diventata, così, un artificio e la politica un inconveniente la cui impossibile spiegazione dimostra l'irrazionalismo di tutte le opzioni razionalistiche. La politica si è trasformata in mero potere ingiustificato dell'uomo sull'uomo. Essa costituisce veramente « un inconveniente per ciascun individuo, che dalla presenza delle istituzioni statali vede limitata la propria libertà d'azione. Un inconveniente connesso alla sua struttura e, più esattamente, alla pretesa unicità che contraddistingue la definizione convenzionale del privato. Un inconveniente proporzionato all'incapacità di comunicare con gli altri e perciò alla difficoltà, al limite, alla impossibilità dei singoli di condividere una legge comune » (p. 21).

Ne consegue l'abbandono definitivo della politica che, erroneamente, viene identificata con l'utopia o con la semplice amministrazione; abbandono che comporta anche il sorgere del problema della giustificazione delle istituzioni.

2. Era opportuno premettere queste considerazioni per poter avviare una « lettura » approfondita del libro di Francesco Genti-

⁽⁸⁾ Per la descrizione della diversità strutturale di questi due fenomeni si confronti S. COTTA, *Perché la violenza?*, L'Aquila, Japadre, 1978, pp. 57 ss.

le, ordinario di Filosofia del diritto a Napoli e già ordinario di Filosofia della politica a Padova, recentemente pubblicato da Giuffrè con il titolo *Intelligenza politica e ragion di Stato*.

Le argomentazioni svolte in questo libro riportano, infatti, a una considerazione classica della politica. A una tale prospettiva l'Autore arriva attraverso l'esame e la discussione delle aporie del pensiero politico « moderno » e con un'indagine sulle situazioni sociali da esso create. Lo stesso titolo, perciò, sembra debba essere letto come se la congiunzione, anziché copulativa, fosse disgiuntiva: l'intelligenza della politica si contrapporrebbe alla ragion di Stato come il pensiero politico classico si contrappone a quello moderno, dove « classico » e « moderno » non sono categorie temporali ma assiologiche.

Una prima fondamentale aporia è data dalla contrapposizione tra pubblico e privato. La dialettica tra questi due poli sottintende, infatti, un'antitesi tra uomo e cittadino, una visione individualistica che è comune a tutte le teorie politiche moderne: da Hobbes a Marx (p. 10). Rappresentante sommo, però, di questa *Weltanschauung*, secondo la quale l'uomo è, di per sé, unico e assolutamente indipendente, quindi contrapposto agli « altri », è Rousseau.

Ma considerare l'uomo come unico, libero da qualsiasi regola perché soggetto solamente alla propria volontà e al proprio giudizio, significa concepirlo come essere assoluto, come unità numerica, sciolto da ogni rapporto con gli altri (p. 10) ⁽⁹⁾: gli altri, cose o simili in questa prospettiva non hanno rilievo se non come strumenti od ostacoli della volontà dell'individuo e quindi del suo potere. È la volontà di potenza, quindi, che porta Rousseau a considerare i suoi contemporanei come oggetti meccanici. Scrive, infatti, il Ginevrino ne *Les rêveries du promeneur solitaire*: « Cominciai allora a considerarmi solo sulla terra e capii che i contemporanei non erano per me che degli enti meccanici, agenti

⁽⁹⁾ Cfr. J. J. ROUSSEAU, *Emile ou de l'éducation*, I, in *Opere*, cit., pp. 353 e 372.

d'impulso, di cui potevo calcolare l'azione con le leggi del moto. Nessuna intenzione, nessuna passione, che mai avessi potuto supporre nelle loro anime, m'avrebbe spiegato la loro condotta, in modo da poterla capire. Così i loro stati d'animo, interiori, cessarono per me di valere. E non vidi in essi che delle masse in movimento, sprovviste, per quanto mi riguardava, d'ogni moralità » (¹⁰).

Anche prescindendo dal sottolineare l'irrealtà di questa concezione secondo la quale l'individuo è unico, va notato che la società è destinata, in questa visione, a trasformarsi da realtà « umana » in realtà « fisica »: la politicità non sarebbe qualcosa di connaturale all'essere umano bensì l'artificio che permetterebbe all'uomo di « costruire » un meccanismo che deve essere governato da leggi se non proprio fisiche, almeno analoghe a quelle proprie di questa disciplina. Da qui il necessario passaggio dalla filosofia politica alla politologia: in breve, qui sta l'origine delle teorie politiche moderne — afferma acutamente Francesco Gentile — sia che si concepisca la scienza politica come lo strumento sommo per comprendere il fenomeno della politicità umana sia che ci si avvii lungo sentieri che portano a definire la politica come inconveniente avendola trasformata in amministrazione, sia che si cerchi di spiegare i problemi della società e dello Stato, organizzando nei particolari il gioco della macchina politica, sia che si « contesti », all'opposto, la legittimità del fondamento della convivenza umana e civile.

(¹⁰) J. J. ROUSSEAU, *Les rêveries du promeneur solitaire*, VIII, in *Opere*, cit., pp. 1366-1367.

L'altro diventa, così, un estraneo. Ma quando l'uomo è estraneo all'uomo si apre la strada all'irrazionalismo e, quindi, anche alla violenza. Sergio Cotta, per esempio, riflettendo su questo problema osserva che « quando l'altro è estraneo, il passo è breve e facile a considerarlo un ostacolo puramente oggettuale, di cui liberarsi senza preoccupazioni » (S. COTTA, *Op. cit.*, p. 42). In questa prospettiva è difficile salvare lo stesso diritto se questo « suppone — come affermava, per esempio, Rosmini — primieramente una persona » (A. ROSMINI, *Filosofia del diritto*, a cura di R. Orecchia, vol. I, Padova, Cedam, 1967, p. 106).

Francesco Gentile vede in Rousseau l'autore che segna una svolta nella scienza dell'uomo e nel pensiero politico per la convenzionalità del suo discorso, cioè per aver ammesso per pura ipotesi l'esistenza di un uomo naturale (pp. 61-62); un discorso che si colloca sulla linea di sviluppo della scienza moderna e sul quale deve essere costruito l'intero edificio politico della società e dello Stato contemporaneo.

Così « dall'intuizione baconiana di mettere tra parentesi il problema metafisico, dalla rinuncia, come conferma lo stesso Rousseau, di 'mostrare la vera origine delle cose', sino alla elaborazione di una conoscenza che permetta di calcolare, di operare, di padroneggiare gli eventi » (p. 62) si assiste al progressivo affermarsi del principio che sta al fondo della contemporanea scienza della politica.

Ma essa rappresenta il trionfo della ragione contro l'intelligenza, poiché viene intesa come una scienza ipotetico-deduttiva ⁽¹¹⁾. L'uomo « naturale », l'individuo in sé di Rousseau, è un numero, un'astrazione logica, qualcosa di impersonale, che è stato posto alla base anche di certa sociologia contemporanea ⁽¹²⁾. La moderna scienza politica si rivela, pertanto, un aspetto della « filosofia moderna », caratterizzata dal matematismo che, secondo l'autorevole interpretazione di Marino Gentile, rappresenta un motivo d'arresto dommatico della ricerca speculativa e, simultaneamente, rivela la volontà d'instaurare il *regnum hominis* ⁽¹³⁾.

⁽¹¹⁾ « Quella del politico — scrive Francesco Gentile — non può essere intesa astrattamente come una scienza ipotetico-deduttiva, bensì come la concreta attitudine di cogliere, di volta in volta, ciò che conviene, ciò che è opportuno, ciò che è necessario per la vita equilibrata della comunità » (p. 52). In altre parole, poiché la politica tende all'attuazione di un bene universale, comprensivo dei beni al cui conseguimento mirano le altre scienze pratiche, essa deve esercitare su queste un potere superiore di coordinazione e di subordinazione. I fini delle scienze pratiche, infatti, sono fini intermedi e mezzi ordinati al retto funzionamento dello Stato.

⁽¹²⁾ Per un primo approccio al problema si cfr. A. COCHIN, *Abstraction révolutionnaire et réalisme catholique*, Bruges, Desclée de Brouwer, 1960.

⁽¹³⁾ Cfr. M. GENTILE, *Il problema della filosofia moderna*, parte I, Brescia, La Scuola, 1951, p. 6.

Ma ciò significa mettere tra parentesi il problema della verità e, quindi, trascurare la questione del fondamento di ogni discorso, compreso quello politico. E poiché anche la politica non può prescindere dalla verità, cioè dal suo fondamento oggettivo, altrimenti diventa utopia o mera volontà di potenza secondo l'insegnamento di Machiavelli, bisogna concludere che il pensiero politico « moderno » le ha fatto perdere il suo carattere normativo riducendola a un ingranaggio di mezzi costrittivi, i quali nel non giustificato e, quindi, capriccioso potere dello Stato troverebbero la ragione del loro esistere e del loro operare. Da qui la negazione della politica rappresentata dalla ragion di Stato, che, in ultima analisi, porta alla negazione del vero Stato, cioè di quella società naturale perfetta che nella politicità naturale dell'uomo trova, invece, la sua giustificazione e il suo fondamento.

Una volta negata quest'ultima, il pensiero politico « moderno » è coerentemente costretto entro le maglie del positivismo anche quando parla di diritti dell'uomo, al quale, per la creazione dello Stato, chiede il sacrificio assoluto della sua libertà.

L'antitesi tra pubblico e privato emerge in tutta evidenza nel rapporto dialettico tra libertà e autorità, vale a dire in quel passaggio da uomo a cittadino che segna anche il cambiamento di significato del problema politico. Come già notava Giole Solari, infatti, nel mondo moderno il problema dei diritti umani da politico si fa costituzionale ⁽¹⁴⁾. « Non si percepisce — commenta il Gentile — la perspicuità di questa intuizione, con la quale vengono descritti i limiti della politica moderna, se non si seguono le tappe della metamorfosi dal 'politico' al 'costituzionale', che corrispondono poi esattamente ai diversi modi in cui sono stati concepiti e rivendicati i diritti dell'uomo » (p. 74). Nella prospet-

⁽¹⁴⁾ Cfr. G. SOLARI, *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno*, Torino, Giappichelli, 1962, p. 65.

Sull'evoluzione del concetto di « diritto umano » si veda la sintesi tracciata da D. COMPOSTA, *I diritti umani dal Medioevo all'Età moderna*, in AA.VV., *I diritti umani*, Roma, Ave, 1982, pp. 165-198.

tiva del giusnaturalismo moderno, in cui l'individuo, egoista ed aggressivo, è contrapposto allo Stato come istituzione convenzionale, sopraggiunta e innovatrice della condizione naturale, il soggetto naturale della titolarità dei diritti viene sostituito con il membro del gruppo. Perciò all'uomo subentra il cittadino. « E ad una concezione puramente negativa dell'opera dello Stato subentra una positiva. Allo Stato spettatore e garante delle attività individuali subentra cioè lo Stato promotore di iniziative di interesse pubblico. Alla preoccupazione di limitare l'azione dello Stato, magari mediante la divisione dei poteri, subentra la preoccupazione di lasciar libero il Popolo, detentore del potere, di agire secondo le circostanze nella determinazione dei diritti dell'uomo » (p. 79) ⁽¹⁵⁾. Se si separa natura e società ogni rivendicazione dei diritti umani si rivela contraddittoria poiché si finisce nel giuspositivismo per il quale vale e deve valere l'insegnamento di Rousseau secondo il quale « le buone istituzioni sono quelle che meglio sanno snaturare l'uomo » (p. 88). Esse devono « toglierli l'esistenza assoluta per dargliene una di relativa e trasformare l'io in un'unità comune » (p. 88). Questa unità è data dallo Stato moderno, cioè libero da ogni condizionamento di natura religiosa, morale o metafisica (p. 95), da uno Stato, cioè, fonte di ogni valore di giustizia e di verità. Ma, osserva Gentile, il fatto che contemporaneamente all'affermazione di questo Stato « si sia manifestata prepotente anche l'esigenza di riferirsi ad un ordine ulteriore rispetto all'ordine giuridico positivo » (p. 95), vuol dire che l'esigenza del rispetto dell'uomo è rimasta insoddisfatta. A soddisfare questa esigenza è certamente incapace la scienza politica: per questo è chiamata nuovamente in gioco proprio quella filosofia che il pensiero politico « moderno » ha troppo sbrigativamente cercato di accantonare definendola come ideologia.

⁽¹⁵⁾ Sembra condividere questa tesi anche L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, Cedam, 1981, il quale vede anche nella Costituzione italiana la codificazione di un analogo orientamento ideologico (*Ibidem*, pp. 281 ss.).

3. La filosofia è chiamata non solo a superare questa difficoltà intrinseca al pensiero politico « moderno » ma a rilevare anche le aporie di un modo di pensare attualmente molto diffuso, quasi generale. La *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789, per esempio, ha codificato formule di pensiero politico giusnaturalistico che, a un attento esame, rivelano i loro limiti e le loro contraddizioni. Dichiarare, infatti, sulla scia delle teorie di Locke e di Montesquieu — per fare un esempio — che « la libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce agli altri » rappresenta, secondo Gentile, una definizione « geografica » del pubblico: « per il carattere soggettivo del criterio in base al quale ogni individuo ritiene dannose nei suoi confronti le azioni altrui e giudica nocive le proprie in rapporto agli altri, risulta impraticabile, o comunque precario e destinato all'insuccesso, ogni tentativo di ritagliare la zona del pubblico dalla zona del privato » (p. 11). Per questo si è fatta strada « una nuova concezione del pubblico come soggetto distinto da ogni singolo, da ciascuno equidistante e perciò in grado di dirimere le controversie sollevate dall'interferenza reciproca delle azioni individuali » (p. 11). Il pubblico ha assunto, così la figura del « terzo », è stato personificato. La scienza politica, poi, mediante la formula della « sovranità », ha accentuato tale processo fino al punto da identificare il pubblico con l'apparato statale.

Stato e cittadino sarebbero, perciò, più che mai contrapposti anche al termine dell'evoluzione della teoria giuspositivistica che in Hobbes ha uno dei padri fondatori. Alla sua teoria della sovranità approdano anche quelle correnti di pensiero elaborate più recentemente nell'ambito della scienza politica e che apparentemente possono sembrare lontane tra loro: « quella secondo la quale Sovrano è ' chi decide dello stato di eccezione ' [C. Schmitt] oppure quella che vede nello Stato il titolare del ' monopolio della coercizione fisica legittima ' [M. Weber] oppure quella che riconosce nella ' esclusività dell'uso della forza ' il carattere precipuo del potere politico [N. Bobbio] » oppure quella liberal-

democratica dello « Stato di diritto », « secondo la quale anche il Sovrano è soggetto alla legge, ma per la quale non c'è legge che il Sovrano non possa, con le dovute forme, revocare » (pp. 13-14); sono tutte concezioni che hanno in comune « il riconoscimento di un soggetto pubblico, lo Stato sovrano, altro rispetto ai singoli soggetti privati, che lo compongono, e tuttavia strutturalmente identico a ciascuno di essi nella pretesa d'essere, in qualche modo l'unico » (p. 14).

Questa pretesa ha radici lontane. Già Marsilio da Padova, infatti, delineava taluni caratteri dello Stato moderno, quando ancora non si parlava di esso che in termini profetici (p. 101). In tempi recenti, però, essa è 'esplosa' con tutto il suo vigore ideologico, arrivando con Rousseau a prevedere la pena capitale per quanti non professano la religione civile, cioè per quanti non accettano l'unicità dello Stato. Ma questa è l'aporia di fondo dello Stato moderno, che, anziché considerarsi, com'è, una parte, pretende di essere il tutto (p. 105). In altre parole, lo Stato moderno è totalitario per definizione, sia pure nel pluralismo delle forme che può assumere e che storicamente ha assunto, poiché è basato su un concetto ideologico della politica e non — come dovrebbe — sulla politicità ovvero sulla socialità naturale dell'uomo. La pretesa unicità pone, però, lo Stato nella condizione di operare facendo ricorso unicamente a una giustificazione ideologica, che snatura la sua essenza. È così che da società naturale perfetta esso diventa ente, il quale nella teoria del partigiano ⁽¹⁶⁾ trova la sua origine: da qui la vulnerabilità dello Stato moderno continuamente esposto all'azione terroristica dei partigiani. Se la politicità, infatti, è opzionale, le sue scelte teoriche e pratiche non possono che trovare un fondamento volontaristico che, in quanto non giustificato razionalmente, non giustifica nemmeno quelle, le quali, pertanto, diventano scelte violente.

⁽¹⁶⁾ Cfr., sull'argomento, l'opera di C. SCHMITT, *Theorie des Partisanen*, Berlin, 1963 e 1975, trad. it. Milano, Il Saggiatore, 1981.

Se tra lo Stato, un gruppo, un individuo c'è solo una distinzione quantitativa di forza, non c'è motivo per ritenere doverosa la fedeltà allo Stato: nell'ipotesi migliore essa può essere considerata solamente conveniente. Il che, però, equivale a dire che tutto è relativo come ha dimostrato, del resto, lo Stato moderno erigendo sulle sue piazze monumenti a partigiani di ogni orientamento e di ogni epoca: « l'esitazione, lo scrupolo, l'imbarazzo con i quali lo Stato moderno fa fronte all'azione terroristica del partigiano, non sono imputabili, — afferma Gentile — o non solo, alla condizione contraddittoria nella quale esso si verrebbe a trovare per ragioni operative. Vi sono delle ragioni teoriche che ne rendono impacciata la risposta, poiché nel partigiano lo Stato moderno intravede la propria origine » (p. 100).

Il partito politico moderno non rappresenta, forse, la codificazione di una simile teoria? Diciamo meglio: esso rappresenta la negazione dello Stato. Infatti, sia la politologia nordamericana sia la teoria marxiana, per esempio, pur rappresentando orientamenti opposti, riducono, come affermava vent'anni fa Alessandro Passerlin d'Entrèves, lo Stato a « forza », dove il partito è lo strumento per l'affermazione degli interessi di gruppi contrapposti o, secondo l'insegnamento di Gramsci, il « nuovo Principe » (17). Per questo Francesco Gentile contrappone intelligenza politica e ragion di Stato: la ragion di Stato si rivela, in ultima analisi, come una teoria che mette in crisi lo Stato.

L'uomo contemporaneo, perciò, si trova di fronte a un'opzione tra filosofia e ideologia. È questo il problema del nostro tempo che vede un'oscillazione politica pericolosa, rappresentata — secondo il nostro Autore — da due slogans alla moda illuminanti gli umori della massa e, forse, si può aggiungere, le illusioni di talune élites: « tutto è politico » da una parte e, all'opposto,

(17) Cfr. A. PASSERLIN D'ENTRÈVES, *La dottrina dello Stato*, Torino, Giappichelli, 1962, 1967².

« riflusso nel privato » (p. 14); due modi di pensare e di vivere in apparenza radicalmente diversi, che hanno, però, una matrice comune, in quanto sono le due facce della stessa medaglia.

4. L'opzione dell'uomo contemporaneo per l'ideologia è manifestata principalmente dalla sua predilezione per le utopie, le quali, a differenza di quelle del passato, che, in generale, erano concepite come tali, tendono a presentarsi come realizzabili: la gnosi contemporanea pretende d'inventare il mondo secondo un « ordine » nuovo che si contrappone al presente « disordine » del quale rappresenta l'alternativa globale (p. 111). L'utopia, quindi, ha una valenza operativa, cioè segna il passaggio dalla filosofia della contemplazione alla filosofia dell'azione o della prassi ⁽¹⁸⁾, che nel marxismo trova la sua migliore teorizzazione: « la più radicale e quindi la più autentica forma di utopia è quella che ipotizza la fine stessa dello Stato moderno. Ne sono espressione due progetti di ordine sociale che, nonostante la contrapposizione ideologica, presentano l'identica struttura: la società senza classi e la tecnocrazia » (p. 114). Entrambi, infatti possono essere considerati forme laicizzate dell'eresia millenaristica: e « appartiene al millenarismo — sostiene Del Noce — l'idea dell'assolutamente nuovo e la distruzione di tutto ciò, per quel che riguarda le attitudini morali, che l'ha preceduto » ⁽¹⁹⁾.

Francesco Gentile mantiene il discorso entro i confini della filosofia politica. Si limita a osservare che la tecnocrazia non può stare alla base del buon governo, poiché questo non può essere scambiato con l'amministrazione. Il potere politico non deve essere confuso con il potere pubblico. Bisogna distinguere tra « l'amministrazione pubblica per la quale, in vista di fini predeterminati, viene organizzato un insieme di cose e persone, equiparate nella funzione strumentale, e il governo politico che costituisce la

⁽¹⁸⁾ Sull'argomento si cfr. le acute pagine di A. DEL NOCE, *Il problema dell'ateismo*, Bologna, Il Mulino, 1964, soprattutto pp. 3-82.

⁽¹⁹⁾ A. DEL NOCE, *L'epoca della secolarizzazione*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 96.

comunità orientandola ai suoi fini propri, quali emergono dalla considerazione dialettica di ciò per cui ogni suo membro è se stesso, e quindi diverso dagli altri, ma anche di ciò per cui ciascuno è membro della comunità e quindi è comune a tutti. Il che, in ogni caso — ammonisce Gentile — impedisce di ridurre chiechessia a cosa da amministrare » (p. 125).

La riduzione dell'uomo a oggetto da amministrare sembra sia avvenuta, invece, proprio con l'avvento dello Stato moderno. Il suo atto costitutivo, infatti, rappresenta l'istituzionalizzazione dell'alienazione dei diritti umani. « Ciò appare chiaro là dove il contratto implica la rinuncia totale dei diritti naturali da parte dell'individuo, come è il caso teorizzato da Hobbes e da Rousseau, meno dove l'alienazione dei diritti è, come per Locke, solo parziale. Anche in questo caso, però, — afferma il Gentile — appare evidente che dei diritti alienati l'alienazione è totale e incondizionata, tanto che l'esercizio di essi da parte dello Stato non può essere soggetto ai limiti se non da parte dello Stato stesso, il che equivale a dire che lo Stato nell'esercizio di quei diritti non ha limiti » (pp. 130-131). Ciò è richiesto dalla stessa finalità per la quale lo Stato moderno nasce: « Il conflitto inter-individuale, con la sua violenza, è vera condizione dello Stato moderno, attuale e insopprimibile, perché, come si legge nel *Leviathan*, ' se fosse possibile supporre che una moltitudine di uomini accettasse di rispettare la giustizia e le altre leggi di natura senza l'intervento di un potere comune capace di tenerli a soggezione, si potrebbe allo stesso modo supporre che tutto il genere umano agisse alla stessa maniera; e in questo caso non esisterebbe, né ci sarebbe bisogno che esistesse, alcuna forma di governo civile o stato, perché ci sarebbe la pace senza costrizione ' » (p. 132).

Questa, però, non è intelligenza della *socialitas* dell'uomo. È essa che porta alla vita associata e alla società naturale perfetta, poiché l'uomo non è un « atomo », ma un essere in relazione.

5. Il misconoscimento di questa verità — insistiamo — è frutto della non intelligenza della politica, che, secondo Francesco Gentile, ha portato a un'altra aporia: all'identificazione del problema politico con il problema della formula d'esercizio del potere (p. 25). Non porsi, però, il problema del fondamento dell'organizzazione politica, riconosciuta necessaria, significa rinunciare a comprendere il fine della comunità politica stessa e ripiegare sul gioco della macchina politica (titolo significativo di un capitolo del libro). In altre parole dalla riflessione sull'essenza e sul fine della comunità si passa alla riflessione sull'essenza e sul fine di un regime o costituzione particolare, che non può essere anteposto alla prima in quanto nasce per rispondere alle sue istanze e ai suoi problemi. In altre parole ancora, il sistema di governo è una scelta operata in vista di un bene più alto del sistema stesso, il bene comune ovvero il bene della comunità. Quando, perciò, si scambia il regime con la comunità si è già tradito il bene comune, poiché si è già scivolati verso un governo impotente e una società disfatta (p. 145): la società razionalistica, tenuta insieme da un principio puramente formale che la moderna scienza del diritto ha contribuito a sviluppare, approfondendo le premesse poste da Bodin secondo il quale « la parola legge significa comando di chi ha il potere sovrano » (p. 26).

Sarà Kelsen che svolgerà tematicamente le implicazioni contenute in questa definizione: « Assumendo l'ordinamento giuridico come un ' sistema di norme generali ed individuali connesse fra loro in base al principio che il diritto regola la propria creazione ', quindi affermando che ' una norma appartiene a quell'ordinamento giuridico soltanto perché è stata creata in conformità al dettato di un'altra norma dello stesso ordinamento ', il giurista moderno ritiene d'aver escluso dalla valutazione delle norme giuridiche ogni riferimento a qualcosa che sia estraneo al puro processo normativo, ed in particolare ogni riferimento al contenuto delle singole norme. Col risultato, non disprezzabile, di non rimanere immediatamente invischiato nel conflitto delle opzioni

individuali, dei giudizi soggettivi di valore, delle scelte ideologiche, dato per ipotesi come insolubile razionalmente » (p. 27). Tutto ciò, però, presuppone che l'ordinamento giuridico nel suo insieme sia valido o che sia valida la norma fondamentale (p. 27), alla cui ambiguità Francesco Gentile dedica una nota-capitolo.

Il sopravvento preso dalla scienza giuridica sulla filosofia del diritto ha portato, però, anche in questo settore a descrivere e non a definire. In altre parole, ammesso che sia possibile descrivere senza porsi il problema della definizione, il diritto è stato ridotto dalla scienza giuridica a puro discorso descrittivo di una realtà che si rinuncia a comprendere, dichiarando impossibile o inutile la penetrazione della sua struttura e della sua finalità. Il che dovrebbe portare all'acritica conservazione di un ordinamento giuridico che si accetta così perché è e non perché così deve essere. Ma ciò avviene, in realtà, solo apparentemente, perché il potere « che costituisce la condizione operativa dei congegni giuridici e politici, elaborati in prospettiva formalistica, non è un mero fatto poiché è stato assunto, sia pure inconsapevolmente come un principio, divenendo così, sia pure senza giustificazione, fondamento di un dovere » (p. 29).

Questa aporia porta a considerare come dall'ambiguità « implicita nella 'Grundnorm' si può trarre, se ce ne fosse bisogno, una ulteriore conferma dei limiti delle scienze e, nel caso, della scienza giuridica, la cui funzione specifica è appunto quella di elaborare degli strumenti operativi la cui effettiva validità nella concreta esperienza dell'uomo è garantita da una forma di sapere che non sia ipotetico ed operativo quale lo scientifico, ma an-ipo-tetico e puro quale solo la radicale problematicità della filosofia è in grado di propiziare. In altri termini si ha un'ulteriore conferma dello sbaglio che si compie quando si chiede alla scienza qualcosa che essa non può dare e che, tuttavia, essa stessa presuppone come condizione del suo esplicarsi » (p. 159).

6. Con ciò non si nega validità alla scienza giuridica. Le si contesta solamente la pretesa di esaurire il discorso sul e del diritto. La scienza giuridica positivista, infatti, riconosce la sua incapacità a comprendere il problema della giustizia e, quindi, della politicità del diritto nell'ambito delle sue indagini e, tuttavia, pretende che le proposizioni teoretiche prodotte dal giurista, cioè i giudizi di fatto, costituiscano l'unico oggetto del diritto. Come si è visto, però, è impossibile bandire ogni giudizio di valore anche in questo campo.

C'è, quindi, un'intelligenza del diritto come c'è un'intelligenza della politica, che è data dalla filosofia, la quale permette di comprendere « ciò che conviene, che è opportuno, che è necessario alla convivenza umana » (p. 38). Il che implica, a sua volta, la conoscenza della natura dell'uomo e del suo fine. Per questo, l'aver scisso natura e diritto, natura e politica, come hanno fatto la scienza giuridica moderna e quella politica, è un errore. Si finisce, infatti, coll'eludere il problema di fondo che è quello della giustificazione delle norme e del potere. È questo « il frutto di un equivoco ed in particolare dell'equivoco razionalistico che insidia ogni scienza non adeguatamente sorretta dalla consapevolezza filosofica della propria convenzionalità » (p. 182).

Il libro di Francesco Gentile rappresenta la messa in discussione di questo equivoco, frutto di un pensiero che di fronte ai problemi del vivere associato non si pone in atteggiamento di ricerca, di indagine, di domanda, ma presume di poter creare e dominare ciò che, invece, dovrebbe semplicemente riconoscere.

L'intelligenza della politica, perciò, è tale solamente se si fa intelligenza della giusta misura, comprensione delle condizioni del formarsi di ogni società e garanzia dell'adeguatezza di ciascuna di esse alla ragione particolare in funzione della quale si è formata, fattore di equilibrio in vista del Bene (p. 38). Essa, pertanto, pone, come lo Stato ⁽²⁰⁾, il problema della verità che la scienza

(20) Cfr. G. AMBROSETTI, *L'essenza dello Stato*, Brescia, La Scuola, 1973.

politica, contraddicendosi, vorrebbe accantonare e l'ideologia politica eludere, rinviando. Per questo sul razionalismo del pensiero politico e giuridico moderno — sembra ammonire il Gentile con quest'opera che fa riflettere e che è destinata a incidere nella storia della filosofia politica — è ora che prevalga l'intelligenza che, comprendendo la « socialitas » dell'uomo, giustifica razionalmente il diritto e lo Stato e, quindi, il legittimo esercizio del potere politico, teso a liberare ognuno dal condizionamento immediato dell'istinto e dell'impulso e a porre e garantire le condizioni perché tutti possano raggiungere il loro fine, conseguendo, innanzitutto, quello comune.

MARCO CASSIANI

**IN TEMA DI CONCILIAZIONE
DI CONTROVERSIE AGRARIE**

SOMMARIO: 1. La legge 3 maggio 1982 n. 203. — 2. Il tentativo di conciliazione e le disposizioni processuali ex art. 46: raffronti con l'analoga normativa della l. n. 392 del 1978 in tema di locazioni di immobili urbani. — 3. La funzione dell'Ispettorato Provinciale dell'Agricoltura. — 4. L'intervento delle associazioni professionali di categoria. — 5. Il previo tentativo di conciliazione come « condizione di proponibilità » della domanda. La fase precontenziosa: a) nei giudizi in corso; b) in relazione a provvedimenti cautelari. — 6) La funzione della lettera raccomandata di cui al 1° comma dell'art. 46: precisazione del *petitum* e della *causa petendi*. — 7. Il verbale di conciliazione e la sua efficacia. — 8. Considerazioni conclusive.

1. La l. 3 maggio 1982 n. 203, intitolata « Norme sui contratti agrari » rappresenta la più recente elaborazione legislativa in materia e contiene elementi di originalità rispetto a tutta la previgente normativa ⁽¹⁾, presentando anche spunti di particolare interesse sotto il profilo processuale ⁽²⁾. Per quanto riguarda il

(1) Come è noto, assai vasta è la normativa in materia; per ricordare solo alcuni degli interventi legislativi più recenti, v., in materia di affitto di fondi rustici, la l. 12 giugno 1962 n. 567; l. 15 settembre 1964 n. 756; l. 22 luglio 1966 n. 606 (affitto a conduttori non coltivatori diretti); l. 11 febbraio 1971 n. 11; l. 10 dicembre 1973 n. 814 e, in tema di costituzione e funzionamento della Commissione Tecnica Centrale per l'equo canone d'affitto dei fondi rustici, il D.M. 15 ottobre 1962; D.M. 9 luglio 1963; l. 19 aprile 1967 n. 269; D.M. 25 giugno 1971; D.M. 3 agosto 1972.

(2) Composta di 63 articoli, appare strutturalmente divisa in 3 titoli: il primo, che va dall'art. 1 al 24, contiene le *Disposizioni integrative e modificative dell'affitto dei fondi rustici* ed è a sua volta diviso in quattro capi contenenti rispettivamente norme sulla durata dei contratti di affitto a coltivatore diretto (art. 1-7), modifiche alla disciplina dell'equo canone (art. 8-15), altre disposizioni per l'affitto a coltivatore diretto (art. 16-21) e infine norme sull'affitto a conduttore non coltivatore diretto.

Il titolo secondo, che consta di 13 articoli (dal 25 a 38), contiene norme relative alla *Conversione in affitto dei contratti di mezzadria, di colonia parziaria, di compartecipazione e di società*.

Il titolo terzo, che va dall'art. 39 a 63, contiene in ultimo le *Norme generali e finali* ed in esso è logicamente compresa la disciplina processuale della normativa in oggetto.

primo aspetto, e per limitarsi alle caratteristiche essenziali, la nuova legge determina l'abrogazione del regime di proroga dei contratti agrari che, protraendosi ininterrottamente dal 1945, assumeva profili consistenti di incostituzionalità; a questo regime, e senza creare soluzioni di continuità nei rapporti in corso, il legislatore ha fatto subentrare un trattamento unitario per i vari tipi di rapporti agrari, determinando la durata dei contratti d'affitto sia a coltivatore diretto che a conduttore non coltivatore diretto in quindici anni ⁽³⁾.

È da sottolineare ancora come la nuova disciplina dei contratti agrari abbia tentato di ricondurre ad unità i vari tipi di rapporti fissando norme inderogabili a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio ai sensi dell'art. 58 ⁽⁴⁾ ⁽⁵⁾.

Sotto il secondo profilo, si possono rilevare profondi mutamenti rispetto alla legislazione previgente, che hanno ad oggetto più propriamente la disciplina processuale delle controversie in materia agraria.

Seguendo una prassi di politica e tecnica normativa, che appare ormai come una « costante » nell'intervento legislativo, si sono introdotte, con la l. 3 maggio 1982 n. 203, forme di cosiddetta

⁽³⁾ Salva l'eccezione di cui all'art. 3, per gli affitti particellari, relativi alle imprese dei territori dichiarati montani ai sensi della l. 3 novembre 1971 n. 1102, per i quali è prevista una durata di 6 anni.

⁽⁴⁾ Così OLIVIERI, *Prime riflessioni sulle disposizioni processuali della l. 3 maggio 1982 n. 203, (sui contratti agrari)*, in *Foro It.* 1982 - V - pag. 178 ss.

⁽⁵⁾ La normativa in oggetto prevede inoltre all'art. 60 — rubricato sotto il titolo di *Delega al Governo* — che debba emanarsi entro due anni dall'entrata in vigore della presente legge... un testo unico di tutte le disposizioni legislative in vigore in materia di contratti agrari. Tale disposizione, certamente sintomatica dello spirito a cui è improntata la nuova legge, palesa indubbiamente in modo nuovo, in termini politici oltre che economici, di intendere il contratto d'affitto, ora visto come « efficace strumento di organizzazione del lavoro e del capitale all'interno dell'impresa agricola »; la legge stessa, intesa sotto il profilo sostanziale, si pone come veicolo attraverso il quale « si realizzerà una più efficiente e penetrante valorizzazione del lavoro contadino, liberato definitivamente da schemi contrattuali anacronistici ed ambigui ». Così ROMEO in *Patti agrari e diritti del lavoro*, Napoli 1981, pag. 164 ss.

tutela processuale « differenziata » ⁽⁶⁾, che vengono disciplinate dall'art. 46 rubricato sotto il titolo di « Tentativo di conciliazione — Disposizioni processuali ».

Recita l'articolo in questione che chi intende proporre in giudizio una domanda relativa ad una controversia in materia di contratti agrari è tenuto a darne preventiva comunicazione, a mezzo di lettera raccomandata, all'altra parte, nonché all'Ispettorato Provinciale dell'Agricoltura competente per territorio.

L'organo dell'Amministrazione adita, nella persona del capo dell'Ispettorato, ha l'onere, nel termine di 20 giorni dalla comunicazione di cui sopra, di convocare le parti e, con esse, i rappresentanti delle associazioni professionali di categoria da esse indicate, al fine di esperire il tentativo di conciliazione della vertenza.

L'avvenuta conciliazione determina la redazione di un processo verbale sottoscritto dalle parti, dai rappresentanti delle associazioni di categoria e dal funzionario dell'Ispettorato.

La mancata conciliazione determina, ugualmente, la redazione di un processo verbale nel quale le parti devono precisare le rispettive posizioni. Decorso 60 gg. dalla data della comunicazione della domanda ed esperito invano il tentativo di conciliazione, le parti hanno la facoltà di adire l'autorità giudiziaria competente.

(6) Così CONSOLÒ nel commento dell'art. 46 l. 3 maggio 1982 n. 203 in *Nuove Leggi Civili commentate*, Padova 1983, pag. 1506.

Il tema della « tutela giurisdizionale differenziata » non rappresenta una novità nell'ambito del diritto processuale, essendo stato ormai da un decennio introdotto da PROTO PISANI, nello scritto *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *Foro it.* 1973, V, pag. 205 ss. Già da allora l'espressione era considerata altamente equivoca ed il concetto così introdotto « rischioso, in quanto tendente ad allargare anziché a ridurre il privilegio » secondo un'ottica « fuori del nostro sistema costituzionale » (così VERDE, *Le tecniche processuali come strumento di politica del diritto*, in *Dir. e giur.* 1973, pag. 241 ss. Dello stesso avviso COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, Milano 1977, pag. 3 ss.).

In realtà l'ambiguità del termine può essere superata nel senso di considerare tale tutela realizzata mediante la predisposizione di più procedimenti a *cognizione piena ed esauriente*, — così PROTO PISANI *op. cit.* —, modellati sulla particolarità di singole categorie di situazioni sostanziali controverse e non già nella predisposizione di forme tipiche di tutela cautelare o sommaria.

Malgrado la struttura articolata dell'art. 46 è possibile rilevare immediatamente, dalla semplice lettura dei primi 5 commi, sopra richiamati, che la novità rappresentata dalla recente normativa, sotto il profilo processuale, è costituita dalla previsione e dalla regolamentazione dettagliata di un tentativo obbligatorio di conciliazione in sede extragiudiziale.

La previsione di questo istituto, se anche riveste un carattere di originalità nell'ambito della legislazione agraria, si inserisce invece in una linea di tendenza, ormai sempre più seguita nella recente normativa « specializzata » ⁽⁷⁾.

Tale tendenza che prende spunto da vaste ed autorevoli correnti di opinione, individua nella conciliazione un indispensabile strumento attraverso il quale realizzare un nuovo tipo di giustizia, non più contenziosa, ma « coesistenziale » ⁽⁸⁾ e, nei procedimenti conciliativi di soluzione delle controversie, la risposta a precise esigenze.

La prima è rappresentata dalla necessità di una razionalizzazione dell'apparato della giustizia che, sgombrando il campo dalle liti minori, riservi l'attività propriamente giudiziaria alle cause di maggiore importanza e complessità.

La seconda esigenza è quella di una privatizzazione dei conflitti che lasci ai gruppi economici e sociali costituenti il tessuto neocorporativo degli ordinamenti una sempre maggiore possibilità di mediazione da attuarsi attraverso l'esperimento di attività per larga parte discrezionali ⁽⁹⁾.

Su questi interessanti spunti si tornerà, più diffusamente, in seguito; basti qui rilevare come con la l. 3 maggio 1982 n. 203

⁽⁷⁾ Il termine è stato coniato da CAPPELLETTI, *Appunti su conciliatore e conciliazione*, in *Riv. Trim. di dir. e proc. civ.* 1981, pag. 56.

⁽⁸⁾ Si vedano in proposito gli scritti di DENTI, *I procedimenti giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative* in *Riv. Dir. Proc.* 1980, pag. 430 ss., e di CAPPELLETTI, *Appunti su conciliatore e conciliazione*, cit., loc. cit.

⁽⁹⁾ Così OLIVIERI, *Prime riflessioni sulle disposizioni processuali della l. 3 maggio 1982 n. 203*, cit., pag. 178.

si sia fatto, anche da un punto di vista processuale, un ulteriore passo lungo la via della « decodificazione », grazie all'utilizzazione di una tecnica legislativa tendente a predisporre, per i gruppi portatori di determinate categorie di interessi, particolari e più specifiche forme di tutela differenziata ⁽¹⁰⁾. Si verifica, infatti, un fenomeno di « frantumazione » dell'istituto del processo in tanti procedimenti particolari, corrispondenti alle situazioni giuridiche reputate dal legislatore degne di tutela, che determina la conseguente inevitabile creazione, a fianco del modello, dello *specimen* da generalizzare, di una serie di norme particolari in relazione alle singole situazioni tutelabili ⁽¹¹⁾.

È evidente, poi, come questa linea di tendenza abbia portato inevitabilmente alla creazione di numerosi casi di legittimazione straordinaria e sostituzione processuale, nel momento in cui si è consentito ai gruppi sociali di poter conseguire, avvalendosi di disposizioni processuali particolari e in certo senso « privilegiate », quegli scopi che altrimenti assai difficilmente avrebbero potuto conseguire ⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ Sul punto, soprattutto VERDE, *Processo agrario e aspetti processuali della l. 3 maggio 1982 n. 203*, in *Riv. dir. agr.*, I, 1983 pag. 157 ss. L'autore esprime in questa sede il crescente disagio avvertito da chi, abituato a dare per scontata l'esistenza della « struttura » processuale intesa come « punto di riferimento costante dal quale le singole discipline continuano ad attingere linfa vitale », scopre come nella realtà questa finisca per trasformarsi in un dato residuale, frantumata com'è in tanti procedimenti particolari.

⁽¹¹⁾ Ciò che appunto i processualisti sono soliti indicare come « forme di tutela differenziata ». In argomento, di recente DENTI, *L'idea del codice e la riforma del processo civile* in *Riv. dir. proc.* 1982, pag. 108.

⁽¹²⁾ La scelta legislativa determinata da « esigenze di natura sociale tradotte anch'esse in orientamenti costituzionali », che sta alla base dell'articolo in questione, ispira parimenti la linea di tendenza che informa la più recente legislazione processuale specializzata.

Si veda in tal senso MANDRIOLI nel suo *Corso di diritto processuale civile*, Torino 1981, pag. 53 ss.: in particolare afferma l'autore che la « tendenza a riconoscere la legittimazione a determinati gruppi per far valere diritti dei singoli che vi appartengono » è determinata dal fatto che « tali gruppi appaiono, più del singolo, sensibili alle esigenze di tutela e soprattutto più in grado di far valere le situazioni in argomento che si suole indicare come 'interessi collettivi o diffusi' ».

2. Tornando ora all'esame dettagliato dell'istituto di cui all'art. 46 cit., occorrerà sottolineare che uno dei caratteri di maggiore originalità che tale tentativo obbligatorio di conciliazione presenta è rappresentato dalla sua « *extragiudizialità* ».

Il carattere stragiudiziale della conciliazione preventiva in tema di patti agrari risponde perfettamente alla funzione di « filtro » per l'accesso alla giustizia predisposto al fine di evitare pesanti aggravii per i relativi organi ⁽¹³⁾, e rappresenta, parimenti, il più esauriente tentativo esperito in tal senso nell'ambito della recente legislazione avente ad oggetto particolari tipi di rapporti sostanziali.

Si pensi, ad esempio, all'analogo istituto previsto dall'art. 44 della legge 27 luglio 1978 n. 392 c.d. dell'« equo canone ».

La funzione del tentativo di conciliazione in tema di locazioni urbane, secondo gli stessi propositi manifestati in sede di lavori preparatori dal legislatore, sarebbe dovuta essere quella di « filtro » per l'accesso alla magistratura togata ⁽¹⁴⁾. Purtroppo tali intendimenti hanno finito per essere frustrati dall'attribuzione, operata in sede di progetto definitivo, del compito di provvedere

In tal senso anche CARPI, *Cenni sulla tutela degli interessi collettivi* in *Riv. Trim. Dir. e Proc. civ.* 1974, pag. 544 ss. e CAPPELLETTI in *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi* in *Giur. It.* 1975, IV, pag. 49 ss. In senso analogo, recentemente si è espresso VICORITI, *Interessi collettivi e processo - La legittimazione ad agire* Milano 1979.

⁽¹³⁾ COSTANTINO, *Controversie in materia di locazione di immobili urbani*, in *Nuovissimo Digesto, Appendice*, Torino 1979, p. 16. Con il termine, senz'altro efficace, di « filtro » la dottrina è solita definire quel « momento obbligatorio di conciliazione » che, espressamente previsto dalla normativa specializzata più recente, condiziona la procedibilità della domanda. Attraverso tale attività preliminare, che risponde ad esigenze di economia processuale da realizzarsi attraverso la composizione stragiudiziale della controversia, il legislatore ha voluto introdurre nuove forme di « Giurisdizione condizionata » in settori caratterizzati da ampia conflittualità sociale, al fine di scongiurare il pericolo di aumento della litigiosità con il conseguente aggravio di lavoro per la magistratura.

⁽¹⁴⁾ Si veda in tal senso, tra gli altri, TARZIA, *Sulla tutela giurisdizionale delle locazioni urbane* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979, pag. 102 ss.

al tentativo *de quo* allo stesso giudice che avrebbe poi dovuto, eventualmente, conoscere della causa.

Con le più recenti modificazioni ⁽¹⁵⁾, che sono poi quelle che appaiono dall'attuale, definitiva, statuizione dell'art. 44 della citata legge, il preventivo tentativo di conciliazione ha cessato di costituire un « filtro » per l'accesso alla giustizia divenendo, in sostanza, una fase del procedimento che precede l'avvio effettivo del giudizio ⁽¹⁶⁾.

Non solo è venuta meno, con l'esperimento del tentativo in sede giudiziale, questa funzione della conciliazione in materia di equo canone, dal momento che lo stesso è posto in essere dal medesimo giudice che nel caso in cui esso fallisca si occuperà della controversia, ma occorre anche rilevare che, al contrario dei tentativi compiuti in corso di causa (si pensi a quelli previsti

(15) Il disegno di legge ministeriale n. 465, presentato al Senato, regolava nel capo III, l'istituzione, i compiti, la composizione, la nomina, il funzionamento e la competenza delle c.d. « Commissioni di conciliazione per l'equo canone » nonché il procedimento innanzi ad esse. Tali commissioni, formate da ingegneri, architetti e geometri iscritti nei rispettivi albi professionali e nominati dal presidente del Tribunale, erano qualificate nella Relazione ministeriale come « organi amministrativi aventi una composizione esclusivamente tecnica e non politica ». Loro compito era quello di svolgere una « funzione essenzialmente conciliativa » onde evitare « che le parti ricorressero senz'altro al giudice ».

Nel corso dei lavori innanzi alle commissioni riunite « Giustizia e Lavori Pubblici » del Senato venne sollevata l'obiezione che la scelta di demandare a tali organismi l'esercizio di funzioni aventi sostanzialmente carattere giurisdizionale era censurabile sotto il profilo della legittimità costituzionale. Fu così che si decise di sopprimere le norme in oggetto e di affidare l'esperimento del tentativo di conciliazione al conciliatore.

Con la modifica introdotta all'ultima ora in aula dalla Camera e poi ratificata dal Senato, si attribuì poi il procedimento di conciliazione non già, in via esclusiva, al conciliatore, bensì al « giudice competente ».

(16) Su questo iter, parlamentare, cfr., per tutti, TARZIA, *op. loc. ult. cit.* Fra i primi commentatori, solo LAZZARO, PREDEN e VARRONE, *L'equo canone* cit. pag. 68, ritengono irrilevante l'ultima modificazione e, perciò, che il tentativo di conciliazione debba essere compiuto in ogni caso dal giudice conciliatore; in questo senso ved. anche Pret. Patti, 27 giugno 1979 (*Giur. Merito* 1980, I, 23), con nota adesiva di Lepore, *La competenza funzionale del conciliatore per il tentativo di amichevole componimento delle controversie nella misura dei canoni*.

dagli artt. 185, 420 c.s. e 708 c.p.c. nonché di quello di cui al 4° c. dall'art. 4 l. 898/1970), all'atto dell'esperimento della procedura *de quo* il procedimento non è ancora iniziato e ciò determina necessariamente l'impossibilità del giudice che lo tenta, di disporre di un effettivo strumento di persuasione nei confronti della parte più litigiosa, inducendolo ad evitare il giudizio.

Il giudice adito, insomma, ignaro dei fatti ed impossibilitato ad emettere una decisione in quella stessa sede (cosa, al contrario, possibile nei casi previsti dall'art. 420 c.p.c.) non ha « argomenti » necessari per indicare alle parti il probabile esito della controversia e indurle così ad un accordo.

Da tutto ciò, pertanto, discende la conseguenza della parziale frustrazione degli scopi a cui il tentativo in oggetto mirava, almeno nei propositi del legislatore che lo ha predisposto, sotto un duplice profilo.

Per quanto concerne innanzitutto la funzione di filtro per l'accesso alla magistratura togata, si potrà facilmente rilevare che essa viene meno nel momento in cui il previo tentativo viene posto in essere dal « giudice competente » della definitiva statuzione legislativa, cioè lo stesso giudice che, nel caso questo non riesca, conoscerà della causa: non operano, dunque, le apposite « commissioni » previste dal secondo disegno di legge presentato al governo, né il conciliatore, più volte indicato nel corso della discussione per la definitiva redazione del testo normativo ⁽¹⁷⁾.

Sotto altro profilo, essendo il tentativo *de quo* esperito senza la preventiva predisposizione di una fase introduttiva idonea a porre in luce i fatti oggetto di contesa (e non essendo neppure prevista la possibilità di assumere, precedentemente, sommarie informazioni sui fatti stessi), è evidente la conseguente impossibi-

(17) Si veda, per una più approfondita analisi dell'iter legislativo che ha portato alla redazione della l. 392/78, il *Commento alla l. 27 luglio 1978 n. 392. Disciplina delle locazioni di immobili urbani*, a cura di BIANCA, LIPARI, PROTO PISANI e TARZIA, in *Nuove Leggi Civ.*, 1978, pag. 921 e ss.

lità, da parte dell'organo preposto, di esercitare un ruolo che possa veramente dirsi attivo ⁽¹⁸⁾.

Non appare dunque fuori luogo la sintomatica « sfiducia », mostrata dal legislatore, in questo tipo di conciliazione e palesata nella predisposizione del termine di 90 giorni (si badi bene: dalla proposizione della domanda e non dopo il fallimento del tentativo!) fissato per l'inizio del processo, quasi a voler sottolineare l'intima convinzione che le attuali strutture giudiziarie non siano in grado di soddisfare le domande di conciliazione nel termine di tre mesi dalla loro proposizione ⁽¹⁹⁾.

Al contrario — e chiudo così questa breve ma necessaria parentesi sul tentativo di conciliazione di cui alla l. n. 392 del 1978 — maggiori possibilità di successo sembra presentare la procedura conciliativa introdotta dalla nuova legge in materia agraria.

3. Va qui rilevato il carattere veramente extragiudiziale del tentativo in esame, che determina una effettiva funzione « filtrante » nei confronti della controversia giudiziale e scongiura *tout court* un aggravio per i relativi organi contrariamente a quanto accade per altri sistemi di conciliazione « giudiziale », anche se non contenziosa (come quello testè esaminato in tema di locazioni urbane). L'istituto, dunque, non ha soltanto il fine di sottrarre la lite alla cognizione propriamente giurisdizionale, ma fa sì che la controversia stessa sia composta al di fuori di tale ambito e in una sede completamente autonoma, quale l'Ispettorato Provinciale dell'Agricoltura.

Inoltre va sottolineato il ruolo, nuovo per la nostra legislazione, attribuito a tale organo nell'ambito del tentativo in questione: non che, beninteso, rappresenti spunto di particolare origina-

⁽¹⁸⁾ In tal senso, si veda, per tutti, COSTANTINO, *op. cit.*, pag. 750.

⁽¹⁹⁾ Di tale avviso, oltre COSTANTINO, *op. loc. cit.*, v. anche POGGESCHI, *Primi appunti sui processi dell'equo canone* in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1979, pag. 286 e ss.

lità l'avere, da parte del legislatore, demandato un'attività conciliativa alla Pubblica Amministrazione ⁽²⁰⁾.

Quel che qui rileva è che il legislatore dell'82 è stato molto più ardito dei suoi predecessori prevedendo un tentativo della Pubblica Amministrazione non in funzione di autotutela della stessa, quanto invece in veste di mero organismo *super partes* chiamato a svolgere un'attività esclusivamente mediatrice rispetto agli interessi delle parti ⁽²¹⁾.

Il modello di conciliazione qui preso in esame, infatti, differisce, per la relazione che si determina nei confronti dell'organo amministrativo adito da tutti gli immediati precedenti, in quanto non solo si pone in termini di obbligatorietà, ma è anche devoluto ad un sede che non è solo « non contenziosa », ma compiutamente « extragiudiziale » anzi, *rectius*, esclusivamente amministrativa, facendo capo all'Ispettorato Provinciale dell'Agricoltura ed essendo avviata dall'impulso di colui che presiede tale ufficio. Si coglie immediatamente la diversa *ratio* che anima questo tenta-

(20) Invero il nostro ordinamento attribuisce assai spesso agli organi amministrativi attività conciliative normalmente in funzione preventiva al processo e quasi sempre discrezionale. A parte la generica previsione, di cui all'art. 1 c. 2 t.u. 18 giugno 1931 n. 733, di un compito di conciliazione da parte dell'autorità di pubblica sicurezza che, « per mezzo dei suoi ufficiali ed a richiesta delle parti » è tenuta a favorire la bonaria composizione dei dissidi privati, gli organi della P.A. sono spesso chiamati in causa a questo proposito. Si pensi all'attività conciliativa demandata ex art. 20 c. 2 r.d. 30 dicembre 1923 n. 3282 alle commissioni del gratuito patrocinio, o all'analoga attività che, ex legge consolare del 15 agosto 1858 n. 2984, deve far capo ai consoli in ordine alle contestazioni insorte tra connazionali e stranieri. E ancora, nel capo del lavoro, alle disposizioni di cui agli art. 3 lett. d), d.l. 15 aprile 1948 n. 301, art. 23 lett. d) d.p.r. 19 marzo 1955 n. 520 che affidavano agli uffici provinciali del lavoro e della massima occupazione generici (e facoltativi) compiti di conciliazione nelle vertenze del lavoro.

Si pensi, infine, e più recentemente, all'art. 22 l. 990/1969 in tema di azioni promosse dal danneggiato nei confronti dell'assicuratore e del responsabile civile; alla l. 11 agosto 1973 n. 533 (sul nuovo processo del lavoro) che prevede una conciliazione extragiudiziale e facoltativa da esperirsi o in sede sindacale o, alternativamente, avanti ad apposite commissioni permanenti di conciliazione; al già citato art. 44 l. 27 luglio 1978 n. 392 in tema di determinazione del canone etc.

(21) In tal senso, anche OLIVIERI, *Prime riflessioni sulle disposizioni processuali della l. 3 maggio 1982 n. 203* (sui contratti agrari), in *Foro It.*, 1982 - V - pag. 183.

tivo e lo differenzia dagli altri normalmente previsti dal nuovo ordinamento e nei quali si fa riferimento ad organi amministrativi: qui, l'intervento della Pubblica Amministrazione non è finalizzato anche o solamente all'autodifesa della stessa ⁽²²⁾, essendo l'Ispettorato adito mero compositore delle controversie insorte tra le parti, senza che si configuri alcun suo interesse specifico rispetto al rapporto controverso.

Un altro aspetto mi pare poi importante sottolineare a questo proposito ed è opportuno richiamare nuovamente la legge n. 392 del 1978 in materia di locazioni urbane. Già a quel tempo vi fu un disegno di legge che prevedeva un tentativo di conciliazione per ciò che riguarda le controversie relative al canone, affidato non al giudice, ma ad un organismo paritetico. Il progetto non si tradusse mai in norma operante in quanto venne ritenuta in contrasto con l'art. 102 c. 1° e 2° cost. la normativa che prevedesse un provvedimento con il quale la commissione, qualora la conciliazione fosse fallita, avrebbe potuto determinare il canone in via esecutiva ⁽²³⁾.

Ritengo che proprio l'esperienza negativa citata possa avere indotto il legislatore dei « patti agrari » a disegnare una fase conciliativa diversa e certamente più aderente al dettato costituzionale.

In primo luogo, infatti, il tentativo di cui all'art. 46, non costituendo un arbitrato obbligatorio e non concludendosi con una decisione, lascia libere le parti, in caso di mancato accordo, di adire il giudice.

⁽²²⁾ Si confronti, ad esempio, la *ratio* ispiratrice dell'art. 443 c.p.c. comunemente individuata in una sorta di « *favor* » riconosciuto dal legislatore alla P.A. « la quale ha la possibilità, non concessa ai privati, di riesaminare i propri atti senza essere nel frattempo assoggettata al procedimento giudiziario » (così GHERARDELLI, *Note sulla struttura e sulla funzione delle c.d. « condizioni di proponibilità » della domanda*, in *Riv. dir., proc. civ.*, 1981, pag. 79).

⁽²³⁾ Sul punto si veda più diffusamente TARZIA, *Disposizioni processuali in AA.VV., Equo canone*, Padova 1980, pag. 495 ss.

Sotto un secondo profilo, non si ha in tale fase conciliativa alcun esercizio di funzioni giurisdizionali poiché, qualora tra le parti non intervenga accordo, l'organo amministrativo si limiterà alla semplice precisazione delle reciproche « posizioni », non emettendo alcun provvedimento.

Infine, l'obbligatorietà della conciliazione preventiva, pur rappresentando l'introduzione nel nostro ordinamento di un nuovo caso di « giurisdizione condizionata » non costituisce certo ostacolo all'esercizio del diritto di azione garantito dalla Costituzione, poiché non priva le parti della tutela giurisdizionale e non ne rende particolarmente difficile l'accesso, attesa la facoltà, per le parti stesse, di adire il giudice competente decorsi 60 giorni dalla proposizione (infruttuosa) della fase conciliativa.

4. Altro fattore senz'altro fondamentale per il successo del tentativo di conciliazione è rappresentato dall'*intervento delle associazioni professionali* alle quali è demandato un ruolo attivo, non circoscritto alla tutela delle parti in causa, ma volto soprattutto ad offrire una più obiettiva e generale visione degli interessi particolari dei singoli contraenti, in virtù di poteri invero assai estesi rispetto ai consueti interventi previsti dalla legge ⁽²⁴⁾.

Prescrive infatti la nuova legge agraria che l'istante, o nella preventiva comunicazione, o comunque, in tempo utile perché non decorra invano il termine perentorio, ha l'onere di indicare le associazioni professionali di categoria dalle quali intende farsi assistere ⁽²⁵⁾. Si noti che l'obbligatorietà di tale intervento è palese in guisa che, qualora la parte dovesse omettere l'indicazione di

⁽²⁴⁾ In tema, ad esempio, di procedimenti conciliativi ex art. 44 l. 392/78 sull'equo canone.

⁽²⁵⁾ È importante rilevare come, nella pratica, la parte istante finirà sempre per indicare associazioni professionali tra quelle « maggiormente rappresentative a livello nazionale » poiché solo in tal caso, ex art. 45 l. citata, è possibile addivenire alla conciliazione anche in deroga alle norme vigenti.

In tal senso, si veda anche VERDE, *Norme inderogabili tecniche processuali e controversie del lavoro*, in *Riv. dir. proc.* 1977, pag. 254 ss.

detta associazione, non si potrebbe parlare di tentativo validamente instaurato e si avrebbero conseguenti implicazioni sul piano della proponibilità della domanda ⁽²⁶⁾.

I rappresentanti delle associazioni, così chiamati ad intervenire e la cui presenza è da considerarsi, dunque, necessaria, rivestono un ruolo essenziale nell'esperimento del tentativo di conciliazione, sottoscrivendone il verbale in caso di esito positivo. La loro funzione, occorre subito rilevarlo, non resta circoscritta alla mera assistenza e difesa dei contraenti, ma si sostanzia in una « forma di cooperazione conciliativa e protettiva, concretantesi in un effettivo vaglio e controllo della convenienza ed opportunità di un determinato negozio ». L'intervento delle associazioni di categoria — come statuisce la Suprema Corte — « non può infatti esaurirsi senza venir meno alla sua funzione, in un semplice ausilio offerto alle parti per la redazione di formule tecniche o la documentazione di un accordo già intervenuto, né tanto meno in una successiva sanzione di tale accordo mediante una neutrale presa d'atto o l'apposizione di un visto ovvero, a maggior ragione, in una semplice controfirma apposta da un funzionario dell'associazione di categoria che non ha partecipato alla formazione dell'accordo, su di un documento già predisposto e recato da una delle parti contraenti senza la presenza dell'altra » ⁽²⁷⁾.

I conciliatori sindacali svolgono funzioni autonome e dispiegano un'attiva e diretta partecipazione alle trattative ed alla determinazione dell'eventuale esito negoziale; il loro intervento, espressamente previsto dalla precedente normativa sulla concilia-

⁽²⁶⁾ Per converso, è da ritenere che l'omessa indicazione delle associazioni di categoria da parte del convenuto non renda improponibile la domanda, se non si vuole giungere alla assurda conclusione di riconoscere a tale soggetto il potere di frustrare, con la propria omissione, l'attività attorea. In questo caso, converrà considerare il convenuto semplicemente non intenzionato a pervenire ad alcuna valida conciliazione e conseguentemente ritenere il tentativo non riuscito (v. anche OLIVIERI, *op. cit.*, pag. 185).

⁽²⁷⁾ V. la sentenza Cass. 20 settembre 1978 n. 4240 in *Foro It.* 1979, I, 82 (in tema di locazioni di immobili urbani).

zione sindacale, è anche qui da intendersi implicitamente richiesto ⁽²⁸⁾.

Va d'altro canto osservato come la fiducia del legislatore dei patti agrari nella partecipazione di tali rappresentanze, nonché la garanzia di assistenza che la loro presenza alla « trattativa » fornisce, può essere agevolmente desunta anche dalla semplice lettura dell'art. 45. La disposizione in oggetto, infatti, rubricata sotto il titolo di « efficacia degli accordi », dispone che questi, « anche non aventi natura transattiva, stipulati tra le parti stesse in materia di contratti agrari con l'assistenza delle rispettive organizzazioni professionali agricole maggiormente rappresentative a livello nazionale . . . sono validi tra le parti anche in deroga alle norme vigenti in materia di contratti agrari »; con ciò lasciando intendere che dette deroghe, così come la giustificazione dell'inoppugnabilità del negozio in tal modo stipulato siano ammissibili in virtù, esclusivamente, delle garanzie di assistenza e della posizione di autonomia dei rappresentanti sindacali.

Non è certo questa una novità, in quanto già il legislatore del 1973 statuiva, in tema di affitto dei fondi rustici ⁽²⁹⁾, che, pur non essendo valide le « rinunce e transazioni che hanno per oggetto i diritti dell'affittuario derivanti dalla presente e da ogni altra legge nazionale o regionale », erano « salve le convenzioni concluse tra le parti » con l'assistenza delle rispettive associazioni sindacali ».

Sembra dunque potersi ricavare da ciò che, nel sistema del sindacato unico con personalità di diritto pubblico e rappresentanza legale dell'intera categoria, la necessaria presenza di ambedue le associazioni sindacali assume la preminente funzione di ristabilire la prevalenza dell'interesse collettivo, di cui l'associazione è portatrice, rispetto all'interesse individuale di entrambe le

⁽²⁸⁾ In tal senso, MANDELLI, *I requisiti della controversia in sede sindacale*, in *Riv. dir. proc.* 1980, pag. 590.

⁽²⁹⁾ Mi riferisco precisamente all'art. 23 l. 11 febbraio 1971 n. 11.

parti del rapporto ⁽³⁰⁾. Si tratta di prospettiva condivisa dall'orientamento della Suprema Corte che, a questo proposito, ha più volte avuto modo di indicare « la partecipazione . . . di associazioni di categoria che assistono l'affittuario, coltivatore diretto e non » come l'elemento suscettibile di scongiurare « l'inferiorità economica del contraente più debole » ; quasi che il « *placet* » del rappresentante legale che legittima la volontà abdicativa e transattiva di quest'ultimo possa essere considerato come l'attività di chi presta assistenza ad un soggetto con capacità limitata ⁽³¹⁾.

Anche in questo caso (e sempre nell'ambito extragiudiziario) si è inteso realizzare l'*equality of arms* ⁽³²⁾, attraverso la « privatizzazione » dei conflitti e l'ingresso di un'attività mediatrice dei « gruppi economici e sociali » ; è evidente altresì, come ciò possa essere considerato necessario corollario del riconoscimento attribuito alle associazioni sindacali quali portatrici di un interesse diffuso la cui tutela è loro affidata dalla legge. Il riconoscimento si inquadra nella linea di tendenza che, muovendo dalla consapevolezza dell'esistenza, oggi più che mai, di interessi cosiddetti « collettivi » o « diffusi », mira a riconoscere determinati gruppi come legittimati a far valere i diritti dei singoli che vi appartengono in virtù di una maggiore sensibilità ad esigenze di tutela e di un superiore « potere contrattuale » rispetto ai singoli consociati ⁽³³⁾.

5. Un altro interessante profilo del tentativo in questione è poi rappresentato dalla previsione che l'art. 46 fa dello stesso come requisito espressamente richiesto a pena di improponibilità della domanda.

⁽³⁰⁾ Il « potere di veto » che ciascun rappresentante può opporre alla soluzione accettata dalle parti impedisce infatti al negozio concluso di diventare inoppugnabile, qualora giudichi che questo non corrisponde all'interesse collettivo.

⁽³¹⁾ Per tutte si veda: Cass. sez. I n. 4240 in *Riv. dir. proc.* 1978 pag. 86.

⁽³²⁾ V., sul punto, CAPPELLETTI, *Appunti su conciliatore e conciliazione* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1981, pag. 62.

⁽³³⁾ In tal senso anche MANDRIOLI, *op. cit.* pag. 53 ss.

Infatti, se anche nel testo della legge n. 203 del 1982 non può ravvisarsi formula analoga a quella contenuta nel 2° comma dell'art. 43 della legge n. 392 del 1978 ⁽³⁴⁾, non si perviene ad una soluzione diversa da quella della previsione del tentativo di conciliazione quale condizione di proponibilità della domanda: ciò appare anzi espressamente palesato dal tenore del 1° e 5° comma dell'art. 46, nonché dall'art. 58, che sancisce l'inderogabilità, a pena di nullità rilevabile d'ufficio, di tutte le norme della legge.

Per la verità, quella dell'introduzione di specifiche condizioni di proponibilità non rappresenta certo una novità se considerata in relazione alla normativa specializzata degli ultimi anni.

Infatti, numerose norme del nostro ordinamento subordinano la proponibilità della domanda al preventivo decorso di un termine concesso per l'assolvimento di particolari incumbenti.

Per lo più tali norme si pongono all'attenzione degli operatori del diritto sia per l'incidenza che esse finiscono per avere in settori dove la litigiosità giudiziaria e la conflittualità sociale sono particolarmente alte, che per la connessione del tema con nozioni dogmatiche che appartengono ormai alla tradizione della nostra cultura giuridica.

Si tratta — come nel caso di specie — di istituti aventi la finalità di attuare una sorta di « conciliazione preventiva » rispetto all'azione giudiziaria e che rispondono ad una precisa operazione di politica del diritto, quella cioè volta a preconstituire « filtri » rispetto al vero e proprio uso dello strumento giurisdizionale.

A questa scelta di politica legislativa non si è voluto sottrarre

⁽³⁴⁾ L'art. 43 l. 392 del 1978, sintomaticamente rubricato con il titolo di « *Improcedibilità della domanda* », recita infatti: « La domanda concernente controversie relative alla determinazione, all'aggiornamento ed all'adeguamento del canone non può essere proposta se non è preceduta dalla domanda di conciliazione di cui all'articolo seguente. »

L'improcedibilità è rilevabile, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento ».

il legislatore agrario, che, predisponendo l'incombente del tentativo preventivo di conciliazione in termini di obbligatorietà ha così introdotto nel nostro ordinamento un nuovo caso di « giurisdizione condizionata » ⁽³⁵⁾ che risponde all'esigenza di frapporre un efficace « filtro » rispetto all'attività giurisdizionale richiesta agli organi dell'ordinamento giudiziario, allo scopo di mitigarne il carico di lavoro oltre che di ottenere una pacifica composizione della lite secondo soluzioni « mediative » e « coesistenziali ».

A tal proposito mi pare interessante rilevare come in *subiecta materia* la giurisprudenza abbia, da un lato, sempre esplicitamente rifiutato di fare riferimento alle tradizionali e dogmatiche nozioni di « presupposti processuali » e di « condizioni dell'azione » e dall'altro, come essa abbia coniato ed utilizzato formule originali quali « condizioni di proponibilità » o di « procedibilità » ovvero di « perseguibilità », sul presupposto che « sono le categorie scientifiche e gli inquadramenti sistematici che devono adeguarsi alle leggi e non viceversa » ⁽³⁶⁾.

Questa « scelta » terminologica appare invero assai opportuna ove si consideri che, in definitiva, il significato della tradizionale contrapposizione tra le categorie dei presupposti del processo e le condizioni dell'azione si sostanzia nella semplice determinazione del momento essenziale della loro verifica ⁽³⁷⁾.

I primi, infatti, debbono sussistere « *in limine litis* », in quanto incidono sulla regolare costituzione del rapporto proces-

⁽³⁵⁾ In tal senso OLIVIERI, *op. cit.* pag. 183.

⁽³⁶⁾ Così GHERARDELLI, *Note sulla struttura e sulla funzione delle c.d. condizioni di proponibilità della domanda* in *Riv. dir. proc. civ.*, 1981, pag. 96 e ancora TARZIA, *Equo canone* in *Nuove Leggi civili commentate*, 1978, pag. 1185. Per una più specifica analisi v. FORNI, *Orientamenti in tema di improponibilità, inammissibilità ed improcedibilità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, pag. 1318 ss.

In tal senso anche Cass. n. 3802 del 1974; n. 364 del 1977; n. 1116 del 1976.

⁽³⁷⁾ In tal senso, tra gli altri, COMOGGIO, *Il principio di economia processuale*, I, Padova 1980, pag. 77 ss.; contra MANDRIOLI, *Voce Presupposti processuali*, in *Noviss. dig. it.* XIII, Torino 1966 pag. 786 ss.

suale e sono perciò requisiti indispensabili perché il giudice conosca validamente della controversia.

Le altre, invece (ritenute, a seconda delle diverse teorie sull'azione, requisiti costitutivi di quest'ultima ovvero condizioni di ammissibilità per la trattazione del merito o ancora — secondo altri — requisiti di fondatezza della domanda) debbono sussistere quanto meno al momento della decisione. Tutto ciò, a ben vedere, giustifica e porta a condividere l'impiego di una terminologia per così dire « inusuale » fatto dalla giurisprudenza a questo riguardo, e l'uso delle suddette categorie in senso essenzialmente descrittivo.

Tornando alla scelta operata dal legislatore nel senso della previsione, a pena di improponibilità della domanda, del previo tentativo di conciliazione di cui all'art. 46, c'è da chiedersi se la rigorosa soluzione imposta dalla legge — circa l'obbligatorietà della menzionata fase precontenziosa — non sia invero troppo severa, soprattutto in relazione alle effettive capacità di tale incumbente di fungere effettivamente da « filtro » per le controversie da sottoporre ai giudici dello Stato.

La risposta non potrà che essere affermativa ove si consideri che la conciliazione, qualora riesca, non produce la formazione di un titolo esecutivo ⁽³⁸⁾.

Il tema della improponibilità (o improcedibilità, data la labilità dei concetti in *subiecta materia* precedentemente evidenziata) si pone poi con particolare riguardo ad ipotesi specifiche. Ad

(38) Sull'argomento si tornerà diffusamente *infra*. Basti qui considerare che, ai sensi dell'art. 185 c.p.c. è riconosciuta efficacia esecutiva al solo verbale di conciliazione giudiziale successiva, intervenuta avanti al giudice istruttore, mentre pari efficacia esecutiva conserva il verbale di conciliazione preventiva intervenuta innanzi al conciliatore purché la controversia rientri nella competenza contenziosa di quest'ultimo (art. 322 c.p.c.). Al contrario, si ritiene da più parti che il verbale di conciliazione extra-giudiziale possa solamente, in casi espressamente previsti dalla legge, avere efficacia di scrittura autenticata, obbligando così la parte interessata ad adire il giudice per ottenere il titolo esecutivo.

In tal senso anche OLIVIERI, *op. cit.*, pag. 182.

esempio ci si chiede se il previo tentativo debba precedere, oltre che la domanda introduttiva del giudizio, anche la proposizione di una domanda riconvenzionale o l'intervento del terzo; e ancora se si può prescindere dalla fase precontenziosa in pendenza di procedimento cautelare.

A) Quanto al primo quesito si può affermare che il previo tentativo parrebbe non essere richiesto, essendo inutile la sua funzione di « filtro » in un procedimento già pendente innanzi al giudice; e ciò malgrado una parte della giurisprudenza si sia talvolta orientata in senso opposto ⁽³⁹⁾.

Ad analoga conclusione, ritengo si possa giungere per quanto concerne i giudizi in corso, ai quali, pur se nei limiti segnati dall'art. 53 c. 1° si applicano le nuove disposizioni processuali.

La conferma a tale opinione viene data da un duplice ordine di considerazioni.

Innanzitutto non credo si possa prescindere dal principio processuale fondamentale per cui, sulla validità della proposizione di una domanda giudiziale occorre giudicare in base alla normativa vigente al momento della proposizione stessa, che è la sola a disciplinare i presupposti per la efficace instaurazione del rapporto processuale ⁽⁴⁰⁾.

Inoltre, se, come spesso si è rilevato, la funzione del tentativo di conciliazione è, prevalentemente, quella di formare un « filtro » nei confronti del giudice, non v'è chi non veda come essa venga meno al momento in cui la lite è già instaurata davanti a quest'ultimo.

⁽³⁹⁾ In senso favorevole alla tesi negativa: Pret. Bologna 6 marzo 1981 in *Foro it.* 1982 - I - pag. 1465.

Contra: Cass. 7 giugno 1974 n. 1595 *id.* 1974, I, 1596.

⁽⁴⁰⁾ Di tale avviso sono sia OLIVIERI, *op. cit.* pag. 182, sia CONSOLO, *Prime questioni di dir. processuale transitorio sollevate dalla legge 3 maggio 1982 n. 203. Applicabilità ai giudizi in corso del tentativo obbligatorio di conciliazione e della normativa sul diritto di « ripresa »*, in *Riv. dir. agr.* II, 1982, pag. 336-337.

Per la giurisprudenza si veda per tutte in senso analogo, Trib. Avellino, sent. 10 giugno 1982 in *Foro it.* I, 1982 pag. 3050.

La lettera della legge, in proposito, non appare contraria alla soluzione proposta, posto che il testo dell'art. 46 recita che: chi « intende » proporre una domanda (e non chi già l'ha proposta) deve « preventivamente » instaurare la fase precontenziosa in questione ⁽⁴¹⁾.

Se al contrario, la controversia fosse già iniziata, il dispendio di attività giurisdizionale si sarebbe ormai in sostanza verificato, con il conseguente svolgimento di un giudizio che, quantomeno, avendo già affrontato la fase della trattazione potrebbe poi rendere possibile una effettiva definizione.

La funzione di « *filtraggio* » che il legislatore agrario ha cercato di realizzare, attraverso la previsione del tentativo extragiudiziale di conciliazione, verrebbe così meno e finirebbe per perdere la sua efficacia se non fosse accompagnata dalla sanzione del rigetto della domanda attorea in caso di elusione di quell'onere posto a garanzia che la fase preliminare non venga a tramutarsi in un incombente meramente facoltativo ⁽⁴²⁾.

L'opinione qui esposta trova il conforto di parte assai rilevante della giurisprudenza pur permanendo alcune isolate sentenze di segno opposto ⁽⁴³⁾.

B) Venendo ora al secondo problema prospettato, quello cioè dell'esperibilità o meno del tentativo di conciliazione ex art. 46 in relazione ai procedimenti speciali ed ai provvedimenti cautelari in

⁽⁴¹⁾ Si noti che, per effetto dell'interpretazione suggerita le parti non subiscono alcun pregiudizio, essendo loro consentito transigere, qualora desiderino farlo, davanti al giudice competente, in forma giudiziale.

⁽⁴²⁾ Così CONSOLO, *op. ult. cit.* pag. 337.

⁽⁴³⁾ Tra queste: Trib. Roma, sent. 14 giugno 1982, Trib. Civitavecchia sent. 9 luglio 1982 in *Nuovo dir. agr.* 1982 pag. 534. Contra: la maggior parte della giurisprudenza, tra cui Trib. Avellino 10 giugno 1982 in *Foro it.* 1982, I, pag. 3050; Trib. Milano 15 giugno 1982 in *Giur. It.* 1982, I, pag. 577; Trib. Vicenza 3 giugno 1982 in *Riv. Dir. agr.*, 1982, pag. 362; Trib. Catania 30 giugno 1982 in *Sentenze* anno 1982, I, pag. 102; Trib. Avellino 10 giugno 1982 in *Arch. civile*, 1983, pag. 539; Trib. Messina 28 marzo 1983 in *Ciust. Civ.* 1983, I, pag. 2107; infine Appello Napoli 18 dicembre 1982 in *Riv. dir. agr.* 1983, pag. 304 con nota Tortalini.

particolare, occorre subito rilevare che né la dottrina né la giurisprudenza propongono soluzioni univoche.

La questione si pone soprattutto con riferimento a quei provvedimenti che necessitano di una successiva fase di convalida (si veda, ad esempio il caso dell'art. 680 cod. proc. civ.): quei provvedimenti, cioè, in relazione ai quali, esaurita la fase interdittale, sia necessario instaurare il giudizio di merito. Ci si chiede, in particolare, se in tali ipotesi l'esperimento del previo tentativo debba precedere la richiesta volta ad ottenere l'emanazione del provvedimento ovvero se la fase conciliativa debba collocarsi nel periodo di tempo intercorrente tra l'emanazione del provvedimento stesso ed il successivo giudizio per il merito e per la convalida; ci si domanda, infine, se si possa addirittura escludere l'obbligatorietà di tale incombenza, attesa la struttura tipica dei provvedimenti cautelari e la finalità che essi perseguono, che è quella tra l'altro di assicurare una tutela con carattere di urgenza, non appena possa configurarsi « *periculum in mora* ».

Non si tratta, invero, di un problema di agevole soluzione. Come si è visto, i sostenitori della « necessità » del previo sostengono che la *ratio* della norma che lo prevede è da individuarsi nell'esigenza di « filtrare » le domande al giudice in *subiecta materia* al fine di ridurre il numero dei processi agrari; di conseguenza, ogni attività che porti le parti in qualunque maniera ad investire l'organo giudiziario dell'esame, sia esso sommario o pieno, di una domanda in materia di contratti agrari, dovrebbe necessariamente essere preceduta dal tentativo di risolvere extragiudizialmente la lite ⁽⁴⁴⁾.

(44) Per tutti si veda GERMANÒ, *Procedimenti cautelari e tentativo di conciliazione* in *Riv. dir. agr.* II, 1983, pag. 199 ss. Ancora, sostengono i fautori di questa opinione, è nello spirito della conciliazione, ed è requisito non secondario per la sua positiva conclusione, l'esperimento della stessa in uno spazio quanto più esiguo possibile, e tale da non consentire alle parti di « conoscere » quale possa essere concretamente l'esito giudiziario della controversia.

Da parte avversa si replica che, se anche la richiesta di un provvedimento cautelare ha natura e struttura di domanda giudiziale e costituisce esercizio di uno specifico potere di azione dando luogo ad un giudizio concettualmente autonomo caratterizzato da un preciso « *thema decidendum* » (pur se di dubbio raccordo con la tutela di un a sé stante diritto sostanziale alla cautela) ⁽⁴⁵⁾, non occorre ugualmente una fattispecie che postula, ai sensi dell'art. 46, il ricorso al previo tentativo. Infatti, l'articolo citato, trattando di « domanda relativa ad una controversia in materia di contratti agrari » pare univocamente riferirsi all'esercizio della sola azione di cognizione, volta a far valere ed accertare diritti e obblighi nascenti da quel contratto, e non anche delle azioni cautelari od esecutive, che sono in definitiva caratterizzate da un diverso oggetto.

Ancora viene sottolineata, da questa parte della dottrina, la pratica incongruenza di assoggettare all'esperimento necessario della fase conciliativa (con conseguente dilazione almeno bimestrale) l'esercizio di azioni cautelari, con la probabile conseguenza di frustrare i risultati della ordinaria azione di cognizione ⁽⁴⁶⁾.

A mio avviso, se si esclude che l'esperimento del previo tentativo di cui all'art. 46 possa essere ritenuto — come alcuni autori affermano ⁽⁴⁷⁾ — non necessario oltre che in relazione all'esercizio dell'azione cautelare anche per la successiva fase di convalida, la questione si pone esclusivamente in riferimento alla

⁽⁴⁵⁾ Si veda, in argomento, sulla natura della tutela cautelare, tra gli altri, CALVOSA, *La tutela cautelare. Profilo sistematico*, Torino 1963, pag. 285 seg.; *Il processo cautelare*, Torino 1970, pag. 71 ss.; e LIEBMAN, *Unità del procedimento cautelare*, in *Riv. dir. proc.* 1954, pag. 69.

⁽⁴⁶⁾ Tra i fautori di questa opinione CONSOLO, *Richiesta di provvedimenti cautelari e tentativo obbligatorio di conciliazione* (art. 46 legge 3 maggio 1982 n. 203), in *Riv. dir. agr.* 1983, II, pag. 187 ss.; VERDE, *Processo agrario e aspetti processuali della l. 3 maggio 1982 n. 203*, in *Riv. dir. agr.* 1983, I, pag. 157 ss.; OLIVIERI, *op. cit.*, pag. 183 ss.

⁽⁴⁷⁾ V. invece, in tal senso, OLIVIERI, *op. cit.*, pag. 183.

esigenza di coordinamento tra la fase *stricto sensu* cautelare e l'instaurazione del giudizio di merito e di convalida.

La soluzione che si prospetta adeguata alle esigenze del processo agrario in connessione con l'urgenza della misura cautelare, sembra quindi da ricercarsi nella *non* obbligatorietà del previo tentativo prima della richiesta volta ad ottenere l'emanazione di provvedimenti cautelari (⁴⁸).

Tale fase, nella specie in questione, verrà perciò a collocarsi successivamente, prima cioè del giudizio per il merito e per la convalida, e sarà compito del giudice, in specifiche ipotesi, contemporare i termini perentori per la fissazione del giudizio di merito con quelli necessari all'esperimento del tentativo di conciliazione (⁴⁹).

Va comunque osservato come gli orientamenti giurisprudenziali, per ciò che concerne questo peculiare aspetto della conciliazione agraria, sono quanto mai incerti e le soluzioni divergono radicalmente, senza lasciare intravedere la benché minima possibilità di interpretare in modo relativamente univoco la normativa in oggetto (⁵⁰).

6. Occorre ora portare l'attenzione su di un altro aspetto di

(⁴⁸) VERDE, in *op. ult. cit.*, pag. 162 seg. giunge alle stesse conclusioni in tema di procedimenti per ingiunzione ex art. 633 e seg. c.p.c.

(⁴⁹) In tal senso CONSOLO, *op. ult. cit.*, pag. 194 ss.; OLIVIERI, *op. cit.*, pag. 183; VERDE, *op. ult. cit.*, pag. 163.

Contra, GERMANÒ, *op. cit.*, pag. 201.

Ad esempio, nel caso dell'art. 702 cod. proc. civ., il pretore che deve fissare un termine perentorio entro il quale l'istante è tenuto ad iniziare il giudizio di merito terrà adeguato conto della necessità, per l'attore, di procedere nella fase conciliativa e così dei tempi « tecnici » che questa richiederà.

(⁵⁰) V. tra le sentenze più recenti favorevoli all'esperimento del tentativo di conciliazione prima della richiesta di provvedimenti cautelari: Trib. Pisa 21 dicembre 1982 in *Nuovo dir. agr.* 1983 pag. 1026; Trib. Pisa 21 dicembre 1982 in *Riv. dir. agr.* 1983 pag. 186 con nota adesiva di GERMANÒ; *Contra*: Trib. Firenze 3 dicembre 1982 in *Nuovo dir. agr.* 1983 pag. 1027; Trib. Forlì 25 gennaio 1983 in *Nuovo dir. agr.* 1983 pag. 339; Trib. Sassari 3 febbraio 1983 in *Nuovo dir. agr.* 1983 pag. 339.

particolare interesse che emerge dalla semplice lettura dell'art. 46 della legge n. 203.

Recita infatti questo, al 1° comma, che chi intende proporre in giudizio una domanda relativa ad una controversia in materia di contratti agrari « è tenuto a darne preventivamente comunicazione ». Con quest'ultima espressione la norma fissa un contenuto specifico della raccomandata volta ad instaurare il tentativo di conciliazione. In particolare va rilevato che, a mezzo di tale raccomandata la parte attrice non deve chiedere in sé per sé la conciliazione, della quale invero può omettere la menzione, trattandosi di un effetto per così dire « naturale » della comunicazione stessa, bensì è tenuta a rendere noti (all'altra parte ed al competente Ispettorato dell'Agricoltura) i termini della controversia attraverso la menzione del contenuto della domanda giudiziale che vuole proporre.

In altre parole si può ravvisare, sotto questo incumbente, una sorta di onere, facente capo all'attore, di precisare le proprie richieste formulando sin da allora (e non potendoli poi più modificare) « *petitum* » e « *causa petendi* » che stanno alla base della stessa, con la conseguenza, potendosi individuare la probabile « *ratio* » della disposizione citata nell'esigenza di garantire la corrispondenza tra l'oggetto della fase conciliativa e l'oggetto del giudizio, che l'istante ha la possibilità di indicare o modificare gli elementi oggettivi indicati fino a quando le parti non compaiano innanzi all'ispettore dell'agricoltura per l'effettivo inizio della controversia.

La domanda, a pena di improponibilità, dovrà quindi essere presentata successivamente in giudizio negli stessi termini e, logicamente, con gli stessi elementi oggettivi comunicati all'altra parte con lettera raccomandata, vincolando così l'attore ed inibendogli ogni possibilità di modifica della stessa. È inoltre da ritenere (malgrado la comunicazione preventiva riguardi solo la domanda, e perciò, l'attore che è colui che la propone) che ad analogo onere sia soggetto il convenuto relativamente ad eventuali do-

mande riconvenzionali, mentre in caso contrario, quest'ultimo resterebbe libero di sollevare le proprie eccezioni per la prima volta davanti al giudice ⁽⁵¹⁾.

Non ritengo invece che una esigenza simile possa concernere anche le domande introdotte nel giudizio da terzi o contro terzi, ossia in via di intervento volontario o coatto quand'anche esse amplino l'oggetto del giudizio originando un processo non solo soggettivamente ma anche oggettivamente cumulativo ⁽⁵²⁾.

L'interpretazione, ora proposta, del contenuto della lettera raccomandata di cui all'art. 46 c. 1 palesa l'intento che ne è alla base, e che va ricercato nell'esigenza di salvaguardare la funzionalità del « filtro » apprestato dal legislatore attraverso la postulata sostanziale corrispondenza tra l'oggetto del tentativo di conciliazione e l'oggetto della lite giudiziaria alla quale esso prelude.

Con la logica (anche se forse troppo rigorosa) ⁽⁵³⁾ conseguenza che tale atto diviene, soprattutto con riferimento alle istanze dell'attore, di fondamentale importanza perché ad esso occorrerà far capo per stabilire se la domanda proposta in giudizio dall'istante è « nuova » o meno rispetto a quella che ha formato oggetto del tentativo di conciliazione.

Minima esigenza di commento — mi pare — pongono invece le norme strettamente procedurali dedicate all'esperimento della conciliazione: sembra evidente che esse risentano dell'influsso delle previsioni di cui agli artt. 410 ss. c.p.c., che anzi appaiono di gran lunga più dettagliate ed esaurienti.

⁽⁵¹⁾ In tale senso OLIVIERI, *op. ult. cit.*, pag. 178. Analogamente ACAQUINO CORSARO-MACRÌ, *I nuovi patti agrari*, Milano 1982, pag. 171.

⁽⁵²⁾ Dello stesso avviso CONSOLO, *op. ult. cit.*, pag. 1510.

⁽⁵³⁾ Con ciò penso di poter condividere le perplessità espresse a tal riguardo da OLIVIERI, *op. ult. cit.* pag. 183 che ritiene che « l'onere di comunicare la domanda fin da quando si dà inizio alla conciliazione e quello di dover precisare le proprie richieste anche in caso di mancata conciliazione riduca enormemente la effettiva utilità della fase conciliativa ».

7. Esperita la fase precontenziosa di cui diffusamente, in queste pagine, si sono esaminati i profili di maggior rilievo, si può pervenire alla conclusiva stesura del verbale di conciliazione, sulla cui efficacia occorre ora soffermarsi.

Giova, a questo proposito, richiamare le soluzioni normative in tema di controversie di lavoro, onde integrare le numerose lacune che l'art. 46, soprattutto sotto il profilo dell'efficacia del processo verbale di avvenuta conciliazione presenta, sia in relazione alla sua dichiarazione di esecutività con decreto pretorile (ex art. 411) sia in ipotesi di conciliazione « parziale » (ex art. 412 c. 1). Sembra significativo il rinvio che il successivo art. 47 opera alla sez. I del Capo I del tit. IV del c.p.c. e così anche agli artt. 411 e 412.

Proprio in virtù di tale rinvio, ritengo innanzitutto che la previsione del tentativo di conciliazione extragiudiziale non valga ad escludere l'applicabilità del tentativo analogo in sede « contenziosa » ex art. 420 c. 1, malgrado la palese differenza intercorrente tra i due istituti (⁵⁴).

Per il resto, mi pare innanzitutto si debba propendere, con la prevalente dottrina (⁵⁵), nel senso della inefficacia del verbale di conciliazione come titolo esecutivo (neppure ai fini dell'espropriazione), ai sensi dell'art. 474 n. 3 c.p.c., e ciò per un duplice ordine di motivi.

Anzitutto il verbale ha natura di scrittura privata autenticata e non già di atto pubblico redatto dall'organo della Pubblica Amministrazione (⁵⁶).

Tale conseguenza deriva dal fatto che, non avendo l'ispettore provinciale dell'agricoltura funzione documentaria, non è autoriz-

(⁵⁴) In tal senso anche CONSOLO, *op. ult. cit.* pag. 1509.

(⁵⁵) Si vedano, per tutti: OLIVIERI, *op. ult. cit.* pag. 182; CONSOLO, *op. ult. cit.* pag. 1510; VERDE, *Processo agrario cit.*; LANCELOTTI, *op. cit.*, pag. 415.

(⁵⁶) Sull'esclusione delle scritture private autenticate dal novero dei titoli esecutivi menzionati dall'art. 474 n. 3 c.p.c. la dottrina è concorde. Cfr. ANDRIOLI, *Commento cit.* Napoli 1957, III, pag. 21; SATTA, *Commentario*, Milano 1959, III, pag. 84.

zato a dare pubblica fede all'atto ⁽⁵⁷⁾. In secondo luogo, e questa mi sembra un'affermazione difficilmente contestabile e tale da giustificare la mancata efficacia esecutiva del verbale redatto ai sensi dell'art. 46, 3° c., occorre non trascurare il fatto che, alla formazione del verbale stesso non partecipa il magistrato, unico organo che, con la sua presenza, può concorrere a « qualificare » il negozio ⁽⁵⁸⁾.

La conciliazione intervenuta ai sensi dell'art. 46 3° c. resta quindi un atto di composizione negoziale della controversia (e in quanto tale, soggetto alle impugnative proprie dei negozi), che per acquistare efficacia di titolo esecutivo ha bisogno di un successivo giudizio ⁽⁵⁹⁾.

Interessanti problemi sorgono invece nel caso in cui, fallita la conciliazione, si debba, ai sensi del 4° comma dell'art. 46, formare « ugualmente processo verbale nel quale vengono precisate le disposizioni delle parti ».

Il processo verbale che, evidentemente, dovrà possedere le stesse caratteristiche formali indicate nel 3° comma nel caso di avvenuta conciliazione, solleva dubbi interpretativi in ordine alla

⁽⁵⁷⁾ Tale affermazione trova conferma nel fatto che analoga efficacia è riconosciuta anche al verbale di conciliazione redatto, ai sensi degli artt. 410 e 411 c.p.c. davanti alla commissione presieduta dal direttore provinciale del lavoro e della massima occupazione e non depositato in pretura. Si veda a questo proposito BARONE, ANDRIOLI, PROTO PISANI, PEZZANO, *Le controversie in materia di lavoro*, Bologna-Roma 1974.

⁽⁵⁸⁾ Così MONTESANO, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Bari 1981, pag. 31.

⁽⁵⁹⁾ V., in tal senso, OLIVIERI, *op. ult. cit.*, pag. 183.

Nonostante la presenza di un organo della P.A. mi pare si debba, col SANDULLI (*Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1982, I, pag. 20 e 537) ritenere che al verbale di conciliazione non possa essere riconosciuta natura di atto amministrativo, in quanto il potere della P.A. risponde all'esigenza di comporre la lite e non a quella di provvedere alla cura degli interessi concreti (relativi all'agricoltura) demandati istituzionalmente alla sua tutela, l'atto è perciò da considerarsi emesso nell'esercizio di una potestà pubblica non amministrativa.

Sulla natura negoziale del verbale redatto a seguito di quelle che l'autore stesso definisce « conciliazioni speciali » si veda il recente scritto di MONTESANO, *Competenza sulla conciliazione per l'equo canone e aspetti problematici (giurisdizione o negozio?) di conciliazioni speciali in riv. dir. proc.* 1983 II, pag. 285 e seg.

postulata « precisazione delle posizioni delle parti ». È da ritenersi che con questa ambigua formulazione il legislatore abbia inteso far riferimento alle sole richieste così come precisate dalle parti, non già anche alle circostanze di fatto emerse nel corso della fase tendente all'amichevole composizione della lite ⁽⁶⁰⁾.

Ritengo che la validità dell'interpretazione suggerita derivi da un duplice ordine di motivi: anzitutto dalla diversa formulazione dell'art. 412 c. 1 del « Progetto di riforma delle controversie individuali di lavoro » ⁽⁶¹⁾ che, volendo appunto far riferimento a tali circostanze, parlava espressamente di « elementi di fatto emersi durante la discussione ». Inoltre, dalla logica considerazione che l'utilizzazione, nel successivo procedimento, delle nozioni di fatto venute alla luce nel corso della fase conciliativa precontenziosa poi fallita, finirebbe per condannare l'istituto all'insuccesso. Infatti nessuna parte sarebbe così sprovveduta da intrattenere un dialogo circa reciproche concessioni sapendo che, qualora le trattative dovessero interrompersi, « il contraddittore gli rinfaccerà la proposta di *aliquid datum* » ⁽⁶²⁾.

In definitiva, sembra si debba dare adesione a quella opinione che trova del resto unanimi consensi in dottrina ⁽⁶³⁾ secondo cui la soluzione opposta finirebbe per limitare il diritto di difesa delle parti, condizionandolo a quanto dichiarato *pro bono pacis* dalle parti stesse nella fase conciliativa.

8. Dall'analisi che precede sono emerse notevoli perplessità circa l'efficacia della fase precontenziosa che il legislatore agrario ha introdotto con le recenti disposizioni.

⁽⁶⁰⁾ Analogamente si esprime OLIVIERI, *op. ult. cit.*, pag. 186.

⁽⁶¹⁾ Si tratta, occorre dirlo, di disposizione poi abbandonata nella formulazione del testo definitivo dell'art. 412 c.p.c.

⁽⁶²⁾ In tal senso anche ANDRIOLI, nell'*Intervento* pubblicato negli atti dell'*Incontro sul progetto di riforma del processo del lavoro* (Bologna 12-13 giugno 1971), Milano 1971, pag. 123 ss.; e ancora *Osservazioni introduttive sul progetto di riforma del procedimento del lavoro in Foro it.* 1971, V, pag. 79.

⁽⁶³⁾ Per tutti si veda OLIVIERI, *op. e loc. ult. cit.*

Innanzitutto mi pare che la ricerca abbia delineato un tipo di conciliazione, in tema di controversie agrarie, che potrebbe essere definita ⁽⁶⁴⁾: *preventiva*, dato che il suo esperimento avviene prima dell'instaurazione della litispendenza; *extragiudiziaria*, essendo demandato il compito di favorirla ad un organo esclusivamente amministrativo e quindi estraneo al potere giudiziario; *specificata*, in quanto avente ad oggetto le sole controversie agrarie; *necessaria*, poiché è onere che incombe alla parte a pena di improcedibilità dell'azione contenziosa. Si è poi evidenziato, come elemento nuovo e, sotto certo profilo, originale della procedura in esame, il *carattere stragiudiziale* il cui pregio principale consiste nel rispondere compiutamente alla funzione di « filtrare » l'accesso alla giustizia scongiurando *tout court* un aggravio per i relativi organi.

Di tale aspetto si è cercato di sottolineare la novità anche nei confronti di altri sistemi di conciliazione giudiziale pur non contenziosa. Non si sono però potute sottacere notevoli perplessità a motivo, soprattutto, del carattere di « mediazione disarmata » ⁽⁶⁵⁾ della istanza conciliativa stragiudiziale, che viene ricevuta da un organo che non dispone di alcun strumento di pressione e convincimento nei confronti della parte più litigiosa e sembra quindi chiamato a svolgere un'attività destinata nella maggior parte dei casi all'insuccesso.

Queste poco confortanti considerazioni sembrano poi avere l'avallo dello stesso legislatore che, per primo, mostra di nutrire modiche aspettative in ordine alla efficienza del previo esperimento conciliativo; infatti, si consente alle parti di adire il giudice qualora la definizione in quella sede non avvenga entro un certo termine (addirittura ridotto rispetto a quello previsto dalla legge sulle locazioni urbane).

⁽⁶⁴⁾ V. LANCELOTTI, *op. cit.* pag. 403-404.

⁽⁶⁵⁾ In tal senso vorrei richiamare le conclusioni di CONSOLO, *Tentativo di conciliazione cit.* pag. 1509.

Vorrei infine rilevare come la scelta del legislatore agrario sembra risentire in definitiva, di una sorta di tendenza diretta a risolvere i problemi della giustizia « delegalizzando » e « deformalizzando » le procedure ⁽⁶⁶⁾. Ove si esaminino attentamente la struttura e l'efficacia degli accordi transattivi raggiunti mediante la necessaria fase precontenziosa, si constata il valore meramente negoziale che essi conservano, al pari di un qualunque atto di autonomia privata e si comprende poi come la loro validità sia garantita non dall'Ispettorato (e dalla funzione che lo stesso come Amministrazione dovrebbe rivestire essendo al di sopra degli interessi di parte), quanto invece dalla presenza delle associazioni professionali di categoria, che ci richiama alla mente anacronistiche istanze neocorporative.

Se alle considerazioni di cui al testo si aggiunge che la previsione della fase conciliativa come condizione di procedibilità della domanda dà luogo a numerosi problemi processuali come ad esempio la validità stessa del tentativo, la sua ritualità, la corrispondenza tra il suo oggetto e quello del giudizio successivo non ché a problemi di coordinamento (quali quelli evidenziati nel 5° paragrafo sub. a) e b)) con altre disposizioni del processo ordinario e dei procedimenti speciali, ci si può veramente chiedere se i costi della novità non siano maggiori del vantaggio da essa rappresentato.

⁽⁶⁶⁾ Richiamo la terminologia di DENTI, *I procedimenti non giudiziali cit.* pag. 422.

ALESSANDRO PANDOLFI

**LINGUAGGIO, MONDO ED INTERSOGETTIVITÀ
NEL PENSIERO DI LUDWIG WITTGENSTEIN**

SOMMARIO: 1. Il Mondo e la Lebenswelt. — 2. Dalla teoria della conoscenza alla fenomenologia degli usi linguistici. — 3. Simplex, sigillum veri. — 4. La certezza ed il significato. — 5. Il Mondo e le cose. — 6. La grammatica del sapere. — 7. Denotazione ed intenzionalità — 8. Il solipsismo e l'intersoggettività. — 9. Giochi e regole. — 10. La fenomenologia degli usi linguistici come ricostruzione della « storia naturale degli uomini ».

1. L'esperienza dell'uomo contemporaneo nell'ambito delle società altamente complesse può essere raffigurata come un percorso all'interno di una rete di linguaggi. In ogni momento del rapporto sociale e della mediazione politica sembrano intrecciarsi, come in una fibra, vari tipi di linguaggi, ognuno dei quali con una sua legalità e funzionalità specifica. In tal senso, l'esperienza è un trascorrere entro questa trama multiforme e discontinua che spesso pare sfuggire ad ogni troppo facile intenzione sintetica, tanto è alto il livello della differenziazione che la costituisce al suo interno e tanto incerti i confini che dovrebbero delimitarla.

Se identifichiamo provvisoriamente questo piano sociale-linguistico con il tema della *Lebenswelt* —, che già l'ultima riflessione di Husserl aveva indicato come il problema fondamentale della fenomenologia —, si sarà compiuto un primo passo in vista del guadagno dell'ambito originario e mai superabile della costituzione del senso linguistico ⁽¹⁾. Fuori da ogni caratterizzazione

(¹) E. HUSSERL, *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie*, E. Husserls *Gesammelte Werke*, Vol. VI M. Nijhoff, 1950; Tr. it. *La crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale*, Il Saggiatore, Milano 1961. Della vasta bibliografia sulla *Lebenswelt* husserliana come ambito del precategoriale, fondamento delle costituzioni di senso, cfr. J. Wahl, *L'ouvrage postume de*

vitalistica, la *Lebenswelt* appare allora, secondo l'immagine dello stesso Husserl, come l'orizzonte trascendentale dell'intersoggettività e del mondo come articolazione delle relazioni sociali: quel mosaico in costante espansione al quale ricondurre funzionalmente la rete dei linguaggi di cui è intessuta, attraversata e, in ultima istanza, costituita l'esperienza.

In base a queste schematiche considerazioni, il grande merito del pensiero di Wittgenstein sta allora nell'essere pervenuto, attraverso un complesso itinerario speculativo, a porre come fondante il nesso tra linguaggio e *Lebenswelt* e definire un criterio di lettura dei fenomeni del senso come indicatori della struttura dei modi dell'esperire storico-sociale. Ogni linguaggio, ogni espressione dotata di senso è relativa ad un uso che ne definisce il significato.

Con questa affermazione, che fa da guida alla interminabile fenomenologia degli usi e delle contestualità, Wittgenstein mette così in questione la tendenza di gran parte della filosofia occidentale ad interpretare i fondamenti del linguaggio sulla base del modello della scienza. I fenomeni del senso vengono così astratti dalla loro origine mondana e vengono fissati in un ambito meta-temporale e metastorico nel quale ricevono i titoli della necessità ed universalità intersoggettiva. Ma la terapia di W., ad un tempo corrosiva e ricostruttiva, priva di legittimità le determinazioni con le quali si è voluto raffigurare il linguaggio come un che di « naturale », riconducendo il linguaggio medesimo al suo fondamento mondana e intersoggettivo. In tal senso, anche i linguaggi delle scienze, i raffinati codici di certe pratiche tecnologiche e le

Husserl: *la Krisis*, C.D.U., Paris 1957; S. Chunningham, *Language and the phenomenological reductions of E. Husserls*, The Hague, 1976; P. TOULEMONT, *L'essence de la société selon Husserl*, Puf, Paris, 1962; H. HOHL, *Lebenswelt und Geschichte: Grundzüge der Spätphilosophie, E. Husserls*, München 1962; M. SANCIPRIANO, *Comunicazione intersoggettiva ed etica sociale*, Torino 1967; I. MANCINI, *Il trascendentale come fondamento* in « Rivista di filosofia neoscolastica » Milano, 1954.

rarefatte prescrizioni della tecnocrazia politica — insomma tutti i linguaggi artificiali presunti perfetti che in virtù della loro completezza pretendono di essere cogenti — possono essere iscritti e compresi nella loro funzionalità, entro quell'orizzonte trascendentale che, definito da Husserl *Lebenswelt*, W. caratterizza secondo il paradigma dell'uso ⁽²⁾.

Il metodo trasmessoci da W. risulta allora ancora più prezioso in un contesto definito come quello delle società altamente complesse ove ogni zona dello spazio e sezione del tempo sociale è investita da un gioco talvolta vorticoso di linguaggi e discorsi fortemente diversificati e spesso concorrenti. In tale ambito, nel

(2) Il metodoto wittgensteiniano della riduzione dei linguaggi e dei generi di discorso alle contestualità intersoggettive ed alle singole regioni dell'esperire-nel-mondo è stato oggetto di varie applicazioni ai più svariati ambiti; dall'analisi dei linguaggi scientifici, all'indagine dei discorsi prescrittivi d'ordine etico o prasseologico-politico, alla retorica in generale.

Riviamo ai lavori che ci sono parsi più significativi.

H. VON WRIGHT, *Explanation and understanding*, London 1975; AA.VV. *Wittgenstein et le problème d'une philosophie de la science*, Paris 1970; G. PRETI, *Linguaggio comune e linguaggi scientifici*, Milano 1963; K. O. APEL, *Die Idee der Sprache in der Tradition des Humanismus von Dante bis Vico*, Bonn 1963, Tr. it. *L'idea di lingua nella tradizione dell'umanesimo da Dante a Vico*, Il Mulino, Bologna 1975; K. O. APEL, *Transformation der Philosophie*, Frankfurt 1973; K. O. APEL, *Sprachpragmatik und die Begründung der Etik*, AA.VV. *Sprachpragmatik und Philosophie* Frankfurt, 1976; K. O. APEL, *Die Entfaltung der sprachanalytischen Philosophie und das Problem der Geisteswissenschaften*, in « Philosophischen Jahrbuch », München 1965, pp. 239 e ssg.; AA.VV. *Hermeneutik und Ideologiekritik*, Frankfurt, 1971; AA.VV., *Logik, Ethik. Theorie der Geisteswissenschaften*, Göttingen, 1975; H. KENSTAN, *Linguistik als Geisteswissenschaft* AA.VV. *Das Problem der Sprache*, Verlag, München, 1967, pp. 445-451; K. EINZ ILTING, *Über der Sprache der Naturrecht*, Ibidem, pp. 335-351; H. FARENAC, *Sprachanalyse und Ethik*, Ibidem, pp. 369-387; H. LUBBE, *Der Streit und Worte Sprache und Politik*, Ibidem, pp. 351-369; P. WINCH, *The Idea of social Science*, London 1958; C. STEVENSON, *Ethics and Language*, New Haven 1944, Tr. it. *Etica e linguaggio*, Milano 1962; H. ALBERT, *Ethik und Metaethik*, in « Archiv für Philosophie », II, 1961, pp. 28-36; P. LORENZON, *Normative Logic and Ethics*, Mannheim 1969; O. SCHWEMMER, *Philosophie der Praxis*, Frankfurt 1975; CH. PERELMAN, L. O. TYTECA, *Traité de l'argumentation*, Puf, Paris, 1958, Tr. it. Einaudi, Torino, 1966; cfr. in prospettiva più strettamente connessa con la filosofia della politica, D. PASINI, *I diritti nell'uomo*, Saggi di filosofia politico-giuridica, Napoli 1979, n. 191 e ssg.

quale non è più rintracciabile alcun centro in « ultima istanza » determinante la totalità delle strutture e dei sistemi sociali e ove paiono tramontate le grandi formazioni del senso, è allora più che mai necessario proseguire nella direzione indicata da W., che è quella di un instancabile lavoro di decodificazione e comprensione dell'intricata rete linguistica entro la quale dobbiamo quotidianamente muoverci.

In « una felice congiuntura di trapasso tra il momento più propriamente neopositivistico e quello più suggestivamente analitico » ⁽³⁾ il W, oltre che « custode dell'*import-export* tra filosofia e sociologia » ⁽⁴⁾ oltre che parametro della profondità problematica in quanto responsabile e cosciente della correlativa profondità della pena di chi col linguaggio vuole trascendere i confini della assolutizzazione ⁽⁵⁾ o superare il dilemma fideistico che attinge al dogma ⁽⁶⁾, o vivificare meritabili cristallizzazioni di specifici eventi storico-giuridici o socio-ideologici ipotizzando spiragli più che terminologici ⁽⁷⁾, si presenta quale propositore di lui apofatismo

⁽³⁾ I. MANCINI, *Negativismo giuridico*, I, Quattro Venti, Urbino, 1981, p. 111.

⁽⁴⁾ G. MOLteni MASTAI FERRETTI, *Stato etico e Dio laico*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 281.

⁽⁵⁾ Cfr. F. D'ACOSTINO, *Diritto e secolarizzazione*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 284.

⁽⁶⁾ Cfr. le sofferte pagine di P. BELLINI, *Libertà e dogma*, Il Mulino, Bologna, 1984.

⁽⁷⁾ Si fa qui riferimento a un recente grande momento della storia giuridica e linguistica addirittura della Chiesa cattolica che ha introdotto linguaggi inusitati nella codificazione delle norme, lasciando spazi vastissimi non solo al linguaggio « pastorale » e « morale » (quindi non « formale » e « tecnico ») del Concilio Vaticano secondo laddove si è acciata a promulgare il nuovo *Codex iuris canonici* 1983 (cfr. G. FELICIANI, *Le basi del diritto canonico*, Il Mulino, 1984). E si fa riferimento al recente testo dell'accordo tra Santa sede e Assemblea italiana del 18 febbraio 1984, in cui accanto alla normazione di antica impostazione terminologica, compaiono espressioni di valore extra-giuridico e proprie di una lingua che non era quella dei cultori del diritto ecclesiastico e che dice, ma ancor più non dice. E ciò non per attenuare la norma ma per adeguarla, anche pel tramite del linguaggio, alla realtà. (Cfr. le relazioni di F. MARGOTTA BROGLIO, C. MIRABELLI, P. CIPROTTI, A. CONSOLI, E. VITALI, S. BERLINGÒ, C. CASUSCELLI, C. CARDIA, S. FERRARI, al Convegno « Concordato e Costituzione, Parma 9-10 maggio 1984).

non sterilmente negativizzante e rinunciatario, ma positivamente aperto a dilatazioni di significato, uso e servizio quasi illimitato, proprio perché il « lavoro di W. consiste di due posti: quello che ho scritto e inoltre di tutto quello che *non* ho scritto »⁽⁸⁾.

2. È ormai un dato acquisito e ben presente alla coscienza filosofica contemporanea la straordinaria importanza assunta dalla riflessione sul linguaggio nel corso della storia del pensiero nel XX secolo. La filosofia del linguaggio pare infatti avere acquisito il rango e la centralità attribuita un tempo alla teoria della conoscenza.

In tal senso, la riflessione che intende svolgere una analisi intorno alla articolazione e struttura delle facoltà e dei processi cognitivi, non può esimersi dall'affrontare il problema del senso linguistico. Ciò comporta, ovviamente, che le aree epistemologiche specifiche ai due temi in questione non possano più apparire separate. Da ciò, la domanda su che cosa è come avviene che « qualcosa » sia conosciuto in quanto « qualcosa » è, ad un tempo e necessariamente, una domanda sulle condizioni di possibilità del senso linguistico.

Ma tale riduzione della distanza fra i due campi teorici in questione non è senza conseguenze. Essa, infatti, ha comportato una radicale ridefinizione delle interpretazioni più consolidate che gran parte della coscienza filosofica occidentale ha elaborato nel corso della sua lunga storia.

La ricerca in questione si è perciò posta il compito di enucleare alcuni elementi di tale processo di crisi e, ad un tempo, ridefinizione del nesso filosofia del linguaggio — filosofia della conoscenza, rintracciandoli in quella testimonianza teorica così

(8) L. WITTGENSTEIN, *Lettere a Ludwig von Ficker* (tr. it., Armando, Roma, 1974 p. 72).

decisiva per il nostro tempo costituita dall'opera di Ludwig Wittgenstein.

L'ipotesi guida di tale interpretazione è infatti rappresentata dalla convinzione che nell'opera di Wittgenstein siano raccolti e, in pari tempo, ridefiniti e superati gran parte dei risultati del pensiero filosofico sul conoscere e sul significare. Tale ipotesi non intende però limitarsi ad una prospettiva esclusivamente storiografica o filologica. E ciò in quanto quella complessa vicenda speculativa di raccoglimento e ridefinizione della tradizione filosofica, con la quale può essere solo sommariamente abbreviato il significato del pensiero di W., pare costituire un appello ed un impegnativo richiamo per le possibilità attuali e future del pensare.

La posizione esemplare occupata da W. nell'ambito della filosofia contemporanea è costituita dalla compresenza di due linee tematiche intrecciate che percorrono tutta la produzione del filosofo austriaco. Da un lato, come si è fatto cenno, nel pensiero di W. pare giungere a definitiva e drammatica maturazione la crisi di una intera tradizione di pensiero. Dall'altra, lo sforzo della riflessione wittgensteiniana è costantemente rivolto alla ricerca di una via d'uscita da tale crisi mediante un ripensamento « da zero » del significato dell'esperienza linguistica e conoscitiva dell'uomo.

La tradizione di pensiero di cui W. decreta l'obsolescenza e l'impraticabilità è, come è noto, quella facente capo all'idea di « fondazione ». In altri termini, è la « filosofia dei principi », il pensiero che tende a dare del « conoscere » e del « significare » una rappresentazione nei termini di legalità logico-formale, ad essere sottoposta alla minuziosa analisi critica di W. Secondo la prospettiva della « fondazione », il linguaggio può essere « ultimativamente » ridotto ai suoi fondamenti costitutivi, di esso si può allora dire *che cosa è e come funziona* secondo una schema di necessità e coerenza logico-sintattica. A questo si aggiunga che la

premessa di tale formalizzazione è sempre costituita dall'attribuzione al linguaggio di un specifico statuto ontologico e cioè la sua riduzione ad oggetto intramondano, lo stesso statuto che, in ultima analisi, compete ad ogni oggetto della « scienza ». Da ciò discende, in modo quasi necessario, la determinazione delle costanti e della coerenza logica che presiede alle funzioni ed agli usi « empirici » del linguaggio, ma che da tali funzioni ed usi non viene mai modificata.

Il modello di sapere che si è tradizionalmente posto il compito di tale lavoro di formalizzazione è la logica: disciplina, ad un tempo, propedeutica e fondatrice dei principi d'ogni possibile pensiero e linguaggio. Di fronte al « linguaggio ordinario », la logica si è costantemente impegnata a fissare le costanti ed i fondamenti che consentono qualcosa come la produzione del significato linguistico inteso come *valore di verità* di termini e proposizioni. La possibilità di significare qualcosa come qualcosa veniva così determinata da un repertorio imm modificabile di condizioni (designazione intesa come « naturale » corrispondenza tra termine ed oggetto, sintassi logica dei segni come struttura delle combinazioni e dei rapporti tra i segni linguistici indipendente ed a priori rispetto ad ogni contesto pratico-operativo) e nella « attemporalità » e « naturalità » del significato.

Il pensiero di W. si è così posto di fronte a tale tradizione, alla quale per molti aspetti egli stesso apparteneva, da un punto di vista irriducibilmente critico. Per il nostro scopo è necessario richiamare il fatto che il superamento di tale tradizione avviene (e forse si mantiene in tale fisionomia nel corso dell'intero sviluppo del pensiero di W.) essenzialmente come un radicale spostamento del piano problematico. Il piano problematico è qui inteso nel senso dello statuto ontologico che il pensiero conferisce all'oggetto della propria interrogazione. Di conseguenza, lo spostamento operato da W. consiste nell'abbandono dell'ipotesi secondo la quale il linguaggio è un oggetto di cui si possano, come per ogni altro oggetto, definire e circoscrivere le determinazioni e, di con-

tro, l'assunzione del problema del linguaggio come *problema trascendentale*.

È in altri termini, l'abbandono della pretesa di occupare un luogo esterno e privilegiato dal quale poter dire definitivamente ciò che il linguaggio è nelle sue modalità e strutture più costitutive.

Ed è ancora il senso dell'impossibilità di una definizione o formalizzazione definitiva del significato che collega le due fasi in cui si articola e per molti aspetti, si oppone internamente il pensiero del filosofo austriaco. Anche nel *Tractatus*, ove ogni esperienza significativa era caratterizzata come « già sempre » circoscritta e determinata dal modello della raffigurazione segno-cosa e, a livello dell'enunciazione, dalla specularità della relazione proposizione-stato di cose, Wittgenstein vietava alla logica una possibile definizione di tale modello. Esso non poteva essere « detto », ché era pur sempre la condizione che consente ogni « dire ».

Ma il senso dell'indefinibilità del linguaggio si mantiene e forse si rafforza anche attraverso la rottura con la complessa e così rarefatta ipotesi del *Tractatus*. Nella seconda fase del pensiero di W. è ancora una volta la perfettibilità dei linguaggi logici e la pretesa della completezza e definitività dell'analisi filosofica ad essere poste costantemente in questione. E ciò in quanto, alla elaborazione di un modello sia pure trascendentale, ma pur sempre univoco in base al quale fissare le condizioni e tracciare i limiti del significare, così come esso era meditato nel *tractatus*, W. sostituisce una tecnica della comprensione del linguaggio considerato dal punto di vista della sua *operatività*, ossia come ciò che è, ad un tempo, oggettivazione e condizione di possibilità d'ogni forma di vita umana. Questo radicale spostamento di piano mette implicitamente fuori gioco ogni tentativo logico-filosofico di costruire linguaggi ideali o rappresentazioni definitive dell'esperienza del significare. Infatti: anche qualora fosse possibile una formalizzazione del linguaggio significativo (sia come estrapo-

lazione dal linguaggio ordinario delle sue condizioni logico-sintattiche, sia nella forma della costruzione di un linguaggio ideale dal quale tutti i linguaggi reali o possibili debbano mutuare la struttura e la coerenza), tale formalizzazione dovrebbe pur sempre essere comunicata nel medium del linguaggio di volta in volta storicamente « dato ». In altri termini, è il linguaggio di volta in volta « dato » e tuttavia sempre custodente in sé la possibilità del trascendimento della datità, ad imporsi come quell'orizzonte trascendentale del senso nel quale devono sempre essere tradotti e comunicati tutti i « metalinguaggi » che la logica e la filosofia hanno elaborato per « spiegare » che cosa è il linguaggio.

Ma lo spostamento di piano di cui si è fatto cenno non si stabilizzerà in una serie di soluzioni univoche, bensì continuerà a spostarsi esso stesso in concomitanza con il senso di continua problematicità ed il bisogno di costante autocorrezione che assume per W. il problema della comprensione del linguaggio secondo una prospettiva trascendentale. Nostra intenzione è, come già anticipato, quella di esaminare secondo quali presupposti e attraverso quale percorso W. giunga ad una comprensione del linguaggio secondo tale prospettiva ossia come ricerca delle condizioni di possibilità della significazione superando l'ipotesi del formalismo logico nelle sue versioni *essenzialiste* e *realiste*.

Per questo, si è preso in esame come *Ueber Gewissheit* ⁽⁹⁾, ultimo lavoro di W. nel quale, sulla scorta delle posizioni guadagnate nelle opere del cosiddetto secondo periodo, si manifesta uno sviluppo ed un arricchimento della prospettiva trascendentale che aveva costituito, sin dalla lezione del *Tractatus*, la via d'accesso al superamento del formalismo e la condizione per una ridefinizione « da zero » della riflessione filosofica sul linguaggio.

Ed è ancora con queste ultime note di W. che, a nostro parere, si manifesta la convergenza tra l'ipotesi trascendentale ed un'in-

(⁹) L. WITTGENSTEIN, *Ueber Gewissheit, On Certainty*, Oxford 1969, (tr. it. *Della Certezza*, Einaudi, Torino 1978).

interpretazione delle relazioni tra linguaggio e conoscenza che, solo provvisoriamente, potremmo caratterizzare come pragmatico-antropologica.

In tal senso, richiamiamo il pensiero di K. O. Apel che ci pare abbia chiaramente colto il valore di questo complesso itinerario teorico che, per molti aspetti, trascende il piano della riflessione wittgensteiniana per imporsi come un esito estremamente significativo per l'intera filosofica contemporanea: « Dall'ultimo Platone, attraverso Aristotele, la Stoa, la Scolastica e Leibniz sino al primo Wittgenstein ed allo stesso Husserl delle *Ricerche Logiche*, la filosofia predominante aveva inteso il problema significazionale del linguaggio in base alla logica, detto altrimenti, in base alla funzione istituzionale, operante nel linguaggio, dell'idealità metatemporale del significato. Nel pragmatismo dell'ultimo Wittgenstein e nella fase tardiva della fenomenologica che per tanto fa suo il motivo delle filosofie della vita e dell'esistenza, avviene che dei logici sollevino il problema del significato [...] in base al costituirsi del senso nel quadro dell'originario mondo vitale e dei suoi giochi linguistici »⁽¹⁰⁾.

L'identificazione delle principali linee tematiche presenti ed operanti in *Ueber Gewissheit* ci condurrà, di necessità a ripercorrere brevemente i presupposti elaborati da W. tra gli anni trenta e quaranta; presupposti che formano l'apparato categoriale ed il metodo che consente al filosofo austriaco la critica ed il superamento d'ogni formalismo, compreso quel formalismo trascendentale che costituiva la prospettiva centrale del *Tractatus*. Saremmo

(10) K. O. APEL, *Die Idee der Sprache in der Tradition des Humanismus von Dante bis Vico*, Bonn 1963, pp. 84-85 (tr. it. *L'idea di lingua nella tradizione dell'umanismo da Dante a Vico*, Il Mulino, Bologna 1975, pp. 65-66).

Su di una linea interpretativa molto simile a quella svolta da Apel, cfr. il lavoro di J. BOUVERESSE, *La Parole Malheureuse. De l'Alchimie linguistique à la Grammaire philosophique*, Paris 1971 e T. DE MAURO, *Introduzione alla semantica*, Laterza, Bari 1970.

cioè condotti a rintracciare il quadro interpretativo che pone fuori gioco le grandi basi del formalismo e cioè la critica del significato come *designazione* e l'abbandono dell'ipotesi del *solipsismo metodico*.

3. *Ueber Gewissheit*: l'ultimo lavoro di Wittgenstein è, per molti aspetti, una prosecuzione ed uno sviluppo della prospettiva aperta dal filosofo austriaco a partire dalle *Ricerche filosofiche*.

Lo spunto tematico del testo è apertamente critico. Esso è infatti per lunghi tratti una discussione ragionata, una scomposizione minuziosa e serrata di alcuni tra i motivi centrali del pensiero di G. E. Moore. E tuttavia il valore di questo testo non si esaurisce nella critica, ch   esso manifesta la configurazione di una serie di notevoli guadagni tematici che trascendono nettamente il piano della contrapposizione al filosofo inglese.

G. E. Moore aveva esposto in alcuni noti saggi (raccolti poi nelle *Philosophical Papers*) ⁽¹⁾ una riflessione sul censo comune i cui motivi di fondo esercitarono in seguito grande influenza sulla filosofia analitica anglosassone. Perno del discorso di Moore    che nel linguaggio ordinario, che specifica la « visione del senso comune »,    custodito il criterio generale della significanza del linguaggio. Da ci  , per comprendere l'origine ed evitare i fraintendimenti dello « scorretto » uso del linguaggio che spesso vizia la filosofia e, in particolare la metafisica,    sempre necessario rifarsi all'ordine significante depositato nella « visione del senso comune ».

Tale procedimento della riduzione al linguaggio ordinario era configurato negli intendimenti di Moore come una sorta di pratica

⁽¹⁾ G. E. MOORE, *Defence of Common Sense*, in « Contemporary British Philosophy » London 1924 pp. 139 e segg.; *Proof of an External World*, in « Proceedings of the British Academy », XXV, 1939, pp. 273-300. Questi ed altri Saggi sono stati poi raccolti in « *Philosophical Papers* », London 1959 (tr. it. *Saggi filosofici*, Milano 1970).

terapeutica nei confronti d'ogni deviazione linguistica. Contro l'idealismo della scuola di Oxford, Moore si propone di mettere a punto un criterio assolutamente affidabile per identificare la condizione generale della significanza di termini e proposizioni. Tale condizione risiede, come accennato, nel repertorio delle proposizioni che costituiscono la trama del linguaggio ordinario, in quanto proposizioni denotative ⁽¹²⁾. Per demistificare le affermazioni dell'idealismo sull'inesistenza del « mondo esterno », Moore si impegna così a mostrare come il nostro linguaggio più quotidiano, in quanto linguaggio sempre intenzionato a significare qualcosa implica, logicamente e materialmente, l'esistenza di un « mondo esterno ».

Per giustificare i titoli conferiti al linguaggio ordinario, Moore riprende un leitmotiv consueto alla tradizione del formalismo logico e cioè l'identificazione delle condizioni della significanza con il « criterio di verità » di termini e proposizioni. Se le proposizioni che costituiscono il patrimonio inalienabile della visione del senso comune costituiscono, ad un tempo, il paradigma della significanza in quanto denotazione, era necessario indicare un procedimento per identificare il valore di verità della denotazione medesima. È questo il tema del saggio « *Sulla Certezza* » nel quale Moore avanza la tesi secondo la quale, criterio ultimo per evidenziare la verità delle proposizioni del linguaggio ordinario, è la corrispondenza tra termini costituenti le proposizioni in questione ed gli oggetti da essi denotati. Elemento di mediazione e « criterio d'evidenza » della corrispondenza tra linguaggio e Mondo è la *sensazione* a cui è attribuito il compito di « provare »

(12) Dice Moore: « I tratti della visione del senso comune [...] hanno tutti la peculiare proprietà di essere tali che, se noi sappiamo che essi sono tratti della visione del senso comune da ciò segue che essi sono veri » G. E. MOORE, *op. cit.* (*tr. cit.* p. 35.

l'esistenza di oggetti « logicamente e materialmente » indipendenti da fatti linguistici, come dice Moore « mentali » ⁽¹³⁾. In tal senso, la certezza che accompagna le proposizioni della visione del senso comune può essere giustificata da un procedimento ostensivo tramite il quale « far vedere » i termini referenziali intenzionati dalle proposizioni ⁽¹⁴⁾.

In base a questa breve ripresa dell'analisi filosofica del senso comune, cerchiamo ora di enuclearne i presupposti che ne guidano lo svolgimento. Da un lato Moore insiste nella tesi secondo la quale il linguaggio ordinario sarebbe una sorta di metalinguaggio nel quale è depositata la verità del dire come verità della denotazione. Dall'altro, tale criterio della verità riposa nella possibilità dell'ostensione sensibile dell'oggetto intenzionato da termini e proposizioni. Anche qualora si volesse mettere in dubbio quel repertorio di proposizioni elementari, ci si potrebbe sempre rifare al dettato della sensazione che consente di ostentare un oggetto realmente esistente e, ad un tempo, di confermare la verità di termini e proposizioni concernenti la realtà di tale « Mondo esterno ». Tuttavia, questa elementare procedura della verifica rivela dei limiti insuperabili. Essa infatti, ed è lo stesso Moore a riconoscerlo, non può sottoporre a verifica la totalità delle proposizioni ordinarie. Molte di esse sfuggono alla procedura dell'ostensione sensibile: « Noi ci troviamo tutti io credo, in questa strana situazione: sappiamo di fatto molte cose, riguardo alle quali sappiamo anche che dobbiamo aver avuto qualche prova

⁽¹³⁾ « ... E ancora: c'è sempre un dato sensoriale intorno a cui verte la proposizione in questione (ossia qualche dato sensoriale che è un soggetto e, in un certo senso, il soggetto principale o fondamentale della proposizione in questione) e che, ciò non ostante, quello che veramente riconosco o stimo per vero di codesto dato sensoriale non è in generale il fatto che esso dato sensoriale, sia esso stesso una mano, un cane o il sole o quel che sia a seconda dei casi » (*Ibidem* p. 46).

⁽¹⁴⁾ « È infatti ovvio, io credo, che una cosa non può essere certa a meno che sia conosciuta: questo è proprio il tratto che distingue il termine certo dall'uso del termine vero: una cosa che nessuno conosce può ben essere vera, ma non può in nessun modo essere certa » *Ibidem*, p. 263.

evidente della loro verità, ma non sappiamo come siamo venuti a saperle, cioè non riusciamo ad individuare la prova originaria della loro verità. Se ce n'è una e noi sappiamo che c'è, le cose devono andare proprio così, perché la nozione del noi è proprio un esempio di queste verità immediate » (¹⁵). Come posso avanzare una prova d'ordine empirico del fatto che « il mondo esisteva molto tempo prima della mia nascita? » E ancora: come posso verificare tramite un procedimento semplicemente ostensivo l'esistenza passata e presente di Altri? Per tale tipo di proposizioni non si dà quindi alcuna possibilità di conferma « sensibile », non possiamo cioè risalire sino ad una prova originaria ed inconfutabile della loro verità. Esse sono lì, come la nostra vita, ci sono date ed occupano un luogo che le pone al riparo dal dubbio e dalla conferma.

A ben vedere, la riflessione di Moore si svolge e presuppone l'ordine epistemologico della fondazione cognitiva del modello generale della verità del significare. Anche la « Difesa del senso comune » e la « Prova dell'esistenza del Mondo esterno » non possono essere immediatamente assimilate alla tradizione dell'analisi logica del linguaggio, tuttavia l'intenzione che muove la ricerca di Moore pare la stessa del logicismo e cioè giustificare i titoli di legittimità di un « linguaggio perfetto » fondato sul modello della denotazione e cioè sulla « corrispondenza » tra fatti linguistici (termini e proposizioni) e realtà (Mondo esterno) identificando in tale modello il criterio ed il limite del significare in quanto tale.

4. « Il mio modo di filosofare è anche per me sempre nuovo ogni volta ed è per questo che devo così spesso ripetermi. Un'altra generazione, cui sarà entrato nel sangue, troverà noiose queste

(¹⁵) *Ibidem*, p. 35.

ripetizioni. Per me sono necessarie. Questo metodo consiste, essenzialmente, nel passaggio dalla domanda sulla verità a quella sul significato » (¹⁶).

Questo « pensiero » del 1929 indica con precisione la costante tensione interpretativa della ricerca di Wittgenstein sulla natura del linguaggio. Il « passaggio » dalla domanda sulla verità e quella sul significato costituisce, in effetti, quello spostamento del piano problematico che consente a W. il superamento del formalismo verso una « comprensione » dei fenomeni linguistici intesi come un che di trascendentale. Da tale premessa consegue necessariamente che, prima di enucleare ciò che rende vera o falsa una proposizione, è necessario fissare a quali condizioni si può asserire qualcosa in quanto qualcosa, ossia la produzione di un senso.

Questa fondamentale traslazione della domanda da porre al linguaggio consente inoltre a W. la sintesi, (che nel *Tractatus* costituiva una vera e propria identità) tra linguaggio e pensiero considerati dal punto di vista della ricerca delle condizioni di possibilità della significanza (¹⁷). È noto che tale « traslazione » si

(¹⁶) L. WITTGENSTEIN, *Vermischte Bemerkungen*, a cura di H. von Wright, Suhrkamp, Frankfurt, 1977, (tr. it. *Pensieri diversi*, Adelphi, Milano 1980, p. 15).

(¹⁷) « Il classico problema di trovare le condizioni ed i limiti del pensiero e quindi della conoscenza, diventa ora il problema di trovare le condizioni ed i limiti del dire e, con ciò, anche una determinazione di ciò che si può dire. Una ricerca sulla struttura logica del pensiero, una ricerca sulla conoscenza, si riporta ad una ricerca sulla struttura logica del linguaggio. Wittgenstein può quindi sostenere che i limiti del linguaggio ed i limiti del mondo coincidono. Il limite del linguaggio (cioè il suo limite logico) è il limite di ciò che può essere detto e pensato e quindi è il limite dell'esistenza » J. HARTNACK, *Wittgenstein og den moderne filosofi*, Stuttgart, 1960, (tr. it. *W. e la filosofia moderna*, Milano 1967, p. 44). Così dice W. in un pensiero del 1916: « Adesso viene in chiaro perché io pensassi che pensare e parlare fossero lo stesso. Il pensare infatti è una specie di linguaggio. Che il pensiero è naturalmente anche un'immagine logica della proposizione e pertanto una specie di proposizione » 12 settembre 1916. E sempre sullo stesso argomento, nel *Tractatus*: Prop. 31. « Nella proposizione il pensiero si esprime sensibilmente ». Prop. 3.2. « Nella proposizione il pensiero può essere espresso così che agli oggetti del pensiero corrispondono elementi proposizionali » L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, *Notes books, 1914-16*, Oxford 1961, tr. it. *Tractatus e Quaderni 1914-16*, Einaudi, Torino 1968, 1980.III ed.).

specificò inizialmente nella teoria della raffigurazione, come paradigma trascendentale della significazione linguistica e limite della logica. Tale paradigma imponeva che, prima di istituire un criterio generale relativo al valore di verità di una proposizione, si dovesse già sempre possedere un criterio generale del significato, come possibilità della raffigurazione di un « dato » (stato di cose) da parte di un fatto linguistico (proposizione) i cui costituenti fondamentali (i termini) rinviano sempre ad un che di determinato (gli oggetti). Senza presupporre il paradigma della significazione non potremmo quindi stabilire a quali condizioni una proposizione è vera o falsa ⁽¹⁸⁾.

Di tale paradigma non è però possibile alcuna rappresentazione indipendente da ciò che esso consente di rappresentare, ch  il procedimento di tale rappresentazione dovrebbe pur sempre impegnare quel paradigma che, cos , si sottrae a qualsivoglia oggettivazione. In tal senso la logica   trascendentale.

Ma la logica resta un che di trascendentale anche nel corso dell'abbandono da parte di W. della teoria della raffigurazione in direzione di una diversa interpretazione del linguaggio. In breve l'abbandono della teoria della raffigurazione presuppone che non si possa pi  indicare un modello generale del significare. Il paradigma della raffigurazione si dissolve cos  in una pluralit  di pratiche significanti (*Sprachspiel*) ad un tempo, prodotti e condizioni d'ogni sorta d'esperienza umana. Da ci , la ricerca di una forma generale o di una serie di principi e costanti logiche non potrebbe pervenire ad una definizione ultimativa del linguaggio, ch  definire  , come comandare, descrivere, chiamare, obbedire, rispondere, anch'esso un gioco con regole, una pratica significante

(18) Per ci  che concerne il motivo dell'intenzione criticista del *Tractatus* e, pi  in generale, della cosiddetta prima fase del pensiero di W., cfr. l'esauriente e rigorosa analisi di E. S ENIUS, *Wittgenstein's Tractatus. A critical Exposition of Its Main Lines of Thought*, Oxford 1960.

già sempre compresa in ciò che essa dovrebbe oggettivare e definire ⁽¹⁹⁾.

Il nuovo punto di vista elaborato a partire dagli anni 1929-35 e svolto distesamente nelle *Philosophische Untersuchungen* viene quindi impegnato e sviluppato in *Ueber Gewissheit* per confutare le posizioni di Moore e, più in generale, ogni forma di realismo ed empirismo « ingenuo ». Secondo W., Moore non ha affatto compreso il senso delle determinazioni conferite al senso comune. Volendo sottoporre il linguaggio ordinario ad una « spiegazione », nel senso di una procedura cognitiva che attesti il valore di verità della proposizione, in realtà Moore ha « costretto » il linguaggio d'uso comune in una sorta di « esperimento » filosofico il cui esito è il completo fraintendimento del problema in questione.

« Ora, nella mia vita mi accerto di sapere che qui c'è una mano? » ⁽²⁰⁾ Ossia, ha veramente senso, come pretende Moore, mettere in dubbio le proposizioni più elementari del linguaggio ordinario per sottoporle ad una giustificazione di tipo cognitivo? Non è proprio quel genere di dubbio avanzato da Moore a comportare un radicale fraintendimento del linguaggio che invece si vorrebbe comprendere? Ciò che W. contesta è, in altri termini, il

(¹⁹) L'idea che sia la sintassi delle regole d'uso e non più e non più esclusivamente il paradigma della raffigurazione a costituire l'ordine ed il limite trascendentale della significanza si definisce nel pensiero di W. tra gli anni 1929-35. Così afferma W. durante uno dei numerosi colloqui con i membri del Wiener Kreis, colloqui raccolti ed ordinati da F. WAISMANN: « La proposizione non è un segno per uno stato di cose. La proposizione può anche descrivere stati di cose pensati perciò non ne è un nome. La sintassi è la totalità delle regole che indicano quand'è che un segno ha un significato: essa non descrive niente, ma delimita l'ambito di ciò che può essere descritto [...] La comprensione linguistica presuppone la conoscenza del significato e della sintassi dei segni. Essere insensato vuol dire essere asintattico. La filosofia è la chiarificazione della sintassi del linguaggio, essa dà la comprensione di proposizioni » (F. WAISMANN, *Wittgenstein und die Wiener Kreis*, Oxford 1967, tr. it. *W. e il Circolo di Vienna*, La Nuova Italia, Firenze 1967, p. 207).

(²⁰) *Ueber Gewissheit*, *On Certainty*, op. cit. p. 3, tr. cit. p. 5. D'ora in poi U. G. con l'indicazione relativa alla sezione cui si riferisce la citazione.

procedimento della sospensione del significato delle proposizioni in questione al fine di mostrarne la corrispondenza con i dati, con gli « oggetti » del Mondo e quindi fondarne il valore di verità. Se tale procedimento viene valutato attentamente esso si mostra come una vera e propria assurdità filosofica: « Se volessi mettere in dubbio che questa è la mia mano, come potrei fare a meno di dubitare che la parola mano abbia un qualsiasi significato? Sembra dunque che questo io lo sappia di sicuro » (U.G. Sez. 369). Più in particolare, l'assurdità dell'« esperimento » di Moore è dato dalla simultanea posizione da un lato di un soggetto linguistico che, per confermare la verità di termini e proposizioni viene artificialmente privato d'ogni pre-comprensione dei fatti in quanto fatti e, dall'altro, di un oggetto senza nome al quale, solo dopo che ha avuto luogo l'intervento della sensazione (*sense datum*), viene ri-attribuito un significato.

« Chi non è certo di nessun dato di fatto, non può neanche essere sicuro delle sue parole » (U.G. Sez. 114). In altri termini, la sospensione del significato risulta sempre problematica, soprattutto se essa viene a dipendere da quel dispositivo della certezza che è l'esperienza sensibile, in quanto in ogni esperienza sensibile è già sempre e comunque investita una precomprensione, un repertorio di significati che guidano l'esperienza medesima. Ogni apprensione sensibile, anche la più elementare è « carica di teoria ». « Può darsi, per esempio che tutta quanta la nostra ricerca sia orientata in modo che certe proposizioni, ammesso che vengano mai formulate, stanno al riparo da ogni dubbio. Stanno fuori della strada lungo la quale procede la ricerca » (U.G. Sez. 88).

Queste « certe proposizioni », sono come « la roccia dura » del significare. Porle in questione (e soprattutto al modo in cui le pone in questione la riflessione di Moore) equivarrebbe a porre in questione il senso di tutto il nostro linguaggio. Quando parliamo, scriviamo, ascoltiamo, quando facciamo un'esperienza significativa siamo cioè già sempre a mai oltre quella serie di costanti di senso (l'avere un corpo, l'esistenza d'Altri, la nostra appartenenza alla

Terra) che costituiscono l'orizzonte della possibilità di tutte le proposizioni: « Le proposizioni che per me sono incontestabili non le imparo esplicitamente. Posso forse trovarle in seguito, così come si trova l'asse di rotazione di un corpo rotante. Quest'asse non è stabile nel senso che sia mantenuto stabile, ma nel senso che è il movimento attorno ad esso a determinare l'immobilità » (U.G. Sez. 108).

5. Il secondo presupposto che guida l'«esperimento» di Moore e, oltre Moore, gran parte della tradizione logico-formulista è dato dalla determinazione del termine di riferimento in base al quale formalizzare la verifica del valore di verità delle proposizioni. Secondo Moore, il termine di riferimento che attesta il vero ed il falso è costituito dall'esistenza degli oggetti che formano il « Mondo esterno ». Anche in questo caso, il rovesciamento operato da W. non potrebbe essere più radicale. W., infatti sostiene che non v'è uno ed un solo procedimento per la verifica delle proposizioni: « Che cosa debba essere considerato come controllo sufficiente di un enunciato appartiene alla logica. Appartiene alla descrizione del gioco linguistico » (U.G. Sez. 82). Ogni gioco, ogni pratica significativa comporta un controllo ad essa specifico. Al contrario, ciò che Moore intende per verifica dipende dal privilegiamento della denotazione come forma generale della proposizione e quindi come paradigma del parlar vero: « Con la verità del mio enunciato si controlla la mia comprensione di quest'enunciato » (U.G. Sez. 80). In tal senso, la verità non può essere considerata come ciò a cui è finalizzata la verifica, e cioè come gioco delle corrispondenze tra nomi ed oggetti. Verificare un enunciato significa, per W., rilevare il darsi o il non darsi della comprensione dell'enunciato e degli elementi linguistici che lo costituiscono, ossia dal grado di consapevolezza pratico-linguistica che consente di « operare » con quel determinato enunciato.

E ancora: date queste premesse, il termine di riferimento di una verifica non può più essere dato dal « modello oggettuale » ⁽²¹⁾, bensì da un sistema di significati, ossia dal « Mondo » inteso come l'articolazione degli orizzonti di senso e di pratiche linguistiche a partire dal quale qualcosa (sia esso un ente, un'esperienza intersoggettiva o soggettiva) è compreso in quanto qualcosa.

« Tutti i controlli, tutte le conferme e le confutazioni hanno luogo già all'interno di un sistema. E precisamente questo sistema non è un punto di partenza più o meno arbitrario e più o meno dubbio di tutte le nostre argomentazioni, ma appartiene all'essenza di ciò che noi chiamiamo argomentazione. Il sistema non è tanto il punto di partenza, quanto piuttosto l'elemento vitale dell'argomentazione » (U.G. Sez. 105).

Il Mondo, secondo W., non può essere inteso al modo di un sistema, di un agglomerato di enti semplicemente presenti, ma come « sistema del sapere » e delle relazioni praticol-linguistiche tra gli uomini all'interno del quale soltanto gli enti possiedono un senso determinato. Il Mondo è perciò qualcosa che « viene prima » dei singoli enti, in quanto limite mobile entro il quale qualcosa può essere tematizzato in quanto qualcosa.

(21) Per « modello oggettuale » si fa qui riferimento a quella procedura della verifica del valore di verità delle proposizioni che — storicamente — è sempre dipesa dalla formalizzazione del linguaggio secondo il modello della denotazione, ossia secondo le regole della corrispondenza nome-oggetto. Tale paradigma epistemologico, la cui fortuna coincide con gran parte della storia della filosofia della conoscenza, presuppone una visione; per così dire « disincarnata » di ciò che viene determinato come oggetto ed a cui ogni termine e proposizione deve « corrispondere » perché possa aspirare ai titoli della verità. Tali oggetti sono cioè privati della costituzione di senso al di fuori della quale non potrebbero essere neppure denotati come oggetti. In tal senso afferma A. GARGANI, nella sua introduzione alla traduzione italiana dell'ultima opera di W. « Quella nozione di senso comune alla quale una lunga tradizione scientifico-filosofica ha accordato un repertorio di certezze e di evidenze immediate è l'erede del proiezione mitologica, di uno stato di natura di una età dell'oro della conoscenza. Essa corrisponde all'idea di una conoscenza acquisita senza lavoro, al difuori di processi costruttivi, di prove, tentativi ed errori », A. GARGANI, *op. cit.*, p. XXX.

Si è definita « mobile » la struttura di tale sistema ch  alcune parti di esso permangono come una sorta di sostegno, come un « asse di rotazione » intorno al quale altre parti si muovono e si modificano con ritmi differenti nello spazio e nel tempo. Tutto ci , e in particolare la priorit  del Mondo sulla semplice presenza degli enti, si manifesta con evidenza qualora ci si soffermi ad osservare le modalit  ed i processi tipici dell'apprendimento infantile. Un bambino, dice W., non apprende esclusivamente tramite esperienze di tipo cognitivo, ossia non impara ad orientarsi ed a padroneggiare l'ambiente circostante contemplando oggetti. In moltissimi casi apprendere equivale a « fidarsi », aderire alla visione del Mondo mediata e trasmessa dal gruppo familiare e culturale al quale il bambino appartiene: « Il bambino impara a credere ad un mucchio di cose. Cio  impara, per esempio, ad agire secondo questa credenza. Poco alla volta, con quello che crede, si forma un sistema e, in quanto sistema, alcune cose sono ferme ed incrollabili, altre sono pi  o meno mobili. Quello che   stabile non   stabile perch  sia in s  chiaro e distinto, ma perch    mantenuto tale da ci  che gli sta intorno » (U.G. Sez. 144).

La stabilit  del sistema   data da quelle costanti di senso (che potremmo iniziare a caratterizzare come trascendentali) che non possono mai essere poste in questione in quanto restano le condizioni medesime dell'insorgenza di qualcosa come il dubitare.  , in altri termini, ci  che in ogni esperienza significativa ci   dato come quella relazione di condizioni non tematizzate e tuttavia ineludibili, nel rendere possibile l'esperienza medesima. L'essere nel mondo, come quella condizione in cui ci si trova gi  sempre in una pluralit  di relazioni agli enti, l'intersoggettivit  e cio  il mantenersi entro una serie di rapporti pratico-linguistici con Altri che si trasformano e si arricchiscono in concomitanza con i processi, i modi dell'apprendimento e della formazione della persona, la costituzione e la regolazione di ogni giudizio, d'ogni asserzione in base ad una interpretazione del Mondo data valevole con

diverse modalità e gradi di legittimazione e di consenso : tutto ciò costituisce quella stabilità relativa, quell'orizzonte trascendentale impegnato in ogni uso del linguaggio e presupposto ad ogni proposizione che rivendica un significato. Da ciò, neppure la certezza con la quale affermiamo o con cui ci affidiamo a certi significati può essere riguardata come un fatto esclusivamente cognitivo : « Che noi siamo perfettamente sicuri di questa cosa, non vuol dire soltanto che ogni individuo è sicuro di quella cosa, ma che apparteniamo ad una comunità che è tenuta assieme dalla scienza e dall'« educazione (U.G. Sez. 298). La certezza è quindi risposta nelle forme di vita delle quali le pratiche linguistiche (i giochi) costituiscono il tessuto significante. In tal senso, la verifica della verità delle proposizioni deve essere sostituita dalla descrizione del loro significato e cioè dalla ricerca dei modi della comprensione e della funzione che un determinato enunciato o un genere di discorso assolve entro una forma di vita : « Dicendo ; — Naturalmente so che questo è un asciugamano —, faccio una dichiarazione. Non penso di verificarla. Per me si tratta di una dichiarazione immediata. Non penso al passato o al futuro. È esattamente come afferrare immediatamente una certa cosa, come afferro l'asciugamento senza esitare. Ma questo afferrare immediato corrisponde certo ad una sicurezza, non ad un sapere. Ma non afferro anche così il nome di una cosa? » (U.G. Sez. 510). Il comprendere una proposizione è quindi simile all'operare con un oggetto del quale, prima ancora dell'uso concreto che di esso facciamo, sappiamo il posto che occupa e la funzione che assolve all'interno delle esperienze e delle forme di vita di cui è intessuta e costituita l'esistenza.

Il nesso tra la totalità mobile delle forme di vita e degli orizzonti di senso che le costituiscono forma così il Mondo, la categoria trascendentale che media ed a partire dalla quale si organizzano e si trasformano tutte le manifestazioni linguistiche. Certezza e dubbio non riguardano più esperienze cognitive « isolate », bensì manifestano il nostro affidamento o non affidamento

ad alcune « parti » del Mondo : « Ma la mia immagine del Mondo non ce l'ho perché ho convinto me stesso della sua correttezza e neanche perché sono convinto della sua correttezza. È lo sfondo che mi è stato tramandato, sul quale distingo tra vero e falso » (U.G. Sez. 94).

Questa categoria dell'immagine del Mondo (*Weltbild*) costituisce, a nostro parere, il guadagno centrale di *Ueber Gewissheit*; essa infatti assolve la preziosa funzione di termine di riferimento trascendentale di quel sistema articolato e polimorfo d'usi e contesti linguistici che W. definisce con l'immagine del gioco. In tal senso, ogni nuova costituzione ed ogni tramontare di un fatto linguistico avviene sullo sfondo del Mondo di cui ogni fatto, ogni pratica linguistica costituisce come una tessera : « Le proposizioni che descrivono questa immagine del mondo potrebbero appartenere ad una specie di mitologia. E la loro funzione è simile alla funzione delle regole del gioco, e il gioco si può imparare in modo puramente pratico, senza bisogno di imparare regole esplicite » (U.G. Sez. 95).

La categoria di Mondo è inoltre e soprattutto ciò che consente a W. un nuovo e decisivo messa a punto del problema del linguaggio secondo quella che è stata indicata come prospettiva trascendentale. Ciò che è dato in funzione trascendentale non è un sistema di condizioni di carattere logico custodite *ab aeterno* nell'« intelletto » di ogni singolo locutore o impersonate da un soggetto trascendentale in base al quale ogni soggetto empirico regola le proprie prestazioni logico-linguistiche. Ciò che è investito in e implicato da ogni esperienza è il Mondo come l'articolazione degli orizzonti di senso che costituiscono ed orientano ogni esperienza. In base a questo, si noti la rilevante oggettiva convergenza tra questo decisivo guadagno interpretativo di W. ad uno tra i cardini dell'analitica esistenziale svolta da Heidegger in *Sein und Zeit*. La categoria che nel pensiero di W. ha il nome di Mondo, è qui costituita dal « Man », dallo « stato interpretativo

pubblico », ossia da quella mediazione trascendentale d'ogni esperienza, « presso la quale per lo più » il locutore si trova e da cui i suoi enunciati sono « già sempre » costituiti: « La situazione interpretativa stabilita dalla chiacchiera è già sempre profondamente radicata nell'esserci. Molte cose impariamo a conoscere a questo modo e non poche restano per sempre tali. L'Esserci non può mai sottrarsi a questo stato interpretativo quotidiano nel quale è cresciuto. In esso da esso e contro di esso ha luogo ogni comunicazione, ogni riscoprimiento ed ogni nuova appropriazione [...] Il Si prescrive la situazione emotiva, esso stabilisce che cosa si vede e come si vedono le cose » (²²).

6. Come si è già cercato di sottolineare, la categoria di Mondo resta solo parzialmente intelleggibile se essa non è associata a quella del sapere. È il sapere, infatti, a mostrare nella sua concretezza e determinatezza l'articolazione di quel sistema di significati che costituisce l'orizzonte di ciò che ha senso. Il Mondo è anche e soprattutto un sistema del sapere.

Ma il sapere, per Wittgenstein, non si riduce alla conoscenza « classicamente » intesa, ossia a quell'insieme di denotazioni che possono essere dichiarate vere o false. Il sapere non coincide senza residui con il « discorso apofantico ». Per questo, avverte W., e cioè per comprendere l'amplissima area referenziale del termine è necessario interrogare la grammatica « normale » del nostro linguaggio: « Io so . . . si dice quando si è pronti a dare ragioni cogenti. Io so . . . si riferisce ad una possibilità di provare la verità. Se un tizio sappia qualcosa può mostrarsi, posto che quello ne sia convinto. Se però quello che crede è di una specie tale che le ragioni che può darne non sono più sicure della sua

(²²) M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, Tübingen 1927, (tr. it. *Essere e Tempo*, Milano 1970, p. 214).

asserzione, allora non può dire di sapere quello che crede » (U.G. Sez. 243). Solo una specifica modalità dell'uso grammaticale e pratico del termine rimanda alla possibilità di ostentare ragioni « empiriche » di ciò che si afferma e che si sostiene di sapere. Posso, ad esempio, dire di sapere che cosa c'è nella mia stanza e posso provarlo. Tuttavia, i termini che uso per descrivere non posso dire di saperli allo stesso modo. I termini, infatti, mi sono stati trasmessi da una tradizione linguistico-culturale. In tal senso io so perché ho imparato: « Quando un tizio dice: — Io ho un corpo —, gli si può chiedere: « Chi parla qui con questa bocca? » (U.G. Sez. 244).

Il sapere non è quindi un esercizio meramente privato e neppur l'effetto di una facoltà assolutamente spontanea ed incondizionata della coscienza, ma, per lo più, un sistema di significati « dati » che conferiscono « una certa » intelleggibilità alle nostre esperienze. Il sapere, inoltre, specifica sempre l'ambito della determinatezza da cui muove ogni intenzione di senso orientata al trascendimento della datità di esperienze, significati e forme di vita. Ogni rinvio di senso in direzione di un « possibile » o dei progetti dell'esistenza avviene infatti a partire da un senso determinato di cui si dichiara l'inadeguatezza e la contraddizione. Ma tale determinatezza di senso è, ancora una volta specificata da quel « sistema » dell'intelleggibilità che W. chiama *sapere*.

In quanto fatto linguistico prodotto e valevole nel medium della intersoggettività, ogni « parte » del sapere è virtualmente comunicabile. Il sapere è un fatto pubblico. Di conseguenza, esso è ciò che in vari modi, media e accompagna i processi di apprendimento e di sviluppo della persona. Il legame antropologico è un legame per lo più intessuto e mediato dal sapere.

La grammatica ci avverte così che il sapere non è ultimativamente identificabile con la denotazione, e tuttavia questo non può eludere il problema di una sua legittimazione e verifica. Ma che cosa si deve intendere per verifica di ciò che si dice di sapere? Stando alle premesse richiamate in precedenza, W. afferma che

non v'è una ed una sola modalità della verifica. In generale si può dire che la verifica di una proposizione che l'enunciante afferma di sapere è data, ancora una volta, dal manifestarsi della comprensione ⁽²³⁾. « Io so tutte queste cose. E questo si mostrerà dal

(23) Quello della comprensione è certamente uno dei motivi di fondo della riflessione di W. a partire dall'abbandono delle posizioni del *Tractatus*. Secondo la teoria della raffigurazione, ciò che si dice di sapere dovrebbe sempre potersi mostrare mediante un rinvio al « reale », al modo della verifica della sussistenza o non sussistenza dello stato di cose asserito e raffigurato dalla proposizione. Se il linguaggio è l'insieme, mai ultimativamente formalizzabile, delle somiglianze ed analogie tra i giochi linguistici, da ciò la verifica di un enunciato che si afferma di sapere sarà costituita dal livello e dal modo della comprensione dell'enunciato medesimo, ossia dal « saper operare » con esso. È ancora durante un colloquio con i membri del Wiener Kreis che il problema della comprensione inizia ad assumere la sua fisionomia quasi definitiva. Dice W. « In questo lavoro torno sempre ad occuparmi del problema: che cosa vuol dire comprendere una proposizione? È connesso con il problema generale relativo a che cosa sia ciò che chiamiamo intenzione, intendere, significare? Oggi si ritiene comunemente che l'atto di comprendere sia un processo psicologico che si svolge in me. Io allora domando se sia un processo che si svolge parallelamente alla proposizione (detta o scritta) e quale sia la struttura di tale processo. È forse identica a quella della proposizione? Oppure è una cosa amorfa? Come quando leggo la proposizion ed intanto ho mal di denti? Credo che l'atto di comprendere non sia affatto un processo psicologico particolare che sia anch'esso presente e si aggiunga alla percezione del segno proposizionale [...]. Comprendo la proposizione in quanto la adopero. L'atto di comprendere, dunque, non è un processo particolare ma è l'operare con la proposizione. La proposizione c'è perché si operi con essa (Anche ciò che facciamo è un'operazione). La concezione a cui vorrei oppormi è quella secondo la quale l'atto di comprendere è uno stato che è presente in me come, ad esempio, il mal di denti » L. WAISMANN, *W. und die Wiener Kreis*, op. cit. p. 160. Tale prospettiva sulla comprensione costituisce, entro un processo di approfondimento e di sviluppo, una delle linee tematiche di fondo delle *Ricerche filosofiche*. In quest'opera la « fenomenologia » della comprensione è sempre connessa con il problema del significato del sapere. Dice in tal senso Wittgenstein: « La grammatica della parola sapere è, come si vede, strettamente imparentata con la grammatica della parola potere ed essere in grado. Ma è anche strettamente imparentata a quella della parola comprendere (Padroneggiare una tecnica) » L. WITTGENSTEIN, *Philosophical Investigations*, Oxford, 1953, Sez. 150 (tr. it. *Ricerche filosofiche*, Einaudi, Torino 1974, p. 81). Si noti, a tal proposito, un'ulteriore ed importante assonanza tra la ricerca wittgensteiniana sulla struttura e le modalità della comprensione linguistica, con questo frammento di *Sein und Zeit* che pone a tema le analogie strutturali tra le grammatiche del sapere, potere e comprendere così come si manifestano dal punto di vista « ontico », ossia nell'ambito dell'esperienza irriflessa: « Nel discorso *ontico* sovente l'espressione comprendere qualcosa nel senso di essere in grado di affrontare qualcosa, di essere capaci, di saperci

mondo in cui agisco e parlo delle cose (. . .) Voglio dire, non è che in certi punti l'uomo conosca la verità con sicurezza completa. Ma anzi la sicurezza completa si riferisce soltanto al suo atteggiamento » (U.G. Sez. 104). È quindi la forma di vita, la testimonianza offerta dalla condotta a manifestare la comprensione e quindi la verifica di ciò che si sa. E ciò in quanto, ancora una volta, il sapere non si riduce all'esercizio della denotazione, ma avvolge e coinvolge la totalità delle esperienze di cui è costituita l'esistenza: « Si tratta quindi di una competenza che eccede la determinazione e l'applicazione del solo criterio di verità e che si estende a quelle dei criteri di efficienza (qualificazione tecnica) di giustizia e/o di felicità (saggezza etica), di bellezza sonora, cromatica (sensibilità auditiva, visuale). Così inteso, il sapere è ciò che rende capaci di proferire buoni enunciati denotativi, ma anche buoni enunciati prescrittivi, buoni enunciati valutativi. Non consiste in una competenza fondata su di un tipo di enunciati, per esempio cognitivi, ad esclusione di altri [. . .] I primi filosofi hanno chiamato opinione questa modalità di legittimazione degli enunciati. Il consenso che permette di circoscrivere un tale sapere e di distinguere chi sa da chi non sa (lo straniero, il bambino) è ciò che costituisce la cultura di un popolo » (24).

Ma il sapere non possiede l'apparenza di un sistema compatto e sempre coerente, al contrario esso spesso si presenta con una fisionomia discontinua, composita e talvolta contraddittoria. E ciò in quanto esso comporta, se pur con modalità differenti nello spazio e nel tempo, delle dinamiche trasformative. Il sapere, esattamente come il linguaggio, è simile ad una città costruita in tempi diversi e continuamente sottoposta a sollecitazioni che ne mutano l'aspetto e la struttura: « Il nostro linguaggio può essere

fare, di potere. Ciò che nella comprensione costituisce il potuto come esistenziale non è una cosa, ma l'essere in quanto esistere » M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, op. cit., tr. cit. p. 183.

(24) J. F. LYOTARD, *La condition postmoderne*, Ed. de Minuit, Paris 1979, (tr. it. *La condizione postmoderna*, Feltrinelli, Milano 1981, p. 42).

considerato come una vecchia città: un dedalo di stradine e di piazze, di case vecchie e nuove con parti aggiunte in tempi diversi ed il tutto circondato da una rete di nuovi sobborghi con strade dritte e regolari e case uniformi » (²⁵).

Con l'esame della grammatica del sapere siamo giunti al termine di questa analisi dei motivi salienti di *Ueber Gewissheit*. Ciò che da essa risulta è un discorso sul linguaggio che non solo non ha più molto da condividere con il realismo di Moore, bensì approfondisce quella frattura con tutta la tradizione formalista che W. aveva aperto a partire dalla svolta che il suo pensiero intraprende intorno agli anni 1929-35. In particolare ed in relazione alle linee tematiche dell'ultimo lavoro di W., tale frattura si fa ancora più profonda se si fa attenzione alla nuova fisionomia che assume nel pensiero del filosofo austriaco il problema del senso comune.

Quest'ultimo non è più l'ambito dell'opinione non scientifica, il territorio della esperienza ingenua. E neppure, come vorrebbe Moore, il prezioso repertorio delle proposizioni assolutamente vere perché « corrispondenti » ad oggetti realmente esistenti. Il senso comune è, al contrario, ricchissimo di « categoriale » in quanto immane reticolo di esperienze significanti ove si intersecano i saperi e le interpretazioni pubbliche. Esso è quell'area dai confini incerti, perché perennemente in movimento, ove ogni singola esperienza ha già un senso socialmente codificato ed ove nessuna zona è per principio irriducibilmente opaca. Ed esso è, ancora, l'ambito da cui hanno origine gli interessi di ogni pratica linguistica e genere di discorso ed in cui i saperi e i discorsi medesimi si impegnano ed investono gli enunciati ed i procedimenti ad essi specifici.

Il significato che Wittgenstein attribuisce al senso comune ed al suo linguaggio non mira cioè ad una semplice « rivalutazione »

(²⁵) L. WITTGENSTEIN, *Philosophical Investigations*, Oxford 1953, op. cit. tr. cit. p. 17.

della sfera della esperienza ordinaria. Ci pare, al contrario, che esso dipenda, più profondamente, dalla conquista di un nuovo punto di vista della riflessione il cui esito teoreticamente più rilevante è la comprensione ed il ridimensionamento quell'irriducibile iato « metodico » tra opinione e verità, che — da sempre — ha costituito una delle costanti preoccupazioni e problemi del pensiero filosofico occidentale.

In tal senso, richiamiamo il pensiero di D. Antiseri che ha individuato l'importante guadagno teoretico di Wittgenstein: « (...) il linguaggio ordinario è il *primum* da cui nascono e si sviluppano i vari discorsi tecnici (scienze empiriche, matematica, filosofia). È il *primum* temporalmente poiché il linguaggio tecnico si sviluppa dopo quello comune, lo è logicamente in quanto il discorso tecnico presuppone il linguaggio comune, lo è materialmente perché il linguaggio tecnico contrae prestiti linguistici nei confronti del parlare comune » ⁽²⁶⁾.

7. Nelle note che precedono si è cercato di ripercorrere l'intreccio delle linee tematiche che motivano la profonda fecondità di un testo come *Ueber Gewissheit*. Da tali analisi ci auguriamo che sia potuta emergere quella originale strategia critica che consente a W. di « spiazzare » alcuni tra i paradigmi più fondamentali della « riflessione filosofica tradizionale » sul linguaggio e, ad un tempo, di proseguire nello sviluppo di una prospettiva non solo ad essa antitecia, ma essenzialmente più comprensiva. Tale « comprensività » è rappresentata dal guadagno di quella coordinazione di condizioni di possibilità della significanza linguistica che la riflessione « tradizionale » spesso non è stata in grado di tematizzare in quanto impedita dal suo stesso punto di vista.

⁽²⁶⁾ D. ANTISERI, *Dopo Wittgenstein dove va la filosofia analitica?*, Ed. Abete, Roma 1967, p. 289.

Lo smascheramento di questo « non poter vedere » è, al contrario, costantemente chiamato in causa da Wittgenstein ed assunto come via d'accesso per un altro punto di vista. Il nuovo punto di vista, che sottende e sostiene una riflessione « disincantata » di fronte ai fraintendimenti propri di ogni lettura filosofica unilateralmente formalista, istituisce come proprio oggetto il linguaggio (ma un oggetto solo *sui generis*, ch   esso   la condizione medesima che consente la costituzione di quel punto di vista), secondo le sue condizioni di possibilit  trascendentali. Come   stato accennato, la relazione tra queste condizioni,   data al modo della coordinazione nel senso della *cooriginariet * tra le modalit  originarie dell'esperienza del senso e del significare.

Tale cooriginariet    specificata dall'essere nel mondo e dalla intersoggettivit , costanti trascendentali impegnate in ogni esperienza significativa dell'uomo. E ancora : tali condizioni non sono disposte secondo un ordine gerarchico governato da una qualche priorit  d'ordine logico, bens  esse sono coordinate in quanto cooriginarie. In altri termini, il linguaggio non si sovrappone alle esperienze mondane ed alle relazioni intersoggettive come un che di esterno e conseguente, bens  esso   quelle esperienze, quelle relazioni. La « mondit  » ed il carattere intersoggettivo della esperienza umana sono custodite e condizionate dal fatto linguistico.

Per consentire una pi  adeguata comprensione del valore della svolta impressa da W. alla relazione tra interrogazione filosofica e linguaggio siamo, di necessit , rinviati ai momenti salienti di tale vicenda speculativa. Questi momenti, che nell'esame di *Ueber Gewissheit* abbiamo dato un po' per scontati costituiscono l'itinerario del superamento delle principali strutture categoriali del formalismo e, in pari tempo, la base di quella svolta nella filosofia del linguaggio che abbiamo caratterizzato come pragmatico-antropologica.

Più in particolare, i fondamenti che il discorso di W. mette sotto pressione e che costituiscono il patrimonio categoriale del formalismo sono: la teoria della denotazione come modello del « parlar vero », come « forma generale » della proposizione e, a questo strettamente connesso, l'ipotesi del solipsismo metodico in qualità di risposta paradigmatica alla domanda relativa al « chi parla », al soggetto originario del senso.

Wittgenstein insite spesso sulla presenza nella tradizione formalista e, con essa, nella storia della logica, di un'esigenza, per così dire metodica, e cioè l'istanza della posizione di un conflitto, di un'irriducibilità che sempre oppone il parlar vero all'opinione. Si tratta cioè della contrapposizione (generalmente fondata ed appoggiata ad una metafisica dell'essere dell'ente come semplice presenza) *a parte ante* ogni costituzione di senso « soggettiva » e quindi non vera) tra enunciati denotativi legittimati da un rigido criterio della verità (il gioco delle corrispondenze tra linguaggio e realtà) ed un asistematico agglomerato di enunciati che governano le sfere delle relazioni intersoggettive al livello dell'etica, dell'estetica, dei modelli della condotta e della convivenza in quanto socialità.

In tal senso, il formalismo ha sempre svolto una doppia funzione prescrittiva: da un lato esso proclama i titoli di legittimità di un linguaggio che dice sempre il vero e, dall'altro, ad esso subordina il complesso, aggrovigliato e confuso piano dell'esperienza comune.

Wittgenstein identifica nel paradigma della denotazione la radice comune a tutte le valenze prescrittivo-normative del formalismo. Secondo tale paradigma il dominio della logica è costituito da quella classe di proposizioni che esprimono giudizi denotativi, ossia relazioni tra « atti mentali » e « realtà ». Di conseguenza, non cadono sotto tale dominio tutte le proposizioni che non soddisfano le condizioni della significanza denotativa (preghiere, prescrizioni, comandi, invocazioni, giudizi etici ed estetici, argomentazioni retoriche).

Ma come abbiamo già rilevato, sin dalle riflessioni del *Tractatus*, W. poneva in evidenza l'esistenza di una condizione più originaria del criterio di verità. Tale condizione è costituita dalla « forma logica » o « raffigurazione » e cioè dalla possibilità che ogni costituente elementare del linguaggio (il termine) possiede di « stare per » un oggetto determinato. Per ogni termine esiste quindi una corrispondenza con un elemento della realtà (cosa) in base alla quale la proposizione, che nei termini ha i suoi costituenti « ultimi », può essere detta vera o falsa. Pur muovendosi all'interno del patrimonio categoriale ed interpretativo del formalismo, tuttavia, sin dalla lezione del *Tractatus* W. avanzava una importante esigenza secondo la quale ad un discorso sulla verità dovesse esser premesso un discorso sul significato. Ma, ed in ciò la coerenza con il formalismo ci pare invece piuttosto robusta, la ricerca della condizione della produzione del significato veniva pur sempre a dipendere dalla teoria della denotazione o raffigurazione: « Il nome significa l'oggetto. L'oggetto è il suo significato ». (*Tractatus*, prop. 3.203).

A partire dall'abbandono progressivo ma irreversibile della « filosofia » del *Tractatus* la critica all'originarietà della denotazione-raffigurazione assumerà nella riflessione di W. un ruolo ed un'importanza sempre più decisiva.

Wittgenstein non contesta che la denotazione occupi gran parte dell'area — mai definitivamente delimitabile e formalizzabile — del linguaggio. Ciò che il filosofo austriaco pone radicalmente in questione è la tesi secondo la quale la denotazione costituirebbe il modello originario o il limite trascendentale del significare. La critica di W. intende cioè porre in forse l'ipotesi dell'univocità del significato nel senso della originarietà e « naturalità » della corrispondenza tra termine ed oggetto: « Naturalmente quello che ci confonde è l'uniformità nel modo di presentarsi delle parole che ci vengono dette o che troviamo scritte o stampate. Infatti, il loro impiego non ci sta davanti in modo altrettanto evidente, specialmente non quando facciamo filosofia »

(*Philosophical Investigations* Sez. II). In tal senso, la potenzialità metaforica dei termini rende irriducibilmente problematica la determinazione univoca del significato. Ciò sarebbe possibile all'interno di un linguaggio perfetto ove il gioco delle corrispondenze fosse immutabile e noto a priori per tutti i casi possibili, ma è proprio tale eventualità che viene a cadere se si considera il linguaggio dal nuovo punto di vista della pluralità delle sue valenze e funzioni.

In altri termini, il paradigma della denotazione viene a cadere quale presunto modello generale e valore-limite della significanza a condizione che l'essere del significato non venga più a dipendere dal criterio della *corrispondenza*, bensì da quello *dell'uso*: « Denominiamo le cose e così possiamo parlarne. Riferirci ad esse nel discorso. Come se con l'atto del denominare fosse già dato ciò che faremo in seguito. Come se ci fosse una sola cosa che si chiama: parlare delle cose. Invece, con le nostre parole facciamo le cose più diverse. Se pensi solo alle esclamazioni con le loro funzioni diversissime! Acqua, via, Ahi, Aiuto, Bello, No! Adesso sei ancora disposto a chiamare queste parole denominazioni di oggetti? » (*Ph. Inv.* Sez. 27).

Il formalismo ha così sciolto l'esperienza del significare dal suo *luogo originario* e cioè ne ha rimosso il legame con la pluralità delle forme di vita che costituiscano la « mondità » dell'esperienza del significare e la sua dimensione intersoggettiva. Ma se il significare viene osservato, come dice W., quando esso è « all'opera » ciò metterà definitivamente in scacco l'ipotesi di una formalizzazione definitiva della produzione del significato dei termini e del senso di proposizioni e generi di discorso (²⁷).

(²⁷) Come non è sempre possibile fissare univocamente il significato di un termine, soprattutto se si fa astrazione dal contesto degli usi e delle convenzioni in cui esso ricorre, così non è più possibile né porre, né soprattutto dare una risposta al « falso » problema di un modello guida della proposizione e del significare in generale: « Ma quanti tipi di proposizioni ci sono? Per esempio, asserzione, domanda ed ordine? Di tali tipi ne esistono innumerevoli, innumerevoli tipi di impiego di ciò che chiamiamo

E ciò in quanto le condizioni che presiedono alla produzione di significato e senso si trasformano insieme alle forme di vita ed alle relazioni intersoggettive in senso *diacronico*: «... nuovi tipi di linguaggio sorgono, altri invecchiano e vengono dimenticati» e si pluralizzano in senso *sincronico* identificandosi, e costituendo l'estensione del « Mondo ». E ancora: se si ammette con W. che ogni pratica significante (ogni gioco) è parte di una forma di vita, allora non pare ammissibile che il parlar vero possa ridursi alla sola denotazione. E ciò in forza di due motivi essenziali: se infatti la denotazione fosse realmente il modello generale della proposizione, sarebbe la nozione medesima di forma di vita (potremmo dire dell'esperienza mondana o essere nel mondo) a risultare fortemente problematica ch  nessuna forma di vita pare possibile sulla base della sola denotazione ⁽²⁸⁾. Ma ci  rimanda ad una obiezione pi  radicale che sostiene l'intera argomentazione critica di W. Tale obiezione consiste, ancora una volta, nella contestazione dell'originariet  della denotazione. Denotazione e giudizio non possono essere considerati come atti spontanei ed irrelati dell'esperienza del significare. Al contrario, esse sono forme derivate che accadono sulla base dell'articolazione di usi,

seguì, parole proposizioni. E questa molteplicit  non   qualcosa di fisso, di dato una volta per tutte, ma nuovi tipi di linguaggio, nuovi giochi linguistici, come potremmo dire, sorgono ed altri invecchiano e vengono dimenticati [...] Qui la parola gioco linguistico   destinata a mettere in evidenza il fatto che il parlare un linguaggio fa parte di un'attivit  o di una forma di vita » (*Ph. Inv.* Sez. 23).

(28) La teoria del significato come raffigurazione-corrispondenza tra nome e nominato, osserva W., d  l'impressione di appartenere ad una visione primitiva del linguaggio o ad un uso primitivo del linguaggio medesimo.

Nel primo caso il senso di primitivit  sta nella rappresentazione che la filosofia ha dato del linguaggio. Nel secondo, invece, la riduzione del linguaggio al modello della denotazione-raffigurazione, rinvia ad un linguaggio « primitivo » nel senso che la sola denotazione consente un numero limitatissimo di operazioni significanti e, quindi, un repertorio relativamente ristretto e piuttosto improbabile di forme di vita e contesti d'esperienza: « Quel concetto filosofico di significato   al suo posto in una rappresentazione primitiva del modo e della maniera in cui funziona il linguaggio. Ma si pu  anche dire che sia la rappresentazione di un linguaggio pi  primitivo del nostro » (*Ph. Inv.* Sez. 2).

convenzioni, interpretazioni, discorsi previamente costituiti, e « già sempre » dati. Tale articolazione costituisce quel « sapere », quella precomprensione che è presupposta e, ad un tempo, investita in ogni atto linguistico e che, quindi, presiede all'esperienza della denotazione e del giudizio. Ancora una volta, la priorità nella ricerca della costituzione di senso e significato deve essere attribuita a quelle condizioni trascendentali (essere nel mondo ed intersoggettività) in base alle quali si istituiscono i sistemi linguistici, le interpretazioni pubbliche, il « sapere » fatto proprio ed impegnato da ogni singolo locutore. Tali condizioni non sono però riducibili ad una serie di a priori stabili ed immodificabili di tipo logico, bensì esse sono sempre specificate al modo di un patrimonio di senso prodotto e trasmesso da una comunità storico-linguistica.

Non crediamo di operare una forzatura interpretativa sostenendo che in questo caso Wittgenstein raggiunge uno dei vertici della sua riflessione ponendo a tema il motivo della *precomprensione*, tema che abbiamo già individuato in una forma ulteriormente sviluppata come idea della *WeltBild* in *Ueber Gewissheit*: « Si potrebbe dire dunque, la definizione ostensiva spiega l'uso, il significato della parola quando sia chiaro quale funzione la parola debba svolgere, in generale, nel linguaggio. Così, la definizione ostensiva: Questo si chiama seppia-aiuterà a comprendere la parola se so già che mi si vuol definire il nome di un colore [...] Per essere in grado di chiedere il nome di una cosa, si deve già sapere o saper fare qualcosa » (*Ph. Inv. Sez. 30*) ⁽²⁹⁾.

(²⁹) Anche l'esperienza infantile, aggiunge W., il cui arricchimento in rapporto al mondo è in parte mediata dall'appropriazione di nomi relativi ad oggetti si svolge sempre sulla base della precomprensione. In altri termini, prima di chiedere il nome di una cosa, il bambino spesso ha già istituito un rapporto di senso con l'oggetto in questione, cioè è già in grado di « fare » qualcosa con esso o di aver presente i bisogni, le intenzioni che l'oggetto è in grado di soddisfare o di suscitare: « Possiamo dire: chiede sensatamente il nome solo colui che sa già fare qualcosa con esso » (*Ph. Inv. Sez. 31*).

Il fraintendimento formalistico ha quindi origine dalla promozione del modello della denotazione come un *ché* di irriducibile ed originario e ciò al prezzo della rimozione della sfera della pre-comprensione senza la quale — *de iure* e *de facto* — non sarebbe possibile né la denotazione né qualsivoglia altro atto linguistico: « Il denominare appare come una strana connessione di una parola con un oggetto. E questo strano collegamento ha effettivamente luogo quando il filosofo, per scoprire che cosa è la realzione tra nome e nominato, fissa un oggetto posto davanti a sé e ripete innumerevoli volte un nome o anche la parola « questo ». I problemi filosofici sorgono infatti quando il linguaggio fa vacanza. E qui possiamo veramente figurarci il denominare come un singolare atto spirituale, quasi un battesimo di un oggetto ».

Il fraintendimento filosofico accade quando ci si rivolge ad un oggetto, nel senso del *designatum* o al significato come ad un *ché* di « naturale », posto fuori dallo spazio e dal tempo e soprattutto come un *ché* di irrelato rispetto al soggetto che, bene o male, istituisce con l'oggetto una intenzione di senso proprio attraverso la nominazione.

Questo importante mutamento nel modo di indagare i fenomeni linguistici e cioè la descrizione della loro operatività comporta inoltre una diversa considerazione del problema della verità. Ciò che « spiazza » la centralità nella quale la riflessione filosofica tradizionale ha mantenuto il problema della verità è, per W. ancora una volta, la priorità che su di essa ha la dimensione del significato o, detto altrimenti, la fisionomia trascendentale della precomprensione. In altri termini: ciò a cui un oggetto corrisponde nel linguaggio non è specificato da strutture logiche a priori ed atemporali o ad un nome dalla misteriosa provenienza, bensì dalle regole via via determinate in base a cui qualcosa ci è noto come qualcosa e quindi come vero. Vero è quindi ciò che corrisponde a *quelle* regole, ma il vero è, più originariamente, costituito dall'accadere di quelle regole senza le quali non si

potrebbe neppure parlare del vero nel senso della corrispondenza ⁽³⁰⁾.

È forse questo il punto in cui W. raggiunge la maggiore distanza dal formalismo logico e, ad un tempo, il maggior grado di convergenza con alcuni tra i più importanti motivi della fenomenologia e dell'ermeneutica contemporanee. In tal senso, richiamiamo ancora una volta la parola di Heidegger che con la critica dell'originarietà ontico-ontologica della asserzione fornisce una ulteriore testimonianza di quel movimento di convergenza fra filosofia del linguaggio ed antropologia che costituisce una degli esiti più decisivi della riflessione wittgensteiniana: « Il manifestare proprio dell'asserzione ha luogo sul fondamento di ciò che nella sua comprensione è già aperto [...] L'asserzione non è un comportamento a sé stante capace di aprire l'ente da se stesso, ma si fonda sempre nell'essere nel

⁽³⁰⁾ Anche per quanto concerne la questione dello statuto del problema della verità ci pare che valga l'osservazione più volte avanzata secondo la quale uno dei grandi meriti di W. è stato quello di traslare l'interrogazione sul valore di verità dal piano strettamente logico (verità come *adaequatio*) a quello relativo alle condizioni della sua manifestazione. In conseguenza di tale spostamento del piano di indagine ci pare che per W. si istituiscano due significati, tra loro strettamente correlati, dell'essere della verità. Da un lato la verità resta intesa al modo della corrispondenza e della verifica degli enunciati in base a determinate condizioni rappresentate dagli usi, e dalle convenzioni linguistiche.

Dall'altro, la verità è costituita, più fondamentalmente dall'accadere, dall'istituzione di quei criteri, di quelle condizioni via a via sempre determinate che specificano la costruibilità e verifica degli enunciati. In altri termini, alla priorità delle condizioni logico formali in base alle quali si può affermare che una proposizione è vera, W. oppone la priorità dell'istituirsi delle interpretazioni, dei punti di vista e degli orizzonti di senso che si impongono come le condizioni in base alle quali qualcosa è giudicato secondo il vero il falso, il giusto e l'ingiusto, il bello e il brutto. Dice, in tal senso, K. O. Apel: « (...) quello del parlar vero non è affatto in sostanza un problema di logica pura; ma questo vale a dire che la verità del discorso umano non poggia primariamente su di una interpretazione logicamente giusta, fatta di segni, di fatti del mondo asseriti presumibilmente, bensì su di una interpretazione del mondo come situazione significativa dell'uomo, una interpretazione che prima di ogni altra cosa renda evidente un certo ordine nei fatti ». (K. O. APEL, *op. cit.*, tr. cit. p. 32).

mondo ». E ancora: « La determinazione presuppone a sua volta già dall'inizio l'assunzione di un preciso punto di vista nei confronti di ciò che deve essere asserito [...] La precognizione che si accompagna cooriginariamente all'asserzione passa per lo più inosservata perché il linguaggio porta con sé una concettualità già formata » (³¹).

Questa « concettualità già formata », che Wittgenstein caratterizza ora come « sistema » ora come « Mondo » ed a cui abbiamo dato il nome di precomprensione non si manifesta come repertorio di uniformità e necessità logiche, bensì come il patrimonio di senso dell'essere nel mondo entro le forme di vita in cui si specificano le esperienze umane. In tal senso, la logica diviene « impotente », ch  essa non   pi  in grado di prescrivere un modello generale del linguaggio dato a priori nei confronti della pluralit  delle pratiche e dei modi del significare. Essa pu  (ma solo dopo che si   sgombrato il campo dai fraintendimenti) solo descriver ci  che « gi  sempre »   dato al modo della pluralit  e della differenza tra le pratiche significanti.

La logica riconosce, non deduce: « Che strano se la logica si dovesse occupare di un linguaggio » ideale e non del nostro! Cosa dovrebbe esprimere infatti quel linguaggio ideale? Di certo quello che noi esprimiamo nel nostro linguaggio abituale, ma allora la logica non pu  che occuparsi di questo. L'analisi logica   l'analisi di qualcosa che abbiamo, non di qualcosa che non abbiamo. Sar  dunque l'analisi delle proposizioni cos  come sono. (Sarebbe stra-

(³¹) M. HEIDDEGER, *Sein Und Zeit*, op. cit., tr. cit., p. 199.

Ancora H. in stretta sintonia con quanto, circa vent'anni dopo, costituir  uno dei temi dominanti della « seconda » filosofia di W., fissa l'originariet  della comprensione rispetto alle modalit  del dire e del conoscere che la tradizione ha decretato come paradigmatiche e ci   l'asserzione e il giudizio: « (...) La semplice visione delle cose che incontriamo nell'aver — a — che fare porta con s  in modo cos  originario la struttura dell'interpretazione che un procedimento percettivo deliberatamente privo di « in quanto » richiederebbe un apposito atteggiamento. L'aver solo pi  davanti a se qualcosa presuppone quello sguardo fisso che   caratteristico del non comprendere pi  ». *Ibidem*, tr. cit. p. 190.

no se l'umanità avesse fino ad oggi parlato senza mettere insieme neppure una frase corretta) ⁽³²⁾.

8. I problemi relativi alla « natura » intersoggettiva del linguaggio solo formalmente possono essere trattati come un che di distinto rispetto al progetto di una analisi delle condizioni trascendentali del significare. In tal senso, ricordiamo che nelle categorie centrali del pensiero wittgensteiniano quali « sistema », mondo, « gioco linguistico », è già sempre implicato il dato ineludibile della loro costituzione ed operatività intersoggettiva.

La critica di W. all'originarietà della denotazione è quindi *eo ipso*, critica del solipsismo, ossia critica dell'ipotesi secondo la quale l'atto del significare sarebbe l'effetto di un atto spontaneo ed incondizionato proprio di una pluralità di coscienze reciprocamente isolate. Da ciò l'origine « misteriosa » delle espressioni linguistiche, derivanti dal dominio di una interiorità irrelata e tuttavia in grado di produrre atti linguistici, significati e, soprattutto, di renderli comunicabili e comprensibili ad Altri. In contrasto con tutto ciò, W. insiste costantemente sul « dato », ossia sul presupposto della produzione intersoggettiva d'ogni fenomeno

(32) L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Bemerkungen*, Basil Blackwell, Oxford 1964, tr. It. *Osservazioni filosofiche*, Einaudi 1976, p. 5.

Dice ancora W. a proposito della trasformazione strutturale della nozione di logica: « Con queste riflessioni siamo arrivati al punto in cui si pone il problema: In che senso la logica è qualcosa di sublime? Sembra infatti che ad essa competa una particolare profondità, un significato universale. Essa starebbe, così sembrava, a fondamento di tutte le scienze. Perché la ricerca logica indaga l'essenza di tutte le cose. Vuol vedere le cose nella loro ragion d'essere e non è tenuta ad affliggersi con i particolari di ciò che effettivamente accade. Non nasce da un interesse per i particolari, né da un bisogno di cogliere nessi causali, bensì dallo sforzo di comprendere tutto ciò che è empirico. Ma non nel senso che per far ciò dobbiamo andare a caccia di nuovi fatti, essenziale alla nostra ricerca è piuttosto il fatto che con essa non vogliamo apprendere qualcosa di nuovo. Vogliamo comprendere qualcosa che sta già davanti ai nostri occhi. Perché proprio questo ci sembra, in qualche senso, di non comprendere ». (*Ph. Inv. Sez.* 89).

significante (³³). Tale produzione è implicita, come abbiamo ricordato, nelle categorie che per W., specificano il fenomeno della precomprensione e cioè quella interpretazione del mondo sempre in atto, quel sistema di punti di vista: « . . . che è lo sfondo che mi è stato tramandato sul quale distingo tra vero e falso ». Ora, ammettere che ogni giudizio, ogni asserzione, insomma che ogni atto linguistico avviene sulla base di tale sfondo e proseguire nel sostenere l'ipotesi solipsistica condurrebbe a contraddizioni irresolubili, se non a vere proprie assurdità. Infatti, come è possibile che ogni locutore regoli i propri atti linguistici su di una precomprensione e che ognuno sia in parti tempo, privatamente, l'autore di tale precomprensione? E ancora: secondo quali occulti processi tale sistema di senso sarebbe, nello stesso tempo presente ad Altri, reciprocamente comunicabile e comprensibile? Sono, come si può agevolmente notare, interrogativi a cui il solipsismo non può rispondere ch  esso presuppone prima una sorta di « linguaggio privato » (inteso a partire da una strutturazione logico sintattica a priori o innata) custodito nell'interiorit  di ogni singolo in virt  della mediazione di un soggetto trascendentale o al modo di un sistema di idee innate e, solo successivamente, questo linguaggio consentirebbe qualcosa come forme di vita, istituzioni pubbliche, relazioni intersoggettive, forme di comunicazione.

Per destituire d'ogni possibile fondamento l'ipotesi solipsistica, W. mette in atto una sorta di metodo di delegittimazione delle presunte « pure » facolt  della coscienza isolata: « Quando si dice: Ho dato un nome ad una sensazione, si dimentica che molte cose devono gi  essere pronte nel linguaggio perch  il puro denominare abbia un senso. E quando diciamo che una persona d  un nome ad un dolore, la grammatica della parola dolore   gi  precostituita, ci indica il posto in cui si colloca la nuova parola

(³³) Cfr. le numerose sezioni di *Ueber Gewissheit* relative al motivo dell'intersoggettivit : Sez. 93, 94, 140, 141, 142, 144, 197.

(Ph. Inv. Sez. 257). Da ciò, anche quando pare che sia possibile qualcosa come un atto linguistico spontaneo come, ad esempio, nominare una sensazione o uno stato d'animo « soggettivo », tale spontaneità non può mai essere assoluta, bensì sempre relativa a ciò che dobbiamo riconoscere come quel « dato » specificato dalla precomprensione di un sistema linguistico appreso ed interiorizzato nel corso dei processi di formazione della persona. In tal senso, ogni atto linguistico avviene sullo sfondo precompreso di nel linguaggio. E ancora, più radicalmente; la competenza comunicativa di cui ogni soggetto deve essere dotato per condurre la propria esistenza entro una comunità presuppone sempre l'acquisizione e la comprensione di un patrimonio di esperienze relative ad una pluralità di rapporti intersoggettivi e forme di vita a vari livelli di complessità: « (...) per ammettere che i giochi linguistici siano il minimo di relazione necessario perché si dia società, non c'è bisogno di ricorrere ad una robinsonata: fin dalla nascita e non fosse altro per il nome che gli vien dato, il piccolo dell'uomo è già collocato come referente della storia narrata dal suo ambiente in rapporto al quale dovrà più tardi dislocarsi »⁽³⁴⁾.

Ma la costituzione intersoggettiva dei fenomeni linguistici non vale, per così dire, solo *de iure*, ossia come un trascendentale non tematizzato e tuttavia sempre dato costitutivamente in ogni espressine o genere di discorso. L'intersoggettività è anche e soprattutto un dato empirico, una delle modalità più essenziali dell'*accadere* d'ogni locuzione, constatabile nella totalità estensionale delle forme di vita umana. E ciò si fa valere, osserva più volte W. in netto contrasto con l'innatismo, anche per quei termini, come i concetti « universali », che paiono così comprensivi da non dipendere da alcun particolare contesto pratico-intersoggettivo: « Inesatto è propriamente un rimprovero ed esatto una lode. E questo vuol dire: ciò che è inesatto non raggiunge così perfetta-

(34) J. F. LYOTARD, *La condition postmoderne*, op. cit., tr. cit. p. 33.

mente il suo scopo come ciò che è più esatto. Dunque tutto dipende da ciò che chiamiamo lo scopo. È inesatto non dare la distanza dal sole a noi sino al metro? E non dare al falegname la larghezza del tavolo fino al millesimo di millimetro? Un ideale di precisione non è prestabilito: non sappiamo come dobbiamo concepirlo, a meno che non sia tu stesso a stabilire che cosa debba essere chiamato così. Ma ti riuscirà difficile dare una determinazione del genere, una determinazione che soddisfi » (Ph. Inv. Sez. 88). È, come si può notare, il problema della idealizzazione, del significato di quei termini che non paiono dipendere, bensì comprendere e sussumere sotto di sé, fatti empirici.

W. avverte che se vien tenuto ferma l'ipotesi dell'univocità del significato delle idealizzazioni, tali ipotesi renderebbe assolutamente ineffettuali le idealizzazioni medesime, ossia le renderebbe estranee ad ogni contesto empirico. Ma anche per ciò che concerne l'idealizzazione, così come avviene per ogni altro fenomeno di senso, la comprensione del significato può essere determinata se il fenomeno viene osservato quando è « in opera », ossia dal punto di vista del ruolo e delle funzioni che assolve nell'ambito della pluralità delle relazioni, dei bisogni umani e delle forme di vita ⁽³⁵⁾.

(³⁵) Ricordiamo che, per una corretta comprensione di tali espressioni continuamente ricorrenti nella riflessione di W. si deve evitare l'errore di identificare il senso di pragmaticità che esse esprimono con quei contesti d'esperienza in cui dominano fatti ed istanze pratico-utilitarie (ad esempio la manualità). Queste certamente rientrano nell'area significante di tali categorie, ma non ne esauriscono certo l'estensione che — di fatto — non può essere univocamente e definitivamente delimitabile. In tal senso, tutte le attività umane, tutti i punti di vista, le iniziative individuali e collettive a cui appartengono specifiche pratiche significanti possono essere dette forme di vita. Osserva a tal proposito A. KEIGHTLEY: « Non dobbiamo credere che quando W. parla di gioco linguistico intenda accentuare la sua esclusiva appartenenza ad un particolare pratica o attività. W. pensa piuttosto ai concetti come a qualcosa che corre attraverso varie attività senza appartenere in maniera esclusiva ad un particolare tipo di attività. È certamente vero che il linguaggio ed il comportamento ad esso relativo rendono intelleggibile un concetto, ma non dobbiamo pensare che un gioco linguistico non possa avere una serie di applicazioni se non entro quel determinato contesto » A. KEIGHTLEY, *Wittgenstein's Grammar and God*, London 1976, p. 42.

Così si esprimeva W. già alla fine degli anni venti, ossia all'inizio del processo di revisione ed abbandono della filosofia del *Tractatus*, sul significato della idealizzazione e, in particolare, su quella specifica e « sublime » pratica delle idealizzazione che è la matematica: « Che cosa significa idealizzare? C'è forse qualcosa che cambia per il fatto che io idealizzo? Modifico forse qualcosa con il mio idealizzare? Nella logica non c'è l'oggetto e la descrizione dell'oggetto. Se parlo di 9⁹⁹ cose ho già rappresentato il numero perché ho indicato la struttura delle operazioni. Non ho bisogno di curarmi del fatto che un insieme contenga 9⁹⁹ individui. Anzi, porre tale domanda presuppone già la preesistenza del numero. Se si volesse dire che la matematica si fonda sul fatto di idealizzare la realtà, le sue proprietà, relazioni e simili, bisognerebbe per prima cosa domandare: Ma cosa cambia per il fatto che io idealizzo? » (³⁶).

Tutta l'articolata e vasta argomentazione di W. sulla posizione trascendentale della costituzione ed operatività intersoggettiva del linguaggio si propone così di destituire l'ipotesi della originalità della coscienza isolata come soggetto del senso. Ciò non significa che W. metta in dubbio l'intenzionalità che caratterizza la totalità dei fenomeni coscienziali. Al contrario l'intenzionalità — come essere nel mondo — resta un che di irriducibile anche per la logica descrittiva richiesta e praticata da W. Quello che per W. è inaccettabile e fuorviante è l'ipotesi dell'incondizionatezza ed assoluta spontaneità degli atti intenzionali. Ogni atto intenzionale è per W. « già sempre » guidato ed orientato, o in certo casi si distanzia, da un patrimonio di senso precompreso e fatto

(³⁶) F. WAISMANN, *op. cit. tr. cit.* p. 103. Ecco quanto dice W. sulla nozione di infinito così come essa ricorre nel linguaggio delle matematiche: « Infinito non è un numero. La parola infinito ha una sintassi differente da quella del termine numerico. Nel linguaggio, l'infinito ricorre sempre allo stesso modo, vale a dire come determinazione ulteriore del concetto possibile [...]. Il concetto infinito è quindi una determinazione ulteriore del concetto possibile [...]. Una possibilità infinita si presenta come infinita possibilità di linguaggio » *Ibidem*, *tr. cit.* pp. 215-216.

proprio da ogni coscienza. Di conseguenza, la dimensione della precomprensione non può essere l'oggetto di alcuna riduzione, infatti come potrebbe una coscienza riconoscere ancora qualcosa come qualcosa se essa venisse artificiosamente privata di quel patrimonio di senso che guida ogni esperienza, anche la più elementare? (cfr. la critica di W. in *Ueber Gewissheit* alla pretesa di Moore di considerare la mediazione sensibile come una sorta di atto spontaneo ed irrelato ⁽³⁷⁾).

Dice W.: « Che cosa dovremmo rispondere se ci chiedessero: Hai il pensiero prima della espressione? E che cosa dovremmo rispondere alla domanda: In che cosa consisteva il pensiero quale si trovava in noi prima dell'espressione? Questo caso è simile a quello in cui qualcuno immagina che non sia possibile pensare una proposizione così com'è nella strana costruzione della lingua tedesca o latina, ma sia necessario prima pensare la proposizione e poi disporre la parola in quel modo curioso ». E ancora: « Dapprima la riconosco come qualcosa e poi mi ricordo come si chiama. Pensaci, in quali casi si ha ragione di dirlo? [...] Come faccio a sapere che questo colore è rosso? Una risposta potrebbe essere questa: Ho imparato l'italiano! » (Ph. Inv. sez. 335, 336). In base agli esiti della riflessione di W. sulla intersoggettività quale condizione trascendentale d'ogni linguaggio significante, esi-

(37) In tal senso è piuttosto evidente l'incompatibilità tra la convinzione di Wittgenstein della non riducibilità ed eludibilità della sfera della precomprensione ed il metodo della riduzione fenomenologica nel suo procedere radicale sulla via della manifestazione della « coscienza pura » così come era stato svolto da Husserl nel primo volume di *Ideen*. Dice Husserl sul rapporto tra mondo (inteso come il sistema delle cose spazialmente posizionate) e coscienza pura: « Qui un essere che si adombra e per principio soltanto con orizzonti presuntivi, che non si dà mai assolutamente, che è meramente accidentale e relativo alla coscienza, là un essere necessario ed assoluto che per principio non si dà per adombramenti ed apparizioni [...] la coscienza nella sua purezza è un complesso chiuso in se stesso, un nucleo di assoluto essere in cui niente può penetrare e da cui niente può sfuggire » E. HUSSERL, *Ideen zu einer reinen Phaenomenologie*, Den Haag 1950, tr. it. Einaudi 1976, p. 86.

ti che abbiamo solo riassunto e certamente in modo non completo, il soggetto del significare non può essere unilateralmente inteso come un soggetto logico. Il « chi » del dire è prima d'ogni altra cosa un *dato* ossia qualcosa che non è oggetto di deduzione, ma più semplicemente di riconoscimento: ancora una volta la logica « classicamente » intesa non è più di ripercorrere, la « storia naturale » dell'uomo: « Ciò che noi forniamo sono, propriamente, osservazioni sulla storia naturale degli uomini non per curiosità ma costatazioni di cui nessuno ha dubitato e che sfuggono all'attenzione solo perché ci stanno continuamente sott'occhio » (*Ph. Inv.* Sez. 415).

9. Come si è cercato più volte di motivare in questo studio, l'opera di L. Wittgenstein si configura come una complessa riflessione, ad un tempo, critica e costruttiva. Critica, in quanto a partire dalla revisione - abbandono delle posizioni del *Tractatus*, intende porre fortemente in questione nella sua globalità, il tipo di riflessione che ha dominato la filosofia del linguaggio in Occidente a partire dalla lezione di Aristotele. L'idea che il linguaggio aderisca e raffiguri « naturalmente » le cose, che per ogni ente vi sia un solo nome, che relativamente alle strutture della significanza non si diano trasformazioni ed infine, che la comunicazione sia un che di accessorio e di derivato rispetto al paradigma della denotazione — raffigurazione, costituiscono i fondamenti di quella tradizione di pensiero che W. non ha cessato di sottoporre all'erosione del suo lavoro critico.

D'altro canto, l'aspetto più propriamente costruttivo del pensiero wittgensteiniano prende sempre corpo all'interno stesso delle strategie decostruttive. Tale intento costruttivo, che si propone di riportare « a zero » la riflessione sui fenomeni del significare, sospende completamente i titoli di legittimità d'ogni interpretazione formalista e perviene ad enucleare un piano interpretativo

relativo alle condizioni trascendentali e costitutive del linguaggio. L'assunzione di tale « visuale » vieta la riduzione del significare allo statuto di oggetto intramondano e, come più volte sottolineato, ne inibisce una formalizzazione definitiva. Per Wittgenstein, a rigore, non si potrebbe neppur parlare di linguaggio, ma dei « linguaggi », dei giochi linguistici relativi alla sterminata estensione ed articolazione diacronico-sincronica dei contesti d'esperienza (forme di vita) in cui si specifica l'esistenza umana: « Estendiamo i nostri concetti nel modo in cui leghiamo fibra a fibra legando un filo. E la saldezza del filo non sta nel fatto che una sola e medesima fibra lo percorra in tutta la sua lunghezza, ma nel fatto che più fibre si avviluppano le une alle altre [...] Allo stesso modo, si potrebbe dire un qualcosa percorre tutto il filo, cioè l'ininterrotto sovrapporsi di queste fibre » (*Ph. Inv.* Sez. 67). L'essere nel mondo il cui senso è depositato ed articolato nell'aprecomprensione al modo di un indefinito intrecciarsi di un'altrettanto indefinito numero di fibre in un filo e la costituzione intersoggettiva di ogni modalità del significare, costituiscono le coordinate-trascendentali che consentono di liberare il linguaggio dai limiti vincolanti e normativi del formalismo.

Ma, la radicalizzazione di tale nuovo punto di vista può ricondurre alla riproposizione, pur in una fisionomia quasi irriconoscibile, di quella riduzione formalistica del linguaggio che W. si era impegnato a superare in avanti. Tale « rischio » concerne il problema dell'interpretazione dei modi in cui, per W., si concretizzano, nella « prassi normale » degli atti linguistici e dei generi di discorso, quelle condizioni trascendentali che originano e limitano l'esperienza del significare. Tali modalità sono definite, come è noto, per via di immagini quali *gioco* e *regole*. I linguaggi « in opera » sono simili a giochi definiti da regole che delimitano il campo delle mosse (i significati) ammesse e, implicitamente, vietano quelle mosse, quelle alternative che metterebbero in questione la struttura e la finalità del gioco medesimo.

Tali regole, poi, non sono interpretabili nei termini di regolarità logiche, bensì come norme sempre convenzionali relative a forme di vita ed esperienza intersoggettive.

L'infondatezza delle regole (infondatezza nel senso che le regole non sono univocamente norme a priori di ordine logico) richiede che esse vengano indagate come facenti parte di un patrimonio variamente strutturato di orizzonti di senso, patrimonio espresso e mediato da una comunità storica a cui ogni locutore appartiene secondo diverse modalità di localizzazione. Ma è proprio al livello del senso dell'apprendimento e dell'osservanza delle regole che ordinano e delimitano ogni fatto linguistico che sorgono rilevanti problemi interpretativi. Come ha sottolineato J. Bouveresse, nella seconda fase dell'opera di W. sino a *Ueber Gewissheit*, coesistono due diverse versioni di ciò che è da intendersi come osservanza ed assimilazione delle regole⁽³⁸⁾.

Nel *Brown Book* che può essere considerato come il testo preparatorio delle riflessioni svolte nelle opere e in particolare delle *Ricerche filosofiche*, W. assimila l'esperienza del significare come parlare, leggere, scrivere ecc., ad un calcolo. In ogni esperienza significativa, la frase-calcolo discende ed è compresa in base ad un sistema sintatticamente regolato che funge da pressuppo-

(38) Il Bouveresse avanza una doppia ipotesi sul significato dell'osservanza delle regole rifacendosi ad un'esperienza descritta da W. relativa all'apprendimento di operazioni d'ordine matematico (ma ciò può essere esteso anche all'apprendimento linguistico). Il problema che W. rilevava in tale esperienza era il seguente: date le regole di una successione numerica, come avviene che l'ordine di tale successione venga compreso e la successione medesima portata avanti?: « Da un lato W. dice a proposito della prosecuzione della serie numerica dei pari, che invece di affermare che è necessaria un'intuizione ad ogni passaggio sarebbe più corretto dire che una nuova decisione è necessaria ad ogni momento, dall'altro sottolinea più volte che noi non operiamo alcuna scelta, che seguiamo la regola ciecamente e che non possediamo neppure un'immagine di ciò che costituirebbe un'altra interpretazione della regola ed un risultato contrario [...] e ciò in quanto la rappresentazione di una deviazione sistematica è, in fin dei conti, quella di una forma di vita sistematicamente differente e che una tale rappresentazione è esclusa dalla nostra grammatica » J. BOUVERESSE, *La notion de Grammaire chez le second Wittgenstein*, AA.VV. *Wittgenstein et le problème d'une philosophie de la science*, CNRS, Paris 1971, pp. 182-183.

sto inespresso entro il quale soltanto la frase acquista un senso : « La frase ha un senso in quanto elemento di un sistema linguistico, esattamente come una singola espressione entro un sistema di calcolo. Da ciò siamo condotti ad immaginare questo sistema di calcolo, per così dire, come uno sfondo permanente per ogni frase che pronunciamo e ciò ci induce a pensare che benché la frase scritta su di un foglio o pronunciata a voce si trovi isolata, nell'atto mentale il sistema di calcolo è presente in blocco » ⁽³⁹⁾. Secondo questa osservazione del *Brown Book*, parlare correttamente un linguaggio pare dipendere dalla disposizione da parte di ogni locutore di una buona competenza logico-sintattica. Possiamo parlare o « calcolare perché siamo sempre in grado di dedurre, senza mai tematizzarli esplicitamente, i passaggi e le sequenze che dalle regole del sistema e consentono la produzione e comunicazione di proposizioni sensate. Così, l'addestramento avrebbe il compito di far interiorizzare tutte le relazioni ammesse dal sistema e quindi di produrre una buona competenza sintattico-deduttiva. Dice ancora W., accentuando l'aspetto « meccanico » della relazione tra atto del significare e sistema sintatticamente regolato che condiziona e limita l'atto medesimo : « Una volta marcata con un medesimo significato, la regola traccia la linea della sua propria osservanza attraverso l'intero spazio [...] Quando seguo la regola non scelgo. Seguo la regola ciecamente » (*Ph. Inv. Sez.* 219).

Le regole si impongono quindi sempre con necessità. Ma l'operare del linguaggio che nel *Brown Book* veniva descritto nei termini di un calcolo e quindi poteva suggerire che ogni singolo atto linguistico fosse dedotto al modo di una conseguenza neces-

(³⁹) L. WITTGENSTEIN, *The Blue and Brown Books*, Oxford 1969, p. 42; cfr. anche L. W. *Philosophische Grammatik*, Oxford 1969 lavoro di pochi anni anteriore al *Blue and Brown Books* ove è esposto per la prima volta il punto di vista secondo il quale il linguaggio sarebbe assimilabile ad un « sistema di calcolo ».

saria date le premesse, ossia date le regole sintattico-grammaticali del sistema, assume a partire da numerose riflessioni delle *Ricerche filosofiche* un diverso significato. W. infatti richiama sempre più episodicamente l'immagine del calcolo e ad esso fa subentrare quella del gioco disciplinato da regole che definiscono il campo di ciò che ha senso. Di conseguenza, la necessità con cui si impongono e vengono osservate le regole viene progressivamente sottratto alla dimensione sintattico-grammaticale più estesamente imputata all'ambito delle forme di vita entro le quali quelle stesse regole si originano ed operano. La necessità è quindi sempre di natura convenzionale, di una convenzionalità che si forma ed afferma la forte legalità che le è propria nell'ambito del mondo delle forme di vita ma che non per questo si impone con minor *perentorietà*: « Ma non potremmo calcolare nel modo in cui tutti calcoliamo (trovandoci tutti d'accordo) e tuttavia, ad ogni passo, avere la sensazione di essere guidati dalle regole come da un incantesimo: stupiti forse del fatto che ci troviamo tutti d'accordo? » (*Ph. Inv. Sez.* 234). Da ciò, pur proseguendo nel far uso dell'immagine della proposizione — calcolo, appare abbastanza evidente che la necessità con la quale si affermano le regole che la governano, per W. deve essere individuata come espressione oggettivata delle necessità inerenti alle forme di vita ed ai rapporti intersoggettivi: « Così tu dici che è la concordanza tra gli uomini a decidere che cosa è vero e cosa è falso, vero e falso è ciò che gli uomini dicono e nel linguaggio gli uomini concordano. E questa non è una concordanza delle opinioni, ma della forma di vita » (*Ph. Inv. Sez.* 241).

Questo metodo della riduzione dei linguaggi e dei generi di discorso alle forme di vita ai contesti pratico-intersoggettivi in cui i linguaggi operano specifica così una diversa fisionomia del senso dell'osservanza delle regole o, in altri termini, della relazione tra intenzionalità e codici dell'espressione-comunicazione del senso. Osserva a tal proposito J. Bouveresse: « Sono le regolarità nell'applicazione ed osservanza che, in un certo senso, fanno esistere

la regola e non viceversa » (⁴⁰). Tutte le volte che una regola viene osservata e si impone con necessità, possiamo affermare che ciò esprime una regolarità nelle aspettative e nelle risposte, nelle dinamiche e nei caratteri dei comportamenti umani. Da ciò ancora, le regole non possono pretendere una legittimazione che risulti sciolta dalla sfera delle forme di vita di cui sono, ad un tempo, espressione e condizione di senso.

Alcuni interpreti del pensiero wittgensteiniano hanno rilevato in questa metodologia della riduzione pragmatico-antropologica del linguaggio la posizione di una sorta di nuovo determinismo, dovuto alla forte tendenza al più rigido behaviourismo che caratterizzerebbe l'intera seconda fase della filosofia di W. (⁴¹). Piuttosto che di tendenza al behaviourismo, ci è parso più opportuno rilevare il rischio che un'*inadeguata interpretazione* delle non sempre facili espressioni del pensiero wittgensteiniano e, in particolare, della densa fenomenologia dei giochi linguistici, riproponga un nuovo tipo di formalismo non certo al modo di una « teoria logica » del linguaggio, bensì come riduzionismo di ogni fatto linguistico e d'ogni significato all'unico orizzonte significante possibile e cioè alla datità dei modi concreti e quotidiani del significare a cui Wittgenstein e, dopo di lui, l'intera filosofia analitica, dà il nome di « *ordinary language* ». Ci pare cioè che la forte carica di problematicità e di fecondità della filosofia dei giochi linguistici sia da imputare alla difficoltà interpretative relative alle due linee tematiche più delicate e decisive di tale pensiero.

(⁴⁰) J. BOUVERESSE, *op. cit.*, p. 184.

(⁴¹) Cfr. In particolare i lavori di E. GELLNER, *Words and things*, London 1959 (tr. it.), Il Saggiatore, Milano 1961; D. GRUENDER, *Wittgenstein's on Explanation and Description*, in « Journal of Philosophy », Sept. 1963; U. SCARPELLI, *La natura dell'analisi del linguaggio*, « Rivista di filosofia », 3, 1955, ed il più recente, M. CACCIARI, *Krisis. Saggio sulla crisi del pensiero negativo*, Feltrinelli, Milano 1976. Cfr. inoltre le aspre critiche di H. MARCUSE in *One dimension Man*, Boston 1964, tr. it. Einaudi, Torino 1967 e G. LUKACS, *Die Zerstörung der Vernunft*, Berlin 1954, (tr. it., Einaudi, Torino 1959).

Una prima rilevante difficoltà è inerente al senso continua oscillazione che pare caratterizzare le relazioni tra l'essere del significato e l'atto del significare. Da un lato, infatti, ogni significato è relativo ad un *uso*, ossia alle pratiche effettive del significare, ma l'atto del significare è, a sua volta è già sempre, regolato al modo di un gioco le cui regole sono fissate come una sorta di contratto inespresso e tuttavia vincolante tra i « giocatori ». In tal senso, l'intenzionalità che motiva l'atto del significare può esprimersi a condizione che sia disciplinata dalle regole che governano linguaggi e generi di discorso. Così, l'atto stesso del significare (nella terminologia di W. *l'uso*) da cui dipende l'essere del significato deve, a sua volta, e « già sempre » attuarsi in un campo di significanza previamente codificato e riconosciuto. Tale campo è delimitato dalle regole che manifestano il livello di coerenza con la quale forme di vita, consuetudini socio-culturali, interpretazioni pubbliche, istituzioni e rapporti intersoggettivi si esprimono nell'ambito della produzione del senso.

Ma quanto detto sulla fisionomia oscillante-circolare delle relazioni tra l'essere del significato e l'atto del significare ci pare colga ancora solo parzialmente il pericolo della riproposizione di un nuovo formalismo-determinino messo in luce da numerose interpretazioni del pensiero di W. e che abbiamo fatto temporaneamente nostra. Tale possibilità ci pare dipenda, più profondamente, da una seconda difficoltà interpretativa relativa al senso richiesto dalla nozione di « *lingua d'uso* » o più semplicemente ancora una volta dalla categoria « uso » che all'interno della metodologia di W. funge da riferimento ultimo per la comprensione d'ogni fatto linguistico. Se infatti tale nozione viene intesa come un che di statico, come il « dato » necessario ed ineludibile nella sua immediatezza ed « evidenza » esso sembra riproporre, anche se in una ben diversa fisionomia, quel paradigma del « modello oggettuale » dal quale la tradizione formalista faceva dipendere l'essere e la legittimità di ogni significato. In altri termini, se il « linguaggio d'uso » non viene a sua volta mediato e dialettizza-

to secondo le sue dinamiche costitutive e trasformative, ossia se esso non viene considerato a partire dalla sua radicale *finitezza* e *storicità*, esso si impone come quel riferimento formale in base al quale fondare una nuova « teoria » del linguaggio.

In tal senso, ogni significato, ogni termine, ogni « parte » del linguaggio non sarebbe più relativa e dipendente da un Mondo d'oggetti indipendente da ogni interpretazione ed intenzione di senso, bensì ad un repertorio altrettanto rigido di usi, convenzioni che specificano con non minor necessità i limiti dell'area del senso.

Inoltre, tutto ciò renderebbe, per così dire, patologiche, desinate all'emarginazione o addirittura al tramonto quelle modalità del linguaggio, quei « giochi » che si caratterizzano a partire dalla tensione che sviluppano nei confronti della datità delle convenzioni e degli usi. Sarebbero cioè penalizzati quei bisogni, quelle intenzioni che si orientano costitutivamente alla trascendenza, alla ricerca di un senso (e quindi, implicitamente alla ricerca di forme di vita) che non può essere soddisfatto dalla categoria dell'« ordinario » e dalle regole che lo disciplinano. Osserva in tal senso K. O. Apel: « Questo metabisogno potrebbe stare ed accrescersi in rapporto complementare con la strumentalizzazione, ancor sempre in progresso, del linguaggio, nella politica, nella tecnica, nella economia e nella scienza ed esso potrebbe anzi, forse generare nell'arte, nella religione e nella filosofia giochi linguistici nei quali non accade tanto che la regola convenzionale dell'uso fissi il senso delle parole e delle proposizioni come utensili (*Werk-Genge*), quanto, piuttosto, che la concentrazione del senso nelle parole e nelle proposizioni cooperi alla costruzione di un gioco linguistico e dunque di una nuova forma di vita » (⁴²).

La posizione del linguaggio ordinario come « metaorizzonte » d'ogni possibile intenzione di senso metterebbe così in grave

(⁴²) K. O. APEL, *Transformation der Philosophie*, Frankfurt 1973, (tr. it. *Comunità e Comunicazione*, Torino, 1977, pp. 42-43).

pericolo una modalità costitutiva dell'essere nel mondo e dell'intersoggettività, e cioè la tensione alla trascendenza che, al pari della relazione alla datità ed alla determinatezza, pare specificare irriducibilmente le condizioni trascendentali del linguaggio. In tal senso, il discorso utopico, la carica metaforica del linguaggio poetico e persino il linguaggio religioso verrebbe condannati all'insensatezza o all'ineffettualità in ragione di un loro cronico « vuoto referenziale » ossia a causa di quella tensione insopprimibile nei confronti della adeguazione alle prescrizioni, convenzioni ed usi linguistici dati. E forse la stessa filosofia ne verrebbe gravemente colpita in quanto risulterebbe gravemente inibita la sua costitutiva tendenza alla riflessione ed al trascendimento della datità ⁽⁴³⁾.

10. Il rilievo critico che è stato avanzato nei confronti dei pericoli che comporta l'assolutizzare la dimensione del linguaggio ordinario come quel « linguaggio ultimo », come il « metaorizzonte » del senso, in base al quale è sempre possibile decidere del significato dei termini e degli enunciati, deve essere tuttavia sottoposto ad un'ultima e definitiva precisazione. Già si sa che tale pericolo concerne essenzialmente le difficoltà interpretative riguardanti alcuni motivi centrali del pensiero di W., ma soprattutto — a nostro giudizio — il modo in cui la Filosofia analitica ha

⁽⁴³⁾ Tale pericolo era stato rilevato da H. Marcuse come una delle conseguenze della egemonia della filosofia analitica nell'ambito del pensiero contemporaneo, in particolare di quello anglo-sassone. Ci pare però che tale rilievo critico vada addebitato ad alcuni esiti della riflessione della filosofia analitica e non, come era negli intendimenti di Marcuse, al pensiero di Wittgenstein da lui considerato il maggior ispiratore della filosofia analitica medesima: dice Marcuse: « Ciò che è in palio tuttavia, non è la definizione o la dignità della filosofia. È piuttosto la possibilità di conservare e proteggere il diritto, il bisogno di pensare e di parlare in termini diversi da quelli dell'uso comune, in termini che sono densi di significato, razionali e validi precisamente perché sono diversi » H. MARCUSE, *One dimension Man*, op. cit. p. 191.

interpretato e fatto uso di tali motivi come criteri fondanti del proprio metodo.

In altri termini, ci pare che il valore e l'uso epistemologico che la filosofia analitica ha attribuito al linguaggio ordinario sia dipeso essenzialmente da un'interpretazione unilaterale e riduttiva del senso che tale categoria possiede nella riflessione di W. Come è noto, il linguaggio ordinario assume nella metodologia dell'analisi del linguaggio la funzione di una sorta di « rasoio epistemologico »: termine di riferimento e, in ultima istanza, di decisione per l'esame del « corretto » uso dei termini e degli enunciati da parte d'ogni linguaggio e genere di discorso. Ora, tale valore dell'ordinario pare dipendere da una « idolatria » della datità linguistica intesa come quel linguaggio non passibile di trasformazioni (che vengono ammesse solo per i linguaggi tecnici delle matematiche e delle logiche simboliche), perché in sé già « perfetto ».

Ma un'analisi sufficientemente attenta del pensiero wittgensteiniano basterebbe a mostrare quanto quest'ultimo sia lontano da tali posizioni. Non crediamo cioè che l'osservazione critica che abbiamo cercato di puntualizzare possa essere imputata al pensiero di W., ché la sua stessa natura critica ed aperta lo vieta. Ci pare, al contrario, che W. abbia sempre sentito e spesso apertamente tematizzato il senso della irriducibile finitezza e non ultimatività di ciò che cade sotto la categoria dell'ordinario, del normale, sia esso linguaggio o esperienza.

Lo testimoniano le immagini con le quali il filosofo austriaco ha espresso la forza trasformativa che percorre i « giochi linguistici ». Ricordiamo in tal senso, la metafora della « città » nelle *Ricerche* o quella della « mitologia » e del « fiume » di *Ueber Gewissheit*: « Le proposizioni che descrivono l'immagine del mondo potrebbero appartenere ad una specie di mitologia [...] La mitologia può di nuovo tramutarsi in corrente, l'alveo del fiume dei pensieri può spostarsi. Ma io faccio una distinzione tra

il movimento dell'acqua nello alveo del fiume e lo spostamento di quest'ultimo, anche se tra le due cose una distinzione netta non v'è » (U.G. Sez. 95-97).

Lo testimoniano ancora e soprattutto il profondo senso della finitezza che W. ha sempre attribuito all'esperienza umana quale. E ciò in forza della costante tensione etica e religiosa del suo pensiero e della sua stessa vicenda esistenziale. Una tensione che dalle disperate e disperanti riflessioni del *Tractatus* sulla solitudine etica della persona entro l'assoluta enigmaticità del mondo, si mantiene viva trasformandosi in una lucida e tuttavia sempre appassionata adesione critica alla vita partecipata e riflessa dal punto di vista della irriducibile problematicità ed urgenza del suo senso ⁽⁴⁴⁾. Da ciò, la ricorrente presenza del senso del « *limite* » che vieta al pensiero ogni forma di feticismo nei confronti di ciò che è « dato » e che, ad un tempo, consente al pensiero stesso di tener vivo il bisogno di « *ulteriorità* » su cui si fonda e si mantiene la « *religiosità* » della testimonianza filosofica ed esistenziale di W.: « Come Kirkegaard anche Wittgenstein distingue le verità che si dimostrano e le verità che si testimoniano. Queste ultime sono quelle verità, quegli ideali per i quali si può vivere o morire. E le verità che si testimoniano non hanno bisogno di maestri, ma solo di testimoni [...] L'uomo di fede non parla di Dio, ma confessa i propri peccati. E la prima condizione della religiosità è la distruzione degli assoluti terrestri (la scienza assolutizzata, l'ideologia scienziata, la metafisica atea o teista che sia, lo stato etico, il diritto naturale ⁽⁴⁵⁾).

⁽⁴⁴⁾ Cfr. i molti « pensieri » sul Cristianesimo e sull'esperienza ed il linguaggio religioso raccolti da H. VON WRIGHT: Tr. it. *Pensieri diversi*, cit. cfr. anche i lavori di A. KEIGHTLEY, *Wittgensteins Grammar and God*, cit. D. ANTISERI, *Dopo W., dove va la filosofia analitica?*, e dello stesso autore l'articolo « *Teologia come grammatica* », « Città di vita », marzo-aprile 1973.

⁽⁴⁵⁾ *Ibidem*, pp. 100-101. ormai ingente la bibliografia sulla religiosità di Wittgenstein e molti sono gli studi di ermeneutica del linguaggio religioso che, in vari modi, utilizzano le indicazioni interpretative di Wittgenstein. Cfr. in particolare: K.

Tutto ciò ha fortemente contribuito alla costituzione dell'immagine di Wittgenstein come « genio della distruzione »: noi diciamo piuttosto come l'autore di un pensiero la cui forza critica e corrosiva si è costantemente rivolta a « comprendere » e perciò a decostruire le « spiegazioni » assolute, la volontà autoritaria delle interpretazioni totalizzanti siano esse metafisiche o « scientifiche », e soprattutto, la pretesa dei « miti » del mondo moderno di dare una risposta ultimativa e tranquillizzante al senso dell'esperienza umana ⁽⁴⁶⁾.

Per questo, cioè per il vivo senso della « possibilità » e dell'« ulteriorità » rispetto a ciò che è dato, non ci semba corretto e neppure fedele allo « spirito » del suo pensiero, imputare a W. l'accusa di aver travestito un vecchio determinismo sotto i panni di una « nuova filosofia ».

Ciò che W. ha consegnato al pensiero contemporaneo è piuttosto la straordinaria fecondità di un « punto di vista » nei confronti dell'esperienza del significare. Un punto di vista che mira

NIELSEN, *Wittgenstenian Fideism*, in « Philosophy Today », 1967; D. ANTISERI, *Filosofia analitica e semantica del linguaggio religioso*, Brescia 1974; D. ANTISERI, *Semantica del linguaggio religioso*, in « Civiltà delle macchine », Dic. 1979; E. Sudhalter, *Ethik, Religion und Lebensformen, bei L. Wittgenstein*, Innsbruck, 1973; D. HUDSON, *Wittgen's Fideism*, New York, 1969; D. HUDSON, *Wittgenstein and religious Belief*, London 1975; M. J. CHARLESWORTH, *Philosophy and Linguistic analysis*, Pittsburg, 1959; V. MELCHIORRE, *Linguaggio religioso e tradizione illuminista*, V. Melchiorre. Ideologia, utopia, religione, Milano, 1980; V. MELCHIORRE, *L'immaginazione simbolica*, Il Mulino, Bologna, 1972.

(46) Così W. esprimeva nella *Prefazione alle Philosophischen Bemerkungen* la « differenza » ed, in un certo senso, la incompatibilità tra l'intenzione che animava la sua ricerca filosofica e lo « spirito » del mondo moderno: « Questo libro è scritto per persone che si trovano in una disposizione amichevole nei confronti dello spirito che lo anima. Tale spirito è diverso da quello della grande corrente della civiltà europea ed americana in cui noi tutti ci troviamo. Questo si esprime in un progresso, in una costituzione di strutture sempre più grandi e più complesse, l'altro in un'aspirazione alla chiarezza ed alla trasparenza delle strutture, qualunque esse siano. Per questo motivo, il primo giustappone una costruzione all'altra, si innalza — per così dire — sempre di più, di gradino in gradino, mentre il secondo resta laddove e vuole sempre conoscere la medesima cosa » L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Bemerkungen*, Oxford 1964, (tr. it. *Osservazioni filosofiche*, Einaudi, Torino 1976, p. 2).

alla chiarificazione di ciò che « sempre » abbiamo davanti a noi senza però pretendere di duplicarli in un modello più perfetto, più adeguato alla volontà di perfezione e di completezza che, ad un tempo, muove e spesso vizia la filosofia. « Ciò che noi forniamo sono, propriamente, osservazioni sulla storia naturale degli uomini . . . ». Secondo tale punto di vista, l'indagine sui fenomeni del linguaggio equivale quindi, come avverte W., ad una ricerca sulla « storia naturale » degli uomini. Equivale ad una instancabile ricostruzione di quell'immane lavoro di simbolizzazione e di conferimento di senso che sta alla base di ogni manifestazione linguistica, da quelle più quotidiane ed impegnate nella gestione « ordinaria » dell'esistenza, sino alle organizzazioni significanti più complesse ed articolate. E ciò, implicitamente, metterà in guardia il pensiero — ed è ciò che Wittgenstein non ha cessato di fare — da ogni pretesa « naturalità », « oggettività » e definitività con la quale spesso società e culture testimoniano di sé, trasmettendo, in realtà, il proprio « immaginario »: « Da un lato sembra che ogni società dispieghi un'attività instancabile per penetrare il reale di significazione e costruire dei sistemi semiologici fortemente e sottilmente organizzati convertendo le cose in segni ed il sensibile in significante; dall'altro, una volta questi sistemi costituiti (o, più esattamente, via via che questi si costituiscono), gli uomini dedicano altrettanta attività a mascherare la loro natura semantica, a riconvertire il rapporto semantico in rapporto naturale o razionale » (⁴⁷).

(⁴⁷) R. BARTHES, *Sistema della moda*, Torino 1970, p. 289.

PIERGIORGIO PERUZZI

LAVORARE A CORTE: « ORDINE ET OFFICIJ ».
DOMESTICI, FAMILIARI, CORTIGIANI E FUNZIONARI
AL SERVIZIO DEL DUCA DI URBINO (*)

(*) Comunicazione letta al Convegno su Federico da Montefeltro, tenutosi ad Urbino e Gubbio nei giorni 3-8 ottobre 1982, e che viene pubblicata anche negli atti di quel Convegno editi dal Comune di Urbino e dall'Europa delle Corti.



SOMMARIO: 1. Il signore, il palazzo e la famiglia signorile. — 2. L'« ordo » familiare e l'« officium ». — 3. Il rapporto di lavoro: le « operae ». — 4. Le fonti: l'« Ordine et officij » e l'« Instruttione breve et succinta ». — 5. L'« officio di paggi »: la formazione del cortigiano e del funzionario. 6. Il trattamento retributivo dei familiari: il « victum et vestitum », la « discretione de succurrimento », la « provigione deliberata », la « mercede o salario ». — 7. Il compromesso con le « arti »: la posizione del « barbiero » e del « spetiale » nell'« officium ». — 8. Il delitto come giusta causa dell'allontanamento dall'« ordo »: funzioni di vigilanza e prerogative gerarchiche. — 9. Il trattamento riservato a chi « non fesse bona reuscita » e all'anziano. — 10. Il lavoro del familiare come rapporto stabile. — 11. Situazioni che possono influire sul rapporto di lavoro del familiare: l'organizzazione militare e i rapporti feudali. — 12. La natura giuridica del rapporto del familiare e del Signore: rapporto di servizio e contratto di lavoro.

1. Nei due secoli e mezzo durante i quali i conti e poi i duchi da Montefeltro e Della Rovere hanno retto il governo della città e del contado di Urbino, nessuna altra scelta ha lasciato segno più profondo quale quella di Federico che, « tra l'altre sue cose lodevoli, nell'aspero sito d'Urbino edificò un palazzo, secondo l'opinione di molti, il più bello che in tutta l'Italia si ritrovi; e d'ogni oportuna cosa si ben lo fornì, che non un palazzo, ma una città in forma di palazzo esser pareva » ⁽¹⁾.

Il passo di messer Baldasar Castiglione è notissimo, ricordato fino all'abuso ⁽²⁾; lo ripropongono perché esprime una precisa

⁽¹⁾ La citazione è tratta dalla c.d. prima « redazione » de *Il Cortegiano* ... annotato e illustrato da V. CIAN³, Firenze 1929, p. 16. Sul problema della successiva elaborazione cfr. G. GHINASSI, *L'ultima revisore del 'Cortegiano'*, in *Studi di Filologia Italiana*, XXI (1963), pp. 217-264; *Fasi dell'elaborazione del 'Cortegiano'*, in *Studi*, cit. XXV (1967), pp. 155-196. Diverso è il testo della seconda, per il quale cfr. *La seconda redazione del 'Cortegiano'*, ed. critica per cura di G. GHINASSI, Firenze 1968, p. 5.

⁽²⁾ Il passo è stato recentemente ricordato da A. PINELLI, *Federico e l'arte. Un febbrile cantiere*, in *Il Messaggero*, 8 settembre 1982, p. 7, ed anche da M.

ideologia ⁽³⁾, un modo attento di rappresentare il potere da parte del signore ⁽⁴⁾.

La fabbrica voluta da Federico è pensata infatti anche come strumento di potere, perché in essa confluisce l'amministrazione che in precedenza era esercitata da altre magistrature, presso formazioni collegiali o assembleari, corporazioni o consorterie ⁽⁵⁾.

SANFILIPPO, *Tutto armi e cultura*, in *Il Messaggero*, cit. p. 7. Posso anche aggiungere che la bella descrizione del Castiglione era stata premessa da F. SANGIORGI, ai suoi interessantissimi *Documenti urbinati. Inventari del Palazzo Ducale (1582-1631)*, Urbino 1976 (= *Accademia Raffaello-Urbino. Collana di Studi e Testi*, 4), p. 5.

⁽³⁾ La stessa che compare in *Ordini et officij alla Corte del Serenissimo Signor Duca d'Urbino. Dal codice manoscritto della Biblioteca Vaticana (Urb. lat. 1248)*, Urbino 1932, cap. XV, « De li strumenti circa la persona del Signore », p. 24. Il Ms Urb. Lat. 1248, è edito a cura di G. Ermini, e devo segnalare che il testo è molto spesso identico all'*Istruzione breve et succinta del modo de servare nel governo di casa*, e sul quale cfr. *infra*, p. 350 ss. Ho ritenuto opportuno pertanto citare il testo dal Ms Urb. lat. 1248, rinviando anche alle pagine dell'edizione dell'Ermini, e, dove è possibile, anche al testo dell'*Istruzione breve et succinta*. Avverto però che quest'ultimo scritto manca della numerazione in capitoli, che ho integrato appositamente. Inoltre le rubriche dei capitoli dell'uno e dell'altro testo spesso non coincidono. Per evitare ripetizioni ha creduto opportuno riportare sole le rubriche dell'*Istruzione*, che non corrispondono a quelle dell'Urb. lat. 1248.

⁽⁴⁾ All'apertura delle celebrazioni per il quinto centenario della morte di Federico da Montefeltro, C.BO, nel suo discorso inaugurale *A casa del Duca*, in *Il nuovo Leopardi*, 4 (1982), p. 3, ricordava ai partecipanti la concezione di F. Cusin, per cui « l'opera politica di Federico da Montefeltro, anche se ciò può apparire un paradosso, è il palazzo ducale di Urbino ». Il Cusin, nella conferenza edita postuma, *La personalità storica dei Duchi di Urbino*, Urbino 1970, pp. 63-64, richiama la concezione del Filarete in cui lo « Stato vi è paragonato ad una costruzione architettonica di cui il principe è il capomastro e l'ingegnere che deve provvedere alla sistemazione di tutto le parti ». Aggiungerei che il palazzo, non è solo un'insegna e un disegno politico, ma è anche un modo di gestire e rappresentare il potere.

⁽⁵⁾ Il processo di degradazione dei poteri delle formazioni assembleari, in Urbino, segue tappe precise. Sulle vicende e sulle modifiche del « consilium de campana », cfr. P. PERUZZI, *Note sulla legislazione statutaria urbinata anteriore al secolo XV. Con una appendice di documenti ed un « index rubricarum » di statuti trecenteschi*, in *Studi Urbinati*, S.A., 22 (1963-64), pp. 9-10, n. 18 e pp. 15-17, ed in particolare la n. 30. Tale processo si evolve a tutto vantaggio del Signore, modificandosi in favore di chi esercita il potere, superando quel limite che, nelle monarchie precedenti, era interposto dal parlamento. Essenziali a questo proposito le considerazioni di G. DE VERGOTTINI, *Signorie e principati*, in *Scritti di storia del diritto italiano* a cura di G. ROSSI, II, Milano 1977 (= *Seminario Giuridico dell'Università di Bologna*, LXXIV), pp. 643-660. In Urbino durante la seconda metà del XV secolo, Federico è già in grado di esercitare

Il Duca abita a palazzo: da qui comanda le milizie ⁽⁶⁾, rende giustizia, accorda le grazie ⁽⁷⁾, promulga i decreti, approva o riconosce gli statuti alle terre, alle ville, alle città.

un controllo indiretto sul Consiglio dei Quaranta, seguendo quell'abile gioco che egli stesso descrive in una lettera a Pierantonio Paltroni del 25 novembre 1463, già edita da F. UGOLINI, *Storia dei conti e duchi d'Urbino*, II, Firenze 1859, App., doc. nu. 11, p. 520, correttamente ripubblicata da W. TOMMASOLI, *La vita di Federico da Montefeltro (1422-1482)*, Urbino 1978, p. 165. Suo figlio Guidubaldo può già inviare precise indicazioni al Consiglio, non più raccomandazioni, ma veri ordini, cfr. G. ROSSI-P. PERUZZI, *Cronache della prima metà del Cinquecento per la storia del Ducato di Urbino*, in *Studi in onore di Arturo Massolo (= Studi Urbinati, N.S.B. 1-2, 1967)*, II, pp. 1184 e p. 1190.

(6) Ad alcuni uomini d'arme Federico paga il soldo anche in tempo di pace: si conoscono i nomi di « quatro capitani, li quali el Duca li tenea salariati per pace et per guerra per haverli sempre a li suoi bisogni », nonché di tre « colonnellj de fancteria », come è ricordato da Susech, nella sua « memoria felicissima », conservata nel Ms Urb. lat. 1204, f. 103r, sulla quale cfr. *infra*, p. 334 e segg., n. 51 e n. 53.

(7) Mancano ricerche particolari intorno all'amministrazione della giustizia nel Ducato d'Urbino, né questa è l'occasione più opportuna per approfondire l'argomento. Vorrei solo sollecitare una verifica delle tendenze che, mi sembra, interessino la formazione del governo signorile. Il signore cerca di condurre l'amministrazione della giustizia negli schemi di una organizzazione unitaria, gerarchicamente convergente verso di lui. Ricorderei che già Antonio da Montefeltro, nel 1396, si preoccupa di pubblicare le « Consitutiones appellationum », in modo tale che la materia degli appelli venga definitivamente sottratta alla competenza dei Rettori o dei Legati, che, nelle terre dello Stato della Chiesa, sono i giudici naturali. Ma sul problema cfr. G. ERMINI, *La libertà comunale nello Stato della Chiesa. Da Innocenzo III all'Albornoz (1198-1367): L'amministrazione della giustizia*, Roma 1927. Ho già riportato incidentalmente la notizia della pubblicazione di queste « constitutiones » nelle mie *Note*, cit., pp. 18-19, n. 37, sarebbe però opportuno verificare quante disposizioni del signore siano poi finite nel libro « De appellationibus » degli *Statuta civitatis Urbini* (ed. Pisauri 1559), che sono piuttosto tardi e contengono molto materiale proveniente da provvedimenti signorili. Le ricordate « constitutiones » sono contenute nel Ms 71 della Biblioteca Universitaria di Urbino; trascivo la prima disposizione, che è al f.33v (44): « Quis sit iudex appellationum et ad quem debeat appellari (Rubrica). — In primis statuimus et ordinamus quod Vicarius noster, qui nunc est et pro tempore in futurum erit, sit et esse debeat iudex appellationum, et nullitatem, et reclamationum restitutionis in integrum, et reductionis ad arbitrium boni viri et arbitris et arbitratoribus, et index superior, et superiorem iurisdictionis habens quo ad omnes potestates, capitaneos, iudices, vicarios et efficiales dicte civitatis Urbini, eiusque comitatus fortie et districtus, civitatis Callij, Montis Feretri et omnium terrarum et locorum nobis subiectorum; vel civitatis Urbini, tamen possit in partes etiam super his recurrere ad ordinarios, in casibus in quibus de iure communi permittitur. Et quod in appellationibus interponen-

Tutti possono andare a palazzo ⁽⁸⁾. Cittadini, che ormai potremo anche chiamare sudditi ⁽⁹⁾, e forestieri ⁽¹⁰⁾, che intrattengo-

dis et nullitatibus dicendis a dicto nostro Vicario vel gestis ad eo ad Nos debeat appellari et Nos, in illis, sumus et esse intelligimus iudex competens ».

L'edificio della giustizia tende a far capo al signore: anche la bolla « Ad sacram Beati Petri Sedem », del pontefice Giulio II, pubblicata il 18 febbraio 1507, che riconosce l'istituzione in Urbino di un collegio giudicante eretto già l'anno prima, rispetta questa tendenza di accentramento nelle mani del signore. Queste interessanti vicende sono state indagate da M. CAPPONCELLI, *Il Collegio dei Dottori e lo Studio Urbinato dalla costituzione del Collegio medesimo alla creazione dell'Università (1506-1671)*, nella sua tesi di laurea discussa nell'anno accademico 1965-66, presso la Facoltà di Giurisprudenza di Urbino, ora seguito, sempre nella descrizione delle vicende dell'istituzione della rota urbinata, più che « ad unguem », da F. MARRA, nel suo *Chartularium per la storia della Università di Urbino (1563-1799)*, Urbino 1975, I, pp. 13-17. Il Capponcelli aveva già messo in luce che al « collegium » urbinato erano state attribuite competenze già concesse da Papa Alessandro VI ad una « Rota in Romandiola ». Credo però che valga la pena di segnalare come, assai prima della riforma che si attribuisce ad Alessandro VI, esistesse già un « collegium iudicum civitatis Urbini », come sembrano confermarci le ricordate « constitutiones appellationum » del Ms 71, ff. 59v-60r (60-61), alla « de appellationibus et querelis. (Rubrica) », che espressamente dice: « ...et dicte commissiones assessorum vel sapientum fieri debeant sapientibus et sapienti de Collegio iudicum civitatis Urbini... ».

(8) Naturalmente sono documentate anche altre situazioni: a Milano, p.e., per la frequenza di troppi visitatori e per evidenti ragioni di sicurezza, il Duca proibì l'ingresso libero al Castello, mentre affidò ai domestici la sorveglianza degli appartamenti ducali, cfr. F. MALAGUZZI VALERI, *La Corte di Ludovico il Moro. I. La vita privata e l'arte a Milano nella seconda metà del Quattrocento*, Milano 1929, pp. 275-276.

(9) Il processo attraverso il quale i « cives » vedono degradare tale loro condizione in quella di « subditi », nel Ducato di Urbino si conclude forse nel secolo XVI. Sul tema vedi G. ROSSI-P. PERUZZI, *op. cit.*, pp. 1182-1184. Comunque il tentativo signorile è certamente risalente, ed è già in atto fin dai tempi di Antonio da Montefeltro († 1402). Registrerei una testimonianza del 1396 — « ...experientia docente cognovimus, et nobis et nostris subditis undecumque est sapius querellatum ac cum instantia postullatum... » — leggibile nel « proemium » delle « Constitutiones appellationum » cit., f. 41v. Non voglio nascondere il colore retorico e i numerosi luoghi comuni del ricordato « proemium », certamente attinti ai molti « exempla », accessibili facilmente ai cancellieri urbinati. Ma non posso neppure nascondere che ogni riconosciuta derivazione è poco influente se si considera l'assenso, e forse la soddisfazione del committente, che poi è il signore.

(10) La presenza di forestieri a palazzo è un aspetto non trascurabile della vita di corte in Urbino. Proprio per i forestieri sono previsti particolari trattamenti, ma vedi in *Ordine* cit., il cap. LV, « Del servimento di forosthieri », f. 62r-62v (= 80); inoltre il cap. LVI, « De le stantie di forosthieri », ff. 62v-63r (= 81); il cap. LVII, « Del

no rapporti con il signore ⁽¹¹⁾).

Una parte del palazzo è considerata « pubblica », cioè accessibile a tutti: da essa sono tenuti lontani soltanto i mendicanti, cautamente dirottati verso l'ufficio dell'« helemosiniere », che è sito « in loco remoto », per non infastidire chi frequenta palazzo ⁽¹²⁾. L'entrata, i portici, le scale, la sala, « li lochi dove se ha da andare fino a la camera del Signore », sono « publici » ⁽¹³⁾.

Si entra a palazzo dalle porte principali, che « voriano essere aperte la matina a grande hora et la sera serrate » ⁽¹⁴⁾; né nei

scalco di foristieri », f. 63r-63v (=81-82); il cap. LVIII, « De la credenza et credenziero di foristhieri », ff. 63v-64r (= 82); il cap. LVIII, « Del schalcho di foristhieri », f. 64r (= 83); il cap. LX, « Del modo del servire li foristhieri », ff. 64r-66r (= 83-85). Nell'*Istruzione*, cit. il cap. XLIII, cit., f. 29v; il cap. XLV, cit. ff. 29v-30r; il cap. XLVI cit. f. 30r-30v; il cap. XLVII, « Del credentiere per i forestieri », f. 30v; il cap. XLVIII, f. 30v; il cap. LX cit., ff. 30v-32v. La ricordata « memoria felicissima » del cortigiano Susech, annota il nome degli « scalchi per i forestieri », noti peraltro anche all'altra lista adespota, vedi Urb. lat. 1204, f. 100v e 109r.

⁽¹¹⁾ Il termine « signore » ed ogni suo derivato è perfettamente inteso dai contemporanei; ricorderei in proposito la testimonianza di Gabruius de' Zamorei, riferita da F. COGNASSO, *Istituzioni comunali e signorili di Milano sotto i Visconti*, in *Storia di Milano*, VI, VII (= *Il Ducato di Milano e la Repubblica Ambrosiana. 1392-1450*), Milano 1955, p. 537, che, nei suoi « sermones », narra di un personaggio, che esercita il potere signorile e che ormai non accetta più di essere chiamato con il proprio nome, ma pretende quello di « signore ».

⁽¹²⁾ Cfr. *Ordine*, cit., cap. XXXI, « Officio de lo helemosiniere », f. 36r, (= 46-47): « et cusi che li poveri che vengono a casa li sia data la helemosina secondo l'ordine; et ordinare che vadino a torla in uno locho de casa remote et non siano veduti andare per casa cum boccali et cose immundi et cusi che non vadino né a tinelli, né a camera, né in niuno altro locho per dicto respecti... ».

⁽¹³⁾ Cfr. *Ordine*, cit., cap. XVIII, « Officio de provedere a fochi, lumi et altri servitij in sala » f. 21r-21v, (= 28): « ...li fochi se acendino a tempi ed ore debite nella sala publica, dove non solamente se possa scaldare la famiglia, ma ancho li foristhieri al loro piacere... » e poi ancora al cap. XLIII, nell'« Officio di alcuni servidori in casa da adoperare in cose minute et servile », f. 49v (= 63): « ...li lochi publici de casa (...) l'intrata, le scale, le andate et li porteci et tucti li lochi dove se ha da andare fino a la camera del Signore... ». Nell'*Istruzione*, cit., cap. XX « Di molte cose pubbliche da exeguirsi con diversi ordini », f. 13r-13v e cap. XVIII, « D'altri servitij; publici di cose minute et servili », f. 12v.

⁽¹⁴⁾ Cfr. *Ordine*, cit., f. 21v (= 28), sempre nel cap. XVIII, cit., dove la chiusura della sera è però disposta secondo « che paresse al Maestro de casa et al Scalcho per ordine del Signore », oppure, che « se facesse tenere chiusa la porta de lochi publici

« lochi publici » mancheranno gli opportuni arredi per farvi « stantia (...) in honorato loco dove el discorso de tutto sia facilissimo » ⁽¹⁵⁾. Anzi l'accoglienza raggiungerà l'ospitalità più compita per i forestieri che potranno essere inviati alla tavola del signore, oppure ricevere il pasto seduti in uno dei due « tinelli » ⁽¹⁶⁾, secondo una lista nella quale si è elencati per condizione, ordine e grado ⁽¹⁷⁾. Anche i « tinelli » e la « cucina generale » sono considerati « lochi publici » ⁽¹⁸⁾.

Le altre stanze del palazzo sono meno accessibili, ma non meno importanti come luoghi che vedono la gestione del potere: la « camera » del signore, ove può esserci « frequentia o solitudini, et sì ce è foristiero o no » ⁽¹⁹⁾, la « biblioteca » ove i libri sono

mangiando el Signore », ma cfr. f. 22r (= 23). Nell'*Istruzione*, cit., cap. XX, cit., f. 13r.

⁽¹⁵⁾ Cfr. *Ordine*, cit., f. 1r (= 3) cap. II, « Convenientia del Maestro de casa ». Nell'*Istruzione*, cit., cap. VIII cit., f. 6r-6v.

⁽¹⁶⁾ Ad alcune persone però è lasciata la possibilità di mangiare « privatamente in camera loro », cfr. *Ordine* cit., cap. XXI, « Officio del Scalcho de la famiglia », f. 23r-23v (= 30-31); ma la gran parte delle persone, che dimorano e frequentano la « casa », si accomodano nel tinello, come si legge al cap. XXII, « Ordine et modo di servire el tinello de la famiglia », ff. 23v-24r (= 31-32) ed anche al cap. XXIII, « De la qualità et inderizo del tinello », f. 24v (= 31-34), ove è stabilito che « quando se può, voriano essere doi tinelli, uno per li principali de la famiglia et uno per li altri ». Nell'*Istruzione*, cit. i passi ricordati si leggono al cap. XXXVI, cit., f. 21v, nonché al cap. XXXVII, cit., ff. 21v-22r, al cap. XXXVIII, cit., ff. 22r-23r.

⁽¹⁷⁾ Sulle liste, che sono tenute dallo « Scalcho de la famiglia », cfr. *Ordine*, cit. ff. 23v-24r (= 31-33), cap. XXII, cit., e poi al cap. successivo, cit., f. 25r-25v, (= 33), ed in particolare che « el Scalcho de ' far porre a tavola et sedere omne homo al locho suo et non lassare stare niuno in pe', il che per una publica lista posta in tinello se denotasse le tavole et prima, secunda et terza et sic de singulis, et non lassare prevaricare l'ordine a persona (...) et non seria forse inconveniente che omne tavola, secondo li gradi soi, da per sé havessero la lista sua, et operando li maggiore de grado da li minori », e così di seguito. Il personale di grado inferiore, come i « famigli de stalla » ed anche ogni « vile persona » mangiano separati anche per essere lasciati a loro agio.

⁽¹⁸⁾ Cfr. *Ordine*, cit., cap. XXXV, « Officio del soprachochio et dispositione della cucina », ff. 40r-41r (= 51). Nell'*Istruzione*, cit., cap. XIII, « Della dispositione della cucina », f. 10v.

⁽¹⁹⁾ Cfr. *Ordine*, cit., ff. 15v-17v, (= p. 21), cap. XII, « De li servitij convenienti in camera circa la persona del Signore ». Nell'*Istruzione*, cit., cap. XXXI, cit. ff. 18v-20r.

« imprestati » ad estranei o c'è tanta gente da costringere il bibliotecario a disciplinare le « moltitudini » ⁽²⁰⁾; la « cancelleria » con il Segretario ⁽²¹⁾ e i Cancellieri, che custodiscono il sigillo del Signore e attendono alla redazione di lettere ⁽²²⁾, « bul-

⁽²⁰⁾ L'« officio del Bibliothecario » è al cap. LIII dell'*Ordine*, cit., ff. 58r-59r, (= 75-76): qui, come è noto, è disciplinata l'attività della Biblioteca. Credo che sia il cap. più famoso del « manualetto », poiché è stato stampato da E. MUNTZ e P. FABRE, nel loro studio *La Bibliothèque du Vatican au XV^e siècle d'après des documents inédits: contributions pour servir à l'histoire de l'Umanisme*, Paris 1887 (= *Bibliothèque des Ecoles françaises d'Athènes et de Rome*, 48), p. 136, n. 1, e poi successivamente da C. STORNAJOLO, *Codices Urbinae Graeci Bibliothecae Vaticanae. Accedit « Inventarium vetus » Bibliothecae Urbinae nunc primum editus*. Romae 1895, pp. LV-CLXXV; ma per tutto il problema vedi L. MICHELINI TOCCI, *Agapito Bibliotecario « docto, acorto et diligente » della Biblioteca urbinata alla fine del Quattrocento*, in *Collectanea Vaticana in honorem Anselmi M. Card. Albareda*, Città del Vaticano 1962, II, (= Studi e testi, 220), pp. 219-220.

⁽²¹⁾ Cfr. *Ordine*, cit., cap. LIII, « Ordine de la Cancelleria », ff. 59r-62r (= 76-80), che ci restituisce il nome di Pierantonio Paltrini, Antonio d'Istati (sul quale l'Ermìni cade in un'errore di lettura), e infine fra i cancellieri Andrea de Catani. Secondo la « felicissima memoria » di Susech — cfr. *infra*, n. 53 — dell'Urb. Lat. 1204, f. 100r-100v, sotto il governo di Federico tra i segretari in casa, sono registrati: « messer Agnolo Gallo, messer Pierantonio Paltrone, Federico Gallj, ser Comandino de li Acomandi, ser Ludovico (de Stefani) da Mercatello », mentre tra i « cancellierj » possiamo leggere « ser Andrea Cattoni da Urbino, ser Francesco Candefinj da Urbino, ser Giovanni de Comandino da Urbino, ser Nicolo de Sanctagnole (in Vado), ser Gironamo da Canthiana, ser Federico de ser Ludovico da Canthiana, ser Ludovico da Canthiana, ser Vangelisto da Caglie, ser Giovanni da Caglie seu da Monte Paganuccio, ser Agapito da Urbino, ser Gismondo de la Pergula ». La « memoria » adespota aggiunge tra i cancellieri « ser Candolfino da Cagli » e non conosce « ser Ludovico », ma solo « ser Federico » (cfr. f. 108r).

⁽²²⁾ Sulle lettere della cancelleria ducale ai tempi di Federico, rinvio ad un esempio abbastanza noto qual'è l'Urb. lat. 1198, edito da P. ALATRI, *Federico da Montefeltro, duca d'Urbino. Lettere di stato e d'arte*, Roma 1949 (*Storia e letteratura*, 21), recensito da G. FRANCESCHINI in *Atti e memorie della Deputazione di Storia patria delle Marche*, VII, III (1948), pp. 155-158. Secondo L. MICHELINI TOCCI, *I due manoscritti urbinati dei privilegi dei Montefeltro, con una appendice lauranesca*, in *La bibliografia*, LX (1958) (= *Volume unico dedicato alla memoria del Card. G. Mercati*), pp. 219 e n. 2 e 220, l'Urb. lat. 1198 sarebbe l'« unico copialettere » della Cancelleria urbinata. L'affermazione non mi trova consenziente: ho il sospetto che nel codice siano stati raccolti esempi diversi di missive preparate nella Cancelleria urbinata per occasioni, negozi e tempi diversi. Proporrei, per ora e salvo più accurate indagini, di catalogare il codice come un interessante formulario della cancelleria urbinata.

lettini » ⁽²³⁾ e decreti ⁽²⁴⁾. Infine tutti gli altri locali nei quali trova una definitiva sistemazione l'intera « famiglia » del signo-

⁽²³⁾ Secondo quanto è previsto nel cap. LIII, cit., dell'Ordine, cit., ff. 60v-61v (= 78-79), in Cancelleria si sarebbe istaurata una prassi che avrebbe completamente travolto le decisioni dell'« *officialis maioris dampnorum datorum* ». Durante il governo di Federico infatti venivano concessi « *bulletini de gratia de danni dati* » non solo dal signore, ma anche dai cancellieri, tanto che « li ufficiali de danni dati hanno imparato de dare norma a li cancellieri cum il dire il suo parere ». L'ufficiale maggiore che, come sappiamo, applica gli « *statuta spectantia ad officium dampnorum datorum* », che è una legislazione cittadina e non signorile, e rende giustizia « in civitate Urbini, in palatio Communis, in quatra porte Nove » (cfr. P. PERUZZI *Note*, cit., p. 14, n. 26 e p. 52), vedeva annullate le sue decisioni, emesse come magistrato del Comune, per l'intervento del signore. Nel caso poi, Federico lasciava esercitare ai suoi cancellieri una prerogativa, che anche l'anonimo autore del « *manualetto* » riconosceva come sovrana, ritenendo che la prassi istaurata fosse un abuso anche solo rispetto ai poteri ducali. Direi pertanto che la concessione dei « *bulletini* » è un altro modo per il signore di aggredire e svuotare l'ordinamento cittadino, fino a ridurre il potere di grazia ad una prassi di cancelleria. Al contrario la reazione del « *manualetto* » è legittima nel momento in cui è provato che l'ufficiale maggiore preposto ai danni dati rende giustizia in nome del signore. Ma è un momento successivo, quando il signore, acquistata la prerogativa, deve costruire un'immagine del potere dai contorni più netti.

⁽²⁴⁾ La legislazione signorile come poi quella principesca, dipende dalla potestà riconosciuta al signore nella concessione imperiale o papale. Ma, come annotava Johannes Gottlieb Heineccius (1681-1741), anche quando non c'è stata un'esplicita concessione, il Signore ha ugualmente legiferato, creando una situazione di fatto che non può essere trascurata, ma cfr. M. E. VIOA, *Le costituzioni piemontesi (Leggi e costituzioni di S.M. il Re di Sardegna, 1723, 1729, 1770)*. I, *Storia esterna della compilazione*, Torino 1928, p. 295 e n. 1. Nel territorio che corrisponde al Ducato d'Urbino, sopra una precedente situazione di legislazione statutaria, non esente da aspirazioni ad una certa autonomia, si sono imposti gli interessi politici del signore attraverso la forma del decreto, per alcuni esempi cfr. G. G. SCORZA, *Gli statuti di Maciano dei primordi del secolo XV con approvazioni, decreti, modifiche, provvedimenti aggiunti dei secoli XV-XVI ad alcuni documenti anteriori*, Milano 1968, passim. Comunque è opportuno ribadire quanto afferma il Viora (*op. cit.*, p. 295, n. 2) che il decreto, come tutte le altre manifestazioni di volontà legislativa del Signore, rientra « nel concetto di legge singolare » e rispetta così perfettamente il dualismo dello « *ius commune* » e dello « *ius proprium* ». Sul problema in generale cfr. F. CALASSO, *Medio Evo del diritto*, I, *Le fonti*, Milano 1954, pp. 453-467. La situazione per Urbino è testimoniata dagli *Statuta civitatis Urbini*, Pisauri 1559, « De ingressu et iuramento potestatis et eius officialium », f. 7v, ed è ripetuta alla successiva rub. 9, « De officio potestatis et officialium », f. 8r. Il potestà, che è « *iudex ordinarius* » del signore, giura che « ubi statuta, ordinamenta, reformationes et decreta facta et fienda per (...) Illustrissimum [Dominum Ducem] et Communem [Urbini], observabit et observari faciet, et ubi statuta, decreta et reformationes non tangerent servabit et servari

re ⁽²⁵⁾, dai titolari degli uffici principali ⁽²⁶⁾, a quelli che chiameremo impiegati semplici, al personale che svolge le mansioni più vili, ma sempre necessarie alla vita di palazzo.

Nel palazzo infatti la vita si organizza in funzione del signore: « et perché la famiglia costumata de uno Signore augmenta multo la benivolentia de li sudditi et cusi per contrario acende odio » ⁽²⁷⁾; è un atteggiamento che deve ispirare i comportamenti di coloro che vivono a palazzo, in modo tale da evitare « tucte cose che cum charico del Signore vengono in odio a Dio et al mondo » ⁽²⁸⁾. Anche le cure dedicate alla persona ⁽²⁹⁾ sono pre-

mandabit bonos consuetudines dictae civitatis hactenus observatas. Et in casibus a premissis non decisis observabit et observare curabit iura communia ». Comunque sul tema della graduazione delle fonti rinvio alla bibliografia e alle recenti osservazioni di M. BELLOMO, *Società e istituzioni in Italia dal Medioevo agli inizi dell'età moderna*, Catania, 1982, pp. 355-356 e n. 40.

⁽²⁵⁾ Per una descrizione ed un esame della famiglia ducale presso i Visconti cfr. F. COGNASSO, *Istituzioni comunali*, cit., pp. 531-532, mentre presso gli Sforza cfr. F. MALAGUZZI VALERI, *op. cit.*, pp. 315-327. Il numeroso personale addetto « alla persona del principe e nei vari rami della amministrazione della famiglia ducale per effetto dell'accentramento della cosa pubblica nelle mani del principe », a Milano, vive a corte, cfr. F. MALAGUZZI VALERI, *op. cit.*, pp. 312-313. In Urbino risulta invece che i familiari prestano servizio a palazzo durante il giorno, ma abitano fuori e sono appunto denominati « li habitanti fora de casa », cfr. *Ordine*, cit., cap. XX, « Del governo de la famiglia quanto al victo », ff. 22r-23r (= 29), e nell'*Istruzione*, cit., cap. XXXV, cit., f. 21r-21v.

⁽²⁶⁾ Sono ufficiali principali: il maestro de casa, lo scalcho del Signore, il rasoniere ed il factore generale, vedi *Ordine*, cit., cap. III, « Officio del scalcho del Signore », ff. 2v-5v (= 4) e per gli altri uffici il cap. II, cit., ff. 1r-5v (= 1-3), il cap. L, « Officio del rasoniere », f. 52r (= 67), nonché il cap. XXXVII, « Officio del factore generale », ff. 41v-44v (= 54-59). Nell'*Istruzione*, cit., cap. VIII, « Officio circa il danaro da riscuotere et pagare », f. 4r, e poi quanto è parzialmente riportato nel cap. XIV, « Delle admonizioni degli strami », f. 11r-11v. Segnalo che è conosciuto un tal Francesco Orlandi che era maestro di casa nel 1596, cfr. F. SANCIORCI, *op. cit.*, p. 21.

⁽²⁷⁾ Cfr. *Ordine*, cit., cap. III, cit., f. 4r (= 4-5).

⁽²⁸⁾ Cfr. *Ordine*, cit., cap. III, cit., f. 4v (= 5).

⁽²⁹⁾ Cfr. *Ordine*, cit., cap. III, f. 4v (= 5): « Tucti quelli che hanno a servire (...) debbiano anchora havere cura, sì per deffecto de natura havessimo qualche tristo odore, curare come omne diligentia cum li medici de farli omne remedio. Se fusse per incuria o pigrizia, farse diligente in lavarse spesso la persona et le gambe per modo che né sudore, né altra sordicia li faccia odiosi, et cusi de tagliare le onghie, né toccare cum mano cosa del corpo suo, né de altrove che desse fastidio a chi el vedesse,

scritte come un dovere degli appartenenti alla « famiglia » del signore, impegnati in un « officio » a palazzo, dato che si devono « studiare de essere amati et non solo per le cose minime, ma anco per le grandi » ⁽³⁰⁾. Essere al servizio del signore ⁽³¹⁾ vuol dire collaborare con lui nell'esercizio del potere; dovere primo di colui che è titolare di un officio a palazzo è di facilitare fino a rendere piacevole ogni funzione di governo.

La « famiglia » del signore è dapprima un momento di aggregazione di personaggi che svolgono mansioni diverse, soprattutto domestiche; poi nel palazzo gli antichi addetti ai servizi trovano una collocazione specifica, resa unitaria da una comune finalità. La « famiglia » infatti deve favorire tutta una serie di atti o compiti specifici, usurpati dal signore, per comprovare l'efficienza e la validità della nuova struttura politica. E il signore, così come cercò legittimazioni formali esterne all'ordinamento cittadino, facendosi nominare vicario apostolico o imperiale ⁽³²⁾, o riscoprendo

havendo sopra tucto uno gran studio de tenere polite le mano ». Ma vedi anche il cap. XXV, « Del governo de la famiglia quanto al dormire », f. 28v (37): « el quale maestro de casa havesse cura de revedere spesso le camere commo stanno ad ordine et per esserli uno stimolo più al vivere politi et senza fectore », il passo non ha corrispondenza nell'*Istruzione*, al cap. XL, cit., f. 24r-24v.

⁽³⁰⁾ Cfr. *Ordine*, cit., cap. III, cit. f. 5 (= 6).

⁽³¹⁾ Nell'*Ordine*, cit., il rapporto con il signore, è qualificato come un « servitio », p.e., al cit. cap. II f. 1v (= 2); al cap. XI, « Ordini de li officij et servitij de camera circa la persona del Signore, et prima del Cameriero maggiore », ff. 12v-14v, oltroché di « servitij », si parla anche di « ministerij », infine al cap. XXV, « Del governo de la famiglia quanto al dormire » f. 28r (= 36), si indica la « persona (...) de antiquo servitio in casa ».

⁽³²⁾ Secondo i documenti copiati nei due Mss dei « privilegia domus Feretranae », oggi conservati presso l'Archivio Segreto Vaticano (segnatura: A.A. Arm. E. 123 e Arm. LX. TO. 21), fatti conoscere e studiati da L. MICHELINI TOCCI, *I due manoscritti*, cit., pp. 206-257, Federico avrebbe ottenuto il vicariato apostolico per successive concessioni: il 20 luglio 1447, ottenne da Nicolò V il vicariato su alcune terre in Urbino, (cfr. ff. 161v-166v), e il 25 luglio dello stesso anno su Castel Durante e Montenuovo (cfr. ff. 166v-167v). Solo sotto il pontificato di Pio II, il 16 febbraio 1464, ottenne il Vicariato su varie terre e castelli del Montefeltro e il 1 aprile successivo sopra S. Agata Feltria, San Leo, Pennabilli ed altre località del Montefeltro e della Romagna (cfr. ff. 216v-218v). Sulle vicende che portarono alla bolla di Niccolò V del 20 luglio 1447, cfr. G. FRANCESCHINI, *Federico da Montefeltro dalla concessione*

nessi feudali perduti o spezzati ⁽³³⁾, non accettò di andare ad occupare il Palazzo dei Priori o dei Consoli, segno di un potere ormai vuoto, ma edificò una nuova dimora e « d'ogni opportuna cosa si ben la fornì, che non un palazzo, ma una città in forma di palazzo esser pareva » ⁽³⁴⁾.

del vicariato apostolico alla pace di Lodi (1447-1454), Sansepolero 1961, pp. 7-23 e per il testo della bolla pp. 73-79. Comunque il Vicariato apostolico era già stato concesso ad Antonio da Montefeltro fin dal 3 giugno 1390, e rinnovato a Guidantonio prima da Martino V e poi da Eugenio IV il 20 febbraio 1432, cfr. A. THEINER, *Codex diplomaticus domini temporalis Sanctae Sedis*, III, Romae 1864, pp. 21-25, doc. nu. 8 e pp. 309-310, doc. nu. 8.

(³³) In tema di rapporti o nessi feudali di cui siano, o siano stati parte i Montefeltro, richiamo alcuni atti esemplari nei ricordati Mss dei « privilegia domus Feretranae ». Il primo è il diploma dell'agosto del 1247, dato ad Augsburg da Corradino di Svevia e che infeuda Guido da Montefeltro di alcune terre in Abruzzo e Terra di Lavoro (cfr. ff. 1r-2v). Il secondo e il terzo sono i diplomi di Ludovico il Bavaro, dati a Roma il 27 marzo 1328, con cui l'Imperatore infeuda Galasso e Nolfo di Federico da Montefeltro della contea di Montefeltro e di metà della contea di Urbino concedendo l'altra metà a Speranza da Montefeltro (cfr. ff. 12r-13r e f. 15r-15v). Tali atti ricordano antichi rapporti feudali che appartengono al passato ma che, ancora ai tempi di Federico, non si volevano cancellare definitivamente, perché custodiscono, come in una memoria storica, fatti e tempi in cui la famiglia aveva legami con l'Impero. Anche dopo la concessione del vicariato apostolico però, i Montefeltro hanno fatto uso delle consuetudini feudali, come avremo modo di vedere in seguito, ma cfr. *infra*, pp. 390-392.

(³⁴) La circostanza sembra documentata dal terzo dei *capitula* che Federico da Montefeltro, com'è noto, giurò il 23 luglio 1444, dopo l'uccisione del fratello Oddantonio da parte degli urbinati e prima della presa di possesso della città, ma cfr. il testo edito da F. UGOLINI, *op. cit.*, II, cit., p. 515, doc. nu. 9. A Federico infatti viene richiesto: « quia domus antiqua Priorum erat domus in qua est sala Curiae Domini, digretur Dominatio Sua, in recompensam dictae domus, concedere Dominis Prioribus domum novam, quae est juxta cimiterium Episcopatus, vel aliam eis commodam pro negotiis Communis peragendis, pro eorum residentia, maxime quia Domus Priorum minatur ruinam ». Federico nel rescritto — « fiat donec reapetur domus antiqua eorum » — non accetta di concedere « in recompensam » definitiva una « domus nova » ai Priori, cioè in cambio della « sala » occupata dalla « Curia Domini », che è poi il suo tribunale, insediandosi nella « domus antiqua » e che il Comune non ha neppure provveduto a riparare. I Priori del Comune e del Popolo di Urbino si trasferiranno nella « domus nova » solo temporaneamente, « donec reapetur domus antiqua ». Il rescritto di Federico non è soltanto premonitore di futuri disegni del signore, ma è anche un'ulteriore testimonianza dell'ideologia, del modo con cui si intende rappresentare il potere: le magistrature cittadine devono conservare la loro immagine, restare nei loro naturali confini. Nella « domus nova », nel palazzo, andrà

Queste parole celebrano uno dei momenti più felici del governo signorile, quando priori ⁽³⁵⁾, gonfalonieri ⁽³⁶⁾, podestà ⁽³⁷⁾, uditori di prima e seconda istanza ⁽³⁸⁾, capitani delle arti e delle

invece ad abitare il signore e la sua famiglia. Aggiungerei che la « Curia Domini » doveva essersi sistemata nel palazzo dei Priori già da tempo, e non spontaneamente chiamata dai supremi ufficiali cittadini, ma per ordine del signore. Nelle *Constitutiones appellationum*, Antonio da Montefeltro già nel 1396, sulla rubrica « Quod iudex appellationis debeat sedere de mane » dispone tassativamente « statuimus et ordinamus quod iudex appellationis vadat ad banchum in palatio Dominorum Priorum die de mane » (cfr. Ms 71, f. 40r). Sarebbe come dire che i Priori avevano tutti i giorni tra i piedi i magistrati del signore: era un primo momento nel processo di degradazione dei poteri dei supremi uffici cittadini.

⁽³⁵⁾ Sul decadimento dell'autorità e del potere dei Priori cfr. le riflessioni di W. TOMMASOLI, *op. cit.*, pp. 47-48.

⁽³⁶⁾ Il gonfalonierato di Urbino è un ufficio che, almeno nominalmente, s'incontra nell'ordinamento signorile. Nel 1516, p.e., compare nelle riunioni del Consiglio dei Quaranta, cfr. P. PERUZZI, *Note*, cit., p. 16, n. 30. Inoltre nelle cerimonie per la presa di possesso del Ducato il suo titolare è personaggio di notevole importanza, cfr. G. ROSSI-P. PERUZZI, *Cronache*, cit., pp. 1181-1182. Compare però sempre assieme ai Priori, e il fatto deve avere un qualche significato, per cui rinvierei alle rubriche che riguardano questi ufficiali negli *Statuta*, cit., ff. 4r-6v, e segnatamente alla rub. 5, f. 5v, ove è stabilito che « dominus Confalonarius et priores Civitatis Urbini (...) salario habeant florenos quindecim (...) pro quolibet solvendos per Camerarium Illustrissimi Ducis »: non mi attarderei pertanto ad annotare la dipendenza dal signore.

⁽³⁷⁾ Negli *Statuta*, cit., cfr. la rub. « De ingressu et iuramento potestatis et eius officialium », f. 7r, dalla quale è sufficiente riportare una sola circostanza, cioè che il « Potestas ad Regimen Civitatis Urbini eligendus per Illustrissimum Dominum (...) Ducem sit ». Dalla formula del giuramento che segue nella cit., rub. è possibile sapere inoltre che giura « in manibus Cancellarii recipientis pro Illustrissimo domino (...) Duce, Rectore, Gubernatore et Vicario pro Sancta Romana Ecclesia et Communis et Popolo (...) Civitatis [Urbini] quod durante eius officio erit bonus et fidelis amator et conservator felicis et tranquilli Status praefati Illustrissimi et Reipublicae Urbinate. » e così di seguito promettendo un impegno che lo compromette sia verso il signore, che verso il Comune, o perlomeno quello che ormai resta dell'ordinamento comunale. Naturalmente la politica accentratrice del Signore non risparmia neppure le situazioni periferiche, come quella, p.e., del podestà « electus et deputatus ab Illustrissimo Domino (...) ad regimen (...) Terre Mondulphi » cfr. *Statuta terrae Mondulphi*, Cortonae 1540, « De salario domini potestatis », rub. 4, f. 1v.

⁽³⁸⁾ Fin dal 1376, e pertanto ancora prima di ottenere il Vicariato apostolico, Antonio da Montefeltro ha il suo « iudex », nella persona di « Iacopus Capucci de Imola, legum doctor, (...) comite Antonio de Monte Feretro, vicarius generalis pro tribunali sedens ad banchum iuris maiorum causaru civilium Communis ad iura reddenda » cfr. P. PERUZZI, *Note*, cit., p. 59. Così pure a Gubbio, e sempre sotto il governo di Antonio, prima della concessione del vicariato, il 5 luglio 1389,

corporazioni ⁽³⁹⁾, vescovi ⁽⁴⁰⁾ e prelati ⁽⁴¹⁾, salgono le scale del nuovo palazzo per avere udienza, rispettando riti e forme che si modellano e si perfezionano sull'esempio secolare di cerimoniali

esiste un « Bartolum de Cingulo nunc vicarium (...) magnifici domini, commissarium et iudicem delegatum omnium singularum appellationum et causarum et nullitatum a quacunque gravamine », cfr. G. FRANCESCHINI, *Documenti*, cit., 2 cit., pp. 164-165, doc. nu. 177. Interessante è poi la testimonianza di VESPASIANO DA BISTICCI, *Le vite*, I, Firenze 1970, p. 136. Federico — narra Vespasiano — « aveva uno giudice di appellatione uomo singolarissimo che quando desinato aveva o cenato gli proponeva in latino le cause che aveva causa per causa. Egli diceva e rispondeva in latino la sua determinazione. Dissemi questo dottore, che la decisione del Signore in quelle cause erano di natura tale che né Bartolo né Baldo non l'avrebbero decise altrimenti che le decidesse lui ». È evidente che non sottolineo gli elementi di esaltazione della figura del signore, bensì il rapporto che si instaura tra Federico ed il suo « iudex ». La lista o memoria adespota dell'Urb. lat. 1204, conosce i nomi di due « auditori et consiglieri » ducali, così come li conosce la « famiglia del co. Federico Duca II d'Urbino » edita dall'Ermanni in appendice agli *Ordini et officij*, cit., p. III. I due personaggi sono messer Leonardo Poler de Lottis da Spoleto e messer Perino Ballante da Siena.

⁽³⁹⁾ Negli *Statuta*, cit., f. 28v, sembra quasi che permanga un « officium capitaneorum artium » al quale si è eletti « ad brevia capitulum artium », ogni quadrimestre dal « Consilium Communis Urbini » con il solo scopo di intervenire alle « luminariae solitae (...) quae fiunt in die solenne Sanctissimi Corporis Christi et Sancti Crescentini ». In realtà non si sa quasi nulla delle arti e delle corporazioni in Urbino.

⁽⁴⁰⁾ Rinvio all'episodio già ricordato *supra*, p. 319, n. 5, relativo al trasferimento di Andrea Perebelli, che, come afferma G. FRANCESCHINI, *Le relazioni tra i Principi della Chiesa nello Stato d'Urbino nei secoli XIV e XV*, in *Studia Picena*, 38 (1960), p. 150, nel 1463, a causa dei contrasti con Federico da Montefeltro, venne allontanato da Urbino e nominato vescovo a Muro di Lucania; ma per una documentazione su questo vescovo cfr. P. PERUZZI, *Per la storia della Chiesa di Urbino: un antico catalogo di vescovi, arcipreti e preposti*, in *Studi Urbinati*, NS B, 1-2 (1967), p. 1149, n. 46. L'atteggiamento del Signore è caratteristico: aggiungo una sola testimonianza, che mi è nota dalla lettura di F. COGNASSO, *op. cit.*, VI, VII, cit., p. 537, e che ricorda come l'Arcivescovo di Milano nel 1360 dovette inginocchiarsi davanti a Barnabò Visconti.

⁽⁴¹⁾ Sempre secondo il Franceschini (*Le relazioni*, cit., p. 150), il preposto della Chiesa Cattedrale di Urbino, Girolamo Staccoli, venne nominato vescovo d'Urbino per interessamento di Federico da Montefeltro. Nel 1468, alla sua morte venne chiamato a ricoprire la dignità di vescovo un curiale, Giovanni Mellini, elevato poi alla porpora cardinalizia, ma che non credo abbia risieduto molto in Urbino. Successivamente, ed ancora vivente Federico, fu creato vescovo d'Urbino un frate domenicano, Lazaro de Raeanelli da Gubbio, che nella « memoria felicissima » di Sussech cortigiano al f. 100r (cfr. *infra*, p. 335, n. 53), è elencato tra « li maestri del Signor Duca » Federico. Sono dunque personaggi che, in un modo o nell'altro, non disturbano il Signore. Intorno a questi prelati cfr. P. PERUZZI, *Per la storia*, cit., p. 1149, n. 47 e p. 1153, n. 68, pp. 1149-1150, n. 48; p. 1150, n. 49.

osservati nelle corti dei papi, degli imperatori e di quei sovrani, che già da qualche secolo vantavano di « non recognoscere superiore » ⁽⁴²⁾.

Attraverso questo processo coloro che erano stati semplici servitori nella « casa » del signore ⁽⁴³⁾, vengono dapprima chiamati « familiari » ⁽⁴⁴⁾, come coloro che servono i cardinali, i pontefi-

(42) Sul problema cfr. F. ERCOLE, *L'origine francese di una nota formula bartoliana*, in *Archivio Storico Italiano*, 73, II (1915), pp. 241-294 ricerca rielaborata poi nel volume *Da Bartolo all'Althusius*, Firenze 1932, pp. 157 e segg. nonché, sempre dello stesso A., *Studi sulla dottrina politica e sul diritto pubblico di Bartolo*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1917, ma che può leggersi anche in *Da Bartolo*, cit., p. 49, sviluppando le intuizioni di O. VON GIERKE, *Deutsche Genossenschaftsrecht*, III, Berlin 1881, p. 381 e segg. e di C. W. S. WOOLF, *Bartolus of Sassoferrato, His position in the History of Mediaeval Political Thought*, Cambridge 1913, pp. 154 e segg. Alle affermazioni dell'Ercole, F. CALASSO, con lo studio *Origini italiane della formula « Rex in regno suo est imperator »*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, III (1930), pp. 213 e segg., ricorda come era sfuggita a quella indagine una fonte italiana, come il proemio di Marino da Caramanico alla glossa alle Costituzioni di Federico II. Seguirono i lavori dell'Ercole *Sull'origine francese e le vicende in Italia della formula « Rex superiorem non recognoscens est princeps in regno suo »*, in *Archivio Storico Italiano*, VII, XVI (1931), pp. 197-238, e la recensione di F. CALASSO in *Studi Urbinati*, VI (1932), pp. 66-77, e poi ancora dell'Ercole *Sull'origine della formula « Rex superiorem non recognoscens etc. »* in *Atti della R. Accademia di Palermo* XVII; (1931); il problema è stato definitivamente messo a fuoco da F. Calasso in *I glossatori e la teoria della sovranità. Studio di diritto comune pubblico*, Milano 1957.

(43) Già presso Guidantonio da Montefeltro abbiamo testimonianza di familiari impiegati in affari che riguardo il signore, il 2 luglio 1433, dal Campo presso Filottrano, Bartolomeuccio, famiglio di Guidantonio, riceve quietanza per una somma da Francesco Piccinino, cfr. il Ms dei *privilegia*, Archivio Segreto Vaticano, A.A. Arm. LX, to. 21, ff. 132r-132v. Il documento è segnalato da L. MICHELINI TOCCI, *I due manoscritti*, cit., p. 257.

(44) Annota F. COGNASSO, *op. cit.*, p. 531, che sotto il governo di Gian Galeazzo Visconti la condizione di « familiare » sarebbe stata elevata a dignità. Risulterebbe dalla copia di un decreto restituitoci da *Un frammento di Zibaldone cancelleresco lombardo del primissimo Quattrocento* edito da A. ANTONELLI ed annotato da F. NOVATI con *Illustrazioni storico-critiche ai documenti contenuti nel Frammento Pallanzese*, in *Archivio storico lombardo*, XL (1913), p. 278 e 302. La formula trascritta e tramandata, che secondo il Novati è da ritenersi tra « i modelli di documenti cancellereschi, per dir vero assai commi », dice che un certo e non meglio identificabile Giovanni « in nostrum carum et dilectum familiarem duximus assumendum. Eumque nostre familiaritatis titulo decorantes, aliorum nostrum familiariorum dilectorum consortio aggregamus, ita ut illis gaudeat honoribus, favoribus, gratiis et preeminentiis, quibus ceteri nostri

ci, i re; quindi si trasformano in personaggi di rilievo, per la fiducia loro accordata dal signore; infine istituzionalizzano la loro posizione, diventando funzionari veri e propri, ricoprendo degli « officij » a palazzo.

Nella storia delle istituzioni politiche il fenomeno non è nuovo, perché generalmente nasce così un organismo accentrato, al quale si trasferiscono funzioni di governo. È l'aspetto strutturale più appariscente di una evoluzione nella quale la « domus » del signore assume sempre maggiore rilevanza cancellando le sedi del potere, ed emergendo fino a contenere le funzioni pubbliche, restringendo le figure del precedente sistema all'esercizio di funzioni locali od a fungere da organi periferici del nuovo ordinamento ⁽⁴⁵⁾.

familiaris dilecti gaudere et perfrui dignoscuntur et dum opus fuerit favorum nostrorum patrocinia sortiatur». Sembra abbastanza ragionevole ritenere che la condizione di « familiaris » di Gian Galeazzo Visconti comporti uno « status » personale e un grado diverso da quello del cittadino comune, borghese o artigiano: il decreto enumera una serie di situazioni rilevanti per il Signore e nelle quali è posto il « familiaris ». Ho invece qualche perplessità ad ammettere che tale condizione possa essere ritenuta una « dignitas », anche in una società che ha un impulso fortissimo a stratificare le situazioni personali. In linea di principio, ed addentrandosi in una discussione che sarebbe piaciuta molto ad un pedante, bisognerebbe stabilire se al signore — nel caso è un vicario imperiale — è riconosciuta la « potestas » di conferire dignità aventi valore « erga omnes », cioè riconosciuta dall'Imperatore. Non ho invece dubbi ad ammettere che lo « status », o se vogliamo la dignità — ma è impreciso — ha rilevanza all'interno dell'ordinamento signorile e che fa capo per ragioni di fatto o in piena legittimità a Gian Galeazzo Visconti. Illuminante in questo senso è tutta la vicenda vissuta circa un secolo e mezzo più tardi da Carlo de' Dottori (1618-1685) — norme e consuetudini non cambiano —, e studiata da G. BAIARDI nelle *Lettere a Domenico Federici*, Urbino 1971, passim, ma in particolare la n. 1 delle pp. 3-4, ove sono raccontate tutte le « difficoltà » frapposte dalla cancelleria imperiale per riconoscere un titolo di conte, conferito nel 1662 da Carlo II, duca di Mantova.

⁽⁴⁵⁾ Un unico rinvio, e per il periodo dell'Impero Romano, alle ricerche e all'ampia documentazione offerta da G. BOULVERT, nella sua opera *Esclaves et affranchis impériaux sous le Haut-Empire Romain. Rôle politique et administratif*, Napoli 1970 (= *Biblioteca di Labeo*, IV), passim, che fa conoscere origini, sviluppo della burocrazia imperiale e personaggi preposti all'amministrazione, che da umili funzioni, attraverso le tappe di una precisa carriera, raggiungono i più alti gradi.

2. Per gradi successivi dunque la famiglia del signore va assumendo un assetto che ha rilevanza pubblica, esattamente come « quella complessa e varia brigata » che è la famiglia vescovile, cardinalizia e papale ⁽⁴⁶⁾.

Nello stesso momento in cui il potere, esercitato di fatto, tende ad accentrarsi nelle mani del signore, ad alcuni familiari è delegato e concesso l'esercizio di funzioni pubbliche ⁽⁴⁷⁾.

Non mi riferisco a quelle magistrature, ormai ridotte al rango di ufficiali, come il Vicario, il Luogotenente, il Cancelliere e il Segretario, presenti ed operanti anche nell'ordinamento cittadino e che subiscono un'attrazione, che direi naturale verso il signore, ma che non mutano funzioni e competenze neppure quando si trasferiscono a palazzo. Intendo specificatamente esaminare la consistenza di quella cerchia di persone, che accompagnano il

⁽⁴⁶⁾ L'efficace definizione è di P. SAMBIN, *La « famiglia » di un vescovo italiano del '300*, in *Rivista di storia della Chiesa in Italia*, 4 (1950), pp. 237-238. L'A. distingue nella c.d. « brigata » « uomini (...) di governo, di cultura e di fatica »; offre poi indicazioni essenziali riconoscendo che quegli uomini sono legati al Vescovo, e quindi all'interno della famiglia, da un vincolo che individua nell'« ossequio di fedeltà, che non elimina una deferente amicizia » e per il quale si instaura un rapporto nel quale i familiari « servono » il Vescovo in una « collaborazione generosa ». Anche l'*Ordine*, cit., al cap. XIII, « Officio del barbiere », ff. 17v-18r (= 22), definisce la famiglia del signore come una « brigata ».

⁽⁴⁷⁾ Sull'utilizzazione da parte del signore dei suoi familiari per incarichi sempre più importanti, delicati ed ufficiali, ricorderei che Federico, ad « Antonio da Fuligno », definito suo « famiglio », con lettera del 27 aprile 1445, affidò di ritirare una somma non trascurabile. Più precisa attività pubblica è svolta da altri familiari, come p.e., « Pierantonio [Paltroni] da Urbino (...) fedelissimo famiglio et cancelliere », oppure « Gentile de la Molara, famiglio et comissario del Signore Duca », ma per i tre esempi cfr. P. PALTRONI, *Commentari della vita et gesti dell'Illustrissimo Federico Duca d'Urbino*, a cura di W. TOMMASOLI, Urbino 1966. p. 12, 96, 115, 151. Altri invece come Arcangiolo di Cagli « famiglio » di Federico, si limitava a trasmettere delle lettere dalla Cancelleria al campo del Signor Duca, a Castiglione della Pescaia, cfr. G. FRANCESCHINI, *Federico*, cit., p. 95, app. nu. 7, lettera del 18 aprile 1452. L'accesso a funzioni pubbliche da parte dei familiari è un processo già da tempo in atto, fin da Innocenzo IV nella famiglia cardinalizia, per cui « i familiari di un cardinale eletto papa accedevano a funzioni di fiducia o a delicati posti di comando », come dimostra A. PARAVICINI BAGLIANI, nel suo studio *Cardinali di curia e « familiae » cardinalizie dal 1227 al 1254*, I, Padova 1972 (= *Italia Sacra*, 18), p. 71 e segg.

signore, svolgendo nel suo interesse mansioni domestiche, e pertanto reggono il governo della sua casa e si considerano parte integrante di quella ⁽⁴⁸⁾. Cercare di individuare il rapporto giuridico che li lega al signore, e come questo rapporto si evolva quando il signore esercita il potere di fatto, o dopo il riconoscimento imperiale o papale, oppure come il rapporto si organizzi e si muti dopo la costruzione del palazzo. Perché è più che normale — ed è stato già detto in altra circostanza ⁽⁴⁹⁾ — che i familiari si potessero trovare nelle condizioni migliori per svolgere incarichi di fiducia e di comando.

Nella « domus » signorile, e ancora prima di trasferirsi a palazzo, tutta « quella brigata » si è già andata distribuendo in un « ordo » ⁽⁵⁰⁾: anche quando attende a mansioni domestiche, è già disposta e distribuita e si fa carico di compiti e funzioni delle quali ognuno si ritiene responsabile verso il signore.

In Urbino, sotto il governo di Federico, conosciamo la consistenza e l'articolazione di questo « ordo » in cui sono organizzati i familiari del signore: la « memoria felicissima dello Illustrissimo Signor Duca (. . .) et de la sua fameglia che teneva, opera di

⁽⁴⁸⁾ Nei documenti milanesi ricordati da F. COGNASSO, *op. cit.*, VI, III cit., p. 531 sono già chiamati « familiares de Curia nostra » dallo stesso signore. Direi che il rapporto tra il « familiare » ed il signore sembra aver assunto una rilevanza esterna; appartenere alla « Curia Domini », significa partecipare all'esercizio di funzioni pubbliche.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. A. PARAVICINI BACLIANI, *Cardinali*, cit., p. 71.

⁽⁵⁰⁾ Secondo la concezione esposta da Incmaro di Reims « ... duo sunt quibus principaliter una cum specialiter cuiusque curae subiectis mundus hic regitur: auctoritas sacra pontificum et regalis potestas. In quibus personis, sicut ordinum sunt divisa vocabula, ita sunt et divisa in unoquoque ordine ac professione ordinationum officia. Diligenter igitur quisque debet in ordine et professione sua, quo nomine censetur, attendere et magnopere providere, ne nomine discordet officio ». All'amministrazione centrale, che è il « regis palatium » nella prima « divisio », si contrappone il « Regni status », cioè l'amministrazione periferica. Comunque « ordo » è la « dispositio domus Regiae in sacro palatio », ma cfr. INCMARUS, *De ordine palatii*, Prologus, 18-19; II, 95-99; IV, 225 scgg. Herausgegeben und übersetzt von T. GROSS und R. SCHIEFFER in *Fontes juris germanici antiqui*, III, M. G. H., Hannoverae 1980, con un rinvio al « Literaturverzeichnis » a pp. 22-29.

Susech antiquo cortegiano » è certo la testimonianza di più facile lettura ⁽⁵¹⁾. Ma non è la sola: anche attraverso un'altra « felicissima memoria », pervenuta adespota, è possibile documentare l'organizzazione dei familiari del Duca d'Urbino.

Entrambe le « memorie » riproducono fedelmente la famiglia signorile nel suo primo assetto; seguono le stesse distinzioni gerarchiche, e queste dispongono in un « ordo » nel quale le persone si distribuiscono in ben allineate « series », o meglio schiere ⁽⁵²⁾, rispettando il rango, la dignità, il grado e le mansioni.

(51) La *Memoria felicissima de lo Illustrissimo Signor Duca Federico, Duca de Urbino, et de la sua famiglia che teneva. Opera di Susech, antiquo cortegiano* è conservata nel Ms Urb.-Lat. 1204, ff. 97v-104r. Lo stesso codice, ai ff. 107r-111r, conserva anche un'altra lista, la quale *Qui si fa ricordo della felicissima memoria dell'Illustrissimo Signor Duca Fedrigo et della sua famiglia*, adespota e che ugualmente elenca le persone che compongono la famiglia del signore. Quasi identica alla precedente è stata edita, assieme a quella di Susech, con arbitraria contaminazione e gravi omissioni da G. ZANNONI, *I due libri della « Martiados » di Giovan Maria Filelfo*, in *Rendiconti della R. Accademia dei Lincei. Classe Scienze Morali, storiche e filosofiche*, S.V, 3 (1894), pp. 666-671, che pertanto ha fuso le due liste in un unico elenco. Sui discutibili criteri editoriali dello Zannoni ha sollevato per primo opportune e ragionevoli critiche L. MICHELINI TOCCI, nel suo studio *I due manoscritti*, cit., p. 217, n. 1. Riterrei pertanto necessario rinviare al manoscritto piuttosto che all'edizione, che tutt'al più ha solo un valore ricognitivo: per quello poi che mi interessa, e cioè gli aspetti della struttura della famiglia signorile e per quei familiari che svolgono mansioni domestiche, la lista dello Zannoni, sicuramente meritoria per altri riguardi, è del tutto inattendibile. Autore della prima è dunque Susech, il quale annota « le predictae cose a perpetua memoria ha facto Susech da Castel Durante, antiquo cortegiano, qual prima fu paggio [del Duca Federico] et poi camoriero del Signor Ottaviano [Ubalдини] », cfr. f. 103 r. La *Memoria felicissima* di Susech sembra essere stata scritta dopo il 1482, anno della morte di Federico: l'autore si colloca nell'elenco dei paggi col nome di « Susech de Benedecto da [Castel] Durante » (cfr. f. 101r) e secondo quanto afferma W. TOMMASOLI, *La vita*, cit., p. 88, sarebbe stato ebreo, ma la notizia non è confermata da alcuna referenza, dato che è taciuta la fonte. Un'altra lista, che il Tommasoli attribuisce sempre a Susech e anche questa volta senza alcuna giustificazione — tanto da lasciar sospettare che l'A. conosca precise notizie sul personaggio, — è stata edita dall'ERMINI, in appendice agli *Ordini e officij*, cit., pp. I-X. Sarebbe stata tratta dal MS 87 della Biblioteca Universitaria di Urbino, certamente però è meno ricca di notizie rispetto alla *Memoria felicissima*.

(52) Sulla nozione di « ordo » presso un giurista cfr. LUCA DE PENNA, *Commentaria... in tres posteriores libri Codicis*, tit. *Qui militare possunt vel non* (12, 33), l. *His quidem* (5), (ed. Lugduni 1582, f. 108ra, nu. 1): « Ordo enim est parium dispariumque

In entrambe si leggono in apertura, dopo la nobiltà, i nomi de « li conti », dei « cavalieri a sperone d'oro », dei « gentil'huomini », per chiudere l'una con i « colonnelli di fanteria » e i « sonatori d'organo » (⁵³), l'altra invece con le « donne de casa », i

sua cuique loca tribuens dispositio, secundum Augustinum, De civitate Dei, cap. 13, vel ordo proprie est compositio rerum in aptis et accomodatis locis secundum Tullium, De officiis », ma cfr. anche D. 1, 18, 14 e D. 7, 1, 15, 2 ove « ordo est dignitas ». Ho consultato poi la voce « ordo », che è equiparata a « series » in PAULY-WISSOWA, *Real-Encyclopädie*, XVIII, 1 Stuttgart 1939, coll. 930-936. Ma per una aggiornata discussione rinvierò ad *Ordo. Il colloquio internazionale del Lessico Internazionale Europeo*, atti a cura di M. FATTORI e M. BIANCHI, Roma 7-9 gennaio 1977, Roma 1979 (= *Lessico Intellettuale Europeo*, XX).

(⁵³) Infatti nella « memoria felicissima » di Susech, al f. 99r, è detto che « qui de sotto se farà memoria della nobeltà della Corte dello Illustrissimo Signor Duca Federico (...) et prima lo stesso Signor Duca », poi Ottaviano Ubaldini, quindi il figlio Guidobaldo e così via, elencando tutti quei personaggi cui competeva il titolo di « signore », come Antonio da Montefeltro, Giovanni della Rovere, Piergentile da Camerino, Giulio e Francesco Orsini, etc. Seguivano poi i nomi de « li conti », i « cavalieri a speron d'oro », « li gentilhomini », « li maestri del Signor Duca », « li secretari che tenea de fora », i « secretarij in casa », i « cancellieri », gli « scalchi », i « camorieri del Duca », « li trincianti del Signor Duca », « li scudieri che servivano [a tavola] » i « lectori a la tauola del Duca », « li paggi », gli « architetti et ingeneri », i « cantori de la Capella », « li putti che cantavano », « li staffieri del Duca », gli « scalchi del tinello », « quelli che lavoravano de tappezzaria », i « maestri miniatori de libri », i « maestri de scrima che insegnavano a li paggi », i « maestri de ballare », i « credenzieri a la credenza », i « capellani », i « quochi maestri a la coccina », i « maestri de stalla », gli « spenditori », i « trombetti [in] numero [di] sei », « el tamborino col tamburo d'ariento », coloro che sorvegliavano « lo leopardo », i « brachi et levrieri », il « mastro de tucte le intrate del Signor Duca », il « massaro de casa et sopra le muraglie et li mulaticri », colui che sovrintende « sopra le biade e li mulathicri », i « mulathicri ». Sono poi sommariamente segnate, dato che non si riferiscono i nomi, « la fameglia [che] tenea el Signor Ottaviano », quella del Signor Antonio, del Signor Piergentile, nonché « la fameglia [che] teneano li altri Signori et contj et gentilhominj », mentre l'elenco riprende con lo « spectiale [residente] in Corte », i « quatro capitani », i « colonnelli de fanteria », i « sonatori d'organo », cui segue la seguente annotazione: « El prefato Duca havea de provixione da la Lega de li Signori de Italia l'anno cento decinove mila scicento ducati d'oro. El qual Duca otto volte cacciò li inimici et sei volte fece facto d'arme et sempre fu vencitore et de tutte le guerre sempre ebbe honore. Et le predicta cose a perpetua memoria ha facto Susech da Castel Durante antiquo cortegiano, qual prima fu paggio [del Duca Federico] et poi camoriero del Signor Octaviano [Ubaldini] ». La lista prosegue poi segnando la « fameglia de casa [de] Madonna Batista consorte del prefato Duca et le figliole »; seguono le « donne massare, donzelle et maestre tra le quale fu madonna Pantasilea

« famegli de stalla » e i « mulatieri » (⁵⁴).

In realtà la famiglia signorile, di cui Susech ed altri hanno voluto lasciarci « felicissima memoria », è testimonianza preziosa per intenderne un'altra di maggiore consistenza, impropriamente definita « un manualetto didattico » (⁵⁵). Mi riferisco a quegli « Ordinij et officij alla Corte del Serenissimo Signor Duca di Urbino » editi dall'Ermini, oggi ritenuti, assai più correttamente,

sorella de Brazo Baglione de Peroscia, donna de gravità, sensata et prudente ellecta al governo delle contesse de po' la morte de Madonna Batista », i « compagni et servitori a la ditta fameglia, homini vechi et de governo », colui il « qual tenea le chiave de tutte le stantie de corte », l'« armagolo [che] avea cura de tutta la monitione de l'arme che erano in casa che averiano armate a uno ponto preso trecento persone de arme bianche, corazine, piche, ronche, partegianoni, imbracciatori et rotelle », colui che presideva « a la salvarobba », i « maestri de armature bianche », i quali « facevano una magna bottega de l'arme », coloro che erano « operati per Corte in molte ambasciate, maxime invitare et a compagnare le donne a le feste », ed infine « quelli che haveano la cura del Signor Guidobaldo quando era picholino ».

(⁵⁴) La « memoria » adespota restituisce la famiglia ducale con lo stesso « ordo » dato da Susech e con poche, ma interessanti varianti, specialmente tra i familiari che svolgono mansioni domestiche. Dopo l'elenco della « nobeltà », seguono « li conti », i « cavalieri a sperone d'oro », i « gentil'huomeni », gli « uditori e consiglieri », « li mastri del Duca in grammatica, logica et filosofia », « li secretari et oratori di fora », i « secretari in casa », i « cancellieri », gli « scalchi », i « camarieri », gli « scalchj de forestieri », i « trinciati », « li deputati a leggere fin che il Signore mangiava », « gli ingegneri architetti », « scodieri che servono a tavola », « li paggi », i « cantori della Capella », i « paggi di canto », gli « scalchi del tinello », gli « stafieri », i « maestri di tapppezzerie », « uno maestro da insegnare de scrima a li paggi », i « maestri de ballare », i « credenzieri », i « cappellani », i « cuochi (...) con li garzoni », gli « spenditori », i « maestri di stalla », gli addetti « per tenere a ordine le camere e sale et ad invitare donne per le feste », chi sorveglia « il leopardo o pantiera », i « canatieri per cani e segugi », l'addetto « per dar vino alla cannavetta », il « massaro alla salvarobba », il « dispensiero alla massaria de sopra », quello « deputato a dar la biada » e quello « deputato a ricevere e dare la paglia », i « trombetti [in] numero sei », il « tamborino », i due « cannavari alla cannava », i « massari alla massaria de sotto », e i « massari a ricevere le biade », il « fornaro con li garzoni », colui che è deputato « a portar l'acqua e spazare con tre garzoni », seguono le diverse famiglie dei Signori presenti a Corte, poi vengono le « donzelle », le « balie » e le « massare di Corte », il « camerlengo », il « maestro dell'intrate », il « maestro de casa », gli « scrittori de libri della libreria », i « suonatori d'organo », gli « schalchi per le contesse e donzelle », le « altre donne de casa », i « famegli da stalla » e i « mulatieri ».

(⁵⁵) È così definito dall'editore Giuseppe Ermini nella lettera-proemio premessa all'edizione sollecitata e patrocinata dalla R. Accademia Raffaello di Urbino, « coi tipi della Società tipografica editrice urbinata, Urbino 1932 », a p. (VII).

« un regolamento di corte » attribuito alla penna di un anonimo cortigiano urbinato (⁵⁶). Il cosiddetto « manualetto didattico » infatti raccoglie le consuetudini vigenti nella « domus » del Signor Duca d'Urbino e quindi fa conoscere le norme cui devono attenersi tutte le persone accolte nell'« ordo » familiare.

Nella famiglia signorile ormai trasferita a palazzo, sembra che sia stata avvertita come un'esigenza a conservare gli usi, le regole, le norme di comportamento previste per i familiari, codificando scrupolosamente l'« ordine et officij de casa ».

L'anonimo raccoglitore ha cercato anche una sistemazione alle singole materie collocandole in ordini più specifici e in sezioni più particolari, volendo raggruppare quanto è stabilito per gli « officij et servitij de camera » (⁵⁷), per il « vestire de la fami-

(⁵⁶) È L. MICHELINI TOCCI, che nel suo studio, *Ottaviano della Carda e una inedita testimonianza sulla battaglia della Varna (1444)*, in *Mélanges E. Tisserant*, Città del Vaticano 1964 (= *Studi e testi*, 237), p. 107, n. 45, ha riconosciuto per primo in questo scritto « un regolamento della Corte di Urbino ». Inoltre ha formulato una pregevole ipotesi, che meriterebbe di essere approfondita o comunque non dimenticata per future e più dettagliate ricerche. Secondo l'A. l'*Ordine et officij* sarebbe stato compilato, poco dopo la morte di Ottaviano Ubaldini, avvenuta nel 1498, « da un cortigiano che era vissuto molti anni con lui ». — Come è noto l'Ermiani (cfr. lettera proemiale cit.) aveva già rilevato che il « manualetto » doveva essere stato scritto da un cortigiano che era stato alla corte di Filippo Maria Visconti, prima del 1447. L'anonimo personaggio poi, « a li di » suoi, avrebbe avuto modo di frequentare anche la corte pontificia sotto Pio II, ma cfr. *Ordine*, cit., cap. LXVIII, ff. 69r-72r (= 89-92). L'ipotesi del Michelini Tocci ha un suo valore soprattutto dal punto di vista del metodo, in quanto osserva che, tra i familiari di Ottaviano Ubaldini, potrebbe anche celarsi il compilatore del « manualetto ». La soluzione di svolgere indagini intorno alle biografie di personaggi che hanno frequentato la corte dei Duichi d'Urbino, non è da scartare. Le ricerche potrebbero estendersi, p.e., anche ai dati biografici dei personaggi che accompagnarono, come familiari, Battista Sforza, seconda moglie di Federico, che fu giovanissima a Milano, e poi negli anni 1460-61, a Roma presso Pio II, ma cfr. J. S. DEGLI ARIENTI, *Cynevra de le clare donne*, a cura di C. RICCI e A. BACCHI DELLA LEGA, Bologna 1898 (= *Scelta di curiosità letterarie inedite o rare*, CCXXIII), pp. 304-311 e B. FELICIANGELI, *Alcuni documenti inediti relativi all'adolescenza di Battista e Costanza Sforza*, in *Giornale storico della letteratura italiana*, XLI (1903), p. 305 e p. 307.

(⁵⁷) Cfr. *Ordine*, cit., cap. XI, « Ordini de li officij et servitij de camera circa la persona del Signore et prima del camerico maggiore », e capp. segg., ff. 15r e segg. (= 16).

glia » (⁵⁸), per il « governo di cavalli » (⁵⁹), per « l'ordinamento di lochi » (⁶⁰), per « la cancelleria » (⁶¹). Il tentativo di dare alle consuetudini familiari un assetto più organico non sempre è riuscito, perché il « manualetto » non perde quel carattere alluvionale che accompagna tutte le redazioni di fonti consuetudinarie in forma scritta.

Nel « manualetto didattico » dunque sono composte e quasi sistemate le disposizioni che governano l'ordine nella « domus » signorile. Credo pertanto che il titolo « Ordine et officij de casa de lo Illustrissimo Signor Duca de Urbino » sia da preferire a quello, già ricordato, con cui il « manualetto » è stato pubblicato nel 1932, e che è possibile leggere, tracciato, da mano assai più tarda, nel retro di un foglio di guardia, aggiunto posteriormente al codice Urb. lat. 1248 (⁶²).

(⁵⁸) Cfr. *Ordine*, cit. cap. XXVI, « Ordine et modo de vestire de la famiglia », ff. 28v-30v (= 37-39).

(⁵⁹) Cfr. *Ordine*, cit., cap. XXVII, « Ordine del governo di cavalli », ff. 30v-35v (= 40-46).

(⁶⁰) Cfr. *Ordine*, cit., cap. XLVIII, « Circa l'ordinamento di lochi », ff. 35v-59v (= 46-66).

(⁶¹) Cfr. *Ordine*, cit., cap. LIIII, « Ordine de la cancelleria », ff. 59v (= 77). È qui menzionato anche un « ordine antico », vigente in cancelleria.

(⁶²) La mano che traccia questo titolo non è la stessa che ha esemplato le successive carte, cioè i ff. 1r-72v, secondo la foliazione antica. Nel recto del foglio di guardia è annotato « 1248 urbinat », mentre al f. 4r e 5r sono segnate alcune prove di penna, e al f. 6r restano solo tracce. I ff. 68v-69r sono in parte non scritti, quasi fosse stato lasciato incompiuto il cap. LXIII, che è il penultimo e nel quale si tratta dell'ordine « da osservare nella famiglia de Madonna Duchessa ». Sembrerebbe poi che la numerazione dei singoli capitoli fosse successiva, dovuta alla mano di un correttore, ma cfr. f. 47r. Il codice è costituito da un termine iniziale, al quale seguono otto quinternioni e un quaternione finale, mentre la legatura è sicuramente rifatta. Non credo che sia l'originale, dato che sembrerebbe essere stato esemplato, come dimostrerebbero sia le pagine bianche già ricordate, sia le due rasature al f. 11r, nel cap. VIII, « Officio de quelli che ministrano circa el victo del Signore », ove il copista lascia alcuni spazi bianchi: « . . . et in tutte le vivande osservare li tempi (cancella ' et maxime nelle ***** perché altro se rechiede el verno et altro la state et tucto comodo et *****/***** che non manche del magnifico . . . ». Tali spazi bianchi non sono segnalati dall'Ermini a p. 14. Al f. 72r, dopo il « fine », che appartiene sempre alla mano del suddetto correttore, è stato scritto: « Esendo ormai pasato il termine

Sarei propenso a credere che il titolo, accettato dall'Ermini, sia successivo a quando le consuetudini vennero raccolte, e comunque impreciso, perché in questa accezione gli ordini hanno piuttosto il valore semantico di comandi, anzi ne sono il sinonimo. Tali ordini dovrebbero pervenire dal signore ai familiari: è un modo anomalo di intendere il rapporto che lega i familiari al signore.

Quando nell'« ordo » entra un familiare, il « dominus » ha già prestabilito le mansioni, distribuendole nei diversi uffici: colui che è chiamato a ricoprire un « officium » trova già predeterminate le prestazioni alle quali è tenuto in forza del suo rapporto di lavoro. Per svolgere la sua attività il familiare non potrebbe provocare da parte del signore comandi ripetuti, anzi continui.

Nella famiglia signorile l'ordine è dunque il modo nel quale si organizzano le mansioni dei familiari, prima nella « domus », poi a palazzo. Non si traduce in un semplice comando, ma riassume una situazione giuridica assai più complessa, rappresentabile in una serie di comportamenti prestabiliti: coloro che sono deputati ai singoli « officij », per realizzare il più pronto servizio devono mantenersi nella situazione che è prevista ⁽⁶³⁾.

della promessa, la quale è stata fra me e voi, che tanto tempo fa, che la more è stata infra uoi e me la cagione è stata che non ue sete fidata di me, la qual cosa non mi pare honesta, la causa che hauete colto ad orta». Al f. 76v invece è scritto: « Carissimo et hon[orato] zio, quantunque la umanità vostra se conosciuta in molte altre cose so che non mancarite de mandarme il cavallo per il primo che ve acade, perché m'è stato riprorto che la zia Sora Felice sta molto malle per che gli voria cavare quelle robbe de le mano. Non altro a voi me ricomando. A di xvij de novembre nel MDxlvij. El vostro nepoto G... o Stefanj ». A piè pagina segue il disegno di un triregno. Inoltre le carte 1r-72v, che costituiscono poi i fogli originari del codice, sono attraversate dal foro di una filza d'archivio, che nei primi fogli si è cercato di restaurare. Nell'Inventario redatto dal notaio Scudacchi nel 1632, il Ms è assegnato al n. 992, ed è così descritto: « Ordini et officij della Corte del Serenissimo Signor Duca d'Urbino; in quarto, manoscritto legato in tavolette coperte in corame rosso. È nell'ottava scansia, ordine quinto, n. 11 », ma cfr. L. MORANTI, M. MORANTI, *Il trasferimento dei « codices urbinati » alla Biblioteca Vaticana. Cronistoria, documenti e inventario*, Urbino 1981, p. 428.

⁽⁶³⁾ Così, pure in senso positivo, come l'adempimento di una « obligatio in faciendo », l'« ordo » prescrive dei comportamenti. Nel nostro caso i comportamenti

In tal modo l'ordine è da intendersi come una situazione personale e soggettiva, nella quale con precisione è collocato ogni familiare. È suo ufficio dare esecuzione con « convenientia » al servizio attribuito a lui in quel piccolo cosmo che è l'ordine familiare; di ogni suo atto, ma anche dell'atteggiamento soggettivo che tiene durante l'esecuzione, è responsabile in modo immediato nei confronti dell'« ufficiale » — anch'egli familiare del signore — che dirige o sorveglia il servizio e che

perciò è necessario habia, cum arbitrio del Signore, imperio sopra tucta la dispositione de la casa da cui dipenda tucti gli altri ufficiali, et sia ubedito commo è volontà del Signore et secondo recerca la observantia de li ordini de casa (⁶⁴).

È così più facile comprendere come colui che ha voluto codificare le diverse prassi e le consuetudini praticate nel palazzo del Duca d'Urbino abbia dovuto dare particolare rilievo alle qua-

sono quelli accuratamente descritti nell'*Ordine*, cit. e posti a carico di ogni familiare. L'« ordo » però ha anche valenze negative, quando ha il senso del divieto o limite insuperabile al comportamento. In questo caso all'interdizione segue la sanzione, come è prescritto anche in alcuni *Capitolari antichissimi delle arti veneziane*, editi a cura di G. Monticolo, I, Roma 1896, pp. 15-16, 25, 61, 104, per cui chi contravviene all'ordo, che è poi il capitolare delle arti, dove subire l'allontanamento dall'ufficio, che è poi l'esercizio dell'arte: « ... ut quicumque fecerit contra suprascriptum ordinem (...) non audeat in ipso officio permanere », che è la formula usata nei capitolari dei sarti, dei giubbettieri e dei pescivendoli. Non meno interessante è però anche la formula usata dal capitolare degli orefici che prevede l'espulsione dall'ordo: « ... repertus fuerit fecisse contra ordinem (...) expulsus fuerit de arte aurificum et numquid in ipsa arte revertetur ». ma cfr. *infra*, p. 392.

(⁶⁴) Cfr. *Ordine*, cit., cap. I, f. 1r (= 2), ma, sulle funzioni di sorveglianza degli ufficiali maggiori, vedi *infra*, pp. 374-376. Tutti gli « officij de casa » procedono sotto la « diligente cura del Signore », che, come è spiegato al cap. LXVIII, f. 69r (= 89), si esercita secondo una precisa prassi, poiché « per conservare questo ordine è necessario che 'l Signore dia omne dì o tre volte la septimana, senza fallo, audienza al maestro de casa, al scalcho, al rasoniero maggiore et al thesaurario maggiore; elega mo' qual hora del dì più li piace et cusi al Vicario generale et al segretario omne ora ». Si noti che gli ufficiali principali della famiglia signorile hanno lo stesso trattamento riservato alle magistrature politiche.

lità personali, fisiche e morali dei familiari. È una preoccupazione costante, scrupolosamente riferita e descritta sotto la forma del consiglio benevolo, e che, laddove venga sopravvalutata, colora la raccolta di valenze tali da degradarlo a semplice « manualetto didattico ».

La famiglia del signore, dunque, quando dalla « domus » originaria si insedia definitivamente a palazzo, assume l'assetto e le forme di una Corte vera e propria ⁽⁶⁵⁾. Le mansioni originarie conservate costituiscono gli uffici che, come ho già detto, nel palazzo del Duca d'Urbino, sono distribuiti in un « ordo », o in più ristretti ordini de casa.

Nella ripartizione delle mansioni, nell'« officium », ad ogni familiare vengono assegnate qualifiche e competenze ⁽⁶⁶⁾: l'« ordo » si presenta così in senso orizzontale, iscrivendo al suo in-

(65) Sulla Corte sembra d'obbligo il rinvio alla fondamentale opera di N. ELIAS, *Die höfische Gesellschaft*, (1975) *La società di corte*, trad. italiana di G. PANZIERI, Bologna 1980. Secondo le ricerche dell'A. — osserva A. TENENTI nell'introduzione all'edizione italiana — la Corte « ebbe una funzione rappresentativa di più ampio significato come la fase di stallo di un lungo processo di maturazione ed insieme la premessa di un successivo disgregamento », indipendentemente dalla circostanza che nel suo saggio Norbert Elias, trascurando modelli medievali e rinascimentali, abbia considerato solo il caso francese dell'età di Luigi XIV. La riflessione non è trascurabile e a mio avviso potrebbe anche costituire il passo obbligato per sciogliere quell'intricato nodo di giudizi (o pregiudizi?) ricorrenti presso la storiografia italiana, che vuole la Corte come il polo di comprensibili considerazioni negative e la rappresenta come forza contraria, o comunque « complementare », allo stato moderno e alla sua formazione in Italia, ma cfr. l'acutissima « analisi della storiografia, tagliata attraverso la vicenda storiografica della corte » di C. MOZZARELLI, *Principe e Corte nella storiografia italiana del Novecento*, in *La Corte nella cultura e nella storiografia. Immagini e posizioni tra Otto e Novecento* a cura di C. MOZZARELLI e G. OLMI, Roma 1983, pp. 237-274.

(66) In una rappresentazione logica ogni ufficio all'interno dell'ordo familiare costituisce un più ristretto ordine, perché « è necessario de ordinare in tucto el resto de li servitij », cosicché ordine è organizzazione, distribuzione del lavoro, ma cfr. *Ordine*, cit., cap. V, « De una generalità et modi de servire a la tavola del Signore et officio de' dapiferi », ff. 5v-7v (= 7.9). Comunque ogni capitolo del « manualetto » stabilisce mansioni e competenze in quello che chiama « servizio quotidiano », cfr. *Ordine*, cit., cap. XI, « Ordine de li officij et servitij de camera circa la persona del Signore, et prima del cameriero maggiore », f. 15v (= 17).

terno tutte le « operae » che il familiare è tenuto a porre in essere a palazzo.

Nell'esplicare le funzioni dell'« officium » si realizza quel rapporto personale che lega il familiare al Duca d'Urbino. Non è questa la sede per stabilire se un tale rapporto è un impegno assunto, oppure è un atto dovuto: per ora mi interessa soltanto sottolineare che nell'« ordo » e nell'« officium », intesi in questo senso, si individua il rapporto di lavoro a Corte.

3. Non per malvezzo sistematizzante ma per tentare di chiarire la situazione giuridica personale del familiare, devo aggiungere poi che il vincolo che lega il titolare di un « officium », alla Corte del Duca d'Urbino, è da ritenersi un rapporto di lavoro subordinato. Stringenti ragioni in tal senso risultano sia dall'esame delle mansioni dirigenti, sia dal grado gerarchico attribuito agli ufficiali maggiori, come il « maestro de casa »⁽⁶⁷⁾, lo « scalcho »⁽⁶⁸⁾, sia dalle specifiche competenze, che costituiscono poi il contenuto dell'« officium diurnum »⁽⁶⁹⁾, cioè della giornata di lavoro, codificata con scrupolosa precisione nell'« Ordine et officij ».

⁽⁶⁷⁾ Cfr. *Ordine*, cit., cap. II, cit. e cap. LXIII, cit., ff. 1r-2v (= 1-3), f. 69r (= 89).

⁽⁶⁸⁾ Cfr. *Ordine*, cit., cap. III, cit. e cap. LXIII, cit., ff. 2v-5v (= 3-6), e f. 69r (= 89).

⁽⁶⁹⁾ Secondo quanto riferisce Azzone nella *Summa Codicis*, alla *De operis libertorum rubrica* (6.3) (ed. Venetiis 1584, col. 573, nu. 1), « est autem opera diurnum officium, ut ff., eodem, l.j. (D.38. 1, 1), id est officium quod quis exhibet alicui per diem », ripetendo in parte l'allegato frammento di Paolo. Il glossatore però precisa: « diem dico artificialem, non naturalem sicut dicitur qui mane iunctum vesperi, diem vocari precipis ». L'« officium diurnum », la giornata di lavoro, è una nozione tecnica, derivante da un testo giustiniano, anche in Odofredo, del quale cfr. *In secundam Codicis partem praelectiones*, tit. *De operis libertorum* (6.3), l. *Liberti libertaeque* (6), (ed. Lugduni 1552, f. 15va, nu. 8, che così conclude: « in larga significatione dicitur opera, quia opera dicitur proprie diurnum officium », allegando lo stesso frammento D.38, 1, 1 sul quale si fondava Azzone. Sull'« officium » inteso come « generale nomen ad omnem ministerium sit artificium vel non », l'apparato ordinario, alla glossa *quod est* a D. 32, 65, 1 ricorda che tale è l'insegnamento di Giovanni Bassiano. Il problema è che sicuramente l'« artificium » comprende anche l'« officium », mentre non è

Nel « manualetto » infatti è previsto, come in un contratto, quali « operae » il familiare deve realizzare, cioè quali prestazioni di lavoro deve porre in essere. La migliore dottrina del diritto intermedio — dai glossatori bolognesi ⁽⁷⁰⁾ ai maestri d'Or-

possibile affermare il contrario, giacché — sostiene Rogerio — « mullo, agafo, opilio, saltuarius, armiger, dapifer, cocus, pastor, ostiarius, pistor, et alii (...) sine ulla arte ministeria sua dominis exhibent »; ma cfr. anche la glossa *quod non est*, sempre a D. 32, 65, 1, siglata Rogerio nelle edizioni. Come meglio vedremo nuovi elementi si possono leggere in J. DE RAVANIS, *Lectura super prima parte Codicis*, al tit. *De operis libertorum* (6, 3), l. *Liberti liberteque* (6), (ed. Parisiis 1519, ed. anast. Bologna 1967, f. 257 rb), che sembra invece conoscere solo la c.d. nozione tecnica « opera est diurnum officium ». Le critiche del giurista ultramontano alle elaborazioni dei glossatori (cfr. *infra*, p. 344, n. 71) vogliono chiarire che l'« obsequium non est opera », perlomeno non è quell'« opera » che costituisce l'« officium diurnum ». Il problema sembra aver trovato una possibilità di soluzione presso la scuola del commento dove si sostiene: « opera largo vocabulo dicitur omne quod quis facit vel non facit gratia alterius, stricte vero dicitur diurnum officium », ma vedi BALDUS UBALDI, *In sextum Codicis librum commentaria*, tit. *De operis libertorum* (6, 3), l. *Liberti liberteque* (6), (ed. Venetiis 1577, f. 21ra, nu. 8). Sul tema vedi le considerazioni e le fonti richiamate da M. BELLOMO, *Il lavoro nel pensiero dei giuristi medievali. Proposte per una ricerca*, estratto da *Lavorare nel Medio Evo*, Perugia, 1983, p. 180 e n. 18.

⁽⁷⁰⁾ La discussione intorno alla « distinctio operarum » elaborata dai glossatori trova la sua « sedes materiae » in due luoghi della glossa ordinaria, a margine di D.12, 6, 26, 12 o di C.6, 3, 6. Premetto che i maestri bolognesi non manifestano grande interesse per le « operae officiales », mentre invece enucleano il concetto delle « operae fabriles », criticato e respinto dalla successiva dottrina, ma cfr. *infra*, p. 344, n. 71. Come molte sistemazioni medievali lo schema logico adottato è quello dell'« arbor »; i dottori ritengono che « obsequiales subdividuntur, quia aliae consistunt in faciendo, aliae in non faciendo ». Esempi delle opere, appartenenti alla prima sottodistinzione, sono quelle che si realizzano « in assurgendo et in salutando et in comitivam patrone prestando ». A questo proposito è interessante riferire l'osservazione di Odofredo: non troveremo i riferiti « exempla (...) in lege », ma nessuno, che sia sano di mente, può negare come il contenuto di queste « operae » sia caratterizzato da « obsequium et reverentia ». Sono invece « in lege » e « in faciendo » quelli che si leggono a D.2, 18, 5, a D.25, 3, 9 e a C.5 31, 2 e 3. Le « operae in non faciendo », secondo Azzone, — ripetuto *ad unguem* dalla glossa ordinaria a C.6, 3, 6, — « proprius dicerentur honor seu reverentia » e sono costituite dall'atto di astenersi dal porre in essere qualcosa. Come annota poi Odofredo, sono però meno onerose delle precedenti, « quia in labore persone vel in sumptu pecunie consistunt et ideo tamquam favorabilis debent ampliari ». Sono classificate « operae fabriles » quelle che devono ritenersi « incertae » o, come aggiunge Odofredo, che non nasconde qualche difficoltà sulla terminologia usata dalla dottrina, « id est non designata certa qualitate operarum ». Si elencano invece tra le « operae artificiales », quelle in cui la « specificatio operarum facta est ». Le opere « fabriles et artificiales debentur cum impositione » e costituiscono

léans ⁽⁷¹⁾, dai dottori del commento ⁽⁷²⁾ ai tardi sistematori quat-

l'« officium diurnum »; possono poi essere poste a carico di qualcuno « per iusiurandum et per stipulationem », ma cfr. D.38, 1, 7 e D.40, 12, 44: a questo proposito Azzone annota che « est hoc mirabile quod pactum vestiatur sacramento » e pertanto è ritenuto un « pactum vestitum », che genera, come meglio vedremo, un'« actio, ovvero una exceptio », ma cfr. G. ASTUTI, *I principi fondamentali dei contratti nella storia del diritto italiano*, in *Annali di storia del diritto*, 1(1957), p. 31 e segg. L'esame della « distinctio operarum » continua poi con una approfondita analisi delle « differentiae sive dissimilitudines », sia nella *Summa Codicis* di Azzone (*op. cit.*, coll. 575-576, per totum), sia in Odofredo (*op. cit.*, ff. 15vb-16ra, nn. 10-18), sia nella glossa *hoc expone* a D.12.6, 26, 12. Nella *Summa* azzoniana è edito poi un frammento alla l. *Liberti liberteque* (C.6, 3, 6) già noto ad Odofredo in questa singolare collocazione: « dominus Azo commentavit legem istam in fine huius tituli (de operis libertorum) », ma cfr. ODOFREDO, *op. cit.*, f. 17va, nu. 5. Per approfondire il tema è essenziale l'esame della dottrina di M. BELLOMO, *Il lavoro*, cit., pp. 177-183, nonché il « problema della distinzione del lavoro prestato da uomini liberi, semiliberi e schiavi ».

⁽⁷¹⁾ I risultati raggiunti dalla glossa non parrebbero soddisfacenti a Jacques de Revigny: l'« obsequium non est opera » e l'« opera obsequialis » non costituisce l'« officium diurnum ». Il grande giurista respinge anche la distinzione dei dottori bolognesi, per cui le « operae fabriles » sono « incertae » e le « artificiales » sarebbero « certae ». La suddetta distinzione non è « in lege » e, laddove si accenna alle « operae fabriles » — a D.38, 1, 6 —, ci si riferisce alle « operae » dei « fabri » e si propone solo come un esempio. I glossatori classificano « fabriles » le « operae incertae », perché l'« ars fabrilis generalior est omnibus artis mechanicis », ma è solo un « nomen » che non può essere elevato a « genus ». Il rifiuto dei risultati dell'elaborazione bolognese è preciso: « et omnes glose huius materie fundate sunt in malo intellectu nominum ». Mezzo secolo più tardi, Baldo, ricordando il contributo del Maestro d'Orléans, dirà che « ista nomina, scilicet artificiales, fabriles et industriales sunt synonyma secundum Jac(obum) de Ra(vanis): nam faber est artifex, et artifex est industrius » (*ed. cit.*, f. 21rb, nu. 8). Jacques de Revigny propone quindi i « tria genera operarum », accettati da tutta la successiva dottrina: « obsequiales, que non consistunt in officio diurno, et iste proprie non dicunt opere, sed quedam sunt que consistunt in officio diurno et iste proprie dicuntur opere (...), unde dico quod divisio operarum hec est: operarum quedam sunt artificiales, quedam officiales (...) quia (...) consistunt in officio, artificiales (...) in artificio ». La partizione si fonda sui seguenti testi: D.38, 1, 9 e il citato D. 38, 1, 6, ma cfr. J. DE RAVANIS, *Lectura*, cit., ff. 257rb-257vb.

⁽⁷²⁾ Secondo Baldo nei suoi *Commentaria* (*ed. cit.*, f. 21rb, nu. 8 e poi ff. 21va-21vb, nu. 14-17), le opere « aliae sunt reverentiales, sive obsequiales, que consistunt in curialitate et reverentia, aliae officiales, que sunt sine aliqua arte; aliae artificiales, quas nescit homo naturaliter facere, sed discit eos arte et ingenio ». Rinvio poi alla lettura della puntigliosa discussione intorno alla « distinctio operarum quod aliae sint certae et aliae incertae », che non è accettata. Viene così nuovamente criticata la sistemazione della glossa che, come si è visto, distingue le « operae fabriles » dalle « operae artificiales ». Ma cfr. anche CINUS PISTORIENSIS, *Lectura in Codicem*, tit. cit., l. cit. (6, 3, 6), ed. Frankfurt ad Moenum 1578, ed anast. Torino 1964, f.

trocenteschi ⁽⁷³⁾ — intorno alle « operae », al lavoro, conosce una classificazione — in « artificiales », « officiales » e « obsequiales » —, che è elaborazione « magistralis » ⁽⁷⁴⁾.

Il « manualetto », intorno all'« Ordine et officij » conserva tracce notevoli di questa classificazione dei giuristi; comunque un confronto non sarà inutile ⁽⁷⁵⁾.

Seguendo la partizione dominante presso la dottrina, è escluso che le « operae » di colui che lavora a Corte possano ritenersi « artificiales », dato che non sono applicazione dell'ingegno, né di un'arte, né della scienza ⁽⁷⁶⁾.

347va-347vb, nu. 4-8 e poi ALBERICUS DE ROSATE, *In secundam Codicis partem Commentaria*, tit. cit., l. cit., (ed. Venetiis 1585, f. 11va, nu. 1-4).

⁽⁷³⁾ Cfr. JASO MAINI, *In secundam Digesti Veteris partem commentaria*, tit. *De conditione indebiti* (12, 6), l. *Si non sortem* (26), § *Libertus* (12) (ed. Venetiis 1622, f. 141rb-141va, nu. 11, f. 142 va, nu. 16-19 e f. 142vb, nu. 24): « tene tu quod duae tamen sunt species operarum, scilicet officiales intem fabriles, vel artificiales... »; ma cfr. anche MARIANUS SOCINI, *Commentaria pars secunda super nonnullis Digesti Novi titulis*, tit. *De verborum obligationibus interpretatio in l. Stipulationem non dividuntur* (45, 1, 72) (ed. Venetiis 1603, f. 135 rb, nu. 176-177).

⁽⁷⁴⁾ Riferisce Odofredo (*op. cit.*, f. 16va, nu. 6-7), che « hec est divisio magistralis »: è un'elaborazione da esegeta, non « textualis ». — La classificazione trova fondamenti diversi in diritto romano e la moderna dottrina ha conosciuto il problema ampiamente, ma cfr. L. MITTEIS, *Operae officiales und operae fabriles*, Z.S.S. Rom. Abt., 23 (1902), pp. 143-158; E. ALBERTARIO, *Sul diritto dell'erede estraneo alle operae dei liberti*, in *Il Filangeri*, 10 (1910), pp. 6-10 (estratto); J. LAMBERT, *Les operae liberti. Contribution a l'histoire des droits de patronat*, Paris 1934, p. 138; O. COSENTINI, *Studi sui liberti*, I, Catania 1948, p. 147; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, Milano 1960, p. 341; P. PESCANI, *Le « operae libertorum »*, Saggio storico-romanistico, Trieste 1967, pp. 72-77.

⁽⁷⁵⁾ Rinvio, p.e., a quel passo dell'*Ordine*, cit., cap. VIII, « Officio de li credenzieri », ff. 8r-9r (= 11), dove i secondi credenzieri possono disporre di « uno fante liale (...) per portare acqua et lavare argenti et fare simili exercitij più mecanici... ». La nozione di « exercitio mecanico », è la stessa con la quale i giuristi classificano le « operae officiales ».

⁽⁷⁶⁾ Tra i commentatori Baldo degli Ubaldi (*op. cit.*, f. 21va, nu. 13) sembra il più interessato ad approfondire questi concetti: « artificiales operae dicuntur in quibus, conatur enim ars et ratio facere optima ad instar naturae, unde conatur pictor pingere imaginem, quam pucherrimam nam (*recte* non) posset producere: ut Beatae Virginis, operae istae ingeniales, sue intellectuales dicuntur artificiales ab arte (...) sed ars non est generalis quia virtus intellectus habitat in paucis, sicut inter infinitas spinas vix

Resta da vedere se siano « obsequiales » o « officiales ». Premetterei che in queste ultime — nelle « operae officiales » — la dottrina colloca il lavoro come applicazione meccanica, senza alcuna qualifica, né di risultanto, né di intelletto: è il « rude factum » ⁽⁷⁷⁾. E in questo senso gli « officij » del « manualletto didattico » codificano con precisione competenze e mansioni, e sono l'ideale struttura dei singoli contratti di lavoro ⁽⁷⁸⁾.

Ma le modalità d'esecuzione, i comportamenti personali, gli atteggiamenti prescritti, le forme con cui è gestito il lavoro, sono più caratteristiche di quella che è l'« opera obsequialis ». Qui sono ritenute qualificanti la « reverentia » e l'« obsequium » ⁽⁷⁹⁾,

unum lilium reperis, quoddam miraculum est reperire inter infinitos infelices unum felicem, ut in ceno lapidem pretiosum, multi enim sunt homines grossi et rudes, et pauci intellectus ... ».

⁽⁷⁷⁾ È ancora Baldo « dicuntur operae officiales quoddam rude factum, ut arare coquinare grosso modo et similia et istò modo dicuntur operae officiales in liberto, pront distinguuntur ab artificialibus, nam homo grossi capitis parum valet, sed ingeniosus plus valet (...), tamen in nostra materia non est tractandum de intellectu et scientia nobili, sed mechanica, que est rudior, tamen differentia est (...) inter officium et artificium, sicut inter grossum et fecem (...) et subtile et distillatum » (cfr. *op. cit.*, f. 21va, nu. 12-13).

⁽⁷⁸⁾ Ogni singolo capitolo dell'*Ordine*, cit., prescrive infatti quanto è richiesto a colui che presta le proprie « operae » nella famiglia signorile e a Corte. Rappresenta pertanto il contenuto dell'« officium diurnum », il programma al quale deve attenersi il familiare durante la giornata di lavoro. Alla base di un tale rapporto — le « operae » costituirebbero un obbligo che si perfeziona « per iusiurandum et per stipulationem » — penso di poter ipotizzare una pattuizione, difficilmente documentabile, ma che si può legittimamente presupporre dato che si può leggere nell'*Ordine*, cit., cap. XXXV cit., ff. 27v-28v (= 53), « et quello più et meno che se fusse convenuto cum loro ». Il problema, come meglio vedremo in seguito, è di stabilire se tale pattuizione, o meglio convenzione, sia in realtà solo una adesione alle « operae » che il « dominus » ha già organizzato nell'« ordo ». La disponibilità del prestatore di opere e quindi nei confronti dell'« ordo » ed è da questa che deriva la sua soggezione, pertanto il vero consenso sarebbe soltanto quello che è dato per entrare nell'organizzazione, ma vedi *infra*, pp. 393-396.

⁽⁷⁹⁾ Sono opere « reverentiales, sive obsequiales que consistunt in curialitate et reverentia ». Precisa inoltre Baldo « honoreficientia autem est quidam cultus, quo inferior superiorem honorat: puta si canonici vadunt obviam Episcopo suo, in felici eius ingressu processionaliter, sicut moris est, libertus associat patronum, vel lavat sibi pedes, vel servit ei interdum in mensa. Omnes autem has operas obedentiales reverentiales, honorificas lex uno generali vocabulo obsequiales appellat, supra, De negotiis gesti, l. Officio (C.2, 18, 4). Nam sive suo motu libertus hoc faciat, sive

ma soprattutto sono richiesti due atteggiamenti che ricorrono sempre negli « officij » alla Corte del Duca d'Urbino: l'« honoreficientia » e la « curialitas ».

Nella realtà codificata dal « manualetto didattico », i due modelli elaborati dalla migliore scienza giuridica — le « operae obsequiales » e le « operae officiales » — hanno subito reciproche contaminazioni.

Elementi essenziali di quell'unico atto che è l'« opera obsequialis » ⁽⁸⁰⁾ come la « reverentia », l'« honoreficientia » e la « curialitas », a palazzo si dilatano fino a diventare un atteggiamento continuo, si trasformano fino a diventare un modo di condotta, un contegno richiesto nella giornata di lavoro ⁽⁸¹⁾.

rogatus vel mandato patroni, obsequium est ut supra, De obsequiis, l. j. (C.6, 6, 1) », cfr. BALDUS URBALDI, *op. cit.*, f. 21 rb, nu. 8 e f. 21 va, nu. 11. Un esempio interessante, non solo perché non « est in lege », è prospettato da Odofredo (*op. cit.*, ed. cit., f. 15va, nu. 7): « et ita dicimus quod libertus debet assurgere et salutare eum [patronum] (...), quia is qui debet reverentiam alii debet hoc facere. Unde errant multi scholares qui non preveniunt dominum suum in salutando: quia expectant quod dominus salutet eos. Videtur quod superior debeat essi reverentiam, sed non faciunt sicut deberent ». Direi che, quella descritta da Odofredo, è anche oggi norma di comportamento e che si classifica tra la buona maniere. Anche l'*Ordine*, cit., prevede e prescrive atteggiamenti di questo tipo che si possono leggere al f. 5v (= 7), al f. 6v-7v (= 9), al f. 9v (= 12) e al f. 13 (= 24).

⁽⁸⁰⁾ Dice Jacopo d'Arena, riferito da Baldo (*op. cit.*, ed. cit., f. 21rb, nu. 8), « quod opera reverentialis non est opera, licet sit quidam actus » che è la stessa conclusione a cui era pervenuto Jacques de Revigny, il qual osservava che « assurgere, salutare », sono atti che si realizzano « in momento » (cfr. *op. cit.*, f. 257ra), mentre Odofredo (*op. cit.*, f. 15vb, n. 9), osservava che l'opera « obsequialis est aliquando brevius officium ». L'*Ordine* cit., al cap. V, cit., ff. 6v-7v (= 9), stabilisce che « tucti questi officij vogliono essere cum ordine, cerimonia et reverentia grandissima, senza ciarlamenti et pocho reguardo, perché denante a li Principi non se pò stare senza reverentia che sia abbastanza ... ». Per una definizione dell'« obsequium », inteso invece come un « état permanent d'obéissance », cfr. J. LAMBERT, *op. cit.*, p. 11 e per le situazione di « obsequium » o « reverentia », in cui erano posti i liberti nel diritto romano, cfr. P. PESCANI, *op. cit.*, pp. 22-27.

⁽⁸¹⁾ Un esempio ancora, che aggiungo agli altri già riportati, e che si potrebbero ancora richiamare, dato che questo è un aspetto emergente del « manualetto »: « li

Alla Corte del Duca d'Urbino l'« officium diurnum », il lavoro, non è inteso come fatto meccanico e rude, circoscritto al risultato, bensì come ricerca di un comportamento esteriore, caratterizzato non solo dai ricordati segni di abbellimento e piacevolezza, ma anche con atteggiamenti di reciproca deferenza. Nell'esecuzione del lavoro è privilegiata, anzi direi riscoperta una cortesia quasi cavalleresca ⁽⁸²⁾. Un tratto gentile distingue ormai il modo di lavorare a Corte.

Il « manualetto » è testimone non trascurabile di forme e modi di lavoro che non coincidono con quelli presi in esame dai giuristi: l'« officium » è regolato da contegni soggettivi che non si riconducono facilmente alle forme di lavoro cittadino, o agricolo, che è la realtà tenuta in considerazione dalla dottrina.

Componenti culturali di provenienza diversa sembrano aver contribuito al formarsi di questo rapporto di lavoro. Mi limito ad indicarne solo le più riconoscibili: la professione delle armi, che — non lo si dimentichi — è il mestiere dei Montefeltro. Termini

strumenti circa la persona del Signore in publico et in privato vogliono sopra tucto essere magnifici, politi et splendidi, quali rapresentino una certa auctorità et reverentia, per ciò che la dignità de li Signori se manifesta per quelli... », ma cfr. *Ordine*, cit., cap. XV, « De li instrumenti circa la persona del Signore », ff. 18v-19v (= 24).

⁽⁸²⁾ È nel mondo cortese-cavalleresco che è possibile ritrovare un'eguale tensione morale all'autoperfezionamento. È nell'ideale cortese che si allenta la dipendenza dalla nascita per preferire il perfezionamento etico-sociale. La nobiltà d'animo, l'educazione interiore, il problema dell'autocontrollo, la valutazione della necessità del silenzio o della parola, sono solo alcuni aspetti enumerabili, ma approfonditi anche nelle motivazioni, dalla cultura cortese-cavalleresca. Nell'*Ordine et officij*, cit., si prescrivono e si richiedono simili, anzi uguali comportamenti nei familiari, e pertanto in chi lavora a Corte. Sui valori della civiltà cavalleresca e sui conseguenti rapporti socio-economici si rinvia ai saggi di E. KÖLER, come p.e., *La piccola nobiltà e l'origine della poesia trobadorica*, oppure *Ricchezza e liberalità nella poesia trobadorica*, o ancora *Il servizio d'amore nel partinem*, poi anche *I trovatori e la questione della nobiltà*, tutti editi e tradotti a cura di M. MANCINI, in *Sociologia della fin'amor. Saggi trobadorici*, Padova 1976, pp. 1-18, 39-79, 101-138 e 139-162.

come famiglia ⁽⁸³⁾, ordo ⁽⁸⁴⁾, sono precisi concetti dell'organizzazione militare. La soggezione personale, l'« obsequium », lascia intravedere antichi rapporti di dipendenza personale, comuni nel mondo feudale.

⁽⁸³⁾ Sulla « famiglia podestarile » cfr. V. FRANCHINI, *Saggio di ricerche su l'istituto del podestà nei comuni medievali*, Bologna 1912, pp. 154-157. L'A. offre volutamente una nozione ristretta della famiglia podestarile, limitata « alle persone che attendevano alle cure domestiche o alla scuderia », per distinguerla dalla corte o curia del podestà che comprende — come poi è specificatamente detto alla n. 4 delle pp. 156-157 — giudici, notai, cavalieri compagni, donzelli, berrovieri o famigli « idonei et apti ad arma portanda ». Normalmente la legislazione statutaria prevede la consistenza della corte o famiglia del podestà: registrarci in proposito una interessante « reformatio » di Antonio da Montefeltro, del 10 maggio 1392, nella quale si stabilisce che il podestà di Gubbio può « secum ducere et tenere toto tempore sui officii aut regiminis in officio podestarie » un certo numero di « familiares », ma cfr. G. FRANCESCHINI, *Documenti*, II, cit., pp. 205-207, doc. nu. 214. Sui « familiares ad arma » nell'organizzazione militare, oppure sulla « casa del comandante la compagnia » cfr. M. MALLET, *Signori e mercenari. La guerra nell'Italia del Rinascimento*, Bologna 1983, pp. 113-130.

⁽⁸⁴⁾ Rinvio, ma solo p.c., a Luca da Penne (*op. cit.* f. 108rb, nu. 11), per il quale « militia potest dici ordo, quia apte, commode, ordinate, laudabiliter et virtuose milicie vivere debent, qui ordo hodie minime observantur. Nam, ait Petrus Blensis, in quadam epistula, ordo militum est ordinem conservare seu tenere ». Il tema è vasto ed importante, ma cfr. P. GALLUZZI, *Il tema dell'ordine in Galileo*, in *Ordo*, cit., p. 236, anche per la continuità della nozione. Ai fini della presente ricerca credo invece che sia da prendere in considerazione quanto riferisce, nella biografia di Federico da Montefeltro, Vespasiano da Bisticci (*op. cit.*, p. 365, p. 366, p. 370). Termini ed espressioni che si leggono nel racconto di questo prezioso testimone — come « ordinate le squadre et messe tutte a l'ordine », o « l'ordine dato da lui », oppure « il duca aveva ordinato l'ordine delle isquadre meravigliosamente, imponendo sotto la pena della vita, che ignuno fussi tanto ardito lo rompessi », o ancora l'« ordine del campo suo », nonché « il duca messi in ordine gli eserciti sua » — sono esempi significativi che appartengono alla storia e alle tradizioni militari della famiglia Montefeltro. Infine farei sempre ricorso alla penna di Vespasiano per richiamare quella descrizione della « domus » signorile, molto conosciuta (*op. cit.*, I cit., p. 401) e in cui si vive un clima di casa che « paressi casa di soldati ». È così possibile introdurre un altro collegamento tra il mondo militare, la famiglia signorile, il palazzo, il Signore e i suoi architetti ed ingegneri — presenti peraltro nella lista di Susech (cfr. Urb. lat. 1204, f. 101v). I Montefeltro conoscevano il loro mestiere e da buoni capitani sapevano dare quegli « ordini de alloggiamenti », che, a quanto è detto dal Macchiavelli, sono essenziali nell'arte della guerra, perché « a volere che l'alloggiamento sia sicuro conviene che sia forte et ordinato. Ordinato lo fa l'industria del Capitano; forte lo fa il sito o l'arte... » (cfr. *Libro dell'arte della guerra*, a cura di D. CARBONE, Firenze 1968, p. 109).

4. Ho proposto fin qui una lettura che accentua alcuni aspetti precettivi del « manualetto » a tutto svantaggio degli elementi descrittivi.

L'« Ordine et officij », da un punto di vista non meno importante, è anche la rappresentazione della « domus », della famiglia del signore, della Corte del Duca d'Urbino. Il « manualetto didattico » deve infatti essere considerato anche nelle sue altre componenti; e in questo senso, come la « memoria felicissima » o le altre liste adespote, riproduce, in segni concreti e leggibili, l'organizzazione della Corte, oppure soltanto della famiglia signorile che prende un assetto a palazzo. Susech o altri, hanno lasciato l'elenco delle persone fisiche che ricoprivano i singoli uffici, l'anonimo autore del « manualetto » ha descritto le funzioni o le mansioni attribuite.

Recuperando questa lettura descrittiva è così possibile formulare qualche spiegazione intorno ai rapporti che corrono tra l'« Ordine et officij » ed un'altra testimonianza sulla Corte del Duca d'Urbino. Devo infatti segnalare, anche per eventuali future ricerche, l'« Instruttione breve et succinta del modo di servare nel governo de casa », piccolo trattato anonimo, dedicato « allo Illustrissimo Signor Duca d'Urbino », e che conosco nella redazione del Ms Barb. Lat. 5159, della Biblioteca Vaticana ⁽⁸⁵⁾. È un'operetta che, se si escludono le parti iniziali — non più di quattro capitoletti ⁽⁸⁶⁾ —, presenta strettissimi legami di parentela con l'« Ordine et officij », tanto da poterne constatare la reciproca dipendenza.

⁽⁸⁵⁾ È un piccolo codice cartaceo in quarto del sec. XVI, scritto ai ff. 1r-32v, ove sono presenti segni di correzione; è legato in cartone. È descritto nell'Inventario 352, f. 109, della Sala manoscritti della Biblioteca Apostolica Vaticana.

⁽⁸⁶⁾ Nell'« Ordine et officij » non trovano riscontro la premessa del cap. I, f. 1r-1v, il cap. II, « Come la diligente cura familiare non è contra a nessuna virtù, anzi al virtuoso convenientissima », f. 2r; il cap. III, « Le cose sono da considerare circa il governo d'una tal casa », ff. 2v-3r; e il cap. IV, « Come ogni regola et norma debbe potissimamente nascere et mantenersi dal patrone et Signore ».

Non è mio compito approfondire i rapporti tra i due scritti; limito il mio intervento ad una segnalazione, ricordando che sarà opportuno accertare quale delle due redazioni risalga più in là nel tempo; oppure se, attingendo autonomamente agli stessi materiali, siano state compilate tutt'e due rielaborando scritture precedenti.

Posso però elencare alcuni fatti, e in primo luogo che l'« Instruttione » è più « breve et succinta » dell'« Ordine et officij ». Come meglio vedremo mancano alcune « materiae » che conferiscono al « manualetto didattico », edito dall'Ermini, il respiro, e la dimensione di raccolta di regole da osservare a Corte ⁽⁸⁷⁾.

È poi diversa la struttura, perché i capitoletti del « trattatello » sull'« Instruttione » sono collocati in un preciso disegno descrittivo, enunciato nel terzo capitolo; disegno limitato però all'esame dell'organizzazione della casa e del suo governo ⁽⁸⁸⁾. L'« Ordine et officij » si presenta invece con una formazione alluvionale e disorganica, con un tono di freschezza che segna il ritmo di successive annotazioni. Segue il filo conduttore della raccolta di consuetudini, nelle quali è abbastanza trasparente il proposito di fissare e tramandare norme di comportamento in maniera immediata. Non nasce dalla « dimanda di Vostra Eccellenza che circa la cura familiare, scriva qualche cosetta che acco-

⁽⁸⁷⁾ Non si leggono nell'*Instruttione breve et succinta del modo di servire nel governo de casa*, alcuni capitoli dell'*Ordine et officij*, che elenco *infra*, pp. 353-355.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. *Instruttione*, cit., cap. III, f. 2v-3r: « Le cose sono da considerare circa il governo d'una tal casa: Parmi ch'al reggimento d'una tal casa, qual'è quella di vostra Excellentia, si habbi da considerar più cose, gli officiali, li strumenti, le cose, il modo, et luoco et i tempi ancora in alcune cose; et prima quanto si habbia a observar' sulle generalità di tutta la casa; secundario nel servitio della persona di vostra Excellentia; tertio di tutta la famiglia, secondo i loro gradi; postremo de' forestieri secondo le conditioni loro, ne' quali servitij è assai diversità. Li officiali medesimamente a tali gradi non solamente distribuite, ma eletti a qualunque di quelli atti et accomodati. Gli strumenti partiti a qualunque di tali servitij et debiti secondo i gradi, splendidi et abundanti. Le cose hanno a esser prima quanto alla persona del Signore, (...) circa la famiglia persino alli animalj (...), circa de' forestieri (...) ».

modata mi paia (...) secondo quel modo che alcuno stato signorile si acconfaccia »⁽⁸⁹⁾; non vuole dare istruzione al signore e soprattutto non rischia mai atteggiamenti che, se non sono di vera piaggeria, certamente sono da registrare tra quelli di maniera⁽⁹⁰⁾.

Il « manualetto didattico » del Fondo Urbinato e il « trattatello » del Barberini dunque nelle loro strutture non sono sovrapponibili: l'anonimo autore che è intervenuto sul testo originario ha utilizzato i singoli capitoletti come strumenti per una manipolazione che ha ricomposto in un disegno spezzato e in nuove articolazioni.

Nel testo di ognuno dei capitoli nei quali è sistemata la materia, è possibile invece rintracciare quell'identità, che è prova non sospetta dell'esistenza di reciproci rapporti. Considererei pertanto il capitolo come un modo di frazionare il testo, presente già nella struttura originaria; come dimensione minima nella quale l'originale ha ricevuto una prima sistemazione, vuoi che la si debba individuare nel « manualetto », o nel « trattatello » o in

(⁸⁹) Cfr. *Istruzione*, cit. cap. 1, « Proemio », f. 1v: « ...Sommamente laudabile stimo, la dimanda di Vostra Excellentia che, circa la cura familiare, scriva qualche cosetta che accomodata mi paia, circa di quella secondo qual modo che alcun signorile stato si acconfaccia... ».

(⁹⁰) Rinvio ancora alla lettura del proemio dell'*Istruzione*, cit. f. 1-1v, dove si esaminano « nella vita de' mortali (...) la cura di sé medesimo (...) appresso la cura civile (...). Di poi ancora la cura familiare (...) » E soprattutto rinvio alla chiusura del proemio, ove, dopo la ricordata richiesta di Sua Eccellenza, così prosegue: « ... Il che, benché malissimo mi confidi di saper fare, et anche la brevità del tempo (...) non di manco per satisfar in qualche parte alla giusta dimanda di V[ostra] S[ignoria] (...), brevemente ne descriverò alcuna cosa secondo che a me al presente alla cura delle cose convenienti allo stato di Vostra Excellentia mi parrà debito. Riserbando il più lungo et il più digesto discorso a altro tempo di più otio et al trattar questo più accomodato. Il perché prego V[ostra] S[ignoria] humanissima di questo al presente mi scusi et lo pigli solo per un preludio di quanto ho desiderio col tempo di scriverne ». Al contrario ricorderei l'atteggiamento critico che si legge nell'*Ordine*, cit., cap. LIII cit., f. 59r (= 76), intorno alla prassi del possesso del sigillo ducale « a tempo de lo Illustrissimo Signor Duca Federico ».

altro scritto ⁽⁹¹⁾. I piccoli capitoli sono stati trattati come altrettanti moduli componibili, come tessere di un mosaico, scomposto e ricomposto in nuove forme.

Nell'« Instruttione breve et succinta » mancano però alcuni capitoli, peraltro non trascurabili, come quelli che prevedono l'« officio del bibliothecario » ⁽⁹²⁾, o l'« ordine de la cancelleria » ⁽⁹³⁾. L'immagine della « domus » del signore risulta così più angusta, priva di due dimensioni tradizionalmente presenti già nell'organizzazione della famiglia cardinalizia e papale ⁽⁹⁴⁾. Inoltre nel « governo de casa », descritto dall'autore del « trattatello » del Fondo Barberini, non sono previsti alcuni « officij », come quello dell'« helemosiniere », del « soprachocho », del « factore generale », del « masaro », del « ceriero » e « de chi porta li dopieri » ⁽⁹⁵⁾, che segnano invece il quadro più ricco ed articolato della « domus » signorile nella distribuzione di mansioni ritenute rilevanti e rappresentative.

⁽⁹¹⁾ L'*Instruttione breve et succinta* non sembra contenere elementi che possano suggerire una qualsiasi datazione; al contrario l'*Ordine et officij* presenta altri problemi, ma cfr. *supra*, p. 337, n. 56. Segnalo comunque che il Barb. lat. 5159, al f. 17v, cioè l'*Instruttione*, cit., al cap. XXX, « Ordine de servitij et offitij de Camera circa la persona del Signore », corrispondente al cap. XII dell'*Ordine*, cit., ff. 15v-17v (= 20-22), ha una correzione — « di per di » — che potrebbe anche dimostrare che lo scrittore sta esemplando da un'originale. In questo senso riterrei significativa anche la correzione del f. 12r — sempre dell'*Instruttione*, cit., cap. XVI, « Della spetieria et suo ordine », corrispondente nel testo dell'*Ordine*, cit., al cap. XXXII, « Offitio del spetiale et spetiaria » —, che anticipa la rubrica e l'inizio del successivo capitolo. D'altra parte, come ho già detto *supra*, p. 338, n. 62 anche l'Urb. lat. 1248 è copia, come potrebbe dimostrare anche l'errore del cap. XLIII cit., ove scrive « et non fachino », da correggere in « et uno fachino ». Allo stato delle ricerche pertanto non ne trarrei alcuna conseguenza.

⁽⁹²⁾ Cfr. *Ordine*, cit., cap. LIII, cit., ff. 58r-59v (= 75-76).

⁽⁹³⁾ Cfr. *Ordine*, cit., cap. LIII, cit., ff. 59r-62r (= 76-80).

⁽⁹⁴⁾ Cfr. A. PARAVICINI BAGLIANI, *op. cit.*, p. 503 e segg.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. *Ordine*, cit., cap. XXXI, cit., f. 36v-36r (= 46); cap. XXXVI, « Officio del soprachocho », ff. 41r-41v (= 53); cap. XXXVII, « Officio del factore generale », ff. 41v-44v (= 54-57); cap. XXXVIII, « Officio del massaro », ff. 45r-46r (= 58-59); cap. XL, « Officio de chi ha portare li dopieri », ff. 46v-47r (= 60); cap. XLI, « Officio del ceriero », ff. 47r-48r (= 61).

Naturalmente nel « trattatello » non è poi possibile leggere quel brano che nell'« Ordine et officij » è il cap. LXIII — l'ultimo, sine titulo —, dove l'anonimo raccoglitore ha deliberatamente lasciato alcuni ricordi dei « doi Principi (...) molto expediti nel tenere (...) modi nel distribuire » le loro « faccende »⁽⁹⁶⁾. Sono quelle poche, ma precise notizie, già note al Pastor⁽⁹⁷⁾ e segnalate dall'Ermini, che consentono di dare al raccoglitore una collocazione temporale non approssimativa e di formulare con cautela qualche attribuzione⁽⁹⁸⁾. Mi è così possibile affermare che l'autore dell'« Instruttione breve et succinta » non è lo stesso personaggio che ha raccolto le consuetudini nell'« Ordine et officij ».

Nell'« Instruttione » mancano anche altri capitoli che, nel cosiddetto « manualetto didattico », racchiudono disposizioni e regole intorno ad aspetti estremamente qualificanti nella vita della famiglia signorile. È un piccolo nucleo di consuetudini, che investono anche altri aspetti del complesso rapporto, che lega i familiari al Duca d'Urbino. Mi riferisco all'« officio di paggi » e a « chi ha da essere sopra li paggi »⁽⁹⁹⁾, allo « officio de li stafie-

(96) Cfr. *Ordine*, cit., cap. LXIII, cit., ff. 69r-72r (= 89-92). I due principi ricordati sono come già è stato detto, Filippo Maria Visconti, « tertio duca de Milano » e il pontefice Pio II. Chi ha compilato il « manualetto » conosce anche i due segretari del papa e cioè il cardinale di Pavia, Jacopo Ammanati e il fidatissimo Gregorio Lolli, che, com'è noto, è il cugino del pontefice.

(97) La pagina dell'*Ordine et officij* citata alla nota precedente è considerata una fonte principale nella biografia di Pio II da L. VON PASTOR, nella sua *Storia dei papi dalla fine del medio evo*, trad. it. di A. MERCATI, vol. II Roma 1961, pp. 23-24.

(98) Sul problema cfr. *supra*, p. 337, n. 56.

(99) Cfr. *Ordine*, cit., cap. XVII, « Officio de chi ha esser sopra li paggi », ff. 19v-20v (= 25-27) e cap. XVIII, « De l'officio di paggi », ff. 20v-21r (= 27). È stabilito che i paggi « non voriano passare el numero d'octo », ma Susech ci fa conoscere il nome di diciannove, mentre l'altra lista ne ricorda ben ventisei, cfr. Urb. lat. 1204, f. 101r e f. 109r. Forse sarebbe possibile rintracciare anche le « camere de signori paggi », attraverso documenti di F. SANGIORGI, *op. cit.*, p. 135.

ri » (¹⁰⁰), a quanto « è da osservare nella famiglia de Madonna Duchessa » (¹⁰¹), ed infine al « partito che è da pigliare de chi non fesse bona reuscita » (¹⁰²).

5. I paggi — secondo l'« Ordine et officij » — sono « mandati a tale servizio et per acquistare gratia et a ciò che diventino homini »: sono le future leve, coloro che collaboreranno con il signore nell'esercizio del potere, perché « diventando da bene (...) saranno sempre partigiani de chi li ha facti homini » (¹⁰³). Susech prima di diventare familiare del signor Ottaviano Ubaldini, ricoprì l'ufficio di paggio nella « domus » del Duca Federico da Montefeltro (¹⁰⁴).

Nella casa descritta dall'anonimo del « trattatello », non circolano paggi: non dico che, al tempo in cui è redatta l'« Instruttione », la Corte del Duca d'Urbino non sia stata frequentata da paggi. Affermo solo che il compito di preparare i giovani, che « usciti da paggi, metterli a l'arme o ad officio dove fussino più apti » (¹⁰⁵), non è più una funzione sentita come una componente non trascurabile del « governo de casa » del Duca d'Urbino (¹⁰⁶).

(¹⁰⁰) Cfr. *Ordine*, cit., cap. XLIII, « Officio de li staffieri », ff. 48r-49r (= 62-63). La lista di Susech restituisce il nome di trentadue staffieri, mentre la adesgota ne ricorda ventisette, cfr. Urb. lat. 1204, ff. 101v-102r e f. 109. Nel palazzo dei duchi d'Urbino esiste una « stantia de li stafieri », vedi F. SANGIORGI, *op. cit.*, p. 135.

(¹⁰¹) Cfr. *Ordine*, cit., cap. LXIII, cit., f. 68v (= 88-89).

(¹⁰²) Cfr. *Ordine*, cit., cap. LXII, « El partito che è da pigliare de chi non fesse bona reuscita », ff. 66v-68v (= 86-88).

(¹⁰³) Cfr. *Ordine*, cit., cap. XVII, cit., f. 19v (= 25).

(¹⁰⁴) Vedi *supra*, p. 335, n. 53.

(¹⁰⁵) Cfr. *Ordine*, cit., cap. XVIII, cit., f. 20v (= 27).

(¹⁰⁶) La funzione di educare i paggi sembra essere stata non secondaria ai tempi di Federico da Montefeltro se si considerano i nomi dell'una e dell'altra lista conservate nell'Urb. lat. 1204, ma vedi *supra*, n. 99. Vespasiano da Bisticci (*op. cit.*, p. 401), ricorda che « alcuni Signori (...) avevano dato i loro figlioli al Signore per imparare la disciplina militare, il simile a fine che fussino costumati... ». Nell'*Instruttione*, cit., nei confronti dei paggi, ho trovato solo due incidentali riferimenti: al cap. XLI, « Modo del vestire della famiglia et provisione », f. 25r (« ... vero è che a paggi non par da doversi dar provisione alcuna... »), che ha il passo corrispondente nell'*Ordine*,

Il servizio nella « domus » signorile è un tirocinio severo che si svolge sotto la costante guida e la sorveglianza del « maestro de li paggi » (¹⁰⁷). I paggi devono « ubbidienza » al signore: è previsto poi che lo « scalcho » e il « cameriero maggiore » (¹⁰⁸) « polli anchora comandare », ma possono solo richiedere l'adempimento di compiti tassativamente stabiliti (¹⁰⁹). In realtà non svolgono mansioni gravose e i programmi e le finalità di un tale servizio sono prestabiliti

persuadendoli de continuo a le virtù (...) et farli pratici per prima che li potessino servire el Signore in dicto officio et in maggiore, che la natura et la gratia li aiutasse, et aiutarli quando fosse possibile a le virtù dove fussino più inclinati (¹¹⁰).

L'« Ordine et officij » prospetta questo servizio nella « domus » signorile come un periodo di apprendistato, un tipo di scuola alla quale vengono mandati dei giovani per accedere a precise carriere: « a l'arme e ad officio, dove fussino più apti » (¹¹¹). La famiglia del signore ha un costante bisogno di

cit., al cap. XXVI, « Ordine et modo del vestire de la famiglia », ff. 28v-30v (= 35), e poi al cap. XXX, « Ordine de servitij et officij de camera circa la persona del Signore », f. 17r (« ... il quale a tutti altri ministri, a simil cosa ordinati, proceda et impongha ad alcuni come proprio maestro et questo e a paggi et ad alcuni... »). Nell'*Ordine*, cit., il passo corrispondente si legge al cap. XI, f. 12v (= 16).

(¹⁰⁷) Cfr. *Ordine*, cit., cap. XVII, cit., ff. 19v-20v (= 25-27).

(¹⁰⁸) Cfr. *Ordine*, cit., cap. XVIII, cit., ff. 20v-21r (= 27).

(¹⁰⁹) Cfr. *Ordine*, cit., cap. XL, cit., ff. 46v-47r (= 60): « L'officio de li dopieri comunemente sole essere de li paggi, li quali habiano ad obedire a lo scalcho et andare cum lui a la cucina et al maestro de casa... ». E poi ancora al cap. XI, « Ordini de li officij et servitij de camera circa la persona del Signore et prima del cameriero maggiore », ff. 12v-15v (= 16-19): « ... potendo ciascuno de questo tre camerieri inferiori comandare a li paggi in quel presente apto de servire el Signore (...) el tucto cum volontà et ordine del camoriero maggiore... ».

(¹¹⁰) Cfr. *Ordine*, cit., cap. XVII, cit. f. 20r-20v (= 26).

(¹¹¹) Tra i compiti affidati allo scalcho è quello di « exercitare le persone in giuochi militari commo è giostri, torniamenti et combattere castelli, che sonno tucte

personale, che prepara al suo interno: stabilitasi a palazzo, il sistema non decade, ma anzi ha la possibilità di dimostrare tutta la sua bontà. Basta ricordare l'immagine di Federico, scolpita in una pagina notissima di Vespasiano da Bisticci, dove il signore è rappresentato mentre si occupa personalmente dell'addestramento militare dei giovani di Urbino ⁽¹¹²⁾. È un'altra forma di cultura, diversa da quella scolastica e universitaria, che segue sue tradizioni, suoi sviluppi ed adempie a sue esigenze: il palazzo è il luogo in cui si forma la burocrazia di Corte, che richiede un funzionario fedele, efficiente, disponibile e predisposto ad una mobilità nell'impiego che è duttilissima, rispondente sempre alla finalità di collaborare con il signore nell'esercizio del potere. Tra i sudditi e il signore si sta formando un corpo intermedio, nel quale trova spazio questo modello di funzionario cortigiano, e nel quale il periodo di apprendistato nel servizio di paggio è essenziale, e tale resterà.

Non credo che il fenomeno qui sommariamente riassunto sia peculiare della Corte del Duca d'Urbino ⁽¹¹³⁾: il giovane Federico era stato mandato dal padre Guidantonio presso la Corte dei

cose apte al mestiero de l'arme como ricerca el bisogno del Signore et loro », ma vedi *Ordine*, cit., cap. II, cit., ff. 4v-5r (= 6). Suppongo che un tale programma, che investiva tutti i familiari presenti a palazzo, riguardasse anche i paggi. Comunque basterà segnalare che dalla « memoria felicissima » di Susech sappiamo che tal « maestro Giuliano, siciliano », era ricordato tra i « maestri de scirma che insegnavano a li paggi », mentre un certo « maestro Nicolò » è ricordato nell'altra memoria (cfr. Urb. lat. 1204, f. 102r e 110r).

⁽¹¹²⁾ Cfr. VESPASIANO DA BISTICCI, *op. cit.*, p. 406. I giuochi e gli addestramenti dei giovani si tenevano nel prato del Convento di San Francesco in Urbino.

⁽¹¹³⁾ Sul fenomeno che vede i nobili trasformarsi in funzionari presso la Corte nella quale entrano giovanissimi e prestano servizio come paggi, mentre ricevono un'educazione cavalleresca ed anche culturale adeguata alle future cariche, cfr. E. KANTOROWICZ, *Kaiser Friederich der Zweite*, Berlin 1931, pp. 268-295. Erano gli scudieri nobili o anche i « valletti dell'Imperatore » della Corte di Federico II di Svevia. Naturalmente in Urbino il fenomeno ha proporzioni molto ridotte e se poi si consulta l'elenco dei paggi della lista di Susech, e dell'altra adesposta, mi sembra che in Urbino ricoprissero l'ufficio di paggi personaggi di provenienza diversa.

Gonzaga, a Mantova ⁽¹¹⁴⁾; Ottaviano Ubaldini, il fedelissimo nipote-fratello, l'altra anima del signore, aveva prestato servizio alla Corte dei Visconti, a Milano ⁽¹¹⁵⁾.

Esperienze come quelle ricordate devono avere avuto un certo peso nella elaborazione delle regole e consuetudini riferite nel « manualetto » per preparare i paggi a futuri e più gravosi impegni a Corte: in questo senso i capitoli dell'« Ordine et officij » sono la rappresentazione della funzione didattica in quell'« ordo » che è la famiglia signorile. Ma sono anche l'immagine del potere costituito che si riproduce e si perpetua, che crea i presupposti per la sua sopravvivenza: se il palazzo è la sede del potere, coloro che vi si insediano assieme al signore consegnano ad altri l'immagine che hanno creato. La funzione didattica nel quadro generale ha questo preciso scopo e deve essere riconosciuta nei suoi connotati.

Venendo poi al servizio prestato, proprio perché adempie anche a questa funzione, esso non è retribuito: « a li paggi non è conveniente dare provigione alcuna, ma tucti li loro bisogni com-

⁽¹¹⁴⁾ Sopra le vicende che vedono Federico inviato prima come ostaggio a Venezia dal padre Guidantonio, poi trasferito a Mantova alla corte di Gianfrancesco Gonzaga, ove ebbe modo di avere come maestro Vittorino da Feltre e dove fu armato cavaliere dall'Imperatore Sigismondo, cfr. P. PALTRONI, *Commentari*, cit., pp. 45-46; *Cronachetta d'Urbino* (1404-1578) a cura di G. BRACCINI, in *Le Marche*, I, (1971), p. 119; SER GERRINO DA GUBBIO, *Cronaca* a cura di G. MAZZATINTI, in *RR.II.SS.* XXXI, Città di Castello 1902, p. 15; B. BALDI, *Vita e fatti di Federico da Montefeltro, Duca d'Urbino*, I, Bologna 1826, pp. 11-12; W. TOMMASOLI, *La vita*, cit., pp. 12-13.

⁽¹¹⁵⁾ Figlio di Bernardino Ubaldini e di Aura, figlia naturale di Guidantonio da Montefeltro, e che una consistente tradizione dice essere la vera madre di Federico. Come osserva il Tommasoli nella nota-introduzione (pp. 20-21) ai *Commentari* del Paltroni, Federico non smentisce sulla sua origine né la versione che lo vuole figlio naturale di Guidantonio, né quella che lo vuole figlio di Bernardino Ubaldini e di Aura. Ottaviano in questa sua incerta condizione di fratello-nipote, è quindi personaggio di prima grandezza a Corte, e regge il governo del ducato quando Federico è assente e durante la minorità di Guidubaldo. Dal 1443, quando aveva dieci anni, Ottaviano soggiorna a Milano presso la corte viscontea perlomeno fino al 1447, ma vedi L. MICHELINI TOCCI, *Ottaviano Ubaldini*, cit., pp. 100-101 anche per le indicazioni bibliografiche.

piutamente secondo l'honore del Signore » (¹¹⁶). La mancanza di un salario qualifica ancora meglio il carattere di apprendistato dell'« officio di paggi »; a questo proposito avanzerei il sospetto che tutti coloro che entrano a far parte della famiglia signorile — e mi riferisco a coloro che svolgono mansioni domestiche — siano costretti a seguire un periodo di tirocinio, dato che « de la (. . .) famiglia niuno è (. . .) da ricevere senza optimo examine et examinato consulto » (¹¹⁷).

Trovano così una giustificazione, anche da un altro punto di vista, quelle disposizioni sulla sorveglianza continua del signore, del « maestro de casa » e dello « scalcho », sul personale e sul buon governo della famiglia, che dettano norme di comportamento minuziose e severe, alle quali chi presta i propri « servitia » è tenuto ad uniformarsi (¹¹⁸).

Basterà ricordare quanto è previsto per l'« officio de li stafieri », che vigilano sul signore e sui « soi compagni, gentilhomini, cortisani ». Per ricoprire quest'officio sono richieste doti particolari, che poi sono quelle che ho già sommariamente richiamate, ma che qui sono racchiuse in un efficace quadretto, e che l'anonimo autore dell'« Instruttione breve et succinta » fa mostra di non conoscere :

Vogliono essere li staffieri alti, de bono aspetto, animosi, gagliardi et bene in gambe, discreti, accostumati et taciturni de natura de quello che qualche volta casualmente intendessino che non fusse da dire, perché è cosa pericolosa essendo de altra natura.

(¹¹⁶) Cfr. *Ordine*, cit., cap. XXVI, « Ordine et modo del vestire de la famiglia », ff. 28v-30v (= 38): « vero è che a li paggi non è conveniente dare provisione alcuna, ma tucti li loro bisogni compiutamente secundo l'honore del Signore », e poi ancora, al cap. LXI, « Officio de lo infermiere », ff. 66r-66v (= 86): « . . . cum chi sta senza salario et a discretion, come paggi et altri simili . . . ».

(¹¹⁷) Cfr. *Ordine*, cit., cap. XXVI, cit., ff. 27v-30v (= 39), e nell'*Instruttione*, cit., cap. XLI, f. 25r.

(¹¹⁸) Sono quelle prescrizioni dei capp. II e III, dell'*Ordine*, cit., ff. 1r-5v (= 1-6).

Bisogna anchora che li siano vigilanti et intenti se 'l Signore comandasse una cosa più che un'altra et prompti in aiutarlo de omne bisogno; remoti de omne disonesto mangiare et bere, et guardasse da lochi pubblici desonesti; né per niente farne mercantia, non giuocatori, né biastimatori, et reverenti, et non solo che li se faccino domesticchi in parlare puntuosamente cum lo Signore, né cum altri Signori gintilhomini che fussero cum la Sua Excellentia, ma se debbino guardare dal rasonare forte l'uno cum l'altro in sua presentia cum risi licentiosi et importuni (¹¹⁹).

L'« Instruttione » poi, non conosce neppure quanto « è da osservare ne la famiglia di Madonna Duchessa », capitolo nel quale sono prescritti comportamenti uguali a quelli ora ricordati e richieste, per i familiari della Duchessa, le stesse doti fisiche e morali (¹²⁰).

Nella « domus » signorile circola questa ideologia del potere, e tutto il personale che vi lavora, da coloro che svolgono mansioni domestiche, ai « compagni, gintilhomini, cortisani » vive in questo programma ideale, come in una tensione collettiva. In questo clima ideologico, che vede il familiare chiamato a collaborare all'immagine e alla gestione del potere con il signore, si va

(¹¹⁹) Cfr. *Ordine*, cit., cap. XLII, cit., f. 48r-48r (= 62-63). Le stesse regole di comportamento sono dettate anche altrove, vedi, p.e., al cap. XI, cit., f. 15v (= 19), che nell'*Instruttione*, cit., si legge al cap. XXX, f. 18v.

(¹²⁰) Cfr. *Ordine*, cit., cap. LIII, cit., f. 68v (= 88-89): « ... cominciando da li compagni et de grado in grado fino all'ultima vole essere uno archivio de gravità et de honestà, né se vole che mai li sia alchuno disutile et che non imparasse mai o non sia apto ad imparare, et vogliono essere remoti da omne vitio pubblico né vogliano essere ciarlatori, ma parlare cum reverentia et quando bisogna et non più in presentia de Madonna et maxime li staffieri. De le donne sue non se rasona, perché questo se vede per asso fermo ». Annoto qui che per la prima volta compaiono le donne della famiglia che, se si deve giudicare dalla memoria di Susech e dalla adespota, non devono avere avuto un ruolo secondario nello svolgere funzioni domestiche, ma cfr. *supra*, pp. 335-336, alle n. 53 e n. 54.

formando a poco a poco una figura nuova, nella quale non è più necessario una provenienza dallo Studio, come « doctor », « magister » o notaio ⁽¹²¹⁾. Non ha ancora caratteristiche precise, né è precisato il « cursus honorum », ma già si intravedono gli sviluppi della sua carriera: è il funzionario cortigiano, legato e protetto dal signore, e che è in grado di attuare il suo programma politico. È un modello che si preciserà meglio nelle sue caratteristiche ⁽¹²²⁾, perché dalla semplicità delle sue attribuzioni, assumerà forme sempre più complesse e stratificate: anche gli addetti alle mansioni domestiche riscopriranno aspetti rituali che, intesi ormai come un codice genetico, si trasmetteranno e si complicheranno nell'ordinamento principesco e monarchico.

6. Lo « status » di familiare assunto da colui che lavora a Corte, è ben caratterizzato da un trattamento che fa « conto de averli poi non commo servi, ma commo congiunti » ⁽¹²³⁾.

Alcuni infatti risiedono abitualmente nella « domus » signorile quando si richieda un impegno continuo. Colui che vive costantemente a palazzo, se il grado, l'età, l'anzianità nel servizio lo

(121) Sul tipo di formazione, preparazione e doti personali che questo nuovo funzionario avrebbe dovuto possedere, mi è sembrata illuminante la lettera che Pandolfo Collenuccio invia al suo Signore, Ercole d'Este, Duca di Ferrara, narrando l'incontro con papa Alessandro VI, il 12 settembre 1494. La lettera è pubblicata da P. NEGRI, *Le missioni di Pandolfo Collenuccio a papa Alessandro VI (1494-1498)*, in *Archivio della Società Romana di storia patria*, XXXIII (1910) pp. 381-397. Tra il pontefice e l'umanista pesarese si impone un gioco sottile nel trattare l'affare, e la circostanza che entrambi fossero « dottori », e quindi ben potevano apprezzare gli aspetti giuridici della vicenda, è solo un espediente retorico, e nient'altro.

(122) Cfr. B. CASTIGLIONE, *Il cortigiano*, cit., I, XXVII e XXX: «...ha da accompagnar le operazioni sue, gli gesti, gli abiti, insomma ogni suo movimento con la grazia; e questo mi pare che mettiate per un condimento d'ogni cosa, senza el quale tutte l'altre proprietà e bone condizioni, siano di poco valore ». E poi ancora « Quanto piace più e quanto più è lodato un gentiluom che porti arme modesto, che parli poco e poco se avanti, che un altro che sempre stia in sul lodare se stesso e biastemando con braveria mostri minacciare al mondo e nient'altro è questo che affettazione di voler parer gagliardo. Il medemo accade in ogni exercizio, anzi in ogni cosa che al mondo fare o dire possa ». Nella seconda redazione i due passi sono a I, XXIV e XXVII.

(123) Cfr. *Ordine*, cit., cap. XVI cit., f. 30r-30v (= 39).

consentono, ha diritto di avere « camera da sé », piuttosto che convivere con altri familiari (¹²⁴).

All'opposto, un trattamento particolare, che però è un'eccezione giustificata dal duro lavoro e da comportamenti certamente poco garbati e sicuramente non cortesi, è riservato ai « famigli di stalla », al « principale » e ai suoi « mulathieri ». Hanno un vitto più abbondante, non hanno frequenza di rapporti con gli altri componenti la famiglia, dormono nel luogo di lavoro, cioè nelle stalle (¹²⁵).

Lasciando ancora una volta il punto di vista descrittivo, quanto è stabilito nel « manualetto didattico », è anche il modo con cui si lavora a Corte o nel palazzo del Duca d'Urbino, e pertanto rappresenta anche la parte normativa del rapporto di lavoro imposto al familiare.

Direi però che non è l'unico contenuto, perché nasconde anche un altro aspetto, non meno rilevante sul piano giuridico. Devo infatti osservare che, quando il trattamento prescritto è riconosciuto come un diritto di colui che presta le proprie « operae », o perlomeno come una pretesa legittima riconosciutagli dall'« ordo » istituito nella « domus » signorile — ed è il caso dell'« Ordine et officij » —, ben può essere considerato come una parte integrante della retribuzione globale, che si aggiunge al salario o alla mercede stabilita, o comunque pagata. In ogni caso è un obbligo che è posto a carico del signore, perché da lui è stato assunto.

Secondo i risultati delle ricerche di Guido Rossi, nella legislazione statutaria, a volte, la mercede è pagata « nella forma di denaro e generi » (¹²⁶): anche nell'« Ordine et officij » e nel-

(¹²⁴) Cfr. *Ordine*, cit., cap. XXV, « Del governo de la famiglia quanto al dormire », ff. 27v-28v (= 36-37), dove si parla di « officiali (...) che fossino continuo a li servizi del Signore o de casa ».

(¹²⁵) Cfr. *Ordine*, cit., cap. XXX, « Del governo de li nulli », ff. 34v-35v (= 45-46).

(¹²⁶) Cfr. G. Rossi, *Sul profilo della « locatio operarum » nel mondo del lavoro dei Comuni italiani secondo la legislazione statutaria*, Milano 1958 (= *Università degli*

l'« Instruttione » il termine mercede o salario può indicare una retribuzione mista.

Ma nella « locatio », secondo la glossa e la successiva dottrina, la « mercede » può essere pagata soltanto in « pecunia numerata » (¹²⁷): il trattamento retributivo complessivamente riservato al familiare, deve essere tenuto distinto dalla corresponsione della semplice mercede o salario. Non è opportuno comprendere nella mercede né la retribuzione in cose, né le prestazioni periodiche o continuative di cose a titolo di compenso, che si aggiungono al « quantum » pattuito con il signore (¹²⁸).

La conclusione esposta sembra trovare qualche sostegno nel trattamento previsto per alcuni componenti la famiglia, ma « habitanti fora de casa ». Questi familiari lucrano il vitto in

studi di Urbino. Facoltà di Giurisprudenza, 5) pp. 120-141: a proposito della « mercede » la legislazione statutaria prevede che deve essere pagata in « pecunia numerata », ma altre volte « è stabilita nella forma mista di denaro e generi ». — Avverto che ho consultato il lavoro di G. Rossi, edizione fuori commercio, nella copia esistente presso la Biblioteca Nazionale Vittorio Emanuele di Roma.

(¹²⁷) Nella « locatio », c'è sempre la mercede, che secondo la glossa al lemma *mercede*, a D.19,2,1, deve essere « in pecunia consistente ». Così conclude anche la glossa *non dabatur*, a D.16,3,1,9: « nota locationem non esse sine mercede in pecunia constituta »: così pure in Pietro da Unzola ma cfr. *infra*, n. 128. Mi sembra che l'autore dell'*Aurora novissima*, sia una testimonianza preziosa per dimostrare che la dottrina intermedia incontrava qualche difficoltà nel collocare le convenzioni « ad serviendum » nel contratto di locazione d'opere. Spero comunque di poter tornare sul tema, qui appena abbozzato.

(¹²⁸) Secondo G. Rossi, *op. cit.*, p. 125, tra i lavoratori domestici, che vivono in casa del padrone, non è possibile « concepire la mercede se non nella forma mista di denaro e vitto e talvolta di vestiario », che è poi la forma del « victum et vestitum » delle fonti. La conclusione deve essere precisata, perché alcuni rapporti di lavoro, come quello « ad serviendum » che in questa sede ci interessa particolarmente, non trovano adeguata sistemazione nel modello romanistico della « locatio operarum », che non esaurisce tutti gli effetti obbligatori. A questo proposito Pietro da Unzola, commentando la formula dell'« instrumentum locationis et conductionis ad serviendum » della *Summa artis notarie* (ed. Venetiis 1574, f. 121ra-121rb) di Rolandino de' Passeggeri, osserva: « iste contractus poterit dici pro parte contractus innominatus, scilicet facio ut des », e si riferisce a quella parte che è comune con le convenzioni « ad serviendum », nelle quali si prevede soltanto il « victum et vestitum ». E poi continua: « et possunt predicta procedere isto modo: nam in eo quod Mar. servire Cor. promittit, et Cor. e contra pro suis operibus et sertiis dare promittit mercedem in

un'unica soluzione, o meglio per mezzo di una serie di assegnazioni annuali di grano, vino e carne, in una misura che è stabilita « per bocca, commo è costume et consuetudine » (¹²⁹).

Ma per il tempo in cui costoro « andassino de fora cum lo Signore », sulle assegnazioni dovute viene applicata una particolare operazione di sconto. Probabilmente non sono più presenti a Corte e partecipano alle campagne militari al seguito del Duca, dato che una riduzione delle assegnazioni è giustificata dal fatto che il familiare ha goduto del vitto « de le giornate » o comunque « per lo tempo se fosse stato de fora a le spese del Signore » (¹³⁰).

Credo pertanto che, nel considerare il trattamento retributivo del familiare, si debba tener conto anche delle condizioni particolari riservategli nella « domus » signorile. E a questo proposito poi, anche per cercare una riprova esterna al sistema descritto o previsto dall'« Ordine et officij », richiamerei una lapidaria sentenza di Baldo degli Ubaldi, per il quale « de familiaribus perpetuis certum est quod tenemur eos alere et vestire » (¹³¹).

Nella « domus » signorile il trattamento retributivo dunque non corrisponde soltanto al compenso pattuito per le opere prestate, ma sta a fronte anche di quei comportamenti particolari che devono essere tenuti e che, a mio avviso, sono tipici del rapporto di lavoro del familiare.

Per quanto riguarda la retribuzione la famiglia signorile non sembra seguire un regime uniforme. Agli « ufficiali (. . .) et ho-

pecuniam numeratam », può considerarsi locazione d'opere. Ma « in eo vero quod Mar. predictus pacto servire convenit usque ad annum, et Cor. dare victum et vestitum, erit innominatus contractus, scilicet facio ut des, vel do ut facias, si primum conventum esset de dando, qui locatio dici non potest in eo quod non merces in pecunia, ut ff., depositi, l. si quis servum (D. 16, 3, 1, 9) et ff., locati, l. prima (D. 19, 2, 1) ».

(¹²⁹) Cfr. *Ordine*, cit., cap. XX, « Del governo de la famiglia quanto al victo », ff. 22r-23r (= 29).

(¹³⁰) Cfr. *Ordine*, cit., cap. XX cit., f. 22r-22v (= 29).

(¹³¹) Cfr. BALDUS UBALDI, *Commentaria*, cit., tit. *De operis libertorum* (6, 3) l. *Liberti libertique* (6) (ed. cit., f. 21vb, nu. 18).

mini principali » (¹³²) è pagato un salario come corrispettivo alla loro condizione di prestatori d'opere, « ordinati al servitio et governo de casa » (¹³³).

Avverte il « manualetto » che una parte dei familiari devono « stare a provisione deliberata », mentre un'altra parte è tenuta « a discretione de succurimento del Signore tempo per tempo » (¹³⁴).

I familiari che appartengono a quest'ultima categoria non ricevono alcuna mercede, ma sono graziosamente mantenuti nella « domus » signorile. Come ho già riferito, è il trattamento riservato ai paggi (¹³⁵), ma è applicato anche ad altre categorie di appartenenti alla famiglia (¹³⁶).

La provvigione deliberata è invece una retribuzione continua e regolare, erogata all'inizio di ogni mese in una misura che varia secondo la condizione e il grado di chi la riceve (¹³⁷). È possibile conoscere un livello minimo della provvigione: ricorrendo situazioni particolari, al familiare, che non è adatto ad essere utilizzato neppure in un « officietto », viene concessa una « provvisioncella » che basta « solum ad victum et vestitum » (¹³⁸). L'elargizione consente una sopravvivenza appena decorosa ed è giustificata dal fatto di essere appartenuti alla famiglia signorile: inoltre, come

(¹³²) Cfr. *Ordine*, cit., cap. XXVI, cit., ff. 28v-29r (= 37) e poi in *Istruttione*, cit., cap. XLI, « Modo del vestir della famiglia et provisioni », f. 24v.

(¹³³) Cfr. *Ordine*, cit., cap. XXV, ff. 27v-28r (= 36), ed *Istruttione*, cit., cap. XL, cit., f. 24r.

(¹³⁴) Cfr. *Ordine*, cit., cap. XXVI, cit., ff. 28v-29r (= 37), ed *Istruttione*, cit., cap. XLI, f. 24v.

(¹³⁵) « Vero è che a li paggi non è conveniente dare provisione alcuna, ma tutti li loro bisogni compitamente secundo l'honore del Signore », in *Ordine*, cit., cap. XXVI, cit., f. 29r-29v (= 38) e poi in *Istruttione*, cit., cap. XL cit., f. 25r, con insignificanti varianti.

(¹³⁶) « ... che sta senza salario et a discretione, comme paggi et altri simili ... », ma vedi in *Ordine*, cit., cap. LXI, cit., f. 66v (= 86).

(¹³⁷) Vedi in *Ordine*, cit., cap. XXVI, cit., f. 29r (= 38) ed *Istruttione*, cit., cap. XLI, f. 25r: « ... omne mese una certa provisione secundo paresse et secundo li gradi et conditione loro, la quale omne di innanze el kalende li fusse pagata ... ».

(¹³⁸) Cfr. *Ordine*, cit., cap. LXII, cit., f. 66v (= 87).

vedremo, non è versata in ragione delle « operae », prestate, dovute o promesse ⁽¹³⁹⁾.

La contabilità familiare annota come partita autonoma e separata la provvigione, distinguendola dal salario. Il « rasoniere », che è l'ufficiale il quale tiene i conti di tutta l'« uscita et intrata » nella « domus » signorile, nel suo giornaliero quaderno scrive le provvigioni ed i « salarij », riportando poi le une e gli altri nel « libro maggiore » in singole partite ⁽¹⁴⁰⁾.

Nella « provisione deliberata » ravviserei pertanto un compenso che non sempre ha caratteri identici al salario in senso stretto, cioè alla mercede pagata nella locazione d'opere ⁽¹⁴¹⁾.

Forse la provvigione risponde ad un rapporto di soggezione di colui che presta le proprie « operae » più ampio e diretto, o che investe una categoria di persone, come i « provvigionati » della Corte viscontea, legati al signore da un vincolo di immediata subordinazione ⁽¹⁴²⁾.

⁽¹³⁹⁾ Ma per la stabilità del rapporto, cfr. *infra*, p. 395.

⁽¹⁴⁰⁾ Cfr. *Ordine*, cit., cap. LI, « Modo de tenere circa le scripture et rescotere et pagare li denari », f. 53v (= 70) e poi *Istruttione*, cit., cap. VIII, « El modo da tenere circa le scripture nel riscuotere et pagare li denari », f. 5v: « deve el rasoniere tenere in conti differenziati el dinaro de le provisione et salarij (...), tenendo tuoto prima distesamente in uno quaderno per uscita et intrata giorno per giorno et poi ponendo in un altro libro maggiore al conto suo omne partita ».

⁽¹⁴¹⁾ Sull'argomento non saranno inutili più approfondite ricerche. Se però, come sembra possibile — cfr. *supra*, pp. 363, nn. 127-128 — la retribuzione è in ragione del rapporto instaurato o della situazione giuridica nella quale si colloca il familiare, direi che la distinzione tra provvigione e mercede deve essere mantenuta. L'esame della legislazione statutaria, che sicuramente testimonia la sopravvivenza di regimi particolari, come è, p.e., il recupero delle spese, sono esaminati da G. ROSSI, *op. cit.*, pp. 121-124.

⁽¹⁴²⁾ Sulle condizioni dei provvigionati viscontei, cfr. F. COGNASSO, *op. cit.*, pp. 532-533; sono certamente uomini d'arme che gravitano intorno la famiglia ducale, ma non sembrano accertate tutte le loro mansioni. Il signore affida loro incarichi di fiducia, ai quali potrebbero essere mandati ufficiali più qualificati; d'altra parte alla corte viscontea sono presenti anche « familiares de armis » o scudieri. Sul piano della subordinazione personale, e in ragione dei loro compiti di uomini d'arme, i provvigionati sono sottoposti ad una dipendenza piuttosto pesante e diretta, se si considerano alcuni avvenimenti segnalati dal Cognasso (*op. cit.*, p. 532, e n. 8) e narrati da P. AZARIUS, nel suo *Liber gestorum in Lombardia*, edito a cura di F. COGNASSO, Bologna 1959 (= *RR.ISS.*, XVI, IV), p. 150. Si racconta che alcuni signori milanesi

Nella famiglia del Duca d'Urbino per coloro che stanno a provvigione la retribuzione non è costituita soltanto da un somma di danaro, come per chi è tenuto a « tueto salario » ⁽¹⁴³⁾; esistono poi anche regimi intermedi che prevedono, o il godimento di un ufficio come quello del barbiere ⁽¹⁴⁴⁾, o dello « spetiale » ⁽¹⁴⁵⁾, o, come già si è detto, l'integrazione con la somministrazione dei vestiti e del vitto ⁽¹⁴⁶⁾.

« provixionati [domini Bernabo] et qui recusaverunt in andata (...) cum ipso equitare, spreta ipsius Domini crida, videlicet quod omnes sui provixionati sub pena capitis ipsum sequerentur, dato mandato (...) potestati Mediolani ut premisos decapitaret. Tamen motu domini Galeazii et maxime nobilis domine Regine, consortis prefati domini Bernabo, predicta distulit et predicti fuerunt relaxati et in merito, cum diceret nolle equitare propter provixiones earum retentas et immemores beneficiorum alias susceptorum nec curantes de persona et prosperitate tanti domini eorum, sed potius de comoditatibus ». Certamente la detenzione e l'applicazione della pena venivano irrogate per non aver ottemperato alla « domini crida »: ma questo è solo l'aspetto più appariscente della vicenda e in questa sede anche il meno importante. Sembra più interessante notare che ai provvigionati è fatto obbligo di rispondere alla « crida » del signore: devono quindi adempiere quanto è così richiesto dal « dominus » e la « pena capitis », posta a loro carico, è accessoria ad una precisa situazione giuridica che è quella dell'inadempimento. La posizione del provvigionato inadempiente è assimilabile a quella del renitente, perché oppone resistenza non ad un comando concreto, bensì ad un obbligo più generale che preesiste alla manifestazione di volontà del signore. Resta comunque aperto il problema dell'individuazione della fonte di questo obbligo, se cioè sia da collocarsi in dipendenza di una convenzione o di altre situazioni giuridiche. Ma cfr. anche C. CAPASSO, *I provvigionati di Bernabò Visconti*, in *Archivio storico lombardo*, S. IV, 15 (1911), pp. 285 e segg.

⁽¹⁴³⁾ Secondo l'*Ordine*, cit., cap. XXVI cit., f. 28v (= 37) e l'*Istruzione*, cit., cap. XL cit., f. 24v, alcuni « ufficiali (...) et homini principali » sembrerebbero stare a « tueto salario ».

⁽¹⁴⁴⁾ Cfr. *Ordine*, cit., cap. XIII, « Officio del barbiere », ff. 17v-18r (= 22), e *Istruzione*, cit., cap. XVI, « Del barbiere quando è conveniente in simil casa », f. 12r. Nel palazzo ducale di Urbino c'è il locale riservato al barbiere, cfr. F. SANCIORCI, *op. cit.*, p. 83 e p. 153.

⁽¹⁴⁵⁾ Cfr. *Ordine*, cit., cap. XXXII, « Officio del spetiale et spetieria », ff. 36r-37r (= 47) e *Istruzione*, cit., cap. XV, « Della spetieria et suo ordine », ff. 11v-12r. Susech restituisce il nome dello « spetiale in Corte » che è Giorgio Viero da Siena, cfr. Urb. lat. 1204, f. 102 v.

⁽¹⁴⁶⁾ Per i « vestimenti » ed il vitto vedi le precise disposizioni in *Ordine*, cap. XXVI cit., ff. 27v-29v (= 37-38) e poi il cap. LII « Officio del guardarobba et modo de administrarla », ff. 54v-58r (= 73-74). Nell'*Istruzione*, cit., cap. XLI cit., 24v-26r. Per una possibile localizzazione del guardarobba nel palazzo di Urbino cfr. F. SANCIORCI, *op. cit.*, p. 67, p. 74, 178 e 195.

La parte ricevuta in danaro rappresenta la provvigione versata perché questi familiari non soffrano « necessità di infiniti bisogni » (¹⁴⁷), e non sempre può considerarsi l'aspetto principale della retribuzione, perché la famiglia signorile non sempre ha un regime uniforme nel pagare la retribuzione per il lavoro prestato.

7. Se poi si estende l'esame alla retribuzione di alcuni familiari preposti a singoli uffici, come il « barbiero » o lo « spetiale », risulta che questi sono pagati in maniera diversa dagli altri. Al barbiere è concesso di tenere a palazzo una « barberia publica », oppure di esercitare piuttosto la sua arte o presso « una botteghetta », od organizzando il suo lavoro nel modo più opportuno (¹⁴⁸).

Il barbiere nei confronti del signore ha un rapporto di subordinazione diretta: deve servirlo, così come deve servire chi, per atto di cortesia, gli è inviato dal signore. Inoltre deve prestare la propria opera ai paggi che, come si è detto, vivono a discrezione del signore e non devono avere mezzi per pagare i servizi. Volendo chiarire nella sostanza la subordinazione di colui che è preposto all'« ufficio del barbiero », direi che il titolare ha nel signore un unico committente; cortesia ed onore giustificano le altre prestazioni richieste dall'ufficio: avanzerei pertanto l'ipotesi che gli obblighi derivanti dalla titolarità dell'ufficio esauriscono così ogni effetto. Al barbiere però l'« ordo » lascia la possibilità di servire anche altre persone e « li sia licito a poterlo fare o in bottega o dove li paresse », cosicché il barbiere è in grado di lucrare sulle prestazioni pagate dai clienti.

La possibilità di prestare la propria opera autonomamente deve essere posta in relazione con la titolarità e l'esercizio dell'ufficio. Non è possibile sapere se il barbiere nell'« ordine de casa »

(¹⁴⁷) Cfr. *Ordine*, cit., cap. XXVI cit., f. 28v (= 38) ed *Istruzione*, cit., f. 25r.

(¹⁴⁸) Cfr. *Ordine*, cit., cap. XIII cit., ff. 17v-18r (= 22) ed *Istruzione*, cit., cap. XVI cit., f. 12r.

riceva un salario o una provvigione ; sembra però accertabile come a lui sia riconosciuto anche un autonomo esercizio dell'arte in conseguenza dell'adempimento dei doveri richiesti dall'ufficio.

L'ordine però non presenta l'attività esterna del barbiere secondo il tradizionale modello del privilegio concesso e riconosciuto dal « dominus ». Ogni sua attività può essere intesa come un fatto conforme a norma — « li sia licito » —, norma che individua la situazione soggettiva nella quale è collocato come prestatore d'opera.

L'attività esterna del barbiere è ritenuta lecita, perché è in grado di soddisfare alcune particolari necessità che l'« ordo » riconosce come primarie. L'igiene, come ho detto più volte, nell'« Ordine et officij » e nell'« Instruttione », è un momento essenziale del comportamento richiesto nel familiare ; è un valore qualificante dell'« officium diurnum », cioè delle opere che devono essere prestate.

Al barbiere è lasciata dunque la possibilità di gestire un servizio giudicato essenziale, che però l'« ordo » non ritiene opportuno di organizzare in altra forma. In questo senso l'attività autonoma del barbiere è considerata lecita nell'ordine familiare, cioè è riconosciuta praticabile a palazzo in modo del tutto diverso da quello secondo cui lavorano gli altri familiari, perché è a metà strada fra il regime del prestatore d'opere a tempo definito e quello di una moderna concessione di un pubblico servizio ⁽¹⁴⁹⁾.

La singolarità del caso del barbiere, e poi dello « spetiale » che devo ancora esaminare, e quindi il modo non conforme a regola con cui entrambi sono ricevuti nell'ordine della famiglia signorile, può anche dipendere dal fatto che esercitano un mestiere che, già da lungo tempo, si è organizzato in quei robusti organismi che

(149) Rispetto all'« ordo » non registrerei la posizione del barbiere come colui che esercita un'attività privata di interesse pubblico, cioè come colui, che esercita una professione, per cui è richiesta una abilitazione. Nell'ordine familiare, si è preferito sostituire l'esercizio dell'attività privata del barbiere, a quella che avrebbe dovuto esercitare in ragione dell'« officium ».

sono le arti comunali ⁽¹⁵⁰⁾. Sia il barbiere, sia lo « spetiale » appartengono ad una organizzazione che vanta antiche tradizioni di autonomia e non possono livellarsi nell'ordine istauratosi nella famiglia signorile.

All'« offitio del spetiale » deve essere proposto un « homo fidele et pratico del mesthiere », aiutato da un « garzone », poiché la « spetieria », nella famiglia prima e a palazzo poi, svolge un lavoro continuo e non occasionale. Il primo compito affidato allo « spetiale » è di rifornirsi di materie prime, che, sotto il « riscontro del maestro de casa », o acquista o riceve, in quanto vengono fornite ⁽¹⁵¹⁾.

La gestione patrimoniale nella famiglia signorile, è affidata ad alcuni uffici: la « domus » si rifornisce dei necessari beni di consumo o facendoli acquistare sul mercato dallo « spenditore » ⁽¹⁵²⁾, o utilizzando i prodotti della proprietà del signore, cui sovrintende il « factore generale » ⁽¹⁵³⁾. Precise disposizioni sono impartite per regolare acquisti, consegne, distribuzione e consumo: una serie di controlli contabili dovrebbero consentire di esercitare una sorveglianza sopra le suddette operazioni ⁽¹⁵⁴⁾.

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. P. S. LEIGHT, *Corporazioni romane e arti medievali*, Torino 1937, p. 133.

⁽¹⁵¹⁾ Cfr. *Ordine*, cit., cap. XXXII, cit. ff. 36r-37r (= 47) ed *Istruttione*, cit., cap. XV, cit., ff. 11v-12r.

⁽¹⁵²⁾ Cfr. *Ordine*, cit., cap. XXXIII, « Officio del spenditore », ff. 37r-39r (= 48-50), ed *Istruttione*, cit., cap. XI, « Officio del compratore et modo del ministrarlo », ff. 8v-9v.

⁽¹⁵³⁾ Cfr. *Ordine*, cit., cap. XXXVII, « Officio del factore generale », ff. 41v-44v (= 54-57).

⁽¹⁵⁴⁾ È prescritto che lo spenditore consegni quanto acquista al dispensiero, che, a sua volta, è controllato dal maestro de casa e dallo scalco. Il factore generale è invece tenuto a rifornire il massaro, che distribuisce giornalmente quanto riceve secondo le disposizioni del maestro de casa e dello scalco, cfr. *Ordine*, cit., cap. XXXIII, « Officio del dispensiero et modo de amministrarlo », f. 39r-39v (= 51) e cap. XXXVIII, « Officio del massaro », ff. 45r-46r (= 58-59) e *Istruttione*, cit., cap. II, cit., ff. 9v-10r. Ogni passaggio da un ufficiale all'altro, cioè ogni consegna, è contabilmente documentata dalla relativa « bollecta de la spesa », o da una « polliza signata del ricevuto ». — Susech ricorda un certo « Tomasso de Simone, mastro de tucte le intrate », e un « Matheo de l'Isola, massaro

Il « riscontro del maestro de casa » è appunto un atto di controllo su quanto lo « spetiale » ha comprato all'« ingrosso », o ha avuto in consegna, perché tutte le medicine, spezie, o altro tenuto nella spezieria, proviene dai beni di consumo della famiglia.

È così più facile capire il modo di retribuzione dello « spetiale » che « tutte le cose se diano ingrosso a lo spetiale per uno certo pregio et poi lavorate se ripiglino per altro pregio, et non se dia altramente salario o provisione » (¹⁵⁵).

La famiglia consegna materie prime e ritira prodotti finiti; i compensi pagati allo « spetiale » risultano sottraendo il prezzo delle materie fornite al valore finale delle confezioni. Il lavoro è retribuito attraverso un'operazione di calcolo abbastanza semplice, ma che presuppone la valutazione di ogni prodotto elaborato con arte dallo « spetiale ».

In una spezieria funzionante a palazzo, o che assolve alle necessità di una famiglia signorile, per liquidare i compensi dovuti in ragione dell'ufficio è necessario presupporre l'esistenza di una tariffa, perlomeno di un listino dei prezzi. Ad Urbino sono state compilate delle mercuriali, poi rese esecutive con decreto, e che, a mio avviso, sono da ritenere dei veri e propri listini dei prezzi praticati nell'arte degli « spetiali » (¹⁵⁶).

In conclusione anche lo « spetiale », come il barbiere, è retribuito attraverso modalità e forme tipiche di chi esercita l'arte o il mestiere. Il loro lavoro, nonostante siano titolari di un ufficio a

de casa »; l'anonimo conosce gli « spenditori Giovanni de Biachino d'Urbino, Bernardino Baloncini, Marco Guidarello »; inoltre conosce anche il « dispensiero a la massaria de sopra » e lo stesso « Matteo de l'Isola, maestro de casa », nonché il già ricordato Tommaso di Simone; infine è ricordato pure un « massaro a la salvarobba », che è noto anche a Susech.

(¹⁵⁵) Cfr. *Ordine*, cit., cap. XXXII, cit., ff. 32r-37r (= 47).

(¹⁵⁶) Vedi la « giusta tassa de' prezzi de' medicinali riformata (...) da osservarsi da tutti gli speziali », da cui si arguisce che tali elenchi dovevano esser correnti, in *Decreta, constitutiones, edicta et bannimenta Legationis Urbini*, Pisauri 1696, pp. 178-179.

palazzo, realizza le cosiddette « operae artificiales », ed è diverso nella sostanza dal lavoro degli altri familiari. Proprio per queste caratteristiche le « operae » del barbiere e dello « spetiale » sono collocate nell'« ordo » familiare con qualche difficoltà, che si rivela nel momento più delicato del rapporto che si vorrebbe istituire, allorquando il titolare dell'ufficio deve essere retribuito.

Le opere richieste rispondono ad esigenze funzionali ed organizzative della « domus » signorile. Giudicate essenziali, costituiscono un « officium », nel tentativo non riuscito di codificare nell'« ordo » con una disciplina uniforme situazioni di fatto e di diritto del tutto diverse. Non è certo attraverso una disposizione dell'« ordo » che un lavoro, o meglio un'arte, o un mestiere, per l'esercizio del quale è necessario il possesso di conoscenze tecniche o abilità particolari, può esser equiparato alle mansioni domestiche degli altri familiari.

8. Il rapporto di lavoro per gli « ufficiali principali » è basato sulla fiducia del signore. Per tutti gli altri familiari è un rapporto duraturo, nel quale tutto è predisposto affinché il prestatore d'opere migliori continuamente se stesso; anzi una delle finalità perseguite dall'« Ordine et officij » è proprio quella di perfezionare il comportamento del familiare.

Il signore, il « maestro de casa » e lo « scalcho » hanno la « diligente cura che li ordini sieno osservati » ⁽¹⁵⁷⁾, presiedendo allo svolgimento delle singole mansioni affidate ai familiari. Il programma è che nella famiglia regnino l'accordo ⁽¹⁵⁸⁾, l'obbedienza ⁽¹⁵⁹⁾.

⁽¹⁵⁷⁾ Cfr. *Ordine*, cit., cap. I, cit., f. 1r (= 1).

⁽¹⁵⁸⁾ L'accordo, nell'*Ordine et officij*, è inteso come mancanza di conflittualità tra i familiari cfr. *Ordine*, cit., cap. XXVI cit., ff. 30r-30v (= 39).

⁽¹⁵⁹⁾ In tema di rapporti di subordinazione Baldo (*op. cit.*, f. 21ra-21rb, nu. 2-4) osserva che l'obbedienza « in faciendo proprie consistit (...), sed in non faciendo non consistit proprie actus obedientiae, sed magis cuiusdam reverentiae ». Per restare poi nelle tradizioni e consuetudini urbinati richiamerei la testimonianza di Vespasiano da

Ho parlato di rapporto stabile, perché « de la (...) famiglia niuno è da licenziare senza grave delicto », e « le casone de cacciarli et non retenere sonno: giontatori, ladri, beccharini et bestemmiatori de Dio » (¹⁶⁰).

Le giuste cause per un licenziamento immediato dunque non sono molte e sono sempre la violazione di quei comportamenti valutati come doti morali, che l'« ordo » impone e sviluppa nel familiare.

Sopra questi comportamenti che ho qualificato cortesi, gli ufficiali maggiori — « maestro de casa », « scalcho del Signore », « de la famiglia », « de' foristhieri », « cameriere maggiore » — come ho detto, hanno il dovere « de stare atenti », e perciò di esercitare una continua sorveglianza (¹⁶¹).

L'« Ordine et officij » conosce « lo imperio del maestro de casa o scalcho » (¹⁶²), ma rappresenta la funzione di sorveglianza degli ufficiali maggiori utilizzando il modello estremamente semplice della « bona scola »:

Et perché non è inconveniente che da una bona scola ne escha qualche smemorato et disutile, che quanto stesse in lui haveria a vituperare el resto, sia spetial cura del maestro de casa, del scalcho, de li altri doi scalchi, del cameriere maggiore et de qualunque altro che havesse cura de la persona et del

Bisticci (*op. cit.*, p. 365), il quale racconta come Federico da Montefeltro « orò elegantissimamente come era sua usanza, mostrando quale pericolo si metevano, non vi essendo l'ubidienza » in battaglia.

(¹⁶⁰) Cfr. *Ordine*, cit., cap. XXVI, cit., f. 30r-30v (= 39). Nell'*Istruzione*, cit., cap. XLI cit., f. 26r, è invece possibile leggere il seguente testo, che non è perfettamente parallelo: « ... dalla quale famiglia niuno è da accomiatare senza grave (*canc.* vergogna) cagione, né così da ricevere senza optimo examine et consulto, facendo conto non come strani, ma come congiunti de haverli; poi volendo fare il Signore l'honor suo, a mantenerli et condurli a fine honorato, de farli curare con diligenza nelle malatie... ». Pertanto il passo che disciplina il licenziamento si trova solo nell'*Ordine et officij*.

(¹⁶¹) Cfr. *Ordine*, cit., cap. LXII, cit., f. 48r (= 86).

(¹⁶²) Cfr. *Ordine*, cit., cap. I, cit., f. 2v (= 2).

honore del Signore, de stare atenti quando vedessero che uno de casa o per baseza de ingegno o per poco pensiero o per protervia et mala natura, commo seria reportatello et seditioso in casa, beccaletto, giucatore, avaro, ladro et biastemiatore de admonirlo et fare el possibile de rimuoverlo et, quando se veda pur che el sia incorreggibile, farlo intendere al Signore che al tucto se lo leve de casa a ciò che 'l non corrompa el resto . . . (¹⁶³).

È un modo di presentare i rapporti tra i titolari degli uffici all'interno della famiglia signorile che è stato ritenuto ricorrente. L'Ermini, per poter affermare che l'« Ordine et officij » è un « manualetto didattico », deve aver inteso in modo estensivo, e a mio avviso troppo ampio, lo schema della « bona scola », che è solo un mezzo efficace per rappresentare la funzione di vigilanza degli ufficiali.

Non credo corretto intendere quale comune denominatore dello schema della « bona scola » l'apprendistato dei paggi, che sembra rispondere ad un'altra funzione nell'« ordo » familiare, tanto che « lo imperio del maestro de casa o scalcho », in materia, subisce forti limitazioni. Nè credo possibile ridurre ad un rapporto maestro/scolaro il periodo di tirocinio, cui sembrano essere sottoposti tutti i familiari e che invece risponde alle forme che assume il rapporto di lavoro (¹⁶⁴).

È vero al contrario che tutti nella famiglia sono tenuti a perfezionarsi nell'esecuzione delle mansioni e nei comportamenti personali, e perciò « a fare tucto con una certa gratia et modesta maniera, per la quale elli ne abbiano più presto a riportare

(¹⁶³) Cfr. *Ordine*, cit., cap. LXII, cit., ff. 48v (= 86-88).

(¹⁶⁴) Credo che il termine « bona scola » nell'*Ordine et officij*, sia usato in senso banale, come vero e proprio luogo di apprendimento, o meglio come schema per semplificare una funzione di vigilanza. Comunque non nel senso tecnico con cui è noto alle corporazioni altomedievali, ma cfr. P. S. LEICHT, *op. cit.*, pp. 82-85.

benevolentia che invidia »: ed è su questo che gli ufficiali vigilano, come in una « bona scola ».

Si costruisce così, a poco a poco, nella famiglia signorile una disposizione gerarchica degli uffici, che non coincide perfettamente con quella leggibile nella lista di Susech o nelle altre rimaste adespote, dato che risponde a funzioni diverse, non di rappresentazione dell'immagine dell'autorità, ma di effettivo esercizio del potere nell'« ordo » familiare.

È una posizione preminente attribuita agli ufficiali maggiori, chiamati a « rappresentare l'auctorità del Signore » (¹⁶⁵). Pensata e prevista per conseguire risultati, o soltanto per adempiere compiti particolari nel funzionamento della « domus », trova poi giustificazione anche in quelle finalità generali che la famiglia signorile deve assumersi prendendo un assetto definitivo a palazzo, quando ormai, come si è già visto, muta senza troppe difficoltà, in quella forma di organizzazione che è la Corte del Duca d'Urbino.

Ma la Corte è lo strumento di governo del Duca e le finalità generali o compiti essenziali derivatigli dall'« ordo » — tutti si devono « studiare de essere amati », « tucti questi officij vogliono essere cum ordine, cerimonia et reverentia »; tutti devono avere « cura de la persona et del honore del Signore » — sono gli obiettivi che assumono rilevanza anche all'esterno dell'organizzazione, nell'ordinamento giuridico che il governo signorile realizza (¹⁶⁶).

(¹⁶⁵) Si legge in *Ordine*, cit., cap. II cit., f. 2v (= 2), che l'ufficiale maggiore, nel caso è il maestro di casa, « sia ubedito como è volontà del Signore et secondo recerca la observantia de li ordini de casa. Et perché ha a rapresentare l'auctorità del Signore, è necessario che 'l sia homo grave de sufficientia et de doctrina, et de costumi optimi et de gran cr(ite)rio, et per la sua integrità temuto et amato ». Il passo non ha esatta corrispondenza nell'*Istruzione*, cit., cap. VIII, cit., f. 6r: « et obbediscano in tutto quello che è la mente et volontà del Signore, secondo li ordini imposti; et perché allo aver a rappresentare l'autorità del Signore è gran cosa, bisogna che sia homo grave di autorità et di sangue et di dotrina et di costumi gravi ».

(¹⁶⁶) In tema di compiti essenziali della pubblica amministrazione, cfr. G. CATALDI, *I singoli obbietti di pubblica amministrazione ed il loro metodo di studio*, in

È a questo punto che il rapporto di lavoro a Corte trascende i modelli privatistici nei quali lo si vorrebbe far nascere, assumendo colori e forme pubblicistiche, sui quali ho già insistito. È a questo punto che il familiare del signore muta i suoi connotati in quelli di funzionario cortigiano.

9. Gli ufficiali maggiori dunque possono provocare sia la rimozione dall'ufficio, sia l'allontanamento del familiare inadatto o incapace. È un compito istituzionale che l'« ordo » attribuisce loro, proprio per adempiere alle riconosciute funzioni di vigilanza. Ma

se pur per negligenza de li superiori, ello havesse durato tanto in casa che per vechieza o debilità del corpo et non potesse exercitare, ello non se potesse licentiar cum honore, a questi tali se vole provvedere o de qualche officietto conveniente a la dapochagine loro et tanto che li possino vivere, se non commo homo da bene, al mancho commo homo da pocho. Et quando per essere multo tristi non sapessero exercitare officij, darli inanze una provisioncella che bastasse solum ad victum et vestitum ⁽¹⁶⁷⁾.

Al contrario un onorato servizio presso la famiglia signorile trova un'inaspettata ricompensa:

Et ad uno che fusse invecchiato in casa et visso virtuosamente, et ritrovandose, senza suo deffecto, in necessità, non se li poria fare tanto et de honore et de facultà che non meritasse più; et seria nota terribila del Signore a fare altramente ⁽¹⁶⁸⁾.

Rivista di diritto pubblico, (1947), I, pp. 119-130, e G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, V, Milano 1959, p. 1 e segg.

⁽¹⁶⁷⁾ Cfr. *Ordine*, cit., cap. LXII, cit., ff. 67r-68r (= 87).

⁽¹⁶⁸⁾ Cfr. *Ordine*, cap. LXII, cit., f. 68r-68v (= 88).

Non sarà inutile precisare subito che la consuetudine di mantenere nella « domus » persone anziane o che non fossero in grado di provvedere a se stesse, e che in passato avevano esercitato un ufficio familiare, è certamente praticata alla Corte del Duca d'Urbino. Ancora una volta la « felicissima memoria » di Susech offre la possibilità di un riscontro, perché elenca come appartenenti alla famiglia ducale ben quattro « homini vechi » (¹⁶⁹). Direi anzi che la citata testimonianza ricorda che restano nella « domus » signorile anche quei familiari che hanno adempiuto a mansioni e compiti non più utili e quindi non più previsti dall'« ordo », come « quelli che avevano cura del Signor Guidobaldo quando era picholino » (¹⁷⁰).

L'allontanamento del familiare dall'« ordo », il provvedimento più grave, « è da pigliare de chi non fesse bona reuscita ». L'ufficiale maggiore lo propone al Signore — « se lo leve de casa » — dopo che ha provveduto all'ammonizione e alla rimozione, « quando se vede che el sia incoreggibile » (¹⁷¹).

Come ho riferito, però, l'« Ordine et officij » prevedono anche situazioni diverse dall'allontanamento, quando « per negligenza de li superiori » il familiare sia stato mantenuto nel servizio per un tempo non breve, così che non lo si possa « licentiar cum honore ». Il trattamento riservato « a questi da pocho » è particolarmente favorevole ed è un ulteriore elemento qualificante del rapporto di lavoro del familiare, al quale « se vole provvedere o de qualche officietto », oppure « darli (...) una provisioncella ».

(¹⁶⁹) Cfr. Urb. lat. 1204, f. 103v, « ...homini vechi et de governo (...) Giohanbatisto da Mercatello, vechio; Paulo de Petra, vechio; Cesare de Caglie, vechio; el Baylo da Urbino, vechio; do(mina) Domenica, bayla del Duca Guido ». Come ben si vede erano mantenuti a Corte non solo gli uomini, ma anche le donne, che evidentemente ottenevano lo stesso trattamento assistenziale, come persone anziane non più in grado di mantenersi con il proprio lavoro.

(¹⁷⁰) Cfr. Urb. lat. 1104, f. 104r, che poi sono « messer Nicolò da Piobico, Giohanneantonio da Mantova, Pieuruccio suo staffiere, Paulo da Ugobio, Brasse da Urbino ».

(¹⁷¹) Cfr. *Ordine*, cit., cap. LXII, cit., ff. 66v-67v (= 86-87).

La situazione dell'inadatto lasciato nell'ufficio e dell'anziano indigente non consentono un licenziamento che possa avere aspetti punitivi. Chi ha prestato le proprie « operae » nella « domus » signorile non può essere estromesso dall'« ordo » senza ricevere un trattamento tale che lo metta al riparo da future « necessità » (¹⁷²). All'interno dell'ordine familiare è presente una tendenza che assicura e garantisce a colui che lavora forme di tutela e di assistenza, delle quali non sarà inutile ricercare l'origine e la ratio, nonché vedere come si evolvano nell'ordinamento che si stabilisce a Corte.

L'inettitudine acquisita e l'anzianità integrano gli estremi di due situazioni giuridiche solo apparentemente diverse: la prima è caratterizzata dalla « dapochagine » del soggetto, il quale però « per vecchiezza o debilità del corpo et non potesse esercitare »; l'altra tiene conto di « uno che fusse invecchiato in casa et visso virtuosamente et ritrovandose senza suo deffecto in necessità ». In entrambe è comune la condizione di non essere in grado di provvedere a se stessi; in entrambe è rilevante il fatto di aver raggiunto questa condizione ricoprendo un ufficio a palazzo, di aver fatto parte dell'« ordo » familiare per un lungo periodo di tempo dal quale derivano le cause di inabilità.

È il tempo trascorso nell'« officium diurnum » che non consente di allontanare dall'ordine familiare sia l'inadatto, che l'anziano. L'applicazione di speciali provvidenze in loro favore non rientra nel patto o nelle convenzioni, o comunque nel contratto, con cui sono state locate le « operae » (¹⁷³). È invece l'effetto di

(¹⁷²) Intenderei il bisogno, e forse anche la c.d. « faciendi necessitas » del lavoratore e sulla quale vedi G. Rossi, *op. cit.*, p. 72 e segg. e le osservazioni *infra*, p. 381, n. 179.

(¹⁷³) Osserva G. Rossi, nel suo studio cit., p. 21, n. 7, che « motivi sufficienti a giustificare l'inadempimento sono, ad esempio, per gli statuti, la malattia o il *servitium communis* ». La nozione di inadempimento proposta dall'A., nel rapporto di lavoro di diritto intermedio, ha un ampio spettro, perché « qualsiasi forma di sospensione del rapporto » e « non giustificata », ne integra gli estremi. Credo però che una qualsiasi

quella non secondaria circostanza di avere partecipato per un certo tempo all'« ordo » condividendone le finalità generali.

L'« honore » che, nell'uno o nell'altro caso, non potrebbe seguire il licenziamento, non riguarda soltanto il familiare, ma investe anche la persona e quindi l'immagine del signore, che è al vertice dell'« ordo », suo strumento di governo, ma che è anche uno dei fini generali. Ricorderei che « seria nota teterrima del Signore a fare altramente » afferma l'« Ordine et officij »: e non sarà fuor di luogo sottolineare che ciò significa che è vergognosa nota d'infamia allontanare qualcuno dall'« ordo » in queste condizioni.

10. Il rapporto di lavoro nella famiglia signorile, così come è disciplinato nell'« Ordine et officij », non sembra avere un termine stabilito, sembra invece protrarsi indefinitamente nel tempo. Ho parlato di rapporto stabile perché il lavoro del familiare potrebbe aver seguito il regime del rinnovo tacito (¹⁷⁴), tipico — è stato detto — dei contratti relativi a servizi domestici o di famulato (¹⁷⁵). Non ho però elementi per accertare se nella fami-

inabilità a continuare a prestare le proprie opere fosse una giusta causa per un recesso. Il regime esistente nella famiglia signorile prevede, a favore del prestatore d'opere, alcune forme assistenziali non trascurabili, poste a carico del signore, e che non sono agevolmente inquadrabili nella « locatio operarum ». Oltre alla situazione dell'inadatto e dell'anziano, che rappresentano il modello tipico delle suddette forme assistenziali, segnalerei anche, che a palazzo è garantita una assistenza agli infermi, che se sono gravi saranno curati « fora de casa, vicino però (...) et qui fussino attese cum summa diligentia, et de medico et de medicine et de omne altra cosa necessaria a la loro cura, dandoli, quanto occurrise qualcuno de casa, aiutante secundo che fusse la quantità de l'infermi... ». Naturalmente l'assistenza è completa per coloro che stanno « a discrezione » e per il « forastiero » (cfr. *Ordine*, cit., cap. LXI cit., ff. 66r-66v (= 85-86). Queste due ipotesi previste non sembrano riconducibili al regime pattizio esistente tra il familiare e il signore; proporrei invece di considerarli come singoli atti di liberalità del signore.

(¹⁷⁴) Vedi le considerazioni di F. M. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano 1948, p. 142.

(¹⁷⁵) Cfr. G. Rossi, *op. cit.*, p. 105, che sostiene, « dato il carattere personale della prestazione », come il rinnovarsi tacitamente protraesse in pratica il contratto per tutta la vita del locatore, « a partire dal momento della primitiva convenzione ».

glia del Duca d'Urbino l'impegno di prestare le proprie « operae » potesse venire assunto a termine. Anzi le provvidenze descritte e stabilite per l'anziano familiare sembrerebbero dimostrare l'esatto contrario. Inoltre il familiare può essere licenziato solo per un delitto grave ⁽¹⁷⁶⁾: quando è un componente della famiglia, anche se è inadatto a qualsiasi occupazione, deve ricevere, come si è visto, almeno una provvisioncella.

Le possibilità per il « dominus » di esercitare il recesso unilaterale sembrano alquanto limitate, e comunque lo stesso licenziamento è concepito più come un allontanamento dall'« ordine de casa » per indegnità morale, che come una cessazione del rapporto di lavoro per giusta causa.

D'altra parte è ragionevole che coloro che sono chiamati a far parte di una organizzazione nella quale si fa « conto di averli poi non commo servi, ma commo congiunti », pongano in essere un rapporto di lavoro con caratteristiche particolari.

Il familiare che ricopre un ufficio a palazzo ha una continuità nel lavoro che non conoscono altri impieghi, nei quali stipulare un termine è requisito essenziale del contratto di locazione d'opere ⁽¹⁷⁷⁾. Le mansioni che il familiare svolge prima, e l'ufficio che è poi chiamato a ricoprire a palazzo, mal sopportano un frequente avvicendamento, richiedendo una continuità nella persona del titolare. L'esercizio di funzioni pubbliche delegate, o semplicemente concesse agli antichi familiari, muta i rapporti di lavoro all'interno della « domus » signorile.

La Corte ha bisogno di funzionari stabili, fedeli e di mestiere, che finiranno con l'essere subordinati al signore in quanto vertice dell'« ordo ». Il rapporto di lavoro tende sempre più ad individuarsi nella relazione che corre tra l'ufficio e il soggetto

⁽¹⁷⁶⁾ Cfr. *Ordina*, cit., cap. XXVI, cit., f. 30r-30v (= 39), e *l'Istruzione*, cit., cap. XLI, cit. f. 27r, ma vedi *supra*, p. 372.

⁽¹⁷⁷⁾ Sulla stipulazione del termine come « elemento naturale » della « locatio operarum » vedi le considerazioni di G. Rossi, *op. cit.*, pp. 103-107.

preposto a svolgere funzioni tali che, anche se solo sul piano rappresentativo del potere, assumono caratteri pubblici.

Senza voler confondere i caratteri del rapporto che si istaura nella famiglia signorile con quelli che sono i caratteri dell'atto costitutivo, bisognerà anche ricordare — come è stato già avvertito — che la « locatio operarum » del diritto intermedio, non è contenibile entro gli schemi privatistici del rapporto di obbligazione ⁽¹⁷⁸⁾. Il comportamento richiesto a chi abbia locato le proprie opere lo astringe non in forza della convenzione stabilita, ma perché è imposto dalla legge nei suoi contenuti ⁽¹⁷⁹⁾.

Seguendo questo modello, anche prima che i familiari si insediassero a palazzo, il rapporto di lavoro avrebbe trovato la sua disciplina anche in « norme di diritto pubblico, che attribuiscono — dice il Rossi — un colore nuovo al rapporto contrattuale ed insieme lo snaturano » ⁽¹⁸⁰⁾. L'interesse della legislazione statutaria per la « locatio operarum » sembrerebbe dimostrare che le situazioni di fatto mal si adattavano agli schemi romanistici.

⁽¹⁷⁸⁾ Secondo le conclusioni di E. LANCAO, *La locazione d'opera nel diritto romano e nella legislazione statutaria*, Palermo 1900, p. 46, la « locatio operarum » degli statuti è istituto appartenente al diritto pubblico. Più equilibrata è l'opinione di L. ARELLO, nel suo *Trattato della locazione*, III (= *Locazione di opere*), Napoli Torino 1913, p. 3 che ritiene invece che la locazione d'opere sia stata fortemente influenzata da principi coattivi estranei al diritto privato. È però G. ROSSI, *op. cit.*, p. 82 che afferma come la « locatio operarum » del diritto intermedio, soprattutto nel rapporto di subordinazione, non sia più contenibile nella categoria dell'obbligazione.

⁽¹⁷⁹⁾ Nella legislazione statutaria è conosciuto il concetto romanistico della « faciendi necessitas », espresso da Paolo a D.19, 2, 22, 2: « locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem », ma cfr. G. ROSSI, *op. cit.*, pp. 79-84. Naturalmente la « faciendi necessitas » non riguarda solo l'« artifex », ma chiunque ha locato le proprie opere, anche a tempo indeterminato. Ed è proprio in base a questo concetto di « faciendi necessitas », e che la legge pone a carico del lavoratore, che si accentuano i toni del rapporto di subordinazione, uscendo dalla « linea del paradigma privatistico di un comune rapporto di obbligazione ». Direi che la legislazione statutaria prende atto della debolezza della posizione di colui che lavora, obbligandolo a riconoscere la sua « faciendi necessitas », e vincolando così ogni suo comportamento, che è subordinato al « dominus », anche prima della costituzione del rapporto.

⁽¹⁸⁰⁾ Cfr. G. ROSSI, *op. cit.*, p. 83.

Come ho già detto, è soprattutto per quanto riguarda la subordinazione che nel rapporto di lavoro diventa preminente il « dominus » o conduttore: per restare nei termini di un esempio considerato dal Rossi, pesanti sanzioni sono poste a carico di colui che non adempie ⁽¹⁸¹⁾. La circostanza, ancorché molto importante, non sembra sufficiente: la sanzione è solo un mezzo di coercizione, non il fondamento della situazione di preminenza del « dominus » e di soggezione del domestico. Il problema si impone alla nostra attenzione perché il regime personale nel quale si è andato a collocare il domestico libero deve essere sistemato nel modello della « locatio operarum », che non copre le valenze dell'intera situazione. Nel rapporto di lavoro « ad serviendum », contratto tipico del domestico libero, vengono poste in essere situazioni di soggezione che riproducono regimi di semilibertà ⁽¹⁸²⁾. Per l'ordine della famiglia signorile il problema non si

(181) Faceva notare P. F. Gogioso, *Il contratto di lavoro nell'antico diritto ligure*, Albenga 1897, pp. 2-6, che molte norme sulla « locatio operarum », nella legislazione statutaria, sono collocate nel libro « de maleficiis ». Aggiunge poi il Rossi, (*op. cit.*, p. 83, n. 86), dal quale ho mutuato la citazione, che il Gogioso non ha poi valutato il problema « in tutta la sua ampiezza ». La situazione di preminenza del « dominus » si verificherebbe pertanto attraverso una serie di manifestazioni concrete, come il mettersi a disposizione di chi vuole valersi delle loro opere da parte dei lavoratori, la direzione tecnica, l'innammissibilità dell'inadempimento, la cattura e il trattamento del « servus fugitivus », la responsabilità del « dominus », la maggior « fides » riconosciuta al « dominus » in giudizio, situazioni che sono esaminate dettagliatamente in G. Rossi, *op. cit.*, pp. 71-103.

(182) Se le mie ricerche avranno un seguito, credo che sarà opportuno indagare meglio la nozione ed il valore dato dalla dottrina e dalla legislazione statutaria alla « faciendi necessitas », cui già si è fatto cenno (cfr. *supra*, p. 381, n. 179). Il concetto richiamato mi sembra che limiti molto la posizione di colui che promette di prestare le proprie opere, soprattutto nel ricordato contratto « ad serviendum », nel quale la retribuzione in senso tecnico — normalmente è solo il « victum et vestitum » — non esiste neppure. Generalmente il domestico libero viene accolto dal « dominus » in sua domo, habitatione vel statione, seu ad servitiā (...) in (...) famulatu per aliquot tempus », soltanto « intuitu misericordiae, pietatis, vel bono zelo », tanto che il « famulus, seu serviens, non possit salarium consequi de eo non fuerit conventum ». Il domestico libero, accettato dunque al solo regime retributivo del « victum et vestitum », non può domandare alcun salario, dato che non è intercorsa nessuna « conventio de salario ». Così almeno gli statuti di Urbino, cfr. *Statuta*, cit., f. 58v, ma la situazione è generale,

pone in questi termini: il titolare dell'ufficio — lo si è detto — è sempre nell'arbitrio del signore, il familiare è subordinato soltanto alla piena facoltà di scelta nei giudizi o nelle opere da parte del signore.

L'« ordo » è stabilito dal signore, ad esso il familiare deve attenersi: « et prima è necessario la diligente cura del signore che li ordini sieno observati, altramente è perder tempo et spesa vana a pensarce, non che rasonarne o exequire senza essa » ⁽¹⁸³⁾. La situazione di colui che non adempie è assimilata a quella del renitente, in quanto questi oppone resistenza all'autorità, che è la volontà del signore espressa nell'« ordo ». Ne consegue, ma solo per necessità del funzionamento dell'« ordine di casa », che il « renitente sia castigato, asperamente perché cusi è necessario » ⁽¹⁸⁴⁾.

La mancanza di un termine stabilito, o comunque il protrarsi indefinito nel tempo del rapporto di lavoro nell'ordine familiare è un tratto caratterizzante. Si ricorderà a tal proposito che Baldo parlava di « familiares perpetui », offrendo un elemento per individuare dei soggetti che prestano le loro « operae » a tempo indeterminato ⁽¹⁸⁵⁾.

Tornando alla struttura del contratto di locazione d'opere, il termine è considerato un requisito essenziale. Un contratto che stringa un rapporto di lavoro di durata non determinata, pone il locatore, che è poi il familiare, nelle condizioni del servo che è sottoposto in perpetuo al « dominus » ⁽¹⁸⁶⁾.

come si può vedere consultando L. ZACCHIA, *De salario seu operariorum mercede tractatus*, q. 68 (= *Famuli an et quando sit solvendum salarium*), ed. Romae 1659, f. 230, nu. 26 e segg. Il problema quindi non è trascurabile, perché dubito che un tale contratto « ad serviendum » possa, anche oggi, agevolmente inquadrarsi nello schema della « locatio operarum ». La soggezione personale del domestico libero al « dominus » dovrà, in qualche modo, ricondursi anche a questo aspetto.

⁽¹⁸³⁾ Cfr. *Ordine*, cit., cap. I, cit. f. 1r (= 1).

⁽¹⁸⁴⁾ Cfr. *Ordine*, cit., cap. III, cit., f. 4r-4v (= 4).

⁽¹⁸⁵⁾ Cfr. *supra*, p. 364, n. 131.

⁽¹⁸⁶⁾ Secondo G. ROSSI (*op. cit.*, p. 107) « quando gli Statuti non stabiliscono la misura del tempo e cioè un termine determinato nella sua lunghezza, essi tendono

Una teoria assai diffusa, che secondo quanto riferisce Cuiacio sarebbe stata enunciata da Bartolo da Sassoferrato ⁽¹⁸⁷⁾, vuole che la convenzione con la quale si promettono le proprie opere, sia un'« obligatio faciendi ». La concezione sottende qualche problema, perlomeno per il diritto romano classico, ove le « operae » sono concepite come « res », così che ogni obbligazione è da ritenersi di « dare » ⁽¹⁸⁸⁾. Ai fini però della presente ricerca conviene ricordare soltanto che la dottrina moderna sembra essersi attestata sulla concezione attribuita a Bartolo ⁽¹⁸⁹⁾, ma forse anche

nondimeno, con le viste locuzioni indeterminate, ad evitare ogni pericolo di confusione con forme di *locationes in perpetuum*, assai vicine alla condizione servile ». Il problema è noto anche ai glossatori come dimostra il seguente passo tratto dalla *Summa* cit., *De locato et conducto rubrica* (ed. cit., col. 454, nu. 6) di Azzone: « utrum liber homo in libertatis infungi videtur, argumentum, D., De conditionibus et demonstrationibus, I. libertatis infungi videtur, argumentum, D., De conductionibus et demonstrationibus, I. Titio, § ii (D.35, 1, 71, 2) ». Ho mutuato il passo da G. ORLANDELLI, *Il libro a Bologna dal 1300 al 1330. Documenti. Con uno studio su Il contratto di scrittura nella dottrina notarile bolognese*, Bologna 1957, p. 24. Per una più efficace lettura del passo della *Summa* azzoniana proporrei di emendare con « infringi », l'« infungi » della cdd., anche sulla base della allegazione.

⁽¹⁸⁷⁾ La citazione del Cuiacio, che attribuisce il primato della concezione a Bartolo, è mutuata da P. PESCANI, *op. cit.*, p. 89, n. 31 e deve avere un qualche significato, anche se non mi sembra che il problema fosse del tutto sconosciuto ai glossatori, ma cfr. *supra*, p. 343, n. 70. Seguendo poi le ricerche di G. ORLANDELLI, *op. cit.*, pp. 24-30, già in Azzone, poi in Accursio — che ne accoglie in parte l'opinione nell'apparato ordinario a D.39.1.21.4, gl. *sive*, — « operas suas locare » significherebbe farsi carico di « pacta in faciendi », per la risoluzione dei quali sarebbe necessario una prestazione dell'interesse. Comunque, sempre secondo l'Orlandelli, la « locatio operarum » è sicuramente un'« obligatio in faciendi » per Salatiere. Le conclusioni esposte sono condotte a margine di un caso particolarmente interessante per i maestri bolognesi e per lo Studio, dato che si tratta del « contratto di scrittura », che, a mio avviso, crea qualche difficoltà alla dottrina bolognese, come si può ben vedere leggendo le acute osservazioni dell'Orlandelli. I maestri bolognesi, e in particolare Salatiere, sembrano non accorgersi che colui che è condotto a copiare un'opera come il Decreto, consegna un prodotto finito, non singole prestazioni. I bolognesi, e in particolare Salatiere, collocano il « contratto di scrittura » nell'« instrumentum locationis operarum », mentre invece deve essere sistemato in un contratto quale è la « locatio operis »: in altri termini è lavoro artigianale, ed è quindi anche un altro problema, ma cfr. SALATIERE, *Arts notarie*, a cura di G. ORLANDELLI, II, Milano 1961, p. 277.

⁽¹⁸⁸⁾ Cfr. F. M. DE ROBERTIS, *op. cit.*, I, cit., p. 55 e segg. e p. 130.

⁽¹⁸⁹⁾ Vedi L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*², I, Milano 1915, p. 20 e segg.

più antica ⁽¹⁹⁰⁾ e che la legislazione statutaria, la quale copre un periodo abbastanza lungo, ritiene la « stipulatio operarum » una « obligatio faciendi » ⁽¹⁹¹⁾.

La concezione riferita è dunque dominante sia presso la dottrina, sia nella legislazione intermedia: a stretto rigore, anche l'« Ordine et officij » e l'« Istruzione » dovrebbero conoscerla, o quanto meno averla per presupposta. Una tale concezione è accertabile solo in via induttiva, anche se deve ritenersi molto probabile. Le testimonianze citate sul punto usano una terminologia molto generica e che, come è naturale, prevede solo l'adempimento o l'esecuzione ⁽¹⁹²⁾.

Tornerei pertanto a considerare la « volontà del Signore », o meglio « la observantia de li ordini de casa », che costituiscono l'« officium diurnum » nella famiglia e richiedono un impegno continuo. Il familiare è astretto ad un comportamento, rigorosamente registrato nell'« ordo », e che è poi il contenuto dell'obbligazione posta a suo carico. È un impegno che richiede anche il perfezionamento continuo di qualità personali e va ben oltre il

(190) Per accertare se la concezione attribuita a Bartolo è più risalente, è opportuno considerare alcune sistemazioni date dai glossatori. La glossa *scilicet ex intervallo* a D.38.1.7 dice che la prestazione d'opera « ex stipulatione oritur condicio certi, si opera est certa (...) alias ex stipulatu (...), cum opera est factum, ergo semper incerta (...) sed certe est quandoque est in dando ». Sembrerebbe pertanto che la « locatio operarum » sia un « obligatio in faciendo » quando ha per oggetto delle « operae incertae ».

(191) Secondo le conclusioni di G. Rossi, *op. cit.*, pp. 67-68, la legislazione statutaria concepisce la « locatio operarum », da parte del lavoratore, come l'assunzione di un obbligo di « facere ». Diverso però è da considerare quella disposizione statutaria, che invece prevede un « do ut facias », perché il caso va collocato tra i contratti innominati, come vuole anche la dottrina intermedia, ma vedi quanto dice Pietro da Unzola, che ho già riferito *supra*, p. 362, n. 128.

(192) Cfr., p.e., *Ordine*, cit., cap. II, cit., f. 1r-1v (= 1), « ... possa facilmente adimplire la volontà (...), punto per punto che se exequisca quello che è ordinato ... », e poi ancora cap. XI, f. 15v (= 19), « ... exequire diligentemente, et in tucte le altre cose de casa esserli obediante ».

potere normale di correzione del « dominus » (¹⁹³). Il familiare riceve non solo la mercede stabilita, ma gode anche di alcune prestazioni assistenziali che il normale contratto di lavoro, considerato dalla dottrina e dalla legislazione intermedia, non registra neppure.

L'adempimento delle opere dovute dal familiare è regolato anche nelle forme esteriori, anche nelle maniere con le quali deve essere realizzato. Se si deve quindi giudicare dall'esecuzione direi che siamo in presenza di una « obligatio faciendi », perché è attraverso un « facere » che il familiare realizza quel comportamento cortese, elemento essenziale e qualificante del suo lavoro.

Ma il rapporto con il signore oltrepassa i confini dell'adempimento e si qualifica per una soggezione continua, che impegna il familiare fino a migliorare se stesso. Al contrario la posizione del signore non corrisponde a quella del semplice conduttore, che deve solo una « mercede » in cambio di opere; le provvidenze ritenute accessorie impongono al « dominus » alcuni precisi obblighi, che oltrepassano il momento in cui il familiare cessa di prestare le proprie opere.

Il rapporto del familiare con il signore pone in essere una serie di reciproci impegni che, nella loro globalità, non si collocano agevolmente nella categoria dei rapporti di lavoro. La reciproca dipendenza del familiare e del signore oltrepassa l'« obligatio faciendi » della dottrina e della legislazione intermedia: oggetto del contratto non è un « facere » del familiare contro una « mercede ». Questo è solo un aspetto di un rapporto più complesso, nel quale il familiare si mette a disposizione del signore in modo totale, quasi impegnando la propria persona fisica, in un rapporto che potrebbe apparire anche servile.

(¹⁹³) Secondo G. Rossi, *op. cit.*, pp. 83-96 il potere di punire sarebbe attribuito al « dominus » sempre ai fini di correzione e sarebbe tipico del contratto di servizio domestico e di garzonato. È assimilato alla patria potestà ed è riconosciuto anche sui lavoratori ordinari.

11. Sulle singolari caratteristiche del rapporto di lavoro del familiare e del signore possono avere esercitato qualche influenza anche situazioni particolari.

Nel caso del Duca d'Urbino non è possibile respingere il peso dell'organizzazione militare che i Montefeltro si tramandano di padre in figlio. È un aspetto che ho già menzionato molto sommariamente, ma che è opportuno considerare perlomeno nei limiti delle tracce leggibili nell'« Ordine et officij ». Sarà però opportuno aggiungere che molti signori sono dediti al mestiere delle armi e dispongono di organizzazioni militari, per cui il caso di Urbino, è molto meno singolare di quanto si possa pensare (¹⁹⁴).

Proprio dalle esigenze che nascono da una organizzazione militare efficiente credo che discendano la cura meticolosa dell'« ordine del governo di cavalli » e bestie da soma, e degli uffici competenti per materia (¹⁹⁵); oppure la presenza nella « domus » signorile « de trombetti e de comunità basse o condutthierotti o de contistabili » (¹⁹⁶), di una « compagnia de pifari », dei « tamburini » (¹⁹⁷), nonché dell'« araldo o perseveran-

(¹⁹⁴) Sul rapporto tra signore e la sua organizzazione militare cfr. J. LARNER, *Lords of the Romagna*, London 1965, passim e poi M. MALLET, *op. cit.*, pp. 113-149.

(¹⁹⁵) Cfr. *Ordine*, cit., capp. XXVII-XXX, ff. 30v-35v (= 40-46).

(¹⁹⁶) Cfr. *Ordine*, cit., cap. II, cit., f. 2r (= 3).

(¹⁹⁷) La musica nella famiglia signorile svolge un suo ruolo: l'*Ordine* cit., al cap. XLV, « De li cantori et sonatori », f. 50r (= 64-65), organizza quel complesso che costituisce la c.d. « cappella di corte », cioè quel complesso di musicisti, cantori e strumentisti al servizio del signore. Al cap. XLVI, « De li sonatori », f. 50r-50v (= 65), prevede invece quel complesso da « camera », che è costituito da « sonatori (...) eccellenti (...) che cantino sotto voce et cum dolceza (...) et che sapessino sonare liuti et cetera ». Infine al cap. XLVII, « De pifari et sonatori », f. 50v (= 65), sono organizzati gli strumentisti che servono per usi pubblici, marziali e castrensi, come sono i « pifari », il « trombone », i « trombetti », e i « tamburini ». Nell'*Istruzione*, cit. vedi al cap. XVIII, « De sonatori non essere inconveniente in simil casa »: « Qualche sonatore in simil casa si acconfà oltre a trombetti, come è di organj, liuti, tamburini o simil cose, secondo il piacere del Signore ». Il quadro è molto ristretto, per non dire del tutto sommario e anche in questa parte il « manualetto » ed il « trattatello » non corrispondono. — Sia da Susech, sia dall'anonimo sappiamo molte cose: la « memoria

te » (¹⁹⁸). Rispondono poi ad esigenze che non definirei pacifiche, i « giochi militari, commo è giostri, torniamenti et combattere castelli, che sono tucte cose apte al mestiero de l'arme, commo ricerca el bisogno del Signore », oppure la competenza attribuita al « massaro, che ha a tenere tucte le monitioni de la rocha » (¹⁹⁹).

Se poi si estende l'indagine alle due « memorie » — quella redatta da Susech e l'adespota — allora è possibile rintracciare prove dirette, perché lì sono menzionati i « quatro capitani » (²⁰⁰), i « colonnellj de fanteria » (²⁰¹), l'« armagolo » (²⁰²), i « maestri de l'armature bianche » (²⁰³), che possono essere indicati come altrettanti uffici dell'ordine familiare mantenuti in vita anche in tempo di pace.

Un sondaggio intorno ai nomi dei personaggi che hanno fatto parte della famiglia del Duca d'Urbino, condotto senza alcuna pretesa di completezza, e che, ancora una volta, sono noti attraverso le due « memorie », consente di accertare che i ruoli dei

felicissima » riferisce che i trombetti erano sei, invece di quattro, ma ricorda solo un certo Costantino; c'è poi « el tamborino col tamburo d'ariento, alias Brusciaporco ». La lista adespota conosce « messer l'Abate col tamborino e ciufolo », i « sonatori de organj, messer Baldasserra da Camerino, Pierandrea da Ferrara », i « cantori de la capella, Don Giovanni fiorentino, Don Perino, Don Luchino de Magio, canterino », nonché « li putti che cantavano », ma cfr. Urb. lat. 1204, f. 101v, 102v 110v, 111r, e per un esteso esame di altre testimonianze vedi C. VITALI, *Musica e musicisti alla corte di Federico III da Montefeltro*, in *Il flauto dolce*, 9 (1983), pp. 3-6.

(¹⁹⁸) Cfr. *Ordine*, cit., cap. XLVII, cit., f. 50v (= 65).

(¹⁹⁹) Cfr. *Ordine*, cit., cap. III, cit. e cap. XXXVIII, cit., ff. 4v-5r (= 6) e f. 46v (= 59).

(²⁰⁰) Cfr. *supra* p. 335, n. 53. Susech conosce Riccio da Casteldurante, che secondo P. A. PALTRONI, *op. cit.*, p. 59, è tra i « fanti » di Federico.

(²⁰¹) Cfr. Urb. lat. 1204, f. 104r; i « colonnellj de fanteria » sono: « Guido Bonaventuri da Urbino, messer Francesco Drago da Mercatello, Alexandro Gambacorti da Pisa », ma cfr. *infra*, n. 204.

(²⁰²) Cfr. Urb. lat. 1204, f. 103v: « Bartholomeo da Ravenna, armagolo, havea cura de tutta la monitione de l'arme che erano in casa, che averiano armate, a uno ponto preso, trecento persone de arme bianche, corazine, piche, ronche, partegianoni, imbracciatori et rotelle ».

(²⁰³) Cfr. Urb. lat. 1204, f. 104r: « maestri de armature bianche [erano] maestro Giorgio milanese, maestro Bernabò milanese; facevano una magna bottega d'arme ».

« cavalieri a sperone d'oro » ⁽²⁰⁴⁾ e dei « gentil'homini » ⁽²⁰⁵⁾ sono ricoperti da alcuni « capi di squadra » o « conductieri » del Duca Federico.

La famiglia signorile dunque si organizza non per svolgere e coordinare solo funzioni domestiche prima e di governo poi, ma anche per svolgere altri compiti, sempre in nome e per conto del signore. Nel caso del Duca d'Urbino poi sembra potersi affermare che la famiglia signorile si trasforma in una organizzazione militare senza opporre eccessiva resistenza ⁽²⁰⁶⁾.

Forse questa fisionomia bifronte della famiglia signorile è da ritenersi costituzionalmente originaria e non viene meno neppure quando si insedia a palazzo, dato che il mestiere delle armi è un « bisogno del Signore » ⁽²⁰⁷⁾. Se il signore è un capitano di ventura — come lo sono tutti i Montefeltro —, ed è con l'esercizio del mestiere delle armi che è stato in grado di guadagnare il potere e di mantenerlo, la famiglia si è costruita come una struttura in grado di svolgere compiti e mansioni in pace e in guerra.

Colui che invece di essere avviato alle armi è preposto ad un ufficio familiare, nell'organizzazione militare è utilizzato o come

⁽²⁰⁴⁾ Tra i « cavalieri a sperone d'oro », sia Susech che l'anonimo, elencano per primo Messer Piero degli Ubaldini, che a quanto riferisce il Paltroni (*op. cit.*, pp. 255-256) è uno dei « capi squadra » di Federico da Montefeltro. Seguono poi Messer Francesco Cagnaccio da Sassatello e messer Francesco Drago da Mercatello, che sono ugualmente suoi « capi squadra » o anche « conductieri », ma cfr. P. A. PALTRONI, *op. cit.*, p. 146, p. 153, 215, 256, Francesco Drago, però è elencato anche tra i colonnelli, cfr. *supra* n. 201. Infine compare messer Filippo da Ugobbio, che è sempre « capo squadra » o « squadrero », cfr. P. A. PALTRONI, *op. cit.*, p. 153 e p. 256.

⁽²⁰⁵⁾ Tra i « gentil'homini », conosciuti sempre attraverso la memoria di Susech e l'adespota, segnalo Francesco da la Carda, « cavaliere et homo d'arme », nonché « capo squadra » di Federico, e Ghihoanni delli Ubaldini, che però è ricordato solo come « cavaliere et homo d'arme », ma cfr. P. A. PALTRONI, *op. cit.*, p. 148, e poi p. 153, 224 e 256.

⁽²⁰⁶⁾ Credo che in conseguenza di questi legami, tra l'organizzazione militare e la famiglia signorile, si debbano ricercare le ragioni per cui, contrariamente alle abitudini più diffuse presso le compagnie di ventura, le milizie del Duca Federico da Montefeltro, durante l'inverno tornavano a casa, in Urbino, cfr. M. MALLEY, *op. cit.*, p. 194.

⁽²⁰⁷⁾ Cfr. *Ordine*, cit., cap. III, cit., f. 5v (= 6).

diplomatico, o con incarichi logistici, o altro. A questo proposito merita ricordare ancora quelli che « andassino de fora cum lo Signore », quasi certamente impegnati in campagne militari, perché Federico, a quanto risulta, non è stato lontano da Urbino per altro motivo.

È poi da segnalare che coloro i quali partecipano alle condotte del Duca d'Urbino sono chiamati anche « provvigionati » da Pierantonio Paltroni, definendosi in tal maniera il particolare rapporto che lega la gente d'arme al suo « conductiero » ⁽²⁰⁸⁾.

Per restare nelle tradizioni che appartengono ai Montefeltro, ricorderei che Federico si rivolge ai suoi soldati chiamandoli « frategli mia » ⁽²⁰⁹⁾; che comanda « sotto pena della vita » ⁽²¹⁰⁾; e che il Piccinino, presso il quale ha combattuto il Duca d'Urbino, vuole che ad ogni richiesta i suoi ufficiali siano « obedientissimi » ⁽²¹¹⁾.

A titolo esemplificativo ho ricordato alcune situazioni in cui è posta la gente d'arme appartenente ai Montefeltro: sono situazioni personali di soggezione, probabilmente del tutto normali nel mondo militare ⁽²¹²⁾. È però sicuro che il legame che unisce i cavalieri e i fanti al capitano è di completa soggezione e disponibilità: impegna la persona fisica in una serie di « servitia » che sono graduati « secundum qualitatem personarum » ⁽²¹³⁾.

Ad identiche situazioni di soggezione personale per la disponibilità continua e totale nella famiglia signorile si può essere

⁽²⁰⁸⁾ L'accento alla condizione di « provvigionati » è dato dunque da P. PALTRONI, *op. cit.*, p. 256. Rinvio quindi alle considerazioni già esposte, *supra*, pp. 366-367, n. 142.

⁽²⁰⁹⁾ Cfr. VESPASIANO DA BISTICCI, *op. cit.*, p. 364.

⁽²¹⁰⁾ Cfr. VESPASIANO DA BISTICCI, *op. cit.*, p. 366, e poi a p. 369.

⁽²¹¹⁾ Cfr. F. UCOLINI, *op. cit.*, II, cit., pp. 513-514, doc. nu. 8: « Lettera di Niccolò Piccinino ai suoi ufficiali perché ajutino Guidantonio da Montefeltro del 22 luglio 1435 »: « ... vi comando che, ad omne requisitione del prefato Signore [Guidantonio], dobbiate andare (...) in qualunque parte la Signoria sua comandasse (...) Di ciò siate obedientissimi, perché facendo il contrario non porrete far cosa nella quale potessete più offendere l'animo mio ».

⁽²¹²⁾ Cfr. M. MALLET, *op. cit.*, cap. V, pp. 113-149.

⁽²¹³⁾ Cfr. BALDUS UBALDI, *In sextum*, cit., f. 21vb, nu. 19.

pervenuti anche per la sopravvivenza o la resistenza del regime feudale nel suo aspetto di vincolo gravante sulla persona fisica ⁽²¹⁴⁾. Si può infatti ritenere per certo che gli usi feudali non erano desueti presso i Montefeltro, e che il signore li considerava ancora un valido strumento per legare a sé le persone che collaboravano con lui. Bisognerà infatti leggere attentamente un atto di accomandigia reso da Ugolino da Piagnano ⁽²¹⁵⁾, e da suo fratello, al conte Guidantonio da Montefeltro. Gli accomandati erano stati sollevati da ogni vincolo feudale da papa Martino V; ma entrambi dopo la promessa, assieme al padre loro, che è poi uno dei luogotenenti del signore, pretendono una espressa assicurazione di mantenere il segreto intorno al predetto atto di accomandigia ⁽²¹⁶⁾.

La vicenda ha una qualche importanza, perché restituisce un mondo sommerso, che sembra avere poco interesse per le situazioni legittime derivate al signore dalla recente nomina a Vicario apostolico ⁽²¹⁷⁾. La situazione di fatto sembra mantenere una sua

⁽²¹⁴⁾ Il fenomeno è analogo a quello individuato da E. SESTAN, nelle sue *Ricerche intorno ai primi podestà toscani*, in *A.S.I.*, S. VII, II (1925), pp. 207-208: la città avrebbe avuto interesse a servirsi di « persone feudali » provenienti dal contado, mettendo a beneficio quelli che erano dei diritti personali. Infatti coloro che vantavano posizioni notevoli nell'ordinamento feudale, non abdicavano ai loro poteri, ma li esercitavano poi, durante la carica, a beneficio proprio e del Comune.

⁽²¹⁵⁾ Senza alcuna pretesa di identificazione, ricordo che un certo « Ugolinus comes de Planano », familiare di Martino V, il 27 febbraio 1420 è nominato all'« officium » di « castellanus castri S. Angeli de Urbe », ma vedi in A. THEINER, *op. cit.*, III cit., p. 255, doc. nu. 182.

⁽²¹⁶⁾ È un atto complesso di conferma e di ratifica di una situazione giuridica preesistente, cui segue l'accettazione e la promessa di assicurare il segreto. L'atto si perfeziona in luoghi diversi — Piandimeleto, Urbino e poi ancora Urbino — e in tempi successivi — il 27, il 28 e il 29 novembre 1432 —, con tre distinti strumenti. Segnalato da L. MICHELINI TOCCI, *I due manoscritti*, cit., p. 251, che dà anche i registi dei singoli documenti, è conservato nel c.d. « unico registro della cancelleria di Urbino che fortunatamente è arrivato fino a noi e che oggi reca la segnatura Arm. LX, TO.21, dell'Archivio Segreto Vaticano » f. 128r-128v. È esemplato anche nel cod. AA.Arm. E.123. ff.140r-140v, dell'Archivio Segreto Vaticano, che, come asserisce lo stesso Michelini Tocci, è copia del precedente registro.

⁽²¹⁷⁾ Il pontefice Eugenio IV il 20 febbraio 1432, cioè pochi mesi prima dell'atto di accomandigia, aveva ratificato la concessione del Vicariato apostolico a Guidantonio già concesso da papa Martino V, cfr. A. THEINER, *op. cit.*, III cit., pp. 309-310.

rilevanza anche dopo l'emissione della bolla pontificia, e i vincoli e le consuetudini, che garantivano l'assetto di fatto, sono riproposte e rinnovate anche dopo lo scioglimento o il divieto papale. È un mondo che non perde la propria autonomia continuando a seguire le proprie regole, anche quando ha provocato ed ottenuto il riconoscimento dell'autorità centrale. Nella vicenda urbinata le consuetudini feudali sono seguite e riconosciute; sopravvivono anche nelle manifestazioni formali e regolano rapporti personali importanti, anche quando le circostanze richiedano che l'atto di accomandigia sia tenuto segreto.

12. Nell'« Ordine et officij » e nell'« Instruttione » gli obblighi posti a carico del familiare sono genericamente definiti « servitio » (²¹⁸); in questa accezione tali obblighi costituiscono anche il « servitio quotidiano » (²¹⁹), oppure il « servitio ordinario » (²²⁰), che poi corrisponde all'« officium diurnum » della dottrina intermedia. Nel mondo classico « la parola avrebbe fatto inorridire un uomo libero », che avrebbe potuto accettare solo un « officium », ma da diversi secoli, ormai, il termine servizio aveva perduto ogni significato in dipendenza dello « status » di servo (²²¹).

Il « manualetto » e il « trattatello » chiamano servizio tutte le opere che devono essere compiute da chi aiuta il « dominus » nella conduzione della « domus ». I collaboratori del signore poi sono organizzati nella forma della famiglia e le competenze e le mansioni sono distribuite in altrettanti uffici, che qualificano il lavoro del familiare.

(²¹⁸) Nell'*Ordine*, cit. è definito come « servitio », p.e., al cap. III, cit., f. 8v (= 6), e al cap. XI, cit., f. 18r (= 14), mentre al cap. XXV, cit., f. 31r (= 36) e poi anche « servitio et governo de casa » oppure « servitij del Signore de casa ».

(²¹⁹) Cfr. *Ordine*, cit., cap. XI, cit., f. 13v (= 17).

(²²⁰) Cfr. *Ordine*, cit., cap. XII, cit., f. 17v (= 22).

(²²¹) Vedi in M. BLOCH, *La società feudale*, trad. di B. M. CREMONESI, Torino 1980, (Reprints Einaudi, 10), p. 176.

Nell'« officium » la dipendenza personale dal « dominus », dal signore, è molto forte, se è vero, come è detto, che tutti i familiari sono sempre nell'arbitrio del signore ⁽²²²⁾. L'obbligazione di « facere », posta a carico del familiare, si manifesta quindi nella piena facoltà del « dominus » di operare sull'organizzazione familiare e di valutare ogni opportunità sulla gestione del servizio.

Il rapporto di dipendenza personale del collaboratore o del domestico del signore dunque si istituisce in forza di una situazione personale, dello « status » di appartenenza all'organizzazione della famiglia signorile.

L'esistenza o meno di una convenzione con cui il familiare avrebbe promesso in locazione le proprie opere al « dominus », risulterebbe così subordinata ad una situazione giuridica personale. E proprio come componente di quel nucleo organizzato, che è la famiglia del signore, il familiare deve adempiere alle prestazioni richieste o fornire così le proprie opere. L'« ordo » familiare lo colloca in un lavoro predeterminato con estrema precisione, attribuendogli una qualifica: dire però che il « dominus » pretende soltanto l'adempimento di quanto è codificato nell'« officium », non basta a rappresentare il rapporto che lega al Signore il suo collaboratore.

La situazione che si instaura per lui, quando diventa parte dell'organizzazione familiare, è di soggezione stabile; e si risolve solo per determinate giuste cause, che poi sono un preciso elenco di delitti. Realizzandosi le fattispecie previste, si è subito allontanati dall'« ordo » familiare, e la risoluzione del rapporto di lavoro ne è un effetto conseguente ⁽²²³⁾.

L'aiutante o il collaboratore del signore, accettando la condizione di familiare, accetta dunque un rapporto stabile, dal quale

(222) Cfr. *supra*, p. 340.

(223) Cfr. *supra*, p. 339, n. 63, p. 372 e pp. 378-379.

discendono non solo gli obblighi connessi immediatamente al suo lavoro, ma anche gli obblighi già ricordati, come la « reverentia » e la « curialitas », che, nella « domus » signorile, caratterizzano l'esecuzione delle opere nell'« officium diurnum » con atteggiamenti esteriori ed aspetti culturali gentili e cortesi. Anche il dovere che impone al familiare di migliorare se stesso, al fine di adempiere puntualmente le sue opere, discende dalla situazione in cui egli si colloca entrando nella famiglia signorile.

Pertanto secondo il modello romanistico della « locatio operarum », l'obbligazione, che dovrebbe derivare dall'aver dato le proprie opere in locazione, sarebbe da considerare come subordinata all'aver promesso se stesso e all'essere stato accettato come familiare del signore. È quando il soggetto entra a far parte della famiglia signorile, che deve le prestazioni elencate nell'« officium », ed è nella sua qualità di familiare che dovrebbe essere in grado di locare le proprie opere a colui che è già riconosciuto come « dominus ». Secondo questa costruzione — a mio avviso improbabile —, la promessa di prestare le proprie opere dovrebbe essere accessoria rispetto alla promessa di volersi collocare come familiare. In realtà accettando la situazione di dipendenza personale nella condizione di familiare, chi collabora nella « domus » signorile, accetta necessariamente un rapporto di lavoro stabile e permanente con forme e mansioni prestabilite. Il servizio quotidiano è dunque da elencare come uno degli obblighi derivanti dalla condizione personale di familiare, cioè dalla situazione di assoggettamento e dipendenza promessa o comunque dovuta al signore.

Proprio ad un rapporto di subordinazione derivante dall'appartenere ad una finalizzata organizzazione, si deve riconnettere ogni giustificazione di quelle provvidenze che, impropriamente, ho definito assistenziali. Mi riferisco al trattamento riservato all'anziano e all'incapace, mantenuti in modo tale « che (. . .) possi-

no vivere se non commo homo da bene, al mancho commo homo da pocho » (²²⁴).

È l'altro aspetto del rapporto nel quale si colloca colui che accetta di entrare nella famiglia signorile, perché l'obbligo di provvedere al familiare, anche quando non è in grado di adempiere alla prestazione di « facere » è a carico del signore. Solo un rapporto al quale è riconosciuta una continuità, può rendere ragione di una provvidenza che sopravvive oltre il tempo in cui, chi lavora, presta le proprie opere.

Il signore non può abbandonare il familiare, perché oggetto del rapporto è l'affidamento senza scadenza di un soggetto; e questo va ben oltre il modello di un normale contratto di locazione d'opere, nel quale il termine e la mercede sono stati ritenuti requisiti essenziali. Presupporre una scadenza nel lavoro del familiare e fingere una iterazione del contratto di locazione d'opere, anche se può sembrare conseguente al modello romanistico, non consente di offrire soddisfacenti giustificazioni per coprire l'ampia valenza che ha l'intera situazione giuridica del familiare e del signore.

Il trattamento economico, la cosiddetta mercede, assieme alle altre provvidenze accessorie come p.e., il « victum et vestitum », è dovuto non tanto in ragione del lavoro svolto, ma in conseguenza della stabilità del rapporto che si instaura tra il familiare e il suo signore. Coloro che sono esclusi dal trattamento economico, « chi sta senza salario et a discretione » (²²⁵), coloro che sono accettati nell'organizzazione solo per essere preparati al futuro mestiere, oppure sono soltanto tollerati, non instaurano infatti un rapporto dal quale possano sorgere obblighi a carico del signore. Nei confronti dei paggi che accoglie nella « domus », il « dominus » non ha altri doveri se non quelli di far loro « acquistare

(²²⁴) Cfr. *Ordine*, cit., cap. LXII, cit., f. 66v (= 87).

(²²⁵) Cfr. *Ordine*, cit., cap. LXI, cit., f. 66v (= 86).

gratia et a ciò che diventino homini » (²²⁶). Per quelli poi che sono solo tollerati, non è riconosciuta stabilità alcuna, perché restano « a discretione » del signore, in un regime del tutto grazioso, dove è rilevante soltanto la precarietà del rapporto. A loro non è riconosciuta neppure la possibilità di assoggettarsi al signore, istituendo così un rapporto continuo.

I doveri posti a carico del signore dunque preesistono al contratto di lavoro del familiare, perché derivano dalla situazione di preminenza personale del « dominus », dalla sua posizione di vertice in quell'organizzazione di governo che è l'« ordo » familiare. Il rapporto che il familiare instaura con il signore è da ritenersi un rapporto di servizio con modalità prefissate già nell'« ordo »: rispetto a questo rapporto la situazione di preminenza del signore è rilevante e dà piena ragione dei doveri che gli sono posti a carico, doveri che esistono già prima che possa essere intervenuta qualsiasi probabile convenzione o probabile accordo con il familiare.

(²²⁶) Cfr. *Ordine*, cit., cap. XVII, cit., f. 19v (= 25).

LUCIO MONACO

SU TEORIA E PRASSI DEL RAPPORTO
TRA DIRITTO PENALE E CRIMINOLOGIA (*)

(*) Questo studio costituisce la prima parte di una ricerca più ampia, nella quale — in relazione alla problematica delle prognosi nella teoria della commisurazione della pena — vengono concretizzate le indicazioni emerse dall'analisi degli aspetti teorici e metodologici del rapporto tra diritto penale e scienze empiriche. Il lavoro è stato pressoché interamente svolto durante un soggiorno di studio presso l'*Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften* dell'Università di Monaco di Baviera. Al Prof. Claus Roxin, direttore dell'istituto, ed alla Alexander von Humboldt-Stiftung, che ha finanziato la ricerca, l'Autore esprime il più sentito ringraziamento.

PARTE I

La teoria del rapporto tra diritto penale e criminologia: in particolare, legislazione penale e scienze empiriche

SOMMARIO: 1. Dal progetto della *Gesamte Strafrechtswissenschaft* di v. Liszt alle teorie dell' 'annientamento', della 'cooperazione', dell' 'integrazione': un reale progresso? — 2. Studio della prassi e costruzione della teoria del rapporto tra diritto penale e criminologia: una precisazione dei concetti, della terminologia e del metodo. — 3. La criminologia quale 'guida e consiglia' della legislazione penale: teoria e metodologia della politica criminale nelle riforme penali del nostro secolo. — 4. Il dualismo tra *fatto* e *valutazione*: un'insuperabile barriera al rapporto tra scienze criminali e prassi della legislazione penale? Sul problema della 'selettività' nel ricorso alla scienza, sui rischi e sulle possibilità del controllo. — 5. Dalla metodologia ai contenuti del rapporto: *quali* conoscenze offre oggi la criminologia, e *quanto* certe? Luci ed ombre nella prospettiva della cooperazione. — 6. Al di là del rapporto tra criminologia e diritto penale: ovvero, criminologia 'critica' e critica della strategia dell'integrazione. — 7. Conclusione: un moderato ottimismo.

1 - Dal progetto della Gesamte Strafrechtswissenschaft di v. Liszt alle teorie dell' 'annientamento', della 'cooperazione', dell' 'integrazione': un reale progresso?

« Lo studio del delitto quale fenomeno etico-sociale, della pena quale funzione sociale, deve ricevere nella nostra scienza l'attenzione cui ha indubbiamente diritto. Il fatto che esistano un' antropologia, una psicologia, una statistica criminale quali discipline autonome, in misura maggiore o minore lontane dalla scienza del diritto penale, è la prova della pesante responsabilità che grava sui penalisti; ma in ciò è anche la ragione dell'attuale

sterilità di quelle discipline. Solo nella collaborazione tra esse e la scienza del diritto penale risiede la possibilità di lottare con successo contro il crimine. In questa lotta è alla nostra scienza che spetta il compito di dirigere » ⁽¹⁾. In questo passo, con cui si chiude il *Marburger Programm*, non compare la parola « criminologia »: ma è appunto a questa che *Liszt* attribuisce il ruolo — allora assai più scomodo e discusso che oggi — di *partner* ed interlocutore privilegiato della scienza del diritto penale ⁽²⁾. Il progetto della *Gesamte Strafrechtswissenschaft* è già tutto scritto, almeno nei contenuti essenziali ⁽³⁾: ed il riconoscimento dell'autonomia nei metodi e negli scopi delle singole discipline che in essa convergono ne è l'inconfondibile fondamento teorico. *Liszt* non propone infatti in alcun modo di 'annettere' al diritto penale la criminologia o qualcuna delle sue scienze 'ausiliarie' ⁽⁴⁾: il ruolo-guida da lui attribuito al penalista non ha altra

(1) F. v. LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I Band, 1905, 178. « Possa l'immane revisione del nostro codice penale... non trovarci impreparati! »: dell'augurio con cui v. *Liszt* mette la parola « fine » al suo *Programm*, anche la scienza del diritto penale italiano ha oggi più che mai bisogno.

(2) Cfr. H. v. WEBER, *Die Bedeutung der Kriminologie für die Strafrechtspflege*, in: T. WÜRTENBERGER (Hrsg.), *Kriminologie und Vollzug der Freiheitsstrafe*, 1961, (14 ss.) 14; così da ultimo anche H. SCHÖCH, *Das Marburger Programm aus der Sicht der modernen Kriminologie*, in: *Zeitschrift für die Gesamten Strafrechtswissenschaften* (d'ora in poi: *ZStW*) 94 (1982), (864 ss.) 882. Un riferimento esplicito alla criminologia quale *partner* del diritto penale si trova invece in: v. LISZT, *Die Aufgabe und die Methode der Strafrechtswissenschaft*, in: *ZStW* 20 (1900) (161 ss.) 166 ss. Non con altrettanta chiarezza, E. FERRI esige che il penalista « fonda » le sue conoscenze con quelle del criminologo, senza ulteriori precisazioni circa il modo in cui ciò debba avvenire: *Sociologia criminale*, 1900, IV Ed., 61 ss. e 919 ss.

(3) Cfr. H. SCHÖCH, *Das Marburger Programm*, cit., 883 s.; H. LEFERENZ, *Rückkehr zur Gesamten Strafrechtswissenschaften?*, in *ZStW* 93 (1981), (199 ss.) 203, con particolare riguardo agli svolgimenti dell'idea di *Gesamte Strafrechtswissenschaft* nell'evoluzione del pensiero Lisztiano (199-210) ed alle sue realizzazioni — poche — nella ricerca scientifica e nella dottrina penalistica (217) ss.)

(4) Cfr. H. LEFERENZ, *Rückkehr*, cit., 210; H. SCHÖCH, *Das Marburger Programm*, cit., 883.

ragion d'essere che la necessità di 'tradurre' acquisizioni e suggerimenti della ricerca empirica in schemi d'azione adeguati alle esigenze ed ai principi di una scienza *normativa*, qual è appunto la scienza del diritto penale.

La strada che egli indica è chiara, ed è quella della *collaborazione*: la sua visione della *gesamte Strafrechtswissenschaft* è sicuramente idonea a garantire il supporto teorico indispensabile ad ogni successivo sviluppo ⁽⁵⁾.

Dalle pionieristiche aperture di v. Liszt, molta acqua è passata sotto i ponti del rapporto tra diritto penale e criminologia: molte polemiche sono ormai definitivamente sopite, parte delle antiche diffidenze, almeno talune incomprensioni sembrano finalmente uscite di scena. Domande come quella che il penalista *Birkmeyer* poneva perplesso ai principi del secolo: « Cosa lascia sopravvivere v. Liszt del diritto penale? » (« pressoché nulla », rispondeva egli stesso) fanno sorridere, non certo da ieri ⁽⁶⁾. E ad un passato ormai non meno remoto appartengono anche i timori, nella sostanza non troppo dissimili, quali manifestati da *Lange* poco più di 20 anni orsono ⁽⁷⁾.

Vero questo, è altresì chiaro tuttavia — almeno per chi sia pur solo sommariamente informato sugli svolgimenti del dibattito che soprattutto in questi ultimi 15 anni si è andato sviluppando sulle possibilità ed i contenuti di un rapporto realmente proficuo tra diritto penale e criminologia — che sono d'altra parte irreversibilmente lontani anche i tempi in cui, in forma

(5) Cfr. H. MÜLLER-DIETZ, *Grundfragen des Strafrechtlichen Sanktionensystem*, 1979, 80 ss.

(6) K. BIRKMEYER, *Was lässt v. LISTZ vom Strafrecht übrig?*, *Eine Warnung vor der modernen Richtung im Strafrecht*, 1907, 93.

(7) R. LANGE, *Wandlungen in den kriminologischen Grundlagen der Strafrechtsreform*, in: *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum Hundert jährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960*, Bd. I, 1960, (345 ss.) 345.

più o meno esplicita, soleva porsi il quesito: « Cosa lascia sopravvivere la criminologia del diritto penale? » ⁽⁸⁾.

Che criminologia e diritto penale oggi e per il futuro almeno più prossimo si lascino « reciprocamente sopravvivere », come argutamente scrive *Kaiser* ⁽⁹⁾, può dirsi ormai acquisito — s'intende: relativamente acquisito. Da entrambe le parti, del resto, non è azzardato affermare che la disponibilità al dialogo, e soprattutto: la convinzione della necessità di meglio concretizzarne i risultati, mai è stata così grande. Pur con tutte le difficoltà, i ritardi, le riserve di cui si farà cenno tra poco, l'asse criminologia-politica criminale-diritto penale non sembra aver in nessun momento sperimentato una solidità quale quella di cui gode ai nostri giorini ⁽¹⁰⁾. Il motto: « il diritto penale senza criminologia è cieco; la criminologia senza il diritto penale è priva di scopo » ⁽¹¹⁾ dovrebbe trovare da una parte e dall'altra — salvo forse poche, ben conosciute eccezioni ⁽¹²⁾ — la più

⁽⁸⁾ Da punti di vista diversi, e con diversi punti di arrivo, v. H. KAUFMANN, *Was lässt die Kriminologie vom Strafrecht übrig?*, in: *Juristenzeitung* (d'ora in poi: *JZ*) 1972, 193ss e A. E. BRAUNECK, *Was lässt die Kriminologie vom Strafrecht übrig?*, in: *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* (d'ora innanzi: *Mschr Krim.*) 1963, 193 ss.

⁽⁹⁾ G. KAISER, *Die Beziehung zwischen Kriminologie und Strafrecht*, in: *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (d'ora innanzi: *GA*) 1967, (239 ss.) 314; dello stesso v. anche: *Kriminologie, Ein Lehrbuch*, (d'ora innanzi: *Kriminologie*) 1980, 46 ss., 62.

⁽¹⁰⁾ Così, per molti, G. KAISER, *Kriminalpolitik ohne kriminologische Grundlage? Die Zukunft des Strafrechts und die Wandlungen Kriminologischen Denkens*, in: *Gedächtnisschrift für H. SCHRÖDER*, 1978, (481 ss.), 501.

⁽¹¹⁾ Così H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, A. T., III Auflage*, 1978, (30 ss.) 32; con accenti simili H. ZIPF, *Kriminalpolitik, Ein Lehrbuch*, 1980, 15: « il diritto penale senza criminologia è lontano dalla realtà, una criminologia senza diritto penale non ha un oggetto né un punto di riferimento sicuro ».

⁽¹²⁾ Com'è facile intuire, il riferimento è alle posizioni della criminologia che si autodefinisce « critica », ovvero « radicale », tra i cui più illustri esponenti sono A. BARATTA in Italia e F. SACK in Germania. Il *labeling approach* — importato in Europa da F. SACK alla fine degli anni '60: *Neuere Ergebnisse der Kriminologischen Forschung aus der USA*, in: *Kriminologische Gegenwartsfragen*, H. 9, 1970,

ampia, convinta adesione. Ciò detto, va subito aggiunto che motti del genere, come spesso accade, non servono tanto a risolvere problemi o situazioni di più o meno acuto conflitto, quanto piuttosto a coprirli: *condicio sine qua non* del consenso con cui può sicuramente contare il motto di cui sopra è la *generalità* dei contenuti che esprime ed ancor più la loro *neutralità* rispetto alla ben complessa 'materia del contendere' ad essi sottesa.

« Sulla necessità di una collaborazione tra le due discipline esiste oggi unanimità »: questa diagnosi di *Detlef Krauss*, certamente uno dei più competenti ad esprimere giudizi in proposito, è vecchia ormai di un decennio, ma può perfettamente sottoscriversi anche oggi⁽¹³⁾. La *teoria* del rapporto tra diritto penale e criminologia ha una solida base su cui impiantarsi, ed

44 ss.; *Probleme der Kriminalsoziologie*, in: *Handbuch der empirischen Sozialforschung*, Bd. 2, 1969, 961 ss.; *Definition von Kriminalität als politisches Handeln: Der labeling-approach*, in *Kriminologisches Journal*, 1972, 3 ss. — si sviluppa soprattutto negli Stati Uniti attraverso i lavori di sociologi quali F. TANNENBAUM, E. LEMERT, K. T. ERIKSON, J. KITSUSE, H. BECKER, E. GOFFMAN, H. GARFINKEL, per non citare che i più noti. Nel giro di pochi anni questo indirizzo teorico-metodologico e di ricerca ha ricevuto in Europa una diffusione senza precedenti: la nascita de « *La Questione Criminale* » in Italia e del « *Kriminologisches Journal* » in Germania ne è una delle più eclatanti espressioni. Nel frattempo, la letteratura sul tema è già pressoché sterminata. Per i primi orientamenti, si vedano soprattutto i molteplici contributi di A. BARATTA nella *Questione criminale*, il volume di TAYLOR-WALTON-YOUNG: *Criminologia sotto accusa* (trad. it.) 1975, ed infine W. KECKEISEN, *Die gesellschaftliche Definition abweichenden Verhaltens, Perspektiven und Grenzen des labeling-approach*, 1976, soprattutto 34 ss., e W. RÜTER, *Abweichendes Verhalten und labeling-approach*, 1975, soprattutto 19-67, con ampi riferimenti riassuntivi agli sviluppi del dibattito e della ricerca sia in Europa che negli USA (67-107). Ulteriori e più specifiche segnalazioni bibliografiche nel corso della pur breve discussione di alcune tesi della « nuova » criminologia, nel par. 6.

(13) D. KRAUSS, *Kriminologie und Strafrecht*, in: D. GRIMM (Hrsg), *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, Bd. I, 1973, (233 ss.) 255. Nello stesso senso v., per la più moderna dottrina italiana, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 1979, 9-10 e P. NUVOLONE, *Criminologia e diritto penale*, in: CANEPA-PARADISO (a cura di), *La criminologia italiana. Insegnamento e ricerca, Quaderni di scienze criminali (ISISC-Siracusa)*, 1982, (187 ss.) 199 s.; in questo stesso volume, v. ancora F. MANTOVANI: *Principio di realtà e scienze criminali*, (237 ss.) 276 ss.

almeno un clima estremamente propizio ad un positivo sviluppo. In che misura essa abbia saputo realmente approfittare di una situazione di partenza così favorevole, è difficile dire: certo è, tuttavia, che avrebbe potuto giovarsene ben più di quanto le sia in concreto riuscito. E tanto più auspicabile sarebbe ciò stato, quando si rifletta che nessuno è in grado di prevedere se e quanto tale consenso sia ancora destinato a durare ⁽¹⁴⁾.

Gli sviluppi della teoria del rapporto tra diritto penale e criminologia non devono essere dettagliatamente ripercorsi e discussi in questa sede ⁽¹⁵⁾. Vero è, peraltro, che la complessità di un tale oggetto d'indagine sarebbe comunque bel lontana dal richiedere fiumi d'inchiostro o straordinari sforzi di investigazione. Da quando il « giovanile ottimismo » della scuola criminale-antropologica di *Lombroso* ha smesso di « gettare a mare tutto il diritto penale in quanto disciplina giuridica », e penalisti come *Binding* hanno cessato — per converso — di erigere le loro maestose « costruzioni dottrinarie » senza nominare una sola volta la parola 'Criminologia' ⁽¹⁶⁾, è sufficientemente

⁽¹⁴⁾ La collaborazione con il diritto penale viene infatti posta seriamente in discussione non soltanto dalle nuove correnti della criminologia critica, bensì da una ampia gamma di punti di vista e concezioni — di ordine politico, sociologico, psichiatrico — il cui punto di arrivo comune è la richiesta, esplicita o no, di « abolire » il diritto penale. In questo senso v. soprattutto A. PLACK, *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*, 1974, soprattutto 291 ss. (« Come è possibile fare a meno del diritto penale »), e 364 ss., dove si prospettano talune generalissime strategie di prevenzione del crimine e le linee fondamentali di un sistema di misure di difesa sociale (380 ss.). Una pacata discussione di questi orientamenti è stata di recente fatta da H. SCHULTZ, *Abschied vom Strafrecht?*, in: *ZStW* 92 (1980), 611 ss., con particolare riguardo all'analisi dei nessi tra crisi della politica criminale e crisi di legittimazione del diritto penale (620 ss.).

⁽¹⁵⁾ Per una dettagliata analisi degli sviluppi di questo dibattito in Italia, soprattutto dal dopoguerra agli anni '60, v. G. VASSALLI, *Criminologia e giustizia penale*, ora in: *Appunti di criminologia*, a cura di F. FERRACUTI, 1970, (7 ss.) in particolare 14 ss.

⁽¹⁶⁾ Così, efficacemente, MAURACH-ZIPF, *Strafrecht, A. T., Teilband 1*, 6. Auflage, 1983, 35-6.

acquisito che diritto penale e criminologia non possono ignorarsi o pretendere di annientarsi a vicenda. D'altra parte, prospettare *sic et simpliciter* una « riunificazione » dovrebbe sembrare quanto meno prematuro « se essa piuttosto che chiarire non voglia invece nascondere » la realtà dei problemi ⁽¹⁷⁾.

Almeno a questo livello di costruzione, la teoria del rapporto tra diritto penale e criminologia non ha avuto davvero bisogno di superarsi. Da quando *Maurach* scriveva che non si tratta di perseguire a tutti i costi un'« irraggiungibile sintesi » e preoccuparsi invece di instaurare tra le due discipline un fattivo rapporto di reciproco « completamento » ⁽¹⁸⁾, un rapporto che *Leferenz* amava definire di « *Partnerschaft* » ⁽¹⁹⁾, non è davvero accaduto gran che. Aggiornando dopo 25 anni il manuale del suo Maestro, *Zipf* non ha alcun bisogno di rivedere più o meno massicciamente il paragrafo che concerne i rapporti del diritto penale con la criminologia: può limitarsi a parlare esplicitamente di « cooperazione », con la consapevolezza di non esporsi con ciò al rimprovero di semplificare l'oggetto della sua esposizione o — peggio — tacerne i più recenti sviluppi ⁽²⁰⁾.

Non è certo « una qualche ' integrazione ' (?) » né l'« eliminazione » di conflitti quanto agli scopi ed ai metodi di cui ciascuna delle due discipline si serve, ciò che può consentire un reale progresso, bensì invece la puntuale conoscenza delle divergenze metodologiche e dei conflitti nella scelta degli obiettivi di ricerca, oltre che — ovviamente — delle ragioni che

(17) G. KAISER, *Die Beziehungen zwischen Kriminologie und Strafrecht*, cit. n. 9, 299; nello stesso senso v. anche H. GÖPPINGER, *Kriminologie*, IV Auflage, 1980, 14 s. e D. KRAUSS, *Kriminologie und Strafrecht*, cit. n. 13, 255.

(18) R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, A. T., II Auflage*, 1958, 29; l'ansia di sintesi viene ironicamente definita da G. KAISER « social-romantica »: *Stand und Entwicklung der Kriminologischen Forschung in Deutschland*, 1975, 14.

(19) H. LEFERENZ, *Aufgaben einer modernen Kriminologie*, 1967, 7.

(20) MAURACH-ZIPF, *Strafrecht, A. T.*, cit. n. 16, 35.

tali divergenze e conflitti sottendono ⁽²¹⁾: con questa precisazione la teoria del rapporto tra diritto penale e criminologia raggiunge — *hic et nunc* — l'apice delle sue concrete potenzialità conoscitive. Che essa abbia compiuto, almeno negli ultimi anni, sostanziosi passi in avanti, sarebbe tuttavia azzardato affermare ⁽²²⁾. Se il passaggio dalla teoria della 'sintesi' o dell' 'integrazione' a quella della 'cooperazione' o 'completamento' abbia significato un reale progresso, e *quale* questo eventualmente sia, sarebbe poco fruttuoso discettare in astratto: una verifica almeno tendenzialmente efficace non può che avvenire sul piano della *prassi* del rapporto tra diritto penale e criminologia. Nei limiti di cui tra breve si dirà, una tale verifica deve essere appunto qui appresso tentata.

2. Studio della prassi e costruzione della teoria del rapporto tra diritto penale e criminologia: una precisazione dei concetti, della terminologia e del metodo.

Tra i fattori maggiormente disfunzionali innanzitutto alla chiarezza del dibattito su: diritto penale e criminologia (o anche, da un punto di vista più generale: scienze sociali) e disfunzionali in secondo luogo alla proficuità dei risultati del dibattito stesso, è certamente la disinvoltura, talvolta la trascuratezza nell'uso di termini in nessun modo inequivoci quanto all'ambito

(21) D. KRAUSS, *Kriminologie und Strafrecht*, cit. n. 13, soprattutto 253-6. Verificata la « possibilità di un punto d'incontro » tra diritto penale e criminologia (328), P. NUVOLONE concludeva, già diversi anni orsono, per la « complementarietà necessaria tra scienza del diritto penale e scienze criminologiche », sulla base di una chiara delimitazione delle rispettive zone di competenza: *Diritto penale e criminologia*, in: *Scritti in onore di V. MANZINI*, 1954, 341 e 330 ss.

(22) Come acutamente sottolinea G. KAISER, espressioni quali « *Ergänzung* » (completamento) sono null'altro che « formule vuote », con uno « spazio di manovra » non inferiore a quello implicito in termini come « sintesi » e simili: *Die Beziehungen zwischen Kriminologie und Strafrecht*, cit. n. 9, 299-300.

di significanza ed ai contenuti che di volta in volta sono suscettibili di assumere ⁽²³⁾. Quando si fa notare che soprattutto l'espressione 'scienze sociali' è stata addirittura utilizzata — sarebbe bene precisare: almeno negli ultimi venti anni di questa discussione — secondo la regola (implicita): scienze sociali sono quelle discipline che si occupano di « tutto ciò che le scienze giuridiche hanno finora del tutto trascurato, ovvero hanno curato solo in parte o semplicemente in modo sbagliato », si esprime un giudizio che pecca forse per eccesso, ma si compie opera di denuncia sacrosanta e necessaria ⁽²⁴⁾.

In particolare, se c'è una disciplina che non può permettersi il lusso di funzionare da 'bacino di raccolta' dove secondo opportunità o convenienza possano 'parcheggiarsi' metodologie ed obiettivi di ricerca dei più vari e incontrollabili, questa è senza alcun dubbio la criminologia. Con chi invita perciò a non prendere neanche sul serio, in questo dibattito già tutt'altro che semplice, chi 'dimentichi' di definire i concetti con cui lavora, o di precisare i contenuti dei termini di cui si serve, non può che convenirsi, e regolarsi perciò di conseguenza ⁽²⁵⁾.

Il quesito che qui si vuole porre circa la *prassi* del rapporto tra diritto penale e criminologia concerne:

a) da una parte, il problema del *se, come ed in che misura* la criminologia sia presente nel lavoro di produzione delle leggi

(23) V. in particolare W. NAUCKE, *Über die Zusammenarbeit zwischen Juristen und Rechtssoziologen*, in: *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. 1, 1970 (492 ss.), dove si denuncia esplicitamente che « in questa discussione non sempre si lavora con concetti ed obiettivi di ricerca chiari; ciò diminuisce per entrambe le parti contenuto e valore dei risultati della discussione » (492); sulla genericità dei termini su cui si articola il dibattito tra giuristi e sociologi, v. anche 494-5.

(24) Così M. WALTHER, *Wissenschaftstheoretische Probleme und Perspektiven der Integration: zur Präzisierung des Verhältnisses von (Straf-) Rechtsdogmatik und Sozialwissenschaften*, in: *Kriminologisches Journal* (d'ora innanzi: *Krim J.*) 1981, (185 ss.) 185-6.

(25) W. NAUCKE, *Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften*, 1972, 13 n. 13.

penali. Intendendo per criminologia, secondo una definizione largamente accreditata: « L'insieme ordinato delle conoscenze empiriche sul delitto, sul delinquente, sulle condotte socialmente devianti e sul modo di controllarle » ⁽²⁶⁾, ed intendendo qui per legislazione penale non soltanto — com'è ovvio — il risultato, bensì soprattutto il *processo* costituzionalmente definito di formazione delle leggi, nelle sedi che ad esso sono proprie ⁽²⁷⁾.

b) dall'altra parte, poi, si fa riferimento al problema del *se, come ed in che misura* la criminologia sia presente nell'attività di *applicazione* delle leggi penali, volendo con ciò centrare qui l'attenzione in particolar modo sulla *dommatica* giuridico-penale. Mai come per questa espressione, è d'obbligo una succinta precisazione.

'Produttori' di dommatica giuridico-penale sono, incontestabilmente, sia la scienza del diritto penale che la giurisprudenza ⁽²⁸⁾: qui di seguito sarà perciò necessario articolare la discussione sia in relazione all'una che all'altra. In quanto produttori di dommatica, il loro compito consiste nel rendere disponibili i principi necessari all'elaborazione sistematica del materiale normativo e le regole indispensabili alla sua concreta utilizzazione ⁽²⁹⁾: in questo senso, il lavoro dommatico serve a ridurre la distanza tra l'inevitabile 'astrattezza' della fattispecie

⁽²⁶⁾ G. KAISER, *Kriminologie*, cit. n. 9, 3; H. GÖPPINGER, *Kriminologie*, cit. n. 17, 1-2. Per una definizione più ristretta v. invece H. MANNHEIM, *Vergleichende Kriminologie*, trad. dalla II ed. 1966, 1973, Bd. 1, 1.

⁽²⁷⁾ W. NAUCKE, *Über die juristische Relevanz*, cit. n. 25, 23 ss.

⁽²⁸⁾ V. soprattutto W. HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1974, 146 s.

⁽²⁹⁾ V. ancora W. HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik*, loc. ult. cit. Più in generale, sulle funzioni del lavoro dommatico e sulla sua indispensabilità per la produzione di « regole applicative » capaci di svincolare la soluzione dei conflitti « dal livello del mero argomento del caso di specie » e riportarla invece in un contesto di « Standard-Kriterien » adeguati allo « scopo dell'istituzione » in cui si regola il conflitto stesso (524), v. J. ESSER, *Dogmatik zwischen Theorie und Praxis*, in: *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Fest. für L. Raser*, 1974, (517 ss.) 522 ss.

normativa e l'estrema 'concretezza' del singolo caso di specie ⁽³⁰⁾. Quella dommatica è perciò essenzialmente attività selettiva — « secerne ciò che è importante e dimentica tutto quanto sia irrilevante » — e persegue obbiettivi di guida e di controllo dell'attività di risoluzione giudiziale dei conflitti: fondamentale in sede di *motivazione*, essa è indubbiamente rilevante anche nella ben più oscura e delicata fase della *decisione* nel merito delle questioni ⁽³¹⁾.

Se ed in che misura la criminologia sia in grado di contribuire allo svolgimento di questo lavoro, o se piuttosto sia soltanto in grado di complicarlo con i suoi punti di vista fondamentalmente extrasistematici e le sue metodologie empiricamente orientate, costituisce dunque l'altro versante di una discussione che soprattutto a questo riguardo si sviluppa da anni all'insegna di una vivacità e di un accanimento che non sempre hanno consentito di discernere la polemica per la polemica, le battaglie c.d. di principio, dai reali terreni di confronto, di collaborazione o di scontro ⁽³²⁾. Se ritardi e insufficienze hanno

⁽³⁰⁾ W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, (185 ss.) 185; K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, IV Auflage, 1979, 204 ss.

⁽³¹⁾ W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, cit. n. 30, 186. In tal modo la dommatica presta un contributo essenziale alla « stabilizzazione » del lavoro di applicazione del diritto, assicurando di volta in volta la reciproca « compatibilità » delle soluzioni via via elaborate: J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970, 103 ss. Sul problema della divaricazione tra *Herstellung* e *Darstellung* (motivazione reale — motivazione ufficiale) delle decisioni giudiziali v. da ultimi KOCH-RÜSSMANN, *Juristische Begründungslehre*, 1982, 115 ss., con particolare riferimento alle tesi espresse in proposito da N. LUHMANN, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, 1966, 51 ss. e J. ESSER, *Vorverständnis*, cit., cap. IX, 205 ss.

⁽³²⁾ Un recente esempio di grande impegno polemico in cui non sempre è agevole scorgere gli intenti costruttivi che lo sorreggono è il lavoro di F. SACK su: *Die Chancen der Kooperation zwischen Strafrechtswissenschaft und Kriminologie - Probleme und offene Fragen*, in: K. LÜDERSSEN-F. SACK, *Seminar: Abweichendes Verhalten II, Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, Bd. 1, *Strafgesetzgebung und Strafrechtsdogmatik*, 1975, 386 ss. Su questo lavoro di F. SACK si avrà modo di discutere in seguito.

frenato la costruzione della prassi di un proficuo rapporto tra diritto penale e criminologia, come è davvero difficile negare, una non infima fetta di responsabilità va su questo conto; il resto, che non è comunque cosa da poco, si connette invece a problemi di ben altra natura e spessore.

Obiettivo di questo lavoro non vuole essere una riflessione meramente teorica sul rapporto tra diritto penale e criminologia. Che una teoria debba esserci, è del tutto scontato. Non è affatto scontato invece quale sia la metodologia più adeguata a costruirne una che fomenti e fruttifichi la prassi di questo rapporto. L'esperienza degli ultimi anni dimostra che, almeno nelle linee essenziali, un consenso abbastanza generalizzato è raggiungibile sul terreno teorico. Tale esperienza dimostra anche, però, che la traduzione di questa 'comunità d'intenti' dalla teoria alla prassi del rapporto tra le due discipline è e rimane una meta tutt'altro che a portata di mano ⁽³³⁾.

Attraverso lo studio della *prassi* del rapporto tra diritto penale e criminologia, enucleare i fondamenti di una *teoria* almeno un po' più differenziata e un po' più ricca di contenuti di quanto oggi essa non sia: questo l'obiettivo della presente ricerca e questa la prima direttiva metodologica cui essa intende attenersi ⁽³⁴⁾.

Seppur così limitata, un'indagine che si proponga un obiettivo del genere si esporrebbe tuttavia quanto meno a due

⁽³³⁾ Come sottolinea ancora di recente H. JÄGER, nonostante tutti gli sforzi e l'accanita discussione che ormai senza soluzione di continuità si va svolgendo tra giuristi e criminologi, « le scienze criminologiche continuano a restare fuori le porte della giurisprudenza »: *Kriminologie im Strafprozess*, 1980, 7.

⁽³⁴⁾ Per questa metodologia v. in particolare H. JÄGER, *Veränderung des Strafrechts durch Kriminologie? Ansätze zur Konkretisierung interdisziplinärer Kooperation*, in: *Krim J.* 1976, 98 ss., e già prima W. NAUCKE, *Über die juristische Relevanz*, cit. n. 25, soprattutto 20 ss. A questa scelta metodologica di fondo è anche riconducibile il confronto tra giuristi e criminologi avviato da K. LÜBERSSEN e F. SACK su una nutrita serie di problemi interpretativi ed applicativi del diritto penale positivo: *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, Bd. 1-2, 1980. A taluni contributi si farà riferimento nel corso di questa ricerca.

grossi rischi, distinti per natura, simili per la gravità delle rispettive conseguenze.

Produzione ed applicazione delle leggi penali sono due mondi per molti versi simili ⁽³⁵⁾, per altri invece completamente

(35) Quanto alla somiglianza: *attività di produzione ed attività di applicazione del diritto* hanno molti più aspetti in comune di quanto si è pur a lungo creduto. L'immagine del giudice che sta « tutto dietro la legge, e fa parlare solo ad essa, senza aggiungerle alcunché o cambiarla in una qualsiasi direzione » è crollata da un pezzo, come ribadisce anche da ultimo ARTH. KAUFMANN (*Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik*, in: *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, Festsch. für H. Coing*, 1982, (537 ss.) 537). Con essa è crollato anche « il dogma del genuino positivismo giuridico circa l'assenza di lacune nell'ordinamento giuridico » ed è divenuto assai più problematico « il connesso divieto per il giudice di creare diritto » (538). Le cose sono in realtà parecchio più complicate. È ormai abbastanza acquisito, da una parte, che sempre, anche nei casi di c.d. normale amministrazione, il ruolo del giudice non è mai solo « riproduttivo », bensì anche « creativo »: la premessa indispensabile del sillogismo giudiziale è infatti che « la legge sia stata resa, attraverso l'interpretazione, suscettibile di essere applicata e che il fatto materiale sia stato reso, attraverso la costruzione, suscettibile di essere sussunto » (538). Per tutto ciò non serve dunque un giudice che — secondo la felice espressione di ENCISCH — « spenga il suo Io » dietro la legge (*Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, 1963, 22), bensì invece un giudice cosciente della qualità del suo ruolo, e disposto perciò ad « impegnare » sé stesso e la sua personalità (ENCISCH, op. loc. cit.) nel lavoro di applicazione/creazione del diritto. E tanto meglio potrà riuscirci quanto più sia consapevole dell'insopprimibilità del suo contributo « personale » alla decisione (contributo talvolta addirittura « decisivo »; G. HASSOLD, *Strukturen der Auslegung*, in: *Festsch. für K. Larenz*, 1983, (211 ss.) 216) e quindi tanto più disposto a rimettere continuamente in discussione i pre-giudizi ed i pre-concetti che tale contributo inevitabilmente accompagnano (ARTH KAUFMANN, *Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit*, in: *Festsch. für K. Peters*, 1974, (295 ss.) 303). Naturalmente, il lavoro di applicazione della legge presuppone appunto che questa ci sia, e non è certo il giudice colui che l'ha prodotta: la legge — e quindi le parole che la compongono — costituisce dunque un confine che è vietato al giudice oltrepassare. Anche a prescindere dal fatto che questo confine è talvolta così esteso che è pressoché impossibile uscirne (per tutti, W. NAUCKE, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1973, passim e cfr. da ultimo *Jakobs, Strafrecht, A. T.*, 1983, 60 ss.) è vero in ogni caso che « i limiti del senso letterale possibile sono anche i limiti dell'interpretazione possibile », e che dunque deve necessariamente operarsi una « scelta di significato » (R. ZIPPELIUS, *Auslegung als Legitimationsproblem*, in: *Festsch. K. Larenz*, cit., (739 ss.) 743 e 744-5). Il che richiede ancora una volta una metodologia ed una teoria dell'interpretazione (cfr. ZIPPELIUS, op. cit., 746 ss.): le quali saranno prescelte ed applicate dal giudice, che inevitabilmente finisce per essere 'almeno un po'' legislatore.

diversi ⁽³⁶⁾. Diversi, ovviamente, quanto ai soggetti che in essi vivono e agiscono: ed innanzitutto quanto alle modalità di selezione degli stessi. Produzione ed applicazione del diritto impongono regole e metodologie di lavoro diverse, per taluni aspetti antitetiche; la qualità e il contenuto dei problemi con cui ciascuna di queste attività viene inevitabilmente a confronto hanno spesso ben poco in comune ⁽³⁷⁾. Produttori ed operatori del diritto hanno perciò certo una mentalità per tanti versi diversa, ma, ciò che più conta, hanno un rapporto strutturalmente diverso con il comune oggetto del rispettivo lavoro, cioè appunto col diritto ⁽³⁸⁾.

(36) Particolarmente chiara la differenza tra giurisprudenza e legislazione con riferimento alla *struttura* del rispettivo lavoro: la giurisprudenza infatti: a) tratta sempre e solo « casi specifici », b) sul presupposto dell'esistenza di una norma, c) in base alla quale si soluziona un « conflitto » (così, con grande chiarezza, P. NOLL, *Von der Rechtsprechungswissenschaft zur Gesetzgebungswissenschaft*, in: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. II, 1972, (524 ss.) 524). La giurisprudenza, perciò, « decide sempre o su cose già in precedenza decise o su cose non già decise, ma allora solo in singoli casi » (NOLL, op. loc. ult. cit.): per questo lavoro essa non può fare assolutamente a meno di una *dommatica*, *dommatica* che è invece « impensabile » per il lavoro legislativo (NOLL, op. ult. cit., 525). Di P. NOLL vedi anche *Zusammenhänge zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung in allgemeiner Sicht*, in: *Zeitschrift für schweizerisches Recht* 1974, II, 249 ss. Cfr. infine W. NAUCKE, *Strafrecht, Eine Einführung IV Auflage*, 1982, 17-19.

(37) V. soprattutto P. NOLL, op. cit. n. 36.

(38) In un sistema giuridico ancorato al principio della divisione dei poteri, soltanto per il legislatore la legge è — almeno tendenzialmente — *disponibile*, con tutti i vantaggi e gli svantaggi che ciò comporta. Quanto ai vantaggi: 1) nella società del nostro tempo, « la cui complessità è in continuo, rapido aumento », la possibilità — teoricamente illimitata — di « cambiare » il diritto positivo è la miglior garanzia — se di garanzia si può parlare — di soluzioni giuridiche costantemente aggiornate alla realtà dei problemi cui esse sono legate (N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, Bd. I, 1972, 190); 2) l'attribuzione al legislatore di una competenza esclusiva al cambiamento della legge, ed il connesso principio del vincolo del giudice alla legge — per lui questa è appunto un « dato » — sono premesse indispensabili nella prospettiva della « certezza » del diritto: in particolare, per la prevedibilità delle singole decisioni e per la controllabilità delle stesse (W. HASSEMER, *Rechtssystem und Kodifikation, Die Bindung des Richters an das Gesetz*, in: KAUFMANN-HASSEMER, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 1977, (72 ss.) 80). Quanto agli svantaggi: 1) per colui che applica la legge:

Il problema del rapporto tra diritto penale e criminologia non può essere posto in modo unitario per la legislazione e per l'applicazione delle leggi penali: devono invece differenziarsi metodologie ed obiettivi di ricerca. Il primo rischio di un'indagine che voglia abbracciare un campo di investigazione così ampio è dunque chiaro: frammentarsi in troppe direzioni, settorializzandosi — forse — fino a smarrire l'unitarietà dell'analisi e dell'interesse conoscitivo che la stimola. Il secondo rischio è quello esattamente uguale e contrario: inquadrare attraverso lenti simili oggetti di ricerca strutturalmente diseguali, minimizzandone o talvolta ignorandone la specificità dei problemi e delle tecniche più idonee ad affrontarli. Rischi del genere possono essere evitati, o almeno contenuti, soltanto centrando l'indagine su un campo di ricerca più ristretto, e soprattutto omogeneo.

3. La criminologia quale « guida e consigliera » della legislazione penale: teoria e metodologia della politica criminale nelle riforme penali del nostro secolo.

Principalmente — ma non solo — la lunga, tradizionale frequentazione dei problemi connessi all'applicazione delle leggi ha condotto la scienza del diritto prima a trascurare, poi quasi

« *summum jus summa iniuria* » è un rischio antico, cui tuttavia non si potrà non essere esposti ogni qualvolta le particolarità del caso concreto lascino apparire appunto « ingiusta » la soluzione dettata in via « generale ed astratta » (almeno per il diritto penale, il fatto di « sapere dietro di sé il possibile correttivo per via legislativa » non è per nulla garanzia, come ritiene invece LUHMANN — *Rechtssoziologie*, cit. *Bd.* 1, 203 — di « sviluppi giuridici più audaci », bensì forse il contrario); 2) per la scienza del diritto: la necessità di lavorare su un oggetto in continuo cambiamento, con tutti i non pochi problemi che ciò comporta per la sistematicità e la coerenza complessiva dei suoi risultati (con le parole di v. KIRCHMANN: « il sole, la luna e le stelle brillano oggi come centinaia di anni fa » (14) e le leggi giuridiche invece cambiano incessantemente: « in tutta la sua determinatezza, la legge positiva resta puro arbitrio » (22); « *drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zur Makulatur* » (25): *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (1848) rist. 1956).

a dimenticarsi dei tanti ' guai ' del processo di produzione delle medesime: l'eredità di *Filangieri* è pienamente viva e stimolante per tutto il secolo scorso, il 'dopo' non è davvero prodigo di contributi di altissimo livello ⁽³⁹⁾. Pressocché sola eccezione la dottrina elvetica, che con invidiabile continuità non ha mai lesinato tempo ed energie allo studio della *Gesetzgebungstheorie* ⁽⁴⁰⁾.

Almeno dall'ultimo dopoguerra in poi, la necessità di un fattivo rapporto di collaborazione tra criminologia e prassi della legislazione penale è assolutamente indiscussa: e sarebbe stato ben strano ove così non fosse stato.

« L'esatta, giusta regolamentazione può solo essere trovata quando la situazione da disciplinare è appunto conosciuta con esattezza », sottolineava *Hans Schultz* a questo riguardo già parecchi anni orsono ⁽⁴¹⁾: per il legislatore — ma lo stesso vale per il giudice — il pericolo maggiore è quello di lasciarsi guidare da punti di vista fondati su esperienze frammentarie, e dunque sostanzialmente « casuali » ⁽⁴²⁾. Ma c'è di più. Oggi come non mai l'esatta conoscenza dell'*Ist-Zustand* — secondo la terminologia di recente riproposta da *Amelung* — è indispensabile

⁽³⁹⁾ V. da ultimi P. NOLL, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, in *ZStW* 92 (1980), (73 s.) 74-5 e J. DRIENL, *Zur Notwendigkeit und Möglichkeit einer Strafgesetzgebungswissenschaft in der Gegenwart*, 1983, 5-7; cfr. O. WEINBERGER, *Zur Theorie der Gesetzgebung*, in: MOKRE-WEINBERGER (Hrsg.), *Rechtsphilosophie und Gesetzgebung*, 1976, (172 ss.) 175. Ai lavori di JÜRGEN RÖDIG si farà cenno in seguito.

⁽⁴⁰⁾ Per i riferimenti bibliografici meno recenti, v. J. DRIENL, *Zur Notwendigkeit*, cit. n. 39, 5-6, n. 3 e 4. Quanto alla dottrina moderna, il nome di PETER NOLL è più che sufficiente a testimoniare la qualità della produzione e dell'impegno di ricerca su questo poco esplorato terreno. A taluni dei lavori di PETER NOLL si è già fatto riferimento, ad altri ancora si accennerà nel corso delle pagine seguenti.

⁽⁴¹⁾ *Die Bedeutung der Kriminologie für die Rechtsfindung im Strafrecht*, in: *Rechtsfindung. Beiträge zur juristischen Methodenlehre. Festsch. für O. A. Germann*, 1969, (223 ss.) 225. In precedenza, assai similmente, W. SAUER, *Über den Einfluss der Kriminologie auf die Strafrechtsreform*, in: *MschKrim.* 1957, (105 ss.) 110 s.

⁽⁴²⁾ H. SCHULTZ, op. ult. cit., 226.

per un legislatore che non voglia correre il rischio di lavorare su 'falsi-problemi' ⁽⁴³⁾. Un rischio, dovrebbe ben saperlo un legislatore accorto, particolarmente temibile proprio nell'area della legislazione penale, dove con inquietante frequenza l'allarme sociale, la paura, insieme ad altre spinte emozionali suscitate e talvolta (non sempre inconsapevolmente) alimentate dai mass-media soprattutto in relazione a determinate fenomenologie criminali, riescono troppo spesso non solo a trovare udienza — com'è necessario che sia, se con ciò si intende che esse vengano « strategicamente » elaborate e canalizzate nei programmi della politica criminale ⁽⁴⁴⁾ — ma anche a determinare la qualità e l'entità della risposta penale in misura spesso proporzionale all'irrazionalità delle risposte stesse ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴³⁾ K. AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, in: *ZStW* 92 (1980), (19 ss.) 25

⁽⁴⁴⁾ Così giustamente, da ultimo K. L. KUNZ, *Die Verbrechensfurcht als Gegenstand der Kriminologie und als Faktor der Kriminalpolitik* in: *MschKrim.* 1983, (162 ss.) 164 s.; cfr. anche K. AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft*, cit., n. 43, 47 ss.

⁽⁴⁵⁾ Analizzando in base ai risultati di una serie di indagini empiriche le possibilità di controllare gli effetti dell'allarme sociale sulla politica criminale, sottolinea Kunz come la risposta penale è di regola il mezzo meno adeguato a combattere la « paura del crimine » socialmente diffusa (op. cit. n. 44, 170 ss.); sul tema v. anche KERNER, *Kriminalitätseinschätzungen und innere Sicherheit* 1980, soprattutto 90 s., dove si analizza il divario tra opinione comune circa l'aumento della criminalità e valutazioni statistico-criminologiche dell'entità dell'incremento stesso. Sul tema: mass-media e criminalità, con particolare riguardo al problema delle potenzialità sia preventive che criminogene degli strumenti di comunicazione sociale, v. H. ZIPP, *Kriminalpolitik*, cit. n. 11, 181 ss. Per una decisa e circostanziata denuncia della « sensibilità » dimostrata negli ultimi 10 anni dal legislatore italiano verso il c.d. « *Ruf nach Recht und Ordnung* » fomentato dai ricorrenti gravi episodi di criminalità comune e politica, v. soprattutto G. MARINUCCI, *Probleme der Reform des Strafrechts in Italien*, in: *ZStW* 94 (1982), (349 ss.) 351-2-3; cfr. altresì P. NOVOLONE, *La parte generale del Codice Rocco dopo cinquant'anni*, in: *Questione criminale* 1981, fasc. 1: *Il Codice Rocco cinquant'anni dopo*, (39 ss.) il quale di recente ribadisce che, dopo anni di parziali riforme, il risultato è « una miscela di indulgenze indiscriminate e immotivate e di rinnovate durezza che hanno la loro origine in reazioni emotive » (46). Per una dettagliata analisi critica degli svolgimenti

La criminologia è in grado di offrire al diritto penale la consulenza di cui questo ha bisogno: in quanto *scienza* empirica, ciò che essa offre sono infatti esperienze « sistematizzate » (⁴⁶). Se è vero che tra le « costanti » dell'odierna teoria della politica criminale è il suo orientamento all'*output* del sistema (⁴⁷), e dunque la necessità di legittimarsi in relazione alle conseguenze — desiderate e non — che questa è in grado di produrre, non può esserci alcun dubbio che la 'merce' offerta dalla criminologia deve essere presa seriamente in considerazione (⁴⁸): il che non significa affatto, ovviamente, che debba essere puramente e semplicemente 'comprata'.

Per una disciplina che da sempre concepisce sé stessa quale scienza *applicata* (⁴⁹), selezionare materiale empirico ed elaborarlo nella prospettiva di una sua corretta utilizzazione corrisponde del resto — in primo luogo nei confronti della politica criminale — ad un'antica, consolidata 'vocazione': una vocazione che solo negli ultimi tempi ha lasciato emergere i segni di un vistoso

della legislazione penale dell'emergenza in Italia, v. F. C. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, II Ed., 1982, passim e soprattutto 87 ss.; circa i problemi di costituzionalità che tale legislazione spesso solleva, v. ancora PALAZZO, op. cit., 170 ss., con ulteriori indicazioni bibliografiche.

(⁴⁶) Così H. SCHULTZ, *Die Bedeutung der Kriminologie*, cit. n. 41, 226; per una più dettagliata analisi v. H. Göppinger, *Kriminologie*, cit. n. 17, 97 ss.

(⁴⁷) Sul concetto di *output*, v. soprattutto N. LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, 25 ss.

(⁴⁸) W. HASSEMER, *Konstanten kriminalpolitischer Theorie*, in: *Festsch. für R. Lange*, 1976, (501 ss.) 510: tra le « costanti » della teoria della politica criminale, qualunque essa sia, è che questa può solo « legittimarsi in base alle sue conseguenze », il che significa: deve prendere atto ed elaborare « le acquisizioni criminologiche circa la genesi e lo sviluppo del crimine e circa le conseguenze fattuali delle scelte di politica della criminalità ».

(⁴⁹) Per tutti, G. KAISER, *Kriminologie*, cit. N. 9, 243 ss. e soprattutto, dello stesso KAISER, *Kriminologie als angewandte Wissenschaft*, in: *Lebendiges Strafrecht, Festgabe für H. Schultz*, 1977, 514 ss., ed in particolar modo 522 ss., dove si analizzano criticamente i settori di ricerca della criminologia applicata e le attuali (poche) possibilità di concreta utilizzazione.

ripensamento ⁽⁵⁰⁾. Che la criminologia rivendicasse il ruolo di « guida e consigliera » della riforma penale, riposava dunque su un fondamento teorico di sicura consistenza: né risulta, per la verità, che qualcuno abbia mai seriamente contestato la legittimità di tale sua aspirazione ⁽⁵¹⁾. Come spesso accade, ciò non implica però in alcun modo che questa abbia potuto effettivamente realizzarsi.

Sotto la spinta della scuola sociologica di v. Liszt nell'area di lingua tedesca e della scuola positiva in Italia — spinta coordinata a livello internazionale soprattutto attraverso l'intensa attività di dibattito e ricerca promossa dalla IKV ⁽⁵²⁾ — il movimento di riforma penale in Europa si trova presto a disporre di un ampio ventaglio di risultati e proposte maturate soprattutto sul terreno della criminologia empirica applicata al

(50) Il riferimento è, ovviamente, alla « nuova » criminologia, che non soltanto respinge in blocco taluni specifici settori di ricerca — come quello prognostico o quello applicato alle sanzioni — ma pone radicalmente in discussione il principio stesso della collaborazione tra diritto penale e criminologia: a quest'ultima, naturalmente quella « tradizionale », viene rimproverato di adempiere una funzione di mera legittimazione del diritto vigente e di piegarsi pertanto — poco onorevolmente — alle necessità « scientifiche » dello stesso. Su queste posizioni della « nuova » criminologia si dovrà tornare un po' più diffusamente nel prosieguo di questo lavoro. Per ora v. soltanto D. PETERS-K. PETERS, *Theorielosigkeit und politische Botmässigkeit. Destruktives und Konstruktives zur deutschen Kriminologie*, in: *Krim J.* 1972, 241 ss.

(51) Così in particolare modo E. R. FREY, *Die Rolle der Kriminologie als « Führerin und Ratgeberin » der Strafrechtsreform* (1957), ora in: *Kriminalpolitik, Ausgewählte Vorträge und Aufsätze 1939-1962*, 1975, 170 ss.; dello stesso FREY v. già: *Kriminologie, Programm und Wirklichkeit*, in: *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 66 (1951), (49 ss.): « La criminologia costituisce la base empirico-scientifica del moderno diritto penale » (69), « criminologia e diritto penale sono oggi inscindibilmente collegate » (70). Al citato lavoro di FREY, *Die Rolle der Kriminologie*, si rinvia per una dettagliata rassegna dei postulati della criminologia di fine anni '50 nella prospettiva della riforma penale (174 ss.).

(52) Una precisa analisi del lavoro svolto dalla *Internationale Kriminalistische Vereinigung* (IKV) dal 1889, anno di fondazione in poi è stata condotta di recente da H. H. JESCHECK, *Der Einfluss der IKV und der AIDP auf die internationale Entwicklung der modernen Kriminalpolitik*, in: *ZStW* 92 (1980), 997 ss.

diritto delle sanzioni ⁽⁵³⁾. I numerosi progetti presentati in Germania nei primi decenni del secolo, progetti che recano chiara l'impronta di v. Liszt e dei suoi allievi R. v. Hippel e G. Radbruch, il progetto Ferri in Italia — per fare solo gli esempi più noti — sono appunto il frutto per tanti aspetti acerbo nei contenuti, ma per tanti altri tuttora attuale e stimolante di una metodologia di lavoro rigorosamente orientata alla 'scientificizzazione' dell'ormai traballante politica criminale di *fin de siècle* ⁽⁵⁴⁾.

Riforme, come si sa, vennero attuate prevalentemente all'insegna della prudenza, talvolta del compromesso ⁽⁵⁵⁾. Non poche delle richieste e delle proposte per cui si erano tenacemente battuti i nuovi 'sociologi' della criminalità trovarono eco nei lavori di riforma, seppur in tempi e misure diverse nei differenti paesi europei: l'introduzione della condanna condizionale o il

⁽⁵³⁾ V. ad esempio v. LISZT, *Kriminalpolitische Aufgaben*, in: *ZStW* 9 (1889), (452 ss.) 458 ss. Una acuta ricostruzione critica degli svolgimenti e delle proposte operative maturate all'interno dell'intenso dibattito politico-criminale che con particolare intensità animò gli anni a cavallo tra '800 e '900 è stata recentemente fornita da T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, 1981, soprattutto 41 ss. e 79 ss. (« Il quadro delle alternative nel dibattito dottrinale »). V. altresì E. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, III Auflage 1965, 307 ss.

⁽⁵⁴⁾ V. H. RÜPING, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, 1981, 88 ss. ed E. SCHMIDT, *Einführung*, cit. n. 53, 327 ss. Sui caratteri essenziali del Progetto Ferri v. F. GRISPICINI, *Diritto penale italiano*, v. I, 1952, 79 e F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 1979, 499 ss. In particolare, per quanto riguarda la politica criminale del Programma di Marburgo, è merito di W. NAUCKE aver richiamato l'attenzione del penalista e dello storico sulla necessità di una rilettura un po' più spregiudicata dell'opera del Maestro, una rilettura cioè dichiaratamente finalizzata alla riproblematizzazione del rapporto: garanzia individuale — difesa sociale (e dunque: diritto penale — politica criminale) nella formulazione che Egli vi imprime nell'opera al riguardo più significativa: *Die Kriminalpolitik des Marburgers Programms* 1882, in: *ZStW* 94 (1982), (525 ss.) soprattutto 533 ss. Infine, quanto alla persistente fruttuosità della discussione politico-criminale di quel tempo anche nella prospettiva dell'odierna riforma penale, insuperata resta l'analisi svolta da C. ROXIN: *Franz v. Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs*, ora in: *Strafrechtliche Grundlagentheorie*, 1973, 32 ss.

⁽⁵⁵⁾ v. LISZT, del resto, aveva ammonito da tempo che cambiamenti non sarebbero stati possibili « senza compromessi »: *Die deterministische Gegner der Zweckstrafe*, in: *ZStW* 13 (1893), (325 ss.) 368.

massiccio assestamento della pericolosità criminale nel sistema delle sanzioni, rappresentano senza alcun dubbio un momento di svolta decisivo nella politica e nella legislazione penale del nostro tempo ⁽⁵⁶⁾. Vero questo, va subito aggiunto che sarebbe tuttavia estremamente azzardato — e gioverebbe del resto ben poco — coltivare l'illusione che l'apporto della criminologia alle riforme penali ante-guerra sia stato nel complesso di effettivo rilievo.

Schöch ha di recente ricordato — non senza amarezza — che in realtà così non è stato, almeno non nell'area giuridica di lingua tedesca: altre ragioni, prevalentemente orientate a scelte normative di politica del diritto e piuttosto poco o soltanto episodicamente connesse ai risultati delle ricerche empirico-criminologiche, furono in verità determinanti per la gran parte degli sviluppi della legislazione penale di quegli anni ⁽⁵⁷⁾. « Di una politica criminale su base scientifico-criminologica non si può davvero parlare » ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁶⁾ Come ricorda H. H. JESCHECK, *Der Einfluss der IKV*, cit. n. 52, 1000-1, la condanna condizionale viene « raccomandata » già nel 1° congresso della IKV, svoltosi a Bruxelles nel 1889, e negli anni successivi introdotta in numerose legislazioni penali europee. Su questi sviluppi, e sul dibattito relativo alle misure sospensive in genere, v. soprattutto T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit. n. 53, 167 ss. Quanto invece alla pericolosità sociale ed alle « misure » intese a fronteggiarla, v. il preciso quadro storico di recente tracciato da E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva, Profili storici e costituzionali*, 1978, soprattutto 16 ss., cui si rinvia anche per una lucida impostazione della problematica attuale del sistema del « doppio binario »: 165 ss., soprattutto 226 ss. Invece, per una recente presa di posizione sostanzialmente favorevole al sistema binario, v. W. FRISCH, *Das Marburger Programm und die Massregeln der Besserung und Sicherung*, in: *ZStW* 94 (1982), (565 ss.) 574.

⁽⁵⁷⁾ H. SCHÖCH, *Kriminologie und Sanktionsgesetzgebung*, in: *ZStW* 92 (1980), 160. Non a caso, del resto, T. WÜRTENBERGER aveva parlato di « importanti innovazioni legislative » che, dal codice del 1871 in poi, si basavano « in parte inconsapevolmente » sui risultati e le acquisizioni della ricerca criminologica: *Entwicklung und Lage der Kriminologie in Deutschland*, in: *Juristen-Jahrbuch*, G. ERDSIECK, (Hrsg.), 5. Band, 1964-5, (147 ss.) 164.

⁽⁵⁸⁾ Così H. SCHÖCH, *Kriminologie und Sanktionsgesetzgebung*, cit. n. 57, 160. Per una valutazione parzialmente diversa, v. invece F. EXNER, *Kriminologie*, III Auflage, 1949, 281.

Uno studio specifico sull'influenza delle scienze criminali sulla legislazione penale italiana a cavallo dei codici *Zanardelli* e *Rocco* non risulta — almeno a chi scrive — sia stato mai realizzato. È comunque scontato che un influsso — particolarmente evidente nella tipologia legislativa dei delinquenti e nel sistema delle sanzioni — ci fu, e fors'anche più intenso di quanto altrove non sia stato: la *Scuola Positiva* ne fu il filtro e l'instancabile forza propulsrice. Certo, sarebbe ingenuo prendere interamente per buone le valutazioni anche un po' trionfalistiche con cui prestigiosi esponenti di quella Scuola, pur riconoscendo nel codice del '30 i caratteri di un « compromesso », non esitarono tuttavia ad affermare che « in genere tutte le proposte di riforma sostenute dalla scuola positiva hanno ricevuto nel nuovo codice un riconoscimento che va al di là di ogni previsione » (⁵⁹). Ma non è questo che interessa qui sottolineare: ciò che ora importa sono invece due brevi considerazioni.

La prima concerne le istanze di *metodologia* della politica criminale di cui la Scuola Positiva si fa autorevolmente assertrice. La rivolta contro l'impostazione « metafisica » della tradizione classica (⁶⁰) e l'apertura allo studio scientifico del delinquente e della fenomenologia criminale sono temi troppi ampi, e troppo noti, perché possa farsi in questa sede poco più che un accenno: « In realtà, la dogmatica non è che un metodo di esporre con garbo e sistematicamente il diritto vigente », essa può forse

(⁵⁹) Così, per esempio, F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, v. I, 1952, 80 ed 81. Dall'altra parte, però, G. BETTIOL afferma che « la nuova legislazione accetta solo formalmente alcuni postulati della scuola positiva, mentre nella sostanza dà loro un significato diverso »: *Diritto penale*, 1982, 45. Per una « disinteressata » valutazione al riguardo, v. invece F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 507 ss.

(⁶⁰) L'espressione è di F. GRISPIGNI, *Diritto penale*, cit. n. 59, 69. Allo stesso modo, molti anni prima E. FERRI aveva descritto il progressivo affermarsi delle « dottrine positiviste » in tutti i « campi dello scibile umano » quale reazione agli « eccessi del pensiero metafisico »: *Scuola criminale positiva e filosofia idealista*, in: *Scuola positiva* 1925, I, (1 ss.) 3.

« perfezionarlo » in vista della « *elegantia juris* », ma « non gli fa fare un passo in quanto al contenuto. Il progresso si compie (...) mercé le idee, gli orientamenti che sorgono dall'osservazione e dall'esperienza dei fatti, che per così dire si esprimano dalle ricerche e dai dati delle scienze, che studiano la criminalità come fatto individuale (...) e sociale »⁽⁶¹⁾. Un ponte tra criminologia e diritto penale è gettato: certamente entro i limiti e con i compromessi imposti dai delicati equilibri della politica penale⁽⁶²⁾, tale ponte viene comunque percorso, nel bene e nel male. È questa la struttura che consente un intenso scambio di informazioni e di idee tra scienze criminali e prassi della legislazione penale⁽⁶³⁾.

La seconda considerazione si articola su due diversi punti di vista. Uno di essi concerne la stabilità di questo ponte: in concreto, la sua capacità di sopravvivere al progressivo declino dell'indirizzo penalistico che in tutta l'area giuridica europea ne aveva fomentato l'attuazione, la sua idoneità a tenere aperta la via di un rapporto fin troppo giovane per poter proseguire con sicurezza da solo. L'altro punto di vista riguarda invece la quantità di 'materiale' che effettivamente attraverso questo varco riesce a percorrere tutto il lungo cammino fino all'altra sponda.

(61) Così, con estrema chiarezza, E. FLORIAN, *Dogmatica penale e scuola criminale positiva*, in: *Scuola positiva* 1932, (433 ss.) 455. Similmente, E. FERRI, *Scuola criminale positiva*, cit. n. 60, 6-7.

(62) Da ultimo, ricorda P. NUVOLONE come soprattutto sul terreno della responsabilità penale e delle sanzioni la pur ormai « stanca onda » del dibattito tra scuola classica e scuola positiva impose un pesante compromesso « ideale », da cui scaturirono poi i fin troppo noti effetti: *La parte generale del Codice Rocco*, cit. n. 45, 39-40.

(63) V. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 497 ss. Una approfondita analisi delle ragioni di incontro e di scontro fra le due scuole penalistiche, con riferimento ai relativi riflessi sulla legislazione, in R. DELL'ANDRO, *Il dibattito delle scuole penalistiche*, in: *Conferenze, Primo corso di perfezionamento per uditori giudiziari*, 1958, Tomo I, 567 ss.

Dal dopo-guerra in poi, la via del dialogo è rimasta certamente aperta: l'impressionante sviluppo della criminologia soprattutto negli ultimi 20 anni — uno sviluppo di cui la sua attuale dimensione accademica, in Italia assai meno che altrove, è eclatante espressione ⁽⁶⁴⁾ — ha certo contribuito non poco ad ampliarne la prospettiva e i contenuti ⁽⁶⁵⁾. Dall'altra parte, però, ancora una volta quanto ai risultati concreti di questo rapporto è necessario fare tutt'altro discorso.

« In nessuna epoca della legislazione penale l'influenza della *gesamten Strafrechtswissenschaft*, ivi inclusa la criminologia, è stato tanto marcata come per le due leggi di riforma » del codice penale tedesco ⁽⁶⁶⁾: un risultato di tutto rispetto, sembrerebbe, nella prospettiva della 'cooperazione'. Le speranze che una simile diagnosi è certamente in grado di accendere vengono prontamente ridimensionate, purtroppo, dalla stessa fonte che le aveva alimentate. L'influenza c'è stata, ed è facile documentarla: nei 20 anni di lavoro delle commissioni di riforma fu costante-

⁽⁶⁴⁾ G. KAISER, che nel 1967 doveva ancora lamentare la « *Randsituation* » della criminologia — quale emergeva nel numero delle cattedre universitarie disponibili e nell'entità dell'offerta didattica complessiva, ma anche nella sua infima partecipazione al lavoro di consulenza e sostegno della legislazione penale (*Die Beziehungen zwischen Kriminologie*, cit. n. 9, 307-8) — può oggi non solo constatare con soddisfazione l'enorme « balzo » che essa ha spiccato quanto alla qualità ed alle dimensioni della ricerca scientifica (*Kriminologie als angewandte Wissenschaft*, cit. n. 49, 514-5) bensì finanche ironizzare sottilmente sulla sua « canonizzazione » quale disciplina di studio universitario (*Kriminalpolitik ohne kriminologische Grundlage?*, cit. n. 10, 484). La situazione in Italia, non florida ma non disperata, è puntualmente delineata nei contributi di G. CANEPA, G. PONTI, P. PARADISO, G. NIVOLI-M. NOEMI SANNA ed U. FORNARI apparsi in: *La criminologia italiana, insegnamento e ricerca*, cit. n. 13, 11-184.

⁽⁶⁵⁾ Con grande lucidità, già 25 anni orsono W. SAUER vedeva soltanto nella progressiva apertura della legislazione penale ai risultati della ricerca criminologica la possibilità di mettere d'accordo esigenze della prassi del diritto penale ed aspirazione di giustizia: *Der Einfluss der Kriminologie auf die Strafrechtsreform* in: *MschKrim.* 1957, (105 ss.) 110.

⁽⁶⁶⁾ Così H. SCHÖCH, *Kriminologie und Sanktionsgesetzgebung*, cit. n. 57 162 V. però anche G. KAISER, *Kriminologie*, cit. n. 9, 316 ss.

mente analizzata e valutata, sia attraverso la partecipazione di studiosi particolarmente qualificati sia attraverso l'acquisizione di specifiche ricerche criminologiche, una massa rilevante di dati ed informazioni empiriche di volta in volta pertinenti ⁽⁶⁷⁾. Di qui a concludere per l'effettività del rapporto tra criminologia e legislazione penale nella riforma tedesca il passo è forse breve: eppure, non sarebbe corretto tirare una conclusione del genere. Molte e soprattutto altre ragioni di politica criminale furono in realtà decisive per le scelte compiute dal riformatore tedesco: punti di vista ed acquisizioni della criminologia alla resa dei conti non ebbero — tranne scarse eccezioni — che un ruolo di secondaria importanza, di conferma o supporto a scelte comunque altrimenti fondate ⁽⁶⁸⁾. I successivi lavori di riforma della legge penitenziaria hanno riproposto ed accentuato questa tendenza al ribasso ⁽⁶⁹⁾: in Germania, la legislazione penale sembra avere al momento 'fornitori' più affidabili, e consiglieri più ascoltati, di quelli che la criminologia è in grado di offrire.

⁽⁶⁷⁾ V. ancora H. SCHÖCH, op. ult. cit., 163 ed ivi i riferimenti essenziali alle sedute del *Sonderausschuss* per la riforma penale.

⁽⁶⁸⁾ V. G. KAISER, *Kriminologie*, cit. n. 9, 317 ss.; H. SCHÖCH, *Kriminologie und Sanktionsgesetzgebung*, cit. n. 57, 163. Del resto già nel 1961 v. WEBER, aveva chiaramente denunciato che «soltanto a spezzoni e con grosse lacune vengono integrati nella riforma penale i risultati delle ricerche criminologiche»: *Die Bedeutung der Kriminologie für die Strafrechtspflege*, cit. n. 2, 17-18-19, e pochi anni prima W. SAUER aveva ribadito come troppe discussioni, ed innanzitutto quella concernente gli scopi della pena, si svolgevano pressoché esclusivamente sul piano teorico, trascurando i molteplici apporti che la criminologia era già senz'altro in grado di offrire: *Über den Einfluss der Kriminologie auf die Strafrechtsreform*, cit. n. 65, 110.

⁽⁶⁹⁾ Così SCHÖCH, op. ult. cit., 162; H. SCHÜLER-SPRINGORUM, *Strafvollzug und Strafvollzugsgesetz*, in: *Festsch. für P. Bockelmann*, 1979, (869 ss.) 870-1; dello stesso v. anche *Der Kommissionsentwurf eines Strafvollzugsgesetzes - Wandlungen und Alternativen*, in: EHRHARDT-GÖPPINGER (Hrsg), *Straf- und Massregelvollzug*, 1974, 11 ss.; v. infine G. KAISER, *Begriff, Ortsbestimmung, Entwicklung und System des Strafvollzugs*, II Auflage, 1977, 45.

La situazione italiana non presenta davvero elementi suscettibili di ribaltare la sostanza di questo giudizio: al contrario, l'andamento novellistico della riforma, la mancanza di una coerente visione di politica criminale, il continuo oscillare tra repressione ed indulgenza sono altrettanti fattori — insieme agli altri — assolutamente incompatibili con una corretta ed efficace 'politica del dialogo' con le scienze criminali ⁽⁷⁰⁾. In casa nostra, la via da percorrere è ben più lunga e più irta di ostacoli di quanto altrove non sia. Un bilancio, per quanto parziale possa pur essere, non è davvero esaltante. Certo, sarebbe quanto meno disfattista affermare che l'ormai annoso obiettivo di una « politica criminale sulla base delle scienze criminali » ⁽⁷¹⁾ si è rivelato del tutto impraticabile, ma non c'è alcun dubbio che esso rimane una meta tutt'altro che prossima ⁽⁷²⁾.

(70) Soprattutto G. MARINUCCI aveva denunciato con estrema chiarezza che in assenza di una coerente linea di politica criminale orientata anche alle acquisizioni ormai consolidate delle scienze criminologiche, l'attività legislativa poteva essere guidata solo « da istanze momentanee, irrazionali, e di segno antitetico », in breve: una legislazione espressivamente definita di tipo « schizofrenico » (*Politica criminale e riforma del diritto penale*, in: *JUS* 1974, (463 ss.) 464, cui si rinvia per una lucida impostazione del problema di una riforma penale rispettosa dei valori fondamentali garantiti dalla costituzione ed altresì in linea con le più moderne tendenze, a livello internazionale, della politica criminale e della ricerca criminologica). Per una precisa messa a punto dei problemi e delle concrete possibilità della riforma penale nel nostro paese, v. di recente dello stesso G. MARINUCCI: *Probleme der Reform des Strafrechts in Italien*, in: *ZStW* 94 (1982), 349 ss. Per l'analisi del pericoloso fenomeno del « trasferimento » di competenze politico-criminali dal legislativo al giudiziario — fenomeno manifestatosi con particolare evidenza nelle « novelle » del 1974 e concretizzatosi nel massiccio, costante ampliamento della sfera di discrezionalità in sede applicativa — fondamentale rimane lo studio di A. STILE: *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in: *Studi Urbinati* 1976-7, 273 ss.

(71) Questo l'obiettivo segnato da MEZGER, come si sa, nell'ormai lontano 1934: *Kriminalpolitik auf Kriminologischer Grundlage*.

(72) V. al riguardo la lucida analisi di G. KAISER, *Kriminalpolitik ohne kriminologische Grundlage? Die Zukunft des Strafrechts und die Wandlungen kriminologischen Denkens*, in: *Gedächtnisschrift für H. Schröder*, 1978, 481 ss., soprattutto 501 ss.

4. *Il dualismo tra fatto e valutazione: un'insuperabile barriera al rapporto tra scienze criminali e prassi della legislazione penale? Sul problema della 'selettività' nel ricorso alla scienza, sui rischi e sulle possibilità del controllo.*

« Rassegnazione ed astinenza »: non può fare alcuna meraviglia che, tramontati gli anni dell'« euforia », ad uno studio sui rapporti tra diritto penale e scienze empirico-sociali venga oggi data una presentazione del genere ⁽⁷³⁾. Nonostante tutto, sarebbe però grave se da entrambe le parti si decidesse di « voltare le spalle e lasciar fare ad ognuno ciò che gli sembra più giusto » ⁽⁷⁴⁾. Per di più, sarebbe questo un *forfait* che si pagherebbe a ben caro prezzo, innanzitutto sul piano della legislazione.

La realtà del rapporto tra criminologia e legislazione penale è assai meno esaltante di quanto pur si aveva ragione di sperare. Soprattutto dove l'impegno più è stato massiccio ed assiduo, la delusione non poteva che essere grande. Bisogna dunque per prima cosa dare atto che chi a questi sviluppi aveva guardato dalla posizione dello « scettico simpatizzante », ha certamente di che compiacersi per aver saputo guardare lontano ⁽⁷⁵⁾. Ma rico-

⁽⁷³⁾ L. BÖLLINGER, *Sozialwissenschaften im Strafrecht: Resignation und Astinenz*, in: *Krim J.*, 1981, 171 ss.

⁽⁷⁴⁾ Dopo aver preso ancora una volta atto di tutta l'enorme distanza che separa penalisti e criminologi chiamati al confronto su temi specifici, è questa una delle possibili conclusioni cui accenna K. LÜDERSEN, *Kollektive Zurechnung - individualisierende Haftung. Ein « Grundwiderspruch » der modernen Kriminalpolitik?*, in: *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, K. LÜDERSEN/F. SACK (Hrsg.), Bd. II, 1980, (737 ss.) 743.

⁽⁷⁵⁾ Questa la ben nota posizione assunta soprattutto da W. NAUCKE, *Über die juristische Relevanz*, cit. n. 25, 10 ss. Al riguardo, con accenti critici, v. R. LAUTMANN, *Wie irrelevant sind die Sozialwissenschaften für die Arbeit der Juristen?* in: *Rechtstheorie* 1973, 57 ss. e H. W. SCHÜNEMANN, « Soziale Warnung » und Strafprozess, *Ein Beispiel für die Kontrolle richterlicher Tätigkeit durch Sozialwissenschaften*, in: *Deutsche Richterzeitung* 1976, 369. In particolare, sullo « scettici-

nosciuto questo — come del resto doveroso — bisogna andare avanti, per riflettere sulla lezione e far tesoro dei numerosi insegnamenti.

La scarsezza dei risultati non deve in nessun caso far rimettere in discussione il punto di partenza che è e deve rimanere saldamente acquisito: se c'è un settore delle scienze empirico-sociali dove la prassi della legislazione può attingere materiale di prima qualità, questo è senza dubbio il caso della criminologia: non per nulla un esperto della taglia di *Peter Noll* vede appunto in ciò la prova di come la specializzazione per settori di ricerca costituisca una delle vie più praticabili per instaurare un dialogo duraturo tra scienze empiriche e teoria della legislazione ⁽⁷⁶⁾. Quanto poi alla fruttuosità di questo rapporto, è ancor meno il caso di ridiscutere: l'*Alternativentwurf*, che costituisce probabilmente lo sforzo più globale e significativo di tradurre sul piano normativo punti di vista ed acquisizioni della ricerca criminologica, continua ad essere fonte inesauribile di indicazioni e proposte operative, più che mai attuali ed interessanti nella prospettiva della riforma penale ⁽⁷⁷⁾. La prassi del rapporto tra criminologia e legislazione penale farà bene a cercare altrove le ragioni del suo deficitario bilancio: e non è affatto escluso che, per questa strada, le si offra anche la *chance* di un qualche reale progresso.

smo » circa le possibilità ed i vantaggi della consulenza criminologica nei lavori di riforma penale degli ultimi anni, v. il lineare bilancio tracciato da G. KAISER, *Kriminalpolitik ohne kriminologische Grundlage?*, cit. n. 72, 481 ss. soprattutto 492 ss.

⁽⁷⁶⁾ *Gesetzgebungslehre*, 1973, 41; v. anche H. W. SCHÜNEMANN, *Sozialwissenschaften und Jurisprudenz, Eine Einführung für Praktiker*, 1976, 71 ss.

⁽⁷⁷⁾ Di recente C. ROXIN, dopo aver ricapitolato in 10 « tesi » le linee essenziali della politica criminale dell'*Alternativentwurf* ed averle accuratamente riverificate, conclude che « le esigenze centrali di politica criminale poste a base dell'AE sono, grosso modo, ancor oggi valide », ed auspica perciò che il legislatore penale tedesco voglia presto codificare quanto di esse attende tuttora di essere realizzato: *Zur Entwicklung der Kriminalpolitik seit den Alternativ-Entwürfen*, in: *Juristische Arbeitsblätter* 1980, (545 ss.) 552.

Almeno alcune delle condizioni cui questa *chance* è connessa, e la natura dei relativi problemi, possono essere agevolmente verificate — seppur a volo d'uccello e soltanto a mo' d'esempio — in relazione alla problematica posta da una delle espressioni più concrete che l'asse legislazione penale/scienze empiriche ha finora sperimentato: lo *hearing* di esperti nell'*iter* di formazione della volontà legislativa ⁽⁷⁸⁾.

« Nella politica criminale le istanze legislative sono in generale assai più recettive verso la consulenza scientifica di quanto non lo siano in altri settori della politica »; tale recettività ha però un grosso limite: è inversamente proporzionale alla *valenza ideologica* delle materie di volta in volta oggetto di disciplina ⁽⁷⁹⁾. Alla decisione — e dunque: al confronto — fondato sull'esatta conoscenza dei fatti, può talvolta sostituirsi la decisione esclusivamente orientata ai *principi*, se si preferisce ai *valori*, che con quei fatti sono o si dicono in certa relazione ⁽⁸⁰⁾. Costatazioni di questo genere fanno intravedere con sufficiente chiarezza una prima direzione in cui è necessario indirizzare gli sforzi: in particolare, lasciano emergere almeno due piani di concreto intervento.

1) Anche lì dove attinge al *reservoir* delle scienze criminologiche, o comunque manifesta una seria tendenza in tale senso — in nessuna di queste due situazioni è purtroppo classificabile

⁽⁷⁸⁾ Quanto invece alle vie « indirette », e perciò più sfuggenti, della trasposizione del pensiero scientifico nella prassi della legislazione, particolarmente acuta la descrizione fattane da P. NOLL, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, in: *ZStW* 92 (1980), (73 ss.) 75-6.

⁽⁷⁹⁾ Così P. NOLL, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, in: *ZStW* 92 (1980), (73 ss.) 77; dello stesso P. NOLL v. anche *Gesetzgebungslehre*, 1973, 26 ss.

⁽⁸⁰⁾ Limpidamente, P. NOLL, *Wert und Wirklichkeit (Zur Möglichkeit rationaler Wertentscheidung in der Gesetzgebung)*, in: *Recht und Gesellschaft*, Kaulbach-Krawietz (Hrsg.), *Festsch. für H. Schelsky*, 1978, (353 ss.) 354; K. D. ÖPP, *Soziologie im Recht*, 1973, 33 ss. e 126 ss.; R. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978, 285 ss.

l'attuale realtà di casa nostra — la legislazione penale agisce, su questo terreno, in modo estremamente *selettivo*: troppo spesso viene deciso, in una delle molteplici istanze istituzionalmente o « informalmente » preposte alla gestione dell'attività legislativa ⁽⁸¹⁾, che è preferibile escludere in tutto o in parte le scienze empiriche dal novero degli ' addetti ai lavori ': è sufficiente, per esempio, che il loro apporto sia semplicemente considerato — per così dire — « inopportuno » ⁽⁸²⁾. Una prima indicazione è dunque palese: bisogna che si cominci a pensare a meccanismi *giuridici* in grado di garantire non tanto — ovvero, pensando alla situazione italiana: non solo ⁽⁸³⁾ — una qualche stabilità del ' rifornimento scientifico ' nella produzione di leggi penali ⁽⁸⁴⁾, quanto piuttosto il controllo del rifornimento « selettivo », nel senso cioè di renderne palesi i criteri di operatività relativi almeno al come ed al quando ⁽⁸⁵⁾.

(81) Circa la natura ed il potere di quello che P. NOLL chiama « il legislatore informale », v. dello stesso: *Gesetzgebungslehre*, cit. n. 79, 44 ss.

(82) Così K. AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, cit. n. 43, 71. Una documentata denuncia della tendenza legislativa ad argomentare in termini « politici » trascurando più o meno totalmente le indicazioni dei « tecnici », in W. NAUCKE, *Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung*, 1975, 11 ss.

(83) V. Per tutti PECORARO-ALBANI, il quale giustamente esige che il legislatore italiano restituisca alla scienza del diritto penale il ruolo che insostituibilmente le spetta nel quadro di un lavoro di riforma interessato ad avvalersi di un serio retroterra conoscitivo: *I docenti di diritto penale e la riforma del libro I del codice penale: alcuni rilievi in tema di lesività del reato, di pena carceraria e di misure di sicurezza*, in: *Giust. pen.* 1975, II, (1 ss. e 65 ss.) 2 ss.

(84) Così da ultimo K. AMELUNG, op. ult. cit., 71; nello stesso senso già P. NOLL, *Gesetzgebungslehre*, cit., 54 ss. e 90 ss. che pensa ad un vero e proprio « *Gesetzgebungsverfahren* ». A ciò non osta in nessun modo, ovviamente, il fatto che le scienze empirico-sociali abbiano attualmente non molto da offrire in vasti settori dell'attività legislativa penale di « parte speciale »: v. soprattutto W. NAUCKE, *Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften*, cit. n. 25, 23 ss., cfr. altresì P. NOLL, *Gesetzgebungslehre*, cit., 44 ss. e H. W. SCHÜNEMANN, *Sozialwissenschaften und Jurisprudenz*, cit. n. 76, 120 ss.

(85) Il problema della « selezione » nel rapporto tra legislazione penale e scienze empirico-criminali si pone, in via di principio, anche in relazione al *chi*: quali « consiglieri » vengono prescelti e perché, quali indirizzi di ricerca sono ammessi e quali no, etc. Questo aspetto, tuttavia, resta attualmente in secondo piano per

2) La leva che più di frequente produce il *black-out* della consulenza scientifica nel processo di legislazione penale è senza dubbio quella collegata alla distinzione tra *fatto* e *valore*, tra dato empirico e valutazione: ogni qualvolta si richiedano non *descrizioni* di fatti, bensì *scelte di valore o valutazioni* degli stessi, sarebbe giusto che in base ad un rigido meccanismo di attribuzione di competenza si concentri in sede esclusivamente politica tutta l'attività e la responsabilità delle decisioni in questione ⁽⁸⁶⁾.

Con qualche perplessità sulla consistenza di una simile separazione tra fatto e valutazione ⁽⁸⁷⁾, e non senza fondate riserve circa l'effettività ed i contenuti che una tale attribuzione di responsabilità possa oggi realmente avere ⁽⁸⁸⁾, è certo fuori discussione che in uno stato di diritto organizzato nelle forme di una democrazia rappresentativa scelte di valore, soprattutto poi

quanto riguarda la realtà del problema nella nostra esperienza legislativa, dove l'obiettivo primario è costituito dal fatto che vi sia una consulenza scientifica, quale essa pur sia. Su questa tematica v. soprattutto KAISER, *Kriminologie*, cit. n. 9, 316 ss. Al riguardo v. anche le osservazioni di A. BARATTA, il quale lamenta che, essendo il rapporto tra criminologia e centri della « politica criminale ufficiale » mediato dai rappresentanti della scienza penale, una « serie di filtri accademici ed amministrativi » privilegino i « settori della ricerca criminologica meno avanzati in senso critico » a svantaggio di quei settori della criminologia « portatori di una politica criminale alternativa » (*Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica*, in: *Questione Criminale* 1979, (147 ss.) 166-7. Un'ipotesi del genere è sicuramente plausibile. Il punto è però che almeno in Italia, se è problematico arguire quale sia « la » politica criminale « ufficiale », non meno difficile è identificare quale sia la politica criminale « alternativa »: se per politica criminale si intenda una strategia *definita, articolata e coerente* — dunque: verificabile nell'analisi delle premesse empiriche da cui muove, nella fissazione degli obiettivi che decide di perseguire e nella scelta dei mezzi di cui vuol servirsi. Al riguardo v. soprattutto la lucida riflessione critica di D. PULITANO, *Criminologia radicale e criminologia della classe lavoratrice*, in: *Democrazia e diritto*, 1977, 633 ss., ed in particolar modo 641 ss.

⁽⁸⁶⁾ Per l'illustrazione di questa posizione v. soprattutto K. D. OPP, *Soziologie im Recht*, cit., 33 ss. e P. NOLL, *Gesetzgebungslehre*, cit., 58 s.

⁽⁸⁷⁾ V. al proposito R. LAUTMANN, *Wie irrelevant sind die Sozialwissenschaften*, cit. n. 75, 59 s.

⁽⁸⁸⁾ P. NOLL, *Gesetzgebungslehre*, cit., 59, n. 38.

se in materia di legislazione penale, possono essere validamente compiute soltanto nelle sedi politiche costituzionalmente legittimate. Ma detto questo, non è ancora detto in nessun modo che la scienza, in particolare: la scienza criminale, non abbia nulla da cercare su questo terreno. È vero invece esattamente il contrario: « è anche proprio in relazione alla *Wertanalyse* che la scienza ha qualcosa da dire » ⁽⁸⁹⁾.

La verità è infatti che scelte normative non possono essere mai compiute, e tanto meno giustificate, solo in base a valutazioni o a valori: « sui principi di per sé, isolati dall'applicazione alla realtà, su imperativi assoluti, non si può discutere razionalmente, non si può dire se siano giusti o ingiusti, veri o falsi » ⁽⁹⁰⁾. In un modo o nell'altro, ci sono sempre anche dei *fatti* su cui discutere e decidere, fatti che possono essere più o meno veri e più o meno falsi ⁽⁹¹⁾. La scienza può innanzitutto contribuire alla formazione di valutazioni « informate », di valutazioni cioè fondate su conoscenze di fatto seriamente raccolte e sistematizzate ⁽⁹²⁾. Ma al di là di questo, non è auspicabile né necessario che la scienza si ritiri dal terreno su cui si discute di valutazioni o valori: e ciò è tanto più vero proprio in relazione ai processi di legislazione penale.

« Il 'valore di un valore' può essere determinato solo quando il principio di valore viene espresso nel suo contesto concettuale, dunque reso esplicito nella sua dimensione semantico-ermeneutica, e vengono però contemporaneamente controllati gli effetti della sua applicazione » ⁽⁹³⁾: è questo il solo metodo che secondo *Noll* può consentire di discutere razionalmente di

⁽⁸⁹⁾ Così, limpidamente, P. NOLL, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, cit. n. 79, 77.

⁽⁹⁰⁾ P. NOLL, *Wert und Wirklichkeit*, cit., n. 80, 357.

⁽⁹¹⁾ V. P. NOLL, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, cit. n. 79, 77.

⁽⁹²⁾ Così K. AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, cit. n. 43, 25.

⁽⁹³⁾ P. NOLL, *Wert und Wirklichkeit*, cit. n. 80, 360.

valori, un metodo che egli chiama « *konkretisierende Komparation* » ⁽⁹⁴⁾. Esso poggia sulla considerazione che, in ultima analisi, il problema della *giustizia* di una scelta normativa non può essere scisso da quello della sua reale *effettività*: ciò che è importante non è la « dichiarazione » del « diritto giusto », bensì la sua « realizzazione » ⁽⁹⁵⁾. Per valutare una norma è perciò sempre necessario, in secondo luogo, il confronto con eventuali « alternative »: « una valutazione pressuppone già di per sé un tale confronto » ⁽⁹⁶⁾. Al tavolo intorno a cui si discute di valori e di valutazioni, soprattutto in sede di legislazione penale, la scienza ha parecchio da dire.

Il problema vero è in realtà dunque un altro: e cioè quali siano i modi e le forme in cui la scienza, ed in particolare la scienza criminale, può e deve qui esercitare il suo diritto di voto. La recente esperienza dello *hearing* di esperti in occasione della riforma dei reati sessuali nella Repubblica federale tedesca consente di trarre, al riguardo, qualche indicazione di estremo interesse ⁽⁹⁷⁾.

In parecchie sedute, il *Sonderausschuss* ascoltò numerosi esperti, che presentarono una massa notevole di dati, informazioni, materiale empirico accuratamente selezionato ed elaborato. Al di là del risultato conclusivo dei lavori di riforma — che

⁽⁹⁴⁾ L'illustrazione dettagliata in: *Gesetzgebungslehre*, cit., 125 ss. ed in: *Ideologie und Gesetzgebung*, in: W. MAIHOFER (Hrsg.), *Ideologie und Recht*, 1968, 80 s. A questo riguardo v. anche R. BENDER, *Gesetzgebungslehre - Ein neuer Zweig der Rechtswissenschaft?* in: *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1976, (132 ss.) 134.

⁽⁹⁵⁾ P. NOLL, *Wert und Wirklichkeit*, cit. n. 80, 360.

⁽⁹⁶⁾ P. NOLL, op. ult. cit., 360-1.

⁽⁹⁷⁾ Per gli orientamenti essenziali circa il lungo dibattito svoltosi in Germania intorno all'ammodernamento del diritto penale sessuale, dibattito culminato poi nella 4ª legge di riforma del 23.11.1973, v. in primo luogo la relazione presentata da E. HANACK: *Empfiehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrecht neu zu bestimmen? Gutachten A zum 47. Deutschen Juristentag*, in: *Verhandlungen des 47. DJT*, Bd. I, 1968, soprattutto 1-39; v. altresì F. C. SCHRÖDER, *Das neue Sexualstrafrecht. Entstehung, Analyse, Kritik*, 1975, 15-25.

secondo molti avrebbe potuto essere di gran lunga migliore ⁽⁹⁸⁾ — lo *hearing* ottenne vasti consensi ed ampia risonanza anche al di fuori del ristretto mondo penalistico ⁽⁹⁹⁾. Tempo dopo, *Naucke* si incaricò di raffreddare gli entusiasmi, senza neanche preoccuparsi troppo di salvare almeno le forme: l'operato di molti esperti gli sembrava da doversi qualificare come « imbarbarimento concettuale » ⁽¹⁰⁰⁾. La ragione: non si erano presentati solo *fatti*, bensì anche le *valutazioni* degli stessi, e dunque le indicazioni politico-criminali che in relazione ai quesiti posti se ne sarebbero dovute trarre ⁽¹⁰¹⁾.

Ancora una volta, non è conveniente né necessario pretendere che la scienza si astenga dal fornire giudizi e valutazioni oltre che fatti ed informazioni: è stato facile ribattere, per *Noll*, che se questo « astensionismo » fosse stato sempre praticato più d'un capitolo della riforma penale tedesca starebbe ancora sulla lista d'attesa ⁽¹⁰²⁾. Ciò che con *Naucke* si può, invece, e si deve pretendere è che giudizi e valutazioni non siano contrabbandati

⁽⁹⁸⁾ F.-C. SCHRÖDER, op. ult. cit., 19 ss. Di recente sottolinea con particolare chiarezza R. LAUTMANN come anche nella nuova legge vengono assoggettate a pena talune condotte soltanto perché ritenute « immorali », senza che siano stati empiricamente chiariti i molteplici quesiti inerenti alla dannosità delle condotte stesse ed al ruolo della vittima: *Sexualdelikte - Straftaten ohne Opfer?* in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1980, 44 ss. Per una consapevole impostazione di questa problematica anche sotto il profilo criminologico e costituzionale, v. da ultimo G. FIANDACA, *Tutela del buon costume. Profili penali e costituzionali*, 1979, passim.

⁽⁹⁹⁾ V. ad esempio BEYME, *Hearing*, in: Sonthheimer/Rohring, *Handbuch des politischen Systems der BRD*, 278 s.

⁽¹⁰⁰⁾ *Über die juristische Relevanz*, cit. n. 25, 29-30.

⁽¹⁰¹⁾ W. NAUCKE, op. ult. cit., 30.

⁽¹⁰²⁾ Così P. NOLL, in: *Gesetzgebungslehre*, cit., 60. La tentazione di proporre modelli in cui la criminologia viene più o meno esclusivamente delegata al mero accertamento dei fatti ed al controllo dell'effettività delle leggi, non è affatto da archiviare tra le « memorie d'epoca ». Un simile modello viene per esempio di recente ripresentato da HOBE, *Kriminologische Forschung und Strafgesetzgebung*, in: *Der Einfluss kriminologisch-empirischer Forschung auf Strafrecht und Strafverfahren*, *Kriminologische-Schriftenreihe* Bd. 75, 1981, (1 ss.) 4s, senza sufficiente consapevolezza della complessità del problema.

— in buona o in mala fede — per fatti o risultati della ricerca empirica ⁽¹⁰³⁾. Soprattutto per quanto riguarda la legislazione penale, quel che serve non è *Wertungsastinenz* da parte delle scienze criminali, ma piuttosto *Wertungsoffenheit* ⁽¹⁰⁴⁾, e quest'ultima — è forse il caso di aggiungere — è necessaria da parte di tutti.

5. *Dalla metodologia ai contenuti del rapporto: quali conoscenze offre oggi la criminologia, e quanto certe? Luci ed ombre nella prospettiva della cooperazione.*

La lezione che si deve trarre dall'esperienza tedesca non finisce qui: bisogna infatti chiedersi come sia potuta accadere la frammistione di fatti e valutazioni che a giusta ragione, nelle preoccupazioni del giurista più accorto, rischia di aggirare — di fatto — il fondamentale principio di separazione dei poteri. Far luce in proposito non è stato troppo difficile: è bastato sottoporre ad una più attenta verifica i quesiti posti agli esperti per accorgersi che la deprecata frammistione era in realtà largamente implicita nella formulazione stessa del compito che veniva loro assegnato ⁽¹⁰⁵⁾.

Il problema di cui questa vicenda è eclatante espressione dovrebbe essere a questo punto piuttosto chiaro: la prassi del rap-

⁽¹⁰³⁾ W. NAUCKE, op. cit. n. 100, 31 s.

⁽¹⁰⁴⁾ Così, limpidamente, P. NOLL, *Gesetzgebungslehre*, cit., 59 n. 38 e più di recente K. AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, cit. n. 43, 25 s.

⁽¹⁰⁵⁾ H. JÄGER, *Veränderung des Strafrechts durch Kriminologie? Ansätze zur Konkretisierung interdisziplinärer Kooperation*, in: *Krim J.* 1976, (98 ss.) 101 s. L'elenco dei quesiti è pubblicato in: *Sonderausschuss für die Strafrechtsreform, Deutscher Bundestag, 6 Wahlperiode*, 1140 ss. È evidente che quando si chiede se certe pratiche sessuali siano « dannose » oppure no, senza però contestualmente chiarire cosa si intenda appunto per « danno », si sollecita in realtà sia la descrizione di un fatto che la sua valutazione.

porto tra legislazione penale e scienze criminali non può essere affatto abbandonata a sé stessa, nell'illusione che sia sufficiente stabilire un 'contatto' affinché esse possano correttamente comunicare (¹⁰⁶). In realtà, ci vuol invece ben altro perché il contatto possa dare per quantità e qualità i frutti che è legittimo attendere.

In via di estrema sintesi: è necessario innanzitutto disporre di una metodologia — paragonabile per puntualità ed ampiezza di contenuti a quella(e) in uso nella dommatica dell'applicazione del diritto — che sia in grado di canalizzare il contatto su una serie di obiettivi specifici e coordinati, quali ad esempio: definizione degli scopi da raggiungere, verifica della situazione di fatto, ponderazione e scelta dei mezzi, analisi costi/benefici, opzioni di valore, valutazioni di opportunità, etc. (¹⁰⁷). Una meta del genere è tutt'altro che a portata di mano. Raggiungerla, presupporrebbe tra l'altro l'esistenza di una solida teoria della politica criminale e di strategie politico-penali che non durino l'arco di un giorno. La prima è appena agli inizi (¹⁰⁸), le seconde sono — almeno da noi — piuttosto di là da venire (¹⁰⁹). Certo è comunque che molti passi devono ancora essere fatti

(¹⁰⁶) Cfr. H. MÜLLER-DIETZ, *Sozialwissenschaften und Strafrechtsdogmatik*, in: H. MÜLLER-DIETZ, (Hrsg), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1971, (105 ss.) 119 ss. con la discussione di diverse tematiche illustrative.

(¹⁰⁷) V. soprattutto H. JÄGER, *Veränderung des Strafrechts durch Kriminologie?*, cit. n. 105, 100 s. e K. AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, cit. n. 43, 24 ss.: *Zielfindung, Operationalisierung Implementierung, Evaluierung*. V. altresì, in termini più concreti, G. KAISER, *Kriminologie als angewandte Wissenschaft*, cit. n. 49, 522 ss.

(¹⁰⁸) Per tutti, W. HASSEMER, *Konstanten kriminalpolitischer Theorie*, in: *Festsch. für R. Lange*, 1976, (501 ss.) 509 ss.

(¹⁰⁹) V. soprattutto G. MARINUCCI, *L'abbandono del Codice Rocco: tra rassegnazione ed utopia*, in: *Questione criminale* 1981 (297 ss) 306 ss. e *Probleme der Reform des Strafrechts in Italien*, cit. n. 70, 353 ss., ed il lucido bilancio tracciato da F. BRICOLA: *Considerazioni introduttive*, in: *Questione criminale* 1981, 7 ss. La lettura dei contributi presentati dai numerosi studiosi intervenuti al dibattito promosso dalla rivista « *La Questione criminale* » su: *Il codice Rocco*

sia sul terreno della teoria della legislazione — ed in particolare della legislazione penale — sia su quello delle scienze empirico-criminali. Taluni di essi possono essere ormai individuati con maggior concretezza.

Quanto alle scienze criminali: soprattutto quando riesca definitivamente a convincersi che la disponibilità alla collaborazione lascia in ogni caso impregiudicata la sua autonomia scientifica né mette a repentaglio, alla larga, la sua capacità di conservare l'indispensabile distanza critica verso gli oggetti di ricerca ⁽¹¹⁰⁾, è fuori dubbio che la criminologia può offrire *hic et nunc* interessanti servizi, in parecchie direzioni ⁽¹¹¹⁾.

Criminalizzazione e decriminalizzazione: in un paese che da 40 anni insegue la riforma penale è questo un riferimento addirittura banale ⁽¹¹²⁾. La criminologia può aiutare a discernere se

cinquant'anni dopo, 1981, fasc. 1, 2 e 3, è essenziale alla comprensione dei problemi e delle prospettive della riforma penale in Italia. Di estremo interesse anche il volume: *Strafrechtsreform in der Bundesrepublik Deutschland und in Italien*, H. H. JESCHECK (Hrsg), 1981, dove si esaminano in chiave comparatistica i problemi di riforma nei due paesi.

⁽¹¹⁰⁾ Per una pacata valutazione della fondatezza di questi « pericoli », v. da ultimo G. KAISER, *Kriminologie als angewandte Wissenschaft*, cit. n. 49, 516 ss. V. altresì le osservazioni di K. LÜDERSEN, *Einführung*, in: *Seminar: Abweichendes Verhalten*, I, *Die selektiven Normen der Gesellschaft*, LÜDERSEN-SACK (Hrsg), 1975, (7 ss.) 22 s.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. G. MARINUCCI, *L'abbandono del codice Rocco*, cit. n. 109, 307.

⁽¹¹²⁾ Purtroppo, è proprio la recente prassi della legislazione penale italiana che si incarica di dimostrare nel modo più convincente la « non-banalità » di questo riferimento. Su questa tematica v. ancora G. MARINUCCI, *L'abbandono del codice Rocco*, cit. n. 109, 308 ss.; D. PULITANÒ, *La teoria del bene giuridico fra codice e costituzione*, in: *Questione criminale* 1981, 111 ss.; G. FIANDACA, *Il « bene giuridico » come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in: *Riv. it.* 1982, 42 ss. Di fondamentale importanza su questa vasta tematica il recente lavoro di F. ANCIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, 1983, passim, cui si rinvia per una lucida analisi critica degli svolgimenti del dibattito nella letteratura italiana e straniera, oltre che per una chiara valorizzazione delle possibilità e dei limiti di impiego del concetto di « bene giuridico » nella prospettiva della riforma penale. Per quanto riguarda in particolare la problematica della depenalizzazione, v. soprattutto i lavori di C. E. PALIERO: *Note sulla disciplina dei reati*

lo strumento penale sia il più idoneo a fronteggiare determinate situazioni di conflitto, quali effetti esso abbia effettivamente prodotto, in che modo sia stato gestito dagli organi di reazione penale ⁽¹¹³⁾. Ancora, la criminologia è in grado di fornire indicazioni tutt'altro che secondarie circa le modalità di formulazione delle fattispecie ⁽¹¹⁴⁾: in particolare la vittimologia ha ormai da tempo dimostrato che non è affatto irrilevante sapere quali autori e quali vittime vengono 'interessati' da una determinata formulazione piuttosto che da un'altra, un contributo che sarebbe dunque assurdo trascurare per un legislatore seriamente interessato alla razionalizzazione del suo lavoro ⁽¹¹⁵⁾. Infine, nel settore della politica delle sanzioni è dove la criminologia ha da sempre saldamente impiantato centri di ricerca che non hanno mai smesso di trasmettere messaggi di fondamentale importanza. La ricerca empirica sugli effetti preventivi delle sanzioni, ed i risultati che ne derivano sia in relazione alla riforma complessiva del sistema delle pene che al suo continuo aggiornamento, sono sotto gli occhi di tutti, e non è perciò necessario

bagattellari, in: *Riv. it.* 1979, 920 ss. e *Probleme der Entkriminalisierung in Italien*, in: *ZStW* 94 (1982) 404 ss., dove vengono enucleati ed argutamente discussi i profili criminologici, politico-criminali e dommatico-legislativi. Sulla proficuità dell'indagine criminologica per il trattamento della *Bagatellkriminalität*, v. da ultimo anche J. WAGNER, *Die Aufgaben kriminologischer Forschung bei der Neuregelung der Bagatellkriminalität, insbesondere beim Ladendiebstahl*, in: *Der Einfluss kriminologisch-empirischer Forschung*, cit. n. 102, 27 ss., dove ancora una volta si lamenta l'insufficiente considerazione dei risultati della ricerca empirica nella stesura dell'*Entwurf* di una nuova legge sul furto nei grandi magazzini (28).

⁽¹¹³⁾ V. K. AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft*, cit. n. 43, 33-4.

⁽¹¹⁴⁾ V. soprattutto i lavori di F. GEERDS: *Zur Problematik der strafrechtlichen Deliktstypen*, in: *Festsch. für K. Engisch*, 1969, (406 ss.) 414 s., e: *Kriminalphänomenologie. Ihre Aufgaben und Möglichkeiten*, in: *Festsch. für H. Mayer*, *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft*, 1966, (605 ss.) 613 ss.

⁽¹¹⁵⁾ H. J. SCHNEIDER, *Viktimologie. Wissenschaft vom Verbrechensopfer*, 1975, 16 s.; particolarmente interessante la parte relativa alla valutazione delle fattispecie di omicidio e lesioni con riguardo alle rilevazioni empiriche circa il rapporto autore/vittima nelle zone urbane di talune grandi città: 103 ss.

indugiarsi (¹¹⁶). Ancor più nota è poi la quantità e la rilevanza dei risultati acquisiti dall'indagine empirica nell'area dell'esecuzione e del trattamento (¹¹⁷), indagine che nei suoi più recenti sviluppi si è estesa alla verifica dei rapporti tra commisurazione della pena e problemi contenutistico-organizzativi dell'esecuzione (¹¹⁸).

Ma è proprio su questo vasto terreno, dove il contributo delle scienze criminali non può davvero esser messo seriamente in discussione, che affiora con particolare evidenza la natura e la portata di un *deficit* che almeno a breve e media scadenza sembra ancora piuttosto lungi dal poter essere colmato.

La criminologia non è minimamente in grado, oggi, di fornire indicazioni realmente consistenti sul problema degli scopi della pena: quale scopo debba essere accentuato e quale no per ottenere una tutela più intensa dei beni penalmente protetti, è una domanda cui essa è tuttora impreparata a rispondere (¹¹⁹). Certo, il suo interesse ai problemi della prevenzione è ogni

(¹¹⁶) Da ultimi, v. i risultati delle più recenti indagini empiriche esposti e valutati da H. J. ALBRECHT - F. DÜNKEL - G. SPIESS: *Empirische Sanktionsforschung und die Begründbarkeit von Kriminalpolitik*, in *Mschr Krim.* 1981, 310 ss., con particolare riferimento alla pena pecuniaria quale sostitutivo delle pene detentive brevi (322 ss.).

(¹¹⁷) Per una rapida informazione in proposito vedi soprattutto H. MÜLLER-DIETZ *Strafvollzugsrecht*, 1978, II Auflage, 34 ss. Per un'ampia panoramica sulle più recenti acquisizioni della ricerca empirica sul terreno dell'esecuzione penitenziaria v. invece in: *Empirische Kriminologie*, Hrsg. Forschungsgruppe Kriminologie des MPI Freiburg i. Br., Bd. I, 1980, i contributi di: DÜNKEL/ROSNER (328 ss.), KURY (371 ss.), SPIESS (425 ss.), ORTMANN/DINSE (446 ss.), BLASS (486 ss.). Di particolare interesse anche le recenti indagini di K. D. OPP, *Zu den Wirkungen des Strafvollzugs auf die « Resozialisierung » der Insassen*, in: *Mschr Krim.* 1976, (321 ss.) 324 s. e 329 ss. e H. KURY-R. FENN, *Praxisleitende Erfolgskontrolle sozialtherapeutischer Behandlung*, in: *Mschr Krim.* 1977, 227 ss.

(¹¹⁸) V. in particolare l'indagine di G. BLAU, *Die Wechselbeziehung zwischen Strafurteil und Strafvollzug*, in: *MschKrim.* 1977, 329 ss., soprattutto 334 ss.

(¹¹⁹) V. da ultimi H. SCHÜCH, *Kriminologie und Sanktionsgesetzgebung*, cit. n. 57, 147 s., e G. KAISER, *Was wissen wir von der Strafe?*, in: *Fetsch. für P. BOCKELMANN*, 1979, (923 ss.) 929 ss.

giorno più grande: ma anche qui il tempo della 'raccolta' sembra ancora lontano (¹²⁰). Beninteso: in relazione a talune tematiche specifiche esiste già oggi un complesso di conoscenze che può considerarsi acquisito. Così ad esempio, quanto alla prevenzione generale, si dispone di un quadro ormai abbastanza preciso — leggi: empiricamente fondato — circa il rapporto tra entità delle pene, rapidità della risposta penale, modalità di valutazione della indefettibilità della stessa (¹²¹). E d'altra parte, quanto alla prevenzione speciale, può ritenersi sufficientemente provato che la sospensione condizionale della pena costituisce uno strumento di primaria importanza per il controllo della piccola e media criminalità, ma solo a patto che si tratti di una sospensione assistita da un articolato sistema di prescrizioni ed una consistente offerta di 'solidarietà' sociale almeno nella fase acuta del periodo di prova (¹²²). Ma al di là di questo —

(¹²⁰) Non è senza significato che ciò sia chiaramente ribadito anche da chi, come F. SCHAFFSTEIN, è sicuramente tra i più illuminati sostenitori della necessità di integrare nella dottrina della pena i risultati dell'indagine criminologica sul terreno della prevenzione: *Kriminologie und Strafrechtskommentare*, in: *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festsch. für H. HENKEL*, 1974, (215 ss.) 225.

(¹²¹) V. A. PAGLIARO, *Le indagini empiriche sulla prevenzione generale: una interpretazione dei risultati* in: *Riv. it.*, 1981, 447 ss. ed H. J. ALBRECHT/F. DÜNKEL/G. SPIESS, *Empirische Sanktionsforschung*, cit. n. 116, 312-3. Non meno interessanti, altresì, i risultati di analisi centrate sul rapporto tra effettività del comando normativo e grado di riconoscimento del carattere vincolante della singola norma: v. in particolare OPP, *Soziologie im Recht*, 1973, 207 ss. e, in parte divergente, A. DICKMANN, *Bedingungen für die Befolgung von Gesetzen*, in: *Krim J.* 1975, 182 ss.; cfr. infine LÜDERSEN, *La funzione di prevenzione generale del sistema penale*, in: *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. ROMANO e F. STELLA, 1980, (99 ss.) 113 ss. In particolare sulle chances della prevenzione generale nella prospettiva della teoria dell'apprendimento, v. M. BRELAND, *Prävention durch Strafaufhebung?*, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1972, 183 ss.

(¹²²) In particolare, KURY/SCHIREMANN/WETZSTEIN: *Bewährungshilfe als Aufgabe empirischer Forschung - eine Zwischenbilanz*, in: *Bewährungshilfe* 1979, 61 ss.; K. LÜDERSEN, *Strafauflösung zur Bewährung und Bewährungshilfe in Deutschland*, in: *Seminar: Abweichendes Verhalten III*, Bd. 2, *Strafprozess und Strafvollzug*, K. LÜDERSEN/F. SACK (Hrsg) 1977, (366 ss.) 378 ss.

ed altro, ovviamente ⁽¹²³⁾ — rimangono enormi le zone di ombra. Qui sarà sufficiente richiamarne solo due, attinenti a problemi di fondamentale importanza.

a) A che cosa si ricollegli, in particolare, l'effetto intimidativo o dissuasivo del sistema penale nel suo complesso, è del tutto incerto, così come incerto è in che misura la risposta a tale quesito sia anche connessa alle specifiche caratteristiche (ed eventualmente: a quali) del singolo sistema ⁽¹²⁴⁾. Fintantoché non si riesce a vedere un po' più chiaro in questo campo sarà difficile — per fare almeno un esempio — mettere in cantiere una politica di sostanzioso ampliamento della pena pecuniaria che possa giovare di un consistente supporto empirico ⁽¹²⁵⁾.

b) Che fare con i delinquenti recidivi, come reagire alla criminalità plurirecidiva? È questa, da sempre, la « croce » della politica criminale ⁽¹²⁶⁾. Le dimensioni del fenomeno non hanno bisogno di essere sottolineate: indagini di tipo comparatistico mostrano che i tassi di recidiva rimangono costanti un po'

⁽¹²³⁾ Un'aggiornata valutazione critica nei lavori di G. KAISER, *Neuere Entwicklungstendenzen in der Kriminologie*, in: *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1981, (264 ss.) 276 ss. e *Stand und Entwicklung der kriminologischen Forschung*, cit., 52 ss.

⁽¹²⁴⁾ V. soprattutto G. KAISER, *Was wissen wir von der Strafe?* cit. n. 119, 931.

⁽¹²⁵⁾ G. KAISER, op. loc. ult. cit. Sulla necessità di dare più ampio spazio alla pena pecuniaria nel sistema sanzionatorio, soprattutto restringendo la sfera della pena detentiva, v. per tutti E. DOLGINI, *Le pene pecuniarie come alternativa alle pene detentive brevi*, in: *JUS*, 1974, 530 ss. Una illustrazione delle indagini empiriche svolte in Germania circa i risultati dell'ampliamento della sfera operativa della pena pecuniaria è fatta, di recente, da H. J. ALBRECHT, *Die Geldstrafe im System strafrechtlicher Sanktionierung*, in: *Empirische Kriminologie*, cit. N. 117, 242 ss., con motivate perplessità quanto all'opportunità di estenderne l'applicabilità anche agli spazi coperti dalla pena detentiva superiore a 6 mesi (258 ss.).

⁽¹²⁶⁾ Così da ultimo, G. KAISER, *Rückfälltäter und Resozialisierung*, in: KAISER/SCHÖCH, *Kriminologie-Jugendstrafrecht-Strafvollzug*, II Auflage, 1982, (67 ss.) 69.

dappertutto, a prescindere sia dai livelli di criminalità dei singoli paesi, che dai programmi di politica penale — in particolare: di politica delle sanzioni — che ivi vengano praticati (¹²⁷). Anche qui la criminologia non ha davvero molto da offrire.

Certo, da anni si è ormai detto e ripetuto che ostinarsi a vedere nella recidiva una causa di aggravamento della colpevolezza per il fatto è come chiudere gli occhi dinanzi ad una massa imponente di analisi che indicano, semmai, esattamente il contrario: reagire alla recidiva con inasprimenti di pena è dunque possibile, non lo è affatto, invece, giustificare tale reazione col ricorso più o meno esplicito alla colpevolezza individuale (¹²⁸). Ma al di là di questo, molto poco è noto sulla struttura della personalità del recidivo, ancor meno intorno a quella del delinquente abituale; buio assoluto infine, quanto alle possibilità di ottenere ascolto, per così dire, con gli strumenti di cui attualmente dispone il diritto penale (¹²⁹).

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi, ma quanto detto è ormai sufficiente a delineare il problema di fondo di cui si sono segnalate solo talune delle più eclatanti espressioni. Questo problema è il seguente: oggi più che mai la criminologia gioca

(¹²⁷) V. G. KAISER, *Neuere Entwicklungstendenzen*, cit. n. 123, 284 ed ampia bibliografia ivi citata.

(¹²⁸) Per tutti, G. STRATENWERTH, *Tatschuld und Strafzumessung*, 1972, 15 ss. Da ultimo v. l'analisi empirica condotta da B. D. MEIER, *Anwendung und Bedeutung der allgemeinen Rückfallvorschrift*, in: *ZStW* 95 (1983), 316 ss., il quale ritiene che l'esistenza di una tale causa di aggravamento della pena è inconciliabile con un diritto penale orientato al principio di colpevolezza (338-9). Concrete proposte di modifiche restrittive della portata generale della norma sulla recidiva sono formulate da G. KAISER, *Rückfalltäter und Resozialisierung*, cit. n. 126, 72.

(¹²⁹) G. KAISER, *Rückfalltäter*, cit. n. 126, 71 s., con ampi riferimenti bibliografici. In particolare, sulle difficoltà del lavoro empirico di controllo e valutazione dei risultati, v. H. KURY/R. FENN, *Praxisbegleitende Erfolgskontrolle sozialtherapeutischer Behandlung. Möglichkeiten und Wege empirischer Forschung*, in: *MschKrim* 1977, 227 ss.

gran parte delle sue *chances* di essere « guida e consigliera » della riforma penale sul terreno della *affidabilità* dei risultati che è in grado di mettere sul tappeto ⁽¹³⁰⁾.

6. *Al di là del rapporto tra criminologia e diritto penale: ovvero, criminologia 'critica' e critica della strategia dell'integrazione.*

Incertezza, ambiguità, manipolabilità delle acquisizioni di cui essa si fa garante: queste le falle che la scienza criminale deveappare, ed alla svelta. Fintantoché le sue strutture teoriche, i metodi di ricerca ed i sistemi di controllo dei risultati non saranno almeno tanto poco equivoci da impedire che 'certe' tendenze di politica criminale « si costruiscano » il supporto criminologico che meglio sembra sorreggerle ⁽¹³¹⁾ — e che, per converso, 'certa' criminologia aggiusti i propri risultati sugli orientamenti politico-criminali di suo maggior gradimento ⁽¹³²⁾ — è estremamente improbabile che le scienze criminali possano essere per la legislazione penale qualcosa di più che un *partner* episodico, e comunque a mezzo servizio.

Senza essere smisuratamente ottimisti, è tuttavia lecito guardare al futuro — anche prossimo — con sufficiente tranquillità. Soprattutto sul terreno della ricerca applicata alle sanzioni — una zona del sistema penale dove più acuto che altrove è il bisogno di un aggiornamento continuo e razionale — la

⁽¹³⁰⁾ Cfr. G. KAISER, *Kriminalpolitik ohne kriminologische Grundlage?*, cit. n. 10, 484.; H. SCHÖCH, *Kriminologie und Sanktionsgesetzgebung*, cit. n. 57, 143; K. AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, cit. n. 43, 35.

⁽¹³¹⁾ È questa la nota denuncia fatta di recente da W. NAUCKE: *Die Abhängigkeiten zwischen Kriminologie und Kriminalpolitik*, 1979, 2.

⁽¹³²⁾ Così G. KAISER, *Kriminalpolitik ohne kriminologische Grundlage?*, cit. n. 10, 483.

criminologia è una scienza giovane ⁽¹³³⁾: uno degli strumenti più promettenti per questo tipo di indagine, qual è l'analisi penologica comparata, ha al suo attivo un'esperienza di non più di dieci anni, ed ha appena iniziato, si può dire, a raccogliere frutti di un certo interesse ⁽¹³⁴⁾. Mai come oggi, la c.d. criminologia tradizionale può incassare senza eccessivi traumi anche i colpi di chi, per la verità ormai già da qualche tempo, le va profetizzando un « incerto futuro » ⁽¹³⁵⁾.

Infatti, ben al di là dei risultati e delle numerose prospettive di lavoro in cui ha già articolato i suoi programmi, è in realtà altrove la ragione del moderato ottimismo con cui la criminologia può interrogarsi sul ruolo che potrà esercitare in futuro nelle vicende della ' questione criminale ' del nostro tempo. Questa ragione risiede essenzialmente nella dimostrata capacità di *riflessione critica* su sé stessa e sui suoi obbiettivi, nella maturità necessaria a non stancarsi di chiedere: « dove sta oggi la criminologia » e « quanto sono sicure » le sue conoscenze ⁽¹³⁶⁾. Paradossalmente, soltanto la criminologia che si auto-definisce ' critica ' sembra oggi in grado di offrire ' certezze '.

⁽¹³³⁾ Su questo terreno la ricerca empirico-criminologica ha acquisito una discreta consistenza soltanto dall'ultimo dopoguerra: v. G. KAISER, *Was wissen wir von der Strafe?* cit. n. 119, 923-4.

⁽¹³⁴⁾ G. KAISER, *Perspektiven vergleichenden Pönologie*, in: *MschKrim* 1980, 366 ss. e, quanto ai risultati fin qui acquisiti, 376 ss., Sulla metodologia ed i risultati della criminologia comparata, v. G. KAISER, *Strafrechtsvergleichung und vergleichende Kriminologie*, in: *Kolloquium: Strafrecht. Strafrechtsvergleichung*, Kaiser-Vogler Hrsg., 1975, (79 ss.) soprattutto 84 ss. In generale, sull'indispensabilità della *Strafrechtsvergleichung* e di una *vergleichende Kriminologie* per la riforma penale, v. H. H. JESCHECK, *Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Strafrechtsreform*, in: *Festsch. Bockelmann*, 1979, 133, 154.

⁽¹³⁵⁾ Così F. SACK, *Probleme der Kriminalsoziologie*, in: *Wahlverhalten — Vorurteile — Kriminalität, Handbuch der empirischen Sozialforschung*, Bd. 12, R. KÖNIG Hrsg. 1978, (192 ss.) 227 ss.

⁽¹³⁶⁾ Così espressamente G. KAISER, *Kriminalpolitik ohne kriminologische Grundlage?*, cit. n. 10, 484 e H. GÖPPINGER, *Kriminologie*, cit. n. 17, 92 ss.

Tra queste, la certezza che « la storia del diritto penale è anche la storia della sua abolizione » ⁽¹³⁷⁾, e la certezza che la criminologia « di oggi » — s'intende: quella c.d. 'critica' — potrà incontrarsi solo con la scienza del diritto penale « di domani » ⁽¹³⁸⁾. Di collaborazione col diritto penale 'di oggi', perciò, neanche a parlarne: il diritto penale 'di oggi', infatti, è il diritto « ineguale per eccellenza » ⁽¹³⁹⁾, dal momento che seleziona a senso unico i beni ed i soggetti che difende, e ciò nell'esclusivo interesse degli appartenenti alle classi dominanti ⁽¹⁴⁰⁾.

Per osservatori così disincantati quali i mentori della 'nuova' criminologia, il sistema penale 'di oggi' non ha alcuna possibilità di camuffare il suo scopo primario — che resta la perpetuazione della diseguaglianza sociale — neanche quando adotta programmi apparentemente progressisti, o almeno umanitari, come quelli 'dichiarati' nelle recenti leggi di riforma degli ordinamenti penitenziari italiano e tedesco ⁽¹⁴¹⁾. Al di là della facciata, infatti, ciò che esse perseguono è in realtà un obiettivo che, « da una conseguente prospettiva sociologica » ⁽¹⁴²⁾, può soltanto apparire per quel che è, e cioè « il più

⁽¹³⁷⁾ E questo il 'retro-titolo' del I volume di: *Seminar: Abweichendes Verhalten I, Die selektiven Normen der Gesellschaft*, a cura di K. LÜDERSSEN, e F. SACK, (1974). L'espressione è poi ripresa nell'introduzione al volume ad opera dello stesso LÜDERSSEN (27).

⁽¹³⁸⁾ Così A. BARATTA, *Strafrechtsdogmatik und Kriminologie. Zur Vergangenheit und Zukunft des Modells einer gesamten Strafrechtswissenschaft*, in: *ZStW* 92 (1980), (107 ss.) 142.

⁽¹³⁹⁾ A. BARATTA, *Criminologia critica e politica penale alternativa*, in: *Questione criminale* 1977, (339 ss.) 345.

⁽¹⁴⁰⁾ A. BARATTA, op. ult. cit., 344-5-6.

⁽¹⁴¹⁾ La legge 26 luglio 1975 n. 354 prescrive nell'art. 1 che « deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale » dei condannati. La legge penitenziaria tedesca stabilisce al § 2 che fine dell'esecuzione della pena è quello di rendere il detenuto capace « di condurre in futuro, con senso di responsabilità sociale, una vita senza delitti » (*Strafvollzugsgesetz* 16.3.1976).

⁽¹⁴²⁾ È questa un'espressione cara a F. SACK, *Probleme der Kriminalsoziologie*, cit. n. 135, 199.

terribile esempio di una ironia istituzionalizzata della società nei rapporti con i suoi membri dissenzienti » ⁽¹⁴³⁾: il ruolo del criminale viene trasformato in quello del « malato » ⁽¹⁴⁴⁾.

Dall'ideologia ' del trattamento la ' nuova ' criminologia non si è dunque lasciata incantare: così come non avvertì, ieri, la necessità di scendere in campo quando si trattò di sostituire alla strategia della ' punizione ' quella del ' reinserimento ' — un cambio di strategia cui i più diretti interessati, i detenuti, pur apportarono un qualche contributo — allo stesso modo essa non muove un dito, oggi, per difenderla dal preoccupante ' ritorno di fiamma ' di un'ideologia penal-penitenziaria il cui definitivo abbandono si celebrò forse con eccessiva precipitazione ⁽¹⁴⁵⁾. Su questo campo, la ' nuova ' criminologia ha in mente ben altri programmi: superamento della criminalità attraverso

⁽¹⁴³⁾ F. SACK, op. ult. cit., 386.

⁽¹⁴⁴⁾ F. SACK, op. loc. ult. cit.; il giudizio di A. BARATTA, invece, prende le mosse dalla considerazione che il sistema carcerario è il punto d'arrivo di un *continuum* i cui tratti essenziali sono dati dal sistema scolastico e da quello penale, che entrambi agiscono « nei confronti di gruppi sociali più deboli ed emarginati, anziché nel senso dell'integrazione, nel senso opposto » (248): i due sistemi sono dunque legati da un « nesso funzionale » (249). Compito del sistema penitenziario è appunto quelle di costituire e mantenere una determinata forma di emarginazione » (254). Le nuove leggi penitenziarie non soltanto « non sembrano destinate a mutare decisamente la natura delle istituzioni carcerarie » (251), ma servono addirittura da « ideologia legittimante » con cui si può meglio occultare la « funzione reale » dell'istituzione stessa, che rimane in ogni caso l'emarginazione (255: tutte le citazioni sono tratte da: *Sistema penale ed emarginazione sociale*, in: *Questione criminale*, 1976, 237 ss.).

⁽¹⁴⁵⁾ Per una ponderata valutazione della crisi dell'ideologia del trattamento e delle molteplici ragioni che l'hanno prodotta, v. per tutti E. DOLCINI, *La « rieducazione del condannato » tra mito e realtà*, in: *Riv. it.* 1979, (469 ss.) 495 ss. ed A. ESER, *Resozialisierung in der Krise? Gedanken zum Sozialisationsziel des Strafvolzugs*, in: *Festsch. für K. Peters*, 1974, 505 ss. Per una chiara riaffermazione che la politica del « trattamento » non ha alternative, tra i molti v. H. KAUFMANN, *Kriminologie*, III, 1977, 202 ss. Per una lucida analisi delle cause della generale crisi della politica criminale, di cui anche la nuova politica penitenziaria era espressione, v. H. H. JESCHECK, *Die Krise der Kriminalpolitik* in: *ZStW* 91 (1979), 1037 ss., 1053 ss.

la canalizzazione delle (inconsapevoli) proteste individuali in azione politica collettiva, indirizzata su ben più elevati terreni di scontro ⁽¹⁴⁶⁾. Non servono perciò assistenti sociali, educatori, psicologi, tutto il 'personale' al servizio dell'ideologia del trattamento: ciò a cui pensa la 'nuova' criminologia sono invece gli enti locali, le associazioni dei detenuti, le organizzazioni del movimento operaio ⁽¹⁴⁷⁾.

Con la scienza del diritto penale 'di oggi', una scienza — s'intende — un po' leggera visto che alla « sfida » della 'nuova' criminologia non sa opporre altro che il rifiuto — diciamolo pure: un po' infantile — di « prendere atto » della realtà delle cose ⁽¹⁴⁸⁾, con questa scienza può collaborare soltanto la criminologia 'di ieri': che non per nulla è una criminologia — lo si sarebbe detto — « arretrata », « priva di fondamento teorico », anzi addirittura « ostile alla teoria » ⁽¹⁴⁹⁾. Una simile criminologia è destinata, senza vie di scampo, ad una « remissiva sottoposizione » ai *postulata* della politica criminale ⁽¹⁵⁰⁾, e dunque ad una poco gloriosa azione di copertura scientifica del sistema politico esistente ⁽¹⁵¹⁾. Alla 'nuova' criminologia — che dichiaratamente si muove nella prospettiva del « superamento » del sistema neocapitalistico e della struttura giuridico-penale che di esso è

⁽¹⁴⁶⁾ A. BARATTA, *Criminologia critica e politica penale alternativa*, cit. n. 139 351 ss.

⁽¹⁴⁷⁾ A. BARATTA, op. ult. cit., 352, e ciò allo scopo di « reinserire il condannato nella classe » ed evitare la « divisione artificiale » della stessa (ivi).

⁽¹⁴⁸⁾ A. BARATTA, *Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del: modello integrato di scienza penalistica*, in: *Questione Criminale* 1979, (147 ss.) 171.

⁽¹⁴⁹⁾ F. SACK, *Probleme der Kriminalsoziologie*, cit. n. 135, 213 ss.

⁽¹⁵⁰⁾ F. SACK, op. ult. cit., 221 ss.; nello stesso senso A. BARATTA, *Criminologia critica*, cit. n. 139, 343 s. e *Criminologia e dogmatica penale*, cit. n. 148, 166 s.

⁽¹⁵¹⁾ F. SACK, *Kriminalität als gesellschaftliche Legitimierungsproblematik - Kriminologie als legitimierungswissenschaft*, in: *Recht und Politik*, 1975, (19 ss.) 23 ss.; D. e H. PETERS, *Legitimationswissenschaft*, in: *Arbeitskreis junger Kriminologen, Kritische Kriminologie*, 1974, 113 ss.

espressione ⁽¹⁵²⁾ — non è consentito assumere, nei confronti della 'vecchia' criminologia, che un solo atteggiamento: programmare la sua « dissoluzione » ⁽¹⁵³⁾.

Non è obiettivo di questa ricerca l'analisi critica delle prospettive e delle proposte che sotto l'ampio ombrello concettuale della 'nuova' criminologia si sono assestate ormai da parecchi anni nel fulcro della discussione scientifica internazionale ⁽¹⁵⁴⁾. Qui interessa fare solo qualche breve considerazione, strettamente funzionale al discorso che si va sviluppando.

I meriti della 'nuova' criminologia sono certo indiscutibili: l'aver ampliato i programmi della ricerca criminologica ai processi di selezione che soprattutto in via informale hanno luogo nelle varie istanze del controllo sociale giuridicizzato, ha costituito un salto di qualità sotto il profilo teorico-conoscitivo, e consentito l'apertura di un ulteriore fronte di indagine empirica, che ha abbondantemente giovato alla causa di un approccio più razionale e più informato alle vicende della questione criminale ⁽¹⁵⁵⁾. I fatti dimostrano, però, che la criminologia 'tradizionale' non ha tardato troppo nel farsi carico dei nuovi indirizzi di ricerca, sviluppandoli con serietà — almeno nella più gran parte — senza pregiudiziali politiche o ideologiche di sorta.

⁽¹⁵²⁾ A. BARATTA, *Criminologia critica e riforma penale*, in: *Questione criminale* 1981, (349 ss.) 369 ss.

⁽¹⁵³⁾ F. SACK, *Probleme der Kriminalsoziologie*, cit. n. 135, 199 ss. Un atteggiamento non dissimile emerge in tutti i lavori di A. BARATTA fin qui citati: da ultimo v. *Criminologia critica*, cit. n. 152, 361 ss.

⁽¹⁵⁴⁾ V. al riguardo soprattutto G. KAISER, *Was ist eigentlich kritisch an der «kritischen Kriminologie?»*, in: *Festsch. R. Lange*, 1976, 521 ss. c, da una prospettiva diversa, F. WERKENTIN/M. HOFFERBERT/M. BAURMANN, *Kriminologie als Polizeiwissenschaft, oder: wie alt ist die neue Kriminologie?*, in: *Kritische Justiz* 1972, 221 ss.

⁽¹⁵⁵⁾ È stato detto che il cambio di « paradigma » operato dalla nuova criminologia (A. Mergen, *Verunsicherte Kriminologie*, 1975, 9) avrebbe prodotto una notevole « insicurezza » nell'odierna criminologia. Se di « insicurezza » si tratta, va detto che questa può soltanto essere positiva, dal momento che è in gioco un sostanziale ampliamento dei metodi e degli obiettivi di ricerca.

L'accusa di 'boicottaggio' o neghittoso astensionismo scientifico è perciò completamente infondata.

Al contrario, ciò che suscita consistenti perplessità è la pretesa di gettare a mare qualunque altra ipotesi teorica ed ogni altro indirizzo di ricerca che sia al di fuori del paradigma criminologico e della prospettiva politica in cui si muove l'interesse speculativo della 'nuova' criminologia⁽¹⁵⁶⁾. Un interesse che, tanto per fare un esempio, è per lo meno sorprendente non abbia ancora 'scoperto' il punto di vista della vittima nei processi di controllo sociale e giuridico della devianza⁽¹⁵⁷⁾. Ma al di là di questo, ed al di là del fatto che la 'nuova' criminologia è ancora debitrice di più consistenti supporti empirici circa talune delle sue meno marginali asserzioni⁽¹⁵⁸⁾, la 'disinvolturna' con cui determinate scelte di principio vengono talvolta traslate sul terreno dell'azione pratica è particolarmente eviden-

(156) Ha dunque ragione G. KAISER, ad affermare che « non la criminologia tradizionale, bensì quella « critica », insieme a tutti gli altri approcci alternativi, si muove in un orizzonte speculativo ristretto »: *Neuere Entwicklungstendenzen*, cit., 278.

(157) Dal momento che buona parte della giustizia penale funziona su sollecitazione 'privata', e dunque anche per effetto dell'iniziativa della vittima, sarebbe apparso logico che questi aspetti filtrassero nell'oggetto di ricerca di una criminologia pressoché esclusivamente interessata allo studio dei processi di 'selezione' della criminalità. Il punto è che la selezione degli organi ufficiali di reazione penale è funzionale all'ipotesi teorica esplicativa della criminologia 'critica', la selezione operata dalla vittima lo è chiaramente assai meno. Su questo problema cfr. G. KAISER, *Was ist eigentlich kritisch an der « kritischen » Kriminologie?*, cit. n. 154, 526-7; dello stesso, *Strafrechtssoziologie - Dimension oder Partitur der Kriminologie?*, in: *MschKrim* 1979, (50 ss.) 60.

(158) Il riferimento è alle modalità di valutazione della cifra oscura. Le ricerche empiriche dimostrano, come si sa, che questa è enorme, soprattutto in taluni settori (v. KAISER, *Kriminologie*, 233 ss.): la « selezione » è dunque un fatto, con cui bisogna fare i conti. Le indagini fin qui effettuate non dimostrano affatto, però, che la criminalità è ugualmente presente in tutti i settori della società, e tanto meno che la selezione avviene costantemente secondo la fascia sociale di appartenenza. V. al riguardo H. SCHÖCH, *Ist Kriminalität normal? Probleme und Ergebnisse der Dunkelfeldforschung*, in: *Kriminologische Gegenwartsfragen*, Bd. 12, 1976, 211 ss. *Contra*: F. SACK, *Probleme der Kriminalsoziologie*, cit., 287 ss.

te in certe prese di posizione relative alla ricerca teorico-pratica nel settore delle sanzioni penali.

Qui infatti, se è pienamente comprensibile — ma non condivisibile — il rifiuto dell'indagine penologica in quanto 'servente' ad un sistema penale che si rigetta in radice, è invece veramente difficile comprendere come possa giustificarsi, nell'area giuridica europeo-occidentale, che la campagna contro l'ideologia del trattamento venga sorretta dall'argomentazione che, per tal via, si praticerebbe in realtà la « medicalizzazione » della devianza. È difficile comprendere questa affermazione se riferita, per esempio, alla realtà tedesca: dove l'83 % delle condanne penali concerne pene pecuniarie, gli indici della sospensione condizionale sono piuttosto elevati e gli internamenti in ospedale psichiatrico connessi a condanna penale sono in costante regresso ⁽¹⁵⁹⁾. Tanto più incomprensibile è poi questo atteggiamento se riferito alla situazione italiana: se l'ideologia del trattamento ha comportato infatti un pericolo, questo è che qualcuno dei possibili interessati abbia potuto credere davvero che la società si fosse decisa sul serio a far qualcosa per lui ⁽¹⁶⁰⁾. Quanto alla « medicalizzazione » della devianza, criminale o no, da noi il pendolo oscilla — almeno da qualche tempo — nella direzione esattamente contraria.

Chi non abbia le 'certezze' della 'nuova' criminologia — e tanto meno la 'certezza' che « la storia del diritto penale è anche la storia della sua abolizione » ⁽¹⁶¹⁾ — si trova oggi in una

(159) V. da ultimo G. KAISER, *Strafrechtssoziologie · Dimension oder Partitur der Kriminologie?*, cit. n. 157, 59.

(160) Sui problemi dell'applicazione della riforma penitenziaria in Italia v. soprattutto il volume: *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di V. GREVI, 1980; dello stesso V. GREVI, v. anche il lucido quadro tracciato in: *Das italienische Strafvollzugsgesetz. Eine Bilanz fünf Jahre nach der Reform*, in: ZStW 94 (1982), 497 ss.

(161) Così LÜDERSEN/SACK, *Abweichendes Verhalten I*, cit. n. 137. *Contra*: W. NAUCKE, *Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung*, 1975, 27 ss.; MAURACH/ZIPF,

posizione tutt'altro che comoda: per prima cosa nella necessità di 'sporcarsi le mani' con il diritto penale e con la politica criminale 'di oggi' e del domani più prossimo; tanto più che dietro l'angolo — o anche un po' più lontano — non c'è affatto «qualcosa di meglio del diritto penale» (¹⁶²). Per chi non abbia le 'certezze' della 'nuova' criminologia, ed attenda con sincero interesse l'ormai annunciata palingenesi della scienza del diritto penale ed il suo 'nuovo' modello integrato, l'impegno ad intensificare oggi ed al più presto la comunicazione tra legislazione penale e scienze criminali dovrà ancora avvalersi di un modello interdisciplinare se si vuole antiquato — nonostante le ristrutturazioni pur di recente subite (¹⁶³) — ma che resta un formidabile strumento teorico nelle mani di chi non sia disposto, nell'attesa del 'nuovo', a ritirare il suo contributo alla campagna per una politica criminale almeno un po' più controllabile ed un po' meno irrazionale (¹⁶⁴).

In fondo una scelta, questa, che come alternativa avrebbe — nel migliore dei casi — l'immobilismo, o il rifugio nell'utopia (¹⁶⁵). Quanto all'immobilismo: neanche il tentativo di tabuizzare il 'vecchio' modello integrato — rinfacciandogli la stretta

Strafrecht A. T., Bd. 1, 81 s.; G. KAISER, *Kriminalpolitik ohne kriminologische Grundlage?*, cit. n. 10, 495-6; con particolare lucidità M. ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in: *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, 1980, (151 ss.) 152 ss.

(¹⁶²) Secondo la nota espressione di G. RADBRUCH di recente ripresa da A. BARATTA, *Criminologia e dogmatica penale*, cit. n. 148, 172. Per la critica, v. G. MARINUCCI, *L'abbandono del Codice Rocco: tra rassegnazione ed utopia*, cit. n. 109, 300 ss.

(¹⁶³) V. H. SCHÜCH, *Kriminologie und Sanktionsgesetzgebung*, cit. n. 57, passim; H. W. SCHÜNEMANN, *Sozialwissenschaften und Jurisprudenz*, 1976, 35-6.

(¹⁶⁴) V. G. MARINUCCI, *L'abbandono del codice Rocco*, cit. n. 109, 309.

(¹⁶⁵) Nel peggiore dei casi, si correrebbe il rischio che «sotto le bandiere del progresso» — secondo il monito di C. ROXIN recentemente fatto proprio da MARINUCCI, — si finisca per servire «la reazione»: in: *Questione criminale* 1981, 314.

parentela col codice Rocco — è in grado, a ben guardare, di fornire una giustificazione convincente ⁽¹⁶⁶⁾. L'utopia, invece, presenta almeno il vantaggio di non dover prestare spiegazioni: non 'sta' da nessuna parte, e non ne fa mistero.

7. - *Conclusione: un moderato ottimismo.*

Nella 'lunga marcia' verso un costruttivo rapporto con le scienze criminali, è condizione necessaria che molti passi vengano fatti anche sul versante della teoria della legislazione penale ⁽¹⁶⁷⁾. Condizione necessaria, ma non sufficiente; ad essa deve affiancarsi — è stato ribadito di recente con grande chiarezza — uno sforzo non meno intenso sul terreno della *scienza della politica* ⁽¹⁶⁸⁾.

Per quanto concerne i problemi teorici e pratici della razionalizzazione del lavoro politico-legislativo, non è certo questa la sede per riferire degli importanti sviluppi che soprattutto negli ultimi anni è stato possibile registrare ⁽¹⁶⁹⁾. Per quanto riguarda in particolare la problematica del processo di legislazione penale, non può invece non salutarsi con giustificato compiacimento il rinnovato interesse che la scienza penalistica va manife-

⁽¹⁶⁶⁾ Esigere l'abbandono del « vecchio » modello con l'argomento che « anche il codice Rocco, di cui si lamenta nel nostro dibattito la sopravvivenza, è in buona parte frutto di quel modello integrato di scienza penale » non è condivisibile. Ciò che è in gioco, infatti, è la struttura teorica del modello, non certo i risultati storicamente condizionati — dal livello delle conoscenze empiriche, dalle condizioni politiche, sociali, ideologiche, etc. — cui esso ha dato in parte luogo 60 anni orsono (la citazione è tratta da A. Baratta, *Criminologia critica*, cit. n. 152, 380).

⁽¹⁶⁷⁾ V. per tutti, G. MARINUCCI, *L'abbandono del codice Rocco*, cit. n. 109, 306.

⁽¹⁶⁸⁾ K. AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, cit. n. 43, 22 ss.

⁽¹⁶⁹⁾ V. l'esposizione di K. AMELUNG, op. ult. cit., 24 ss. e l'abbondante bibliografia ivi citata.

stando in questi ultimi anni per questo settore di così vitale importanza.

I nomi di *Peter Noll* e *Jürgen Rödig* sono di per sé sufficienti a testimoniare la qualità dei risultati ormai saldamente disponibili sul terreno della *teoria* della legislazione penale ⁽¹⁷⁰⁾. Quanto alla possibilità, oltre che alla necessità, della rifondazione di una *scienza* della legislazione penale adeguata alle esigenze politico-criminali e di ordine costituzionale proprie dei sistemi penali del moderno stato di diritto, interessanti prospettive vengono additate da un recentissimo studio di *Johannes Driendl* ⁽¹⁷¹⁾.

In presenza di un quadro di riferimento teorico-metodologico probabilmente mai come in questi ultimi anni articolato e consistente, non può davvero meravigliare che si levino ormai insistenti, e pressoché senza soluzione di continuità, le voci di quanti esigono una svolta sostanziale nella qualità della produzione legislativa penale. Parola d'ordine: più professionalità — nella terminologia di *Noll*: maggiore « obbiettivazione » ⁽¹⁷²⁾ — nell'organizzazione del lavoro legislativo ⁽¹⁷³⁾, più precisione nella formulazione delle singole scelte normative ⁽¹⁷⁴⁾.

⁽¹⁷⁰⁾ A taluni dei più importanti lavori di P. NOLL su questo terreno si è già fatto riferimento. Quanto al lavoro di J. RÖDIG, v. soprattutto *Schriften zur juristischen Logik*, Band-Schmiedel-Mevisson Hrsg., 1980 (soprattutto il saggio su: *Gesetzgebungstheorie*, 251 ss.) e la raccolta *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, da lui curata, 1976.

⁽¹⁷¹⁾ *Zur Notwendigkeit und Möglichkeit einer Strafgesetzgebungswissenschaft in der Gegenwart*, 1983, soprattutto 39 ss. e 55 ss.

⁽¹⁷²⁾ *Gesetzgebungslehre*, cit., 94.

⁽¹⁷³⁾ W. NAUCKE (*Strafrecht*, IV Aufl., 1982) lamenta ironicamente che « das Gesetzemachen » non è riconosciuto come professione (43).

⁽¹⁷⁴⁾ Per tutti, W. NAUCKE, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1973, 3 ss.; di recente denuncia espressamente P. NUVOLONE, il « linguaggio tecnicamente molto approssimativo » dell'ultima produzione penal-legislativa in Italia: *La parte generale del codice Rocco cinquant'anni dopo*, in: *Questione criminale* 1981, 46.

Tirando le somme: il ponte tra criminologia — politica criminale — legislazione penale è sicuramente gettato ⁽¹⁷⁵⁾. La teoria dei loro reciproci rapporti dispone ormai di una struttura concettuale su cui è possibile fare pienamente affidamento. Quanto poi alla prassi del loro rapporto, se sussiste — come pare — un reale interesse ad intensificare la comunicazione, non dovrà muoversi al buio nella ricerca di un concreto giovamento.

(175) C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, II Auflage, 1973, 40. Pur con tutti i ritardi e le insufficienze che ancora persistono: G. KAISER, *Kriminalpolitik ohne kriminologische Grundlage?*, cit. n. 10, 501-2-3.

PARTE II

La prassi del rapporto fra diritto penale e criminologia: in particolare, dommatica penale e scienze empirico-sociali.

SOMMARIO: 1. Sull' "incomunicabilità" fra dommatica del diritto penale e criminologia: ovvero, l'eredità del difficile rapporto tra sociologia e giurisprudenza. — 2. Dall'integrazione 'a tappeto' di J. Feest all'integrazione 'mirata' di F. Schaffstein: metodologia, struttura e insufficienze di due recenti proposte programmatiche. — 3. Empiria e dommatica nella teoria e nella prassi del processo penale: l'accertamento degli elementi soggettivi del reato e il problema del rapporto giudice-perito. — 4. La giurisprudenza « dinanzi alle porte della sociologia »: le ragioni di un'offerta e di un rifiuto. — 5. Sulle insufficienze della metodologia di lavoro del sociologo: critica del diritto penale e disimpegno nella ricerca di proposte alternative? — 6. La precarietà del rapporto tra scienza del diritto penale e prassi applicativa: la teoria della delimitazione tra dolo eventuale e colpa cosciente. Ovvero: le 'occasioni perdute' per la critica criminologica alla dommatica del diritto penale. — 7. Criminologia e dommatica: le difficoltà ed i limiti di un confronto necessario.

1. - Sull' "incomunicabilità" fra dommatica del diritto penale e criminologia: ovvero, l'eredità del difficile rapporto tra sociologia e giurisprudenza.

« La parziale svolta negli sviluppi del diritto penale moderno verso un più accentuato orientamento allo scopo (*Zweckstrafrecht*) ed una maggiore apertura alla realtà con cui esso viene a contatto (*Strafrechtswirklichkeit*), stimola vieppiù ad integrare nella letteratura penalistica il complesso delle cono-

scienze empiriche finora acquisite » ⁽¹⁾. Al di là dell'apparenza, questa recente perorazione non costituisce affatto il segno di un'ormai consolidata evoluzione nel rapporto tra dommatica penale e scienze criminali, quanto invece la frustrante constatazione dell'incapacità ad ammodernare tale relazione. Che di 'frustrazione' ed 'ammodernamento' si tratti, è facile comprendere: sulle spalle di questa vicenda c'è tutta intera la storia, ben più lunga e tormentata, del sempre impervio rapporto tra *sociologia* e *giurisprudenza* ⁽²⁾.

Almeno da quando la netta separazione tra sociologia quale scienza *empirica* del reale e giurisprudenza quale scienza *normativa* del dover essere ha lasciato il campo a visioni un po' più complesse — e decisamente meno trasparenti nei loro svolgimenti teorici; almeno da quando può ritenersi sufficientemente acquisito che c'è tanta « normatività » nelle scienze sociali per quanta « empiria » nei materiali e nelle categorie argomentative delle scienze giuridiche ⁽³⁾; almeno da allora è pacifico, per il giurista interessato ad una « giurisprudenza del dettaglio umano », che questa — se non voglia restare al livello di mera speculazione accademica — deve « penetrare profondamente nei risultati delle scienze empirico-sociali » ⁽⁴⁾. Ripercorrere le fasi ed i non lineari sviluppi di una vicenda del genere non può

(1) G. KAISER, *Kriminologie als angewandte Wissenschaft*, in: *Lebendiges Strafrecht, Festgabe für H. SCHULTZ*, 1977, (514 ss.) 517; cfr. F. SCHAFFSTEIN, *Kriminologie und Strafrechtskommentare*, in: *Fest. für H. HENKEL*, 1974, 215 ss.; W. MAIHOFER, *Gesamte Strafrechtswissenschaft*, in: *Fest. für H. HENKEL*, cit., 75.

(2) Per i primi orientamenti v. K. D. OPP, *Soziologie im Recht*, 1973, 41 ss.; H. ROTTLEUTHNER, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, 1973, 245 ss.; R. LAUTMANN, *Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz*, 1971, 9-43.

(3) Per tutti: R. LAUTMANN, *Soziologie und Rechtswissenschaft*, in: *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, Bd. 1, D. GRIMM (Hrsg.), 1973, (35 ss.) 38-9-40. Così da ultimi K. LÜDERSEN/F. SACK, *Einleitung*, in: *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, I Teilband, 1980, 9.

(4) Entrambe le espressioni sono di W. NAUCKE, *Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften*, 1972, 72.

essere certo tentato in un lavoro che ha un ben più ristretto interesse ⁽⁵⁾. Qui importa soltanto sottolineare come, un po' paradossalmente, l'acquisita consapevolezza teorica dell'inevitabilità di un rapporto fattualmente già da tempo instaurato, se da una parte ha sicuramente fomentato il dibattito, dall'altra non ha davvero facilitato la ricerca di un consistente terreno d'incontro. Al j'accuse delle scienze sociali: 'la giurisprudenza rifiuta la nostra collaborazione' ⁽⁶⁾, ha fatto presto riscontro l'atteggiamento disincantato ed un po' provocatorio con cui il giurista ha replicato — nel migliore dei casi: 'ma le scienze empirico-sociali hanno tempo solo per le grandi questioni del diritto: metodologia, teoria generale, legittimazione, studio delle funzioni; per i mille piccole problemi del jus positivo, esse hanno invece assai poco da offrire' ⁽⁷⁾.

Le vicende del rapporto tra dommatica del diritto penale e criminologia risultano un po' più comprensibili ove vengano lette nella prospettiva della ben più ampia *querelle* di cui sono esse stesse espressione — ed espressione delle più concrete, perciò anche delle più intellegibili: tra i fattori maggiormente disfunzionali alla proficuità del dibattito è infatti la costante

⁽⁵⁾ Una sintesi delle fasi salienti di questo lungo dibattito ed un quadro aggiornato della situazione attuale è tracciato da A. BÜLLEBACH, *Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaft*, in: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Art. KAUFMANN/W. HASSEMER (Hrsg.), 1977, 199 ss.

⁽⁶⁾ V. ad esempio la vigorosa denuncia di K. D. OPP, *Zur Anwendbarkeit der Soziologie im Strafprozess*, in: H. JÄGER (Hrsg.), *Kriminologie im Strafprozess*, 1980, (21 ss.) 40 ss.; cfr. altresì G. STRUCK, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, in: D. GRIMM (Hrsg.), *Rechtswissenschaft*, cit. n. 3, (13 ss.) 25 ss., e da ultimo R. LAUTMANN, *Wie hermetisch denkt die Strafrechtsdogmatik?*, in: *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, LÜDERSSEN/SACK (Hrsg.), II Teilbd., 1980, 610.

⁽⁷⁾ Emblematico, a questo riguardo, l'atteggiamento di W. NAUCKE, *Über die Relevanz*, cit. n. 4, 55 ss., e *Über die Zusammenarbeit zwischen Juristen und Rechtssoziologen*, in: *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft*, Jarbuch f. Rechtssoziologie und Rechtstheorie, I, 1970, (491 ss.) 494 s.

tendenza all'astrazione, cui non fa purtroppo riscontro — se non in casi sporadici — un adeguato supporto di analisi in dettaglio. Una cosa è comunque assodata: soprattutto in tempi più recenti, occhi acuti — capaci cioè di guardare al di là del contingente, e soprattutto al di là dell'insormontabile cortina che da sempre paralizza l'unica vera *chance* di un fruttuoso contatto tra dommatica penale e scienze empiriche, cioè la *chance* che la comunicazione si estenda dalla teoria alla prassi del loro rapporto — occhi capaci di guardare almeno tanto lontano, si diceva, non sono certo mancati.

Al più tardi dai primi anni '60, tra le chiavi di lettura più accreditate per la stesura dei bilanci consuntivi e di previsione circa lo ' stato ' delle scienze criminali nell'area giuridica europea, è appunto il quesito inerente alla rilevanza delle conoscenze empiriche tanto nel lavoro dommatico di elaborazione e sistematizzazione dei principi normativi, quanto in sede operativa, nei processi di concreta attuazione del diritto ⁽⁸⁾. Il bilancio consuntivo è invariabilmente negativo: non il giudice né il pubblico ministero, ma tanto meno il « teorico » del diritto penale si sono ancora accorti che il loro lavoro può essere integrato, per molti aspetti razionalizzato, includendo la criminologia e le sue acquisizioni nello strumentario di cui tradizionalmente si servono, uno strumentario che è e resta « esclusivamente dommatico » ⁽⁹⁾. La scienza del diritto penale semplicemente « ignora » i materiali della ricerca empirica ⁽¹⁰⁾. La pro-

⁽⁸⁾ V. soprattutto v. WEBER, *Die Bedeutung der Kriminologie für die Strafrechtspflege*, in: *Kriminologie und Vollzug der Freiheitsstrafe*, (Hrsg.) T. WÜRTENBERGER, 1961, (14 ss.) 17 ss.; T. WÜRTENBERGER, *Entwicklung und Lage der Kriminologie in Deutschland*, in: *Juristen-Jahrbuch*, G. ERDSIECK (Hrsg.) 5 Bd., 1964-5, (147 ss.) 164 ss.

⁽⁹⁾ Così v. WEBER, op. ult. cit., 17.

⁽¹⁰⁾ Così T. WÜRTENBERGER, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, II Aufl., 1959, 9.

va: « nei commentari, ma anche nei manuali e nelle monografie, non si incontra alcuna criminologia »; qualche timida apertura in tal senso corre addirittura il rischio di vedersi bollata quale pericoloso « sociologismo » ⁽¹¹⁾. Ancor più desolante il bilancio di previsione, che non va più in là di un auspicio: la « speranza », appunto, che alla scienza empirica della criminalità venga prima o poi riconosciuto il ruolo di « fidata consigliera » della prassi del diritto penale » ⁽¹²⁾.

I fatti dimostrano, purtroppo, che tra il 'prima' e il 'poi' la scelta deve essere evidentemente caduta sul 'poi': gli ultimi venti anni di storia del rapporto tra criminologia e dommatica del diritto penale sono la storia di una serie pressoché ininterrotta di appelli, raccomandazioni, accorate dichiarazioni d'intenti: attività, tutte, il cui comun denominatore è facile identificare — sia detto senza ombra di cinismo — nell'inanità dello sforzo che esprimono, e nel *pathos* in cui spesso finiscono ⁽¹³⁾. Le cause dell'improduttività di questo sforzo sono molteplici, e tutt'altro che agevoli da enucleare: è certo tuttavia che se esistono oggi le condizioni per andare almeno un passo più innanzi, è appunto dalla verifica di queste cause che devono essere attinti gli spunti e gli orientamenti necessari ad ogni successiva ricerca. Un'indicazione di fondamentale importanza può essere assunta controllando la prospettiva metodologica che alle tendenze integratrici è stata in prevalenza additata nel corso di questi ultimi anni.

(11) Così v. WEBER, op. ult. cit., rispettivamente 17 e 19.

(12) T. WÜRTEMBERGER, *Entwicklung und Lage*, cit. n. 8, 166.

(13) V. ad esempio K. PETERS (*W. Sauer als Kriminologe*, in: *MsschrKrim.* 1959, 65 ss.) il quale esige che si superi la « radicata abitudine mentale » a considerare separatamente la prospettiva giuridica e quella criminologica (67), e R. LANGE (*Besprechung di A. Schönke, StGB, 6 Aufl.*, in: *ZStW* 65 (1953) 71 ss.) il quale lamenta che criminologia e dommatica del diritto penale stiano « l'una accanto all'altra, ma senza comunicare » (75).

2. - Dall'integrazione 'a tappeto' di J. Feest all'integrazione 'mirata' di F. Schaffstein: metodologia, struttura e insufficienze di due recenti proposte programmatiche.

L'espressione più chiara, ed il portato più tangibile, di questa prospettiva di lavoro si lascia cogliere con estrema facilità in una proposta avanzata da *Johannes Feest* già diversi anni orsono: è la proposta di scrivere un « commentario al codice penale dal punto di vista delle scienze sociali » (¹⁴). Il progetto non è davvero cosa da poco: nelle forme dei commentari tradizionali calare qualcosa di « completamente nuovo », e cioè sostituire alle spiegazioni dommatiche ed ai consueti richiami di dottrina e giurisprudenza interpretazioni fondate sui risultati della ricerca empirica, ed indicazioni bibliografiche afferenti al medesimo arco di discipline. In particolare, grande è l'aspettativa circa le prospettive di intervento che una verifica delle ipotesi empiriche sottese alle singole norme, o all'applicazione che di esse è stata fatta, non potrebbe fare a meno di schiudere (¹⁵).

Il programma di *Feest* non è mai riuscito a superare — almeno finora — la fase di ambizioso progetto: né si intravedono segni che autorizzino, per l'immediato futuro, a prevedere un più fausto destino. Di questo programma si ritrova forse un'eco in un intervento di poco successivo, con cui *Schaffstein* rinnova l'invito, espressamente rivolto alla dommatica del diritto penale, a non trascurare più a lungo l'apporto delle scienze « del delitto e della pena » (¹⁶). Ma *Schaffstein* si guarda bene dal riproporre

(¹⁴) J. FEEST, *Notizen zur Idee einer Kommentierung des Strafgesetzbuches in sozialwissenschaftlicher Absicht*, in: *Krim J.* 1970, 259 ss.

(¹⁵) J. FEEST, op. ult. cit., 259.

(¹⁶) F. SCHAFFSTEIN, *Kriminologie und Strafrechtskommentare*, in: *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft*, in: *Fest. für H. Henkel*, 1974, (215 ss.) 216. Dello stesso SCHAFFSTEIN, v. già *Spielraumtheorie, Schuldbegriff und Strafzumessung nach den Strafrechtsreformgesetzen*, in: *Fest. für W. Gallas*, 1973, 99 ss., circa la possibilità di integrare conoscenze empiriche nella *Strafzumessung*.

iniziative così in grande stile quali quelle auspicate da *Feest*: il suo invito è molto più circoscritto, più misurato. Egli ricorda ai giuristi, con la consueta incisività espositiva, che soprattutto i « più recenti sviluppi » della criminologia sono ormai suscettibili di essere elaborati nella dommatica del diritto positivo: e non a caso i riferimenti essenziali appuntano all'imputabilità, al diritto penale minorile, alla sospensione condizionale della pena ⁽¹⁷⁾: terreni sui quali l'incontro tra dommatica ed empiria è — per così dire — precostituito per legge. L'integrazione caldeggiata da *Schaffstein* è un'integrazione costantemente 'mirata' ⁽¹⁸⁾: pur così ridimensionata, rimane tuttavia anch'essa — è questa l'amara lezione dei fatti — una meta fuori portata per l'attuale prassi del rapporto tra criminologia e diritto penale.

Quanta empiria debba essere elaborata in quale dommatica del diritto positivo: tra le cause del fallimento dei programmi di integrazione sicuramente *non* è l'ampiezza del materiale 'di contatto', né quanto all'entità dei dati empirici da immettere nel sistema normativo, né quanto all'entità delle aree del sistema rispettivamente interessate. Le cause del fallimento sono, in ogni caso, di altra natura: questa la prima indicazione — in negativo — cui è necessario orientare qualsiasi ricerca. Indicazioni più concrete, e soprattutto in positivo, possono essere assunte da una più attenta verifica della struttura dei programmi di integrazione di cui qui si discute.

Lo schema proposto da *Feest* per la stesura del commentario sociologico al codice penale è estremamente articolato: vengono enunciate e coordinate una fitta serie di ipotesi empiriche su cui, consapevolmente o meno, avrebbero costruito i giuristi il loro imponente edificio dommatico-interpretativo del codice vi-

⁽¹⁷⁾ Così in: *Kriminologie und Strafrechtskommentare*, cit. n. 16, rispettivamente 216 e 219 ss.

⁽¹⁸⁾ Obbiettivi primari sono: teoria della commisurazione della pena e prognosi di pericolosità: *Kriminologie*, cit. n. 16, 219 ss.

gente. La prospettata analisi empirica spazia dal concetto di bene giuridico a quello di dannosità sociale, dall'effetto general-preventivo della minaccia penale ad eventuali alternative a quest'ultima ⁽¹⁹⁾. Un progetto ben congegnato e sicuramente realizzabile: ma ove ciò accadesse, come è certo auspicabile, non avanzerebbe comunque di un passo l'integrazione delle scienze empirico-criminali nella dommatica del diritto positivo. Ciò diventa particolarmente evidente quando la progettazione delle linee metodologiche generali del commentario cede il passo all'esemplificazione, concretamente sviluppata in relazione alla disciplina penale dell'aborto.

Chi abortisce e perché; danni fisio-psichici della madre, danni per la collettività; se e quanto sia nota la punibilità dell'aborto; quali le probabilità di essere scoperti; rapporto tra norma penale e norme sociali (etiche, religiose, etc.); cosa si fa e cosa dovrebbe esser fatto per impedire la recidiva. Questi ed altri i temi su cui dovrebbe articolarsi il commentario al delitto di aborto ⁽²⁰⁾. Con temi di questo genere può svilupparsi una proficua discussione di *politica del diritto* sulla normativa cui si fa riferimento: per l'elaborazione *dommatica* del delitto di aborto, temi del genere sono invece sterili, perché del tutto non pertinenti ⁽²¹⁾. Con essi infatti non si introduce alcuna 'empiria' nel diritto positivo: si possono invece controllare talune delle ipotesi empiriche su cui questo —con consapevolezza o no— è stato basato. Col commentario proposto da Feest possono perciò tutt'al più delinearsi i presupposti per una critica del diritto vigente nella prospettiva delle scienze sociali. Ma si badi bene: i *presupposti*, non certo la critica *tout court*. Perché una critica seriamente impostata possa effettivamente esercitarsi, bi-

(19) J. FEEST, *Notizen zur Idee einer Kommentierung*, cit. n. 14, 260 ss.

(20) J. FEEST, op. ult. cit., 260-1-2.

(21) Cfr. W. NAUCKE, *Über die Relevanz*, cit. n. 4, 60 ss. e nota 69.

sognerebbe dare per scontato che si disponga di un ulteriore anello di congiunzione, che è in realtà prioritario: tale anello consiste in una struttura teorica ed argomentativa capace di dar lumi circa il come ed il quando determinate acquisizioni delle scienze empiriche possano essere elaborate all'interno di scelte normative.

Soltanto all'interno di una tale struttura i punti di vista enucleati da *Feest* assumerebbero rilievo nella prospettiva di una « permanente riforma del diritto penale » ⁽²²⁾. Al di fuori di questa struttura, essi restano ciò che sono: dati empirici *di per sé* assolutamente 'muti' quanto al significato ed al tipo di rilevanza che deve esse loro di volta in volta assegnato ⁽²³⁾. Questa grave sfasatura metodica è stata almeno in qualche modo intuita, se è vero che la teoria del rapporto tra dommatica penale e scienze empirico-criminali si è finora astenuta dall'inserire nella sua agenda di lavoro il progetto che di questa sfasatura è così eclatante espressione.

Il programma di integrazione 'selettiva' presentato da *Schaffstein* costituisce senza dubbio un'importante correzione di rotta: esso è tuttavia, al tempo stesso, anche la prova che non è ancora del tutto riuscito di mettere a fuoco la natura di questo ritardo e la strategia più idonea a superarlo. Nelle zone del sistema penale in cui più assiduo è stato l'impegno di ricerca

⁽²²⁾ Come giustamente sottolinea H. JÄGER, (*Veränderung des Strafrechts durch Kriminologie? Ansätze zur Konkretisierung interdisziplinärer Kooperation*, in: *Krim. J.* 1976, (98 ss.) 100) in ciò risiede appunto il senso della proposta programmatica di J. FEEST.

⁽²³⁾ Questa prospettiva viene ad esempio sviluppata con grande chiarezza da K. LÜDERSSEN quando dimostra la diversità delle indicazioni politico-criminali che di volta in volta derivano dalle ricerche empiriche sull'entità della cifra oscura nei diversi settori del sistema penale (v. *Strafrecht und « Dunkelziffer »*, ora in: *Seminar: Abweichendes Verhalten I, Die selektiven Normen der Gesellschaft*, Lüderssen/Sack (*Hrsg.*), 1974, 244 ss.). V. al riguardo anche H. SCHULTZ, *Von der dreifachen Bedeutung der Dunkelziffer*, in: *Fest. H. HENKEL*, 1974, (239 ss.) 241 ss.

delle scienze empiriche, il 'bisogno' di integrazione è particolarmente evidente: ma è proprio in queste zone dove la mancanza di una struttura teorica capace di garantire un'integrazione 'ragionata' si fa sentire con maggiore insistenza. L'esempio della sospensione condizionale della pena, fondamentale nel progetto di *Schaffstein*, è al riguardo estremamente emblematico ⁽²⁴⁾.

Nella struttura della sospensione condizionale la c.d. prognosi di non pericolosità occupa un posto centrale. È noto che tale prognosi viene effettuata dal giudice in modo sostanzialmente intuitivo: sulla base cioè della sua personale esperienza, tutt'al più facendo ricorso a qualcuna delle numerose 'teorie del senso comune' ⁽²⁵⁾. Su questo terreno la criminologia è ormai al lavoro da un buon numero d'anni: tabelle prognostiche, indici di affidabilità, percentuali di rischio: è inammissibile che di tutto ciò la dottrina della sospensione della pena continui a non tenere il minimo conto ⁽²⁶⁾. Ad una denuncia del genere è difficile rifiutare la propria adesione: deve essere però chiaro che essa non dice ancora in alcun modo quale sia la rilevanza *normativa* da riconoscere al dato empirico nella struttura della condanna condizionale. Una più 'illuminata' conoscenza delle componenti empiriche della situazione da disciplinare è sicuramente indispensabile alla controllabilità ed alla razionalità complessiva della decisione: ma almeno nei sistemi penali del-

⁽²⁴⁾ F. SCHAFFSTEIN, *Kriminologie und Strafrechtskommentare*, cit. n. 16, 221 ss.

⁽²⁵⁾ A questa problematica viene dedicata, in un lavoro di prossima pubblicazione, tutto lo spazio che merita. Per ora v. soltanto H. SCHÖCH, *Kriminalprognose*, in: Kaiser-Schöch, *Kriminologie-Jugendstrafrecht-Strafvollzug*, 1979, 83 ss. Sulla tendenza del giudice penale a trascurare i risultati dell'indagine empirica anche lì dove esistono e sarebbero utilizzabili, v. l'ironico commento di H. W. SCHÜNE-MANN: « probabilmente i giudici penali si ritengono dei buoni criminologi » (*Sozialwissenschaften und Jurisprudenz*, 1976, 76).

⁽²⁶⁾ Così F. SCHAFFSTEIN, *Kriminologie*, cit. n. 16, 222 ss.

l'area e della tradizione giuridica europea, il dato empirico non reca mai implicito il criterio del suo significato normativo, nemmeno quando possa forse sembrare il contrario ⁽²⁷⁾. Soprattutto un'integrazione 'selettiva', che si proponga cioè di agire lì dove le condizioni di partenza sono più favorevoli, deve porsi l'inquietante problema delle modalità e dei limiti di attuazione del suo programma operativo.

3. - *Empiria e dommatica nella teoria e nella prassi del processo penale: l'accertamento degli elementi soggettivi del reato e il problema del rapporto giudice-perito.*

Almeno a questo punto della discussione è necessario sgombrare il campo da un pericoloso equivoco, che soprattutto in taluni recenti sviluppi del dibattito su: « diritto penale e scienze empirico-sociali » ha avuto modo di emergere in tutta la sua portata, rendendo ancora una volta palese quanto sia lungo il cammino che resta da compiere sulla via non tanto dell'integrazione, bensì già di una più proficua comunicazione ⁽²⁸⁾.

Il problema del rapporto tra dato empirico e realtà normativa non può essere in nessun caso discusso quale problema di *preminenza* tra scienze sociali e scienze giuridiche, tanto meno

(27) È questo il caso, per fare solo un esempio, del limite iniziale dell'imputabilità penale: qui sembrerebbe che dalla conoscenza della realtà empirica — età inferiore ai 14 anni — discenda automaticamente la decisione normativa. In realtà, è facile vedere che il criterio di rilevanza del dato non è affatto interno a quest'ultimo, ma è stato semplicemente attribuito *una volta per tutte* in sede legislativa.

(28) Il dibattito su: « diritto penale e scienze empiriche » è stato particolarmente promosso, negli ultimi anni, dalla scuola penalistica di Francoforte, come risulta dai lavori fin qui ampiamente citati. Dai riferimenti fin qui effettuati, risulta chiaro però che a questa discussione partecipa, con maggiore o minore assiduità, tutta la moderna dottrina penalistica, soprattutto di lingua tedesca.

come problema di *concorrenza* nella 'miglior' regolamentazione di situazioni di conflitto⁽²⁹⁾. Se proprio dovesse essere indispensabile attribuirgli un'etichetta, potrebbe forse definirsi quale problema di *competenze* funzionali, con la riserva di precisare ampiezza e contenuti dei rispettivi ruoli. Per essere ancora più chiari: la subordinazione del dato empirico alla valorizzazione normativa che è indispensabile ogni volta attribuirgli, non significa affatto — come viene invece talvolta adombrato — 'diffidenza' dommatica verso la scienza che lo produce, se non addirittura velleitaria volontà di discriminazione tra empiria 'buona' — quella che non metterebbe in discussione la struttura dommatica della scienza giuridica — ed empiria meno 'buona'⁽³⁰⁾. Approcci del genere sono certo utilissimi ad alimentare il dibattito, non sempre altrettanto utili, invece, a consentirgli un sostanziale progresso. Una rapida verifica di alcuni specifici problemi del rapporto tra empiria e dommatica nel vivo della prassi del diritto, ed in particolare nel processo penale, consente da una parte di vedere con maggiore chiarezza i termini reali della questione, e dall'altra fornisce un'attendibile chiave di lettura di talune posizioni piuttosto singolari ancora di

(29) Appunto in una prospettiva del genere sembrano invece inquadrarsi taluni recenti lavori di sociologi impegnati sul terreno della ricerca criminologica. Alcuni esempi: BRUSTEN/HERRIGER, *Schulpflichtverletzung und öffentliche Sozialkontrolle*, in: *Vom Nutzen und Nachteil*, cit. n. 6, 665 ss. (i sociologi non hanno alcun influsso sull'attività giudiziaria: 666); STANGL, *Scham oder Furcht und die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch*, in: *Vom Nutzen und Nachteil*, cit., 259 ss. (se si desse seriamente spazio alle scienze sociali nel processo, l'attività di applicazione del diritto verrebbe presto sospinta in insuperabili difficoltà: 275); NARR, *Wer darf wann und wo und in welcher Form Demonstrieren?*, in: *Vom Nutzen und Nachteil*, cit. 573 ss. (giuridicizzare i conflitti sociali non è affatto detto che sia la migliore scelta di politica criminale: 586).

(30) Questo è uno tra i maggiori rimproveri più o meno esplicitamente fatti da F. SACK all'indirizzo della scienza giuridica: *Die Chancen der Kooperation zwischen Strafrechtswissenschaft und Kriminologie. Probleme und offene Fragen*, in: *Seminar: Abweichendes Verhalten II, Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, 1, LÜDERSSEN/SACK (Hrsg) 1975, (346 ss.) 349-50 e 352-3.

recente emerse in questo dibattito di per sé già tutt'altro che semplice ⁽³¹⁾.

L'incontro tra empiria e dommatica nel processo penale è di quelli che non è possibile evitare. La « più ampia conoscenza del fatto in quanto accadimento storico ed una visione il più possibile esaustiva della personalità dell'agente e delle condizioni della sua esistenza individuale e sociale appaiono l'indispensabile premessa di qualunque concezione degli scopi del processo che si ritenga obbligata all'idea di giustizia » ⁽³²⁾. Il principio della c.d. verità materiale — ci si affretta però subito ad aggiungere — non può tuttavia valere « illimitatamente » ⁽³³⁾; il problema è che porre questi limiti — dove, quali, quanti — non è per nulla scontato, e non c'è fase o attività processuale che non lo confermi. Non può essere certo questa la sede per ricapitolare o comunque riprendere questa discussione nei suoi aspetti generali ⁽³⁴⁾; per ciò che qui serve, basterà ricordarne uno dei capitoli più scottanti, e perciò più emblematici: questo capitolo concerne l'accertamento processuale degli elementi soggettivi del reato.

Dolo, colpa, motivi a delinquere, coscienza dell'illiceità: non v'è processo penale che con queste o altre realtà psichiche individuali non debba in qualche modo confrontarsi. Che questo confronto sia agevole, o che di fatto comunque si svolga senza grossi intoppi, sarebbe difficile da sostenere anche per l'osservatore più superficiale o più benevolmente disposto. La realtà di

⁽³¹⁾ Il riferimento è soprattutto alle posizioni assunte da F. SACK nel lavoro cit. in n. 30. È tuttavia lecito affermare che queste sono ampiamente rappresentative di orientamenti piuttosto diffusi nell'area concettuale della criminologia « critica »).

⁽³²⁾ Così D. KRAUSS, *Das Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozess*, in: *Fest. für F. Schaffstein*, 1975, (411 s.) 411.

⁽³³⁾ D. KRAUSS, op. loc. ult. cit.

⁽³⁴⁾ A questo riguardo v. soprattutto K. VOLK, *Wahrheit und materielles Recht im Strafprozess*, 1980.

questo confronto, com'è noto, ha un volto estremamente diverso. Nessuna meraviglia, perciò, che il progressivo ampliamento delle conoscenze acquisite sul terreno psicologico e psichiatrico si sia tradotto, alla lunga, in una vigorosa polemica all'indirizzo della scienza giuridico-penale, accusata di preoccuparsi molto di distribuire 'etichette psicologiche' secondo criteri tutt'altro che scientifici, e di preoccuparsi piuttosto poco — invece — di ricostruire con metodologie e tecniche effettivamente affidabili la realtà psichica delle condotte sottoposte a processo ⁽³⁵⁾. Dinanzi ad accuse del genere, la costruzione di una prima linea di difesa è stata, tutto sommato, abbastanza agevole: con i suoi elementi soggettivi il diritto penale non si cura tanto di « psicologizzare », è stato detto, quanto piuttosto di « normativizzare »: nel senso che concetti come dolo, intenzione e simili « non hanno affatto la funzione precipua di cogliere una certa realtà, bensì invece quella di definire un accadimento dal punto di vista dommatico — e cioè in un modo predeterminato giuridicamente » ⁽³⁶⁾. La tendenza della prassi a non formalizzarsi troppo sull'accertamento degli stati psichici individuali avrebbe dunque una fondata ragione d'essere ⁽³⁷⁾. Tutto vero, o almeno plausibile. Ma con ar-

(35) Così soprattutto K. D. OPP, *Soziologie im Strafprozess*, cit. n. 6, 24 ss.; B. HAFKE, *Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie*, in: H. JÄGER (Hrsg) *Kriminologie*, cit. n. 6 (133 ss.) 135 ss. Il rapporto del penalista con la scienza « istituzionalmente » competente allo studio delle realtà psichiche individuali non è mai stato, del resto, tra i più agevoli. Sottolineava PLATZGUMMER, nel 1964, che il disagio della scienza penale verso una « psicologia troppo razionalistica ed intellettualistica » sembrava dovesse viepiù aumentare (*Die Bewusstseinsform des Vorsatzes*, 36).

(36) Queste affermazioni appartengono a D. KRAUSS, *Das Prinzip der materiellen Wahrheit*, cit. n. 32, 416. Il che significa, dunque, che una « notevole perdita di contenuti reali » è assolutamente inevitabile (419).

(37) Cfr. H. JÄGER, *Subjektive Verbrechensmerkmale und psychologische Wahrheitsfindung*, in: *MsrchKrim.* 1978, (297 ss.) 299. Un atteggiamento, questo della prassi, che non sempre ha incontrato forti opposizioni da parte della dottrina degli elementi soggettivi del reato: la dommatica del dolo, ad esempio, « col termine *volere* introduce solo una parola il cui contenuto originario viene poi corretto di caso in caso secondo le esigenze dell'applicazione del diritto, di modo che ciò che esso indica

gomentazioni del genere è necessaria la massima prudenza: basta infatti assai poco a svilupparle fino al punto in cui gli elementi soggettivi del reato finiscano per diventare, in sostanza, null'altro che « ' titoli ' per determinate premesse della valutazione giuridica delle azioni umane », « titoli » i cui contenuti poco o nulla sarebbero forniti dalla competente scienza empirica: il diritto penale avrebbe piuttosto una sua « psicologia esoterica » (³⁸).

Un diritto ed un processo penale così inaspettatamente alleggeriti da ogni residuo ' scrupolo ' empirico non sono affatto impossibili da immaginare: forse sono addirittura il diritto e il processo penale che, come taluno ritiene (³⁹), vengono praticati già oggi, ogni giorno, fuori e dentro le aule di giustizia. Se così fosse, bisognerebbe allora che il giurista — e soprattutto il giurista penale — dopo aver sdegnosamente respinto le ben note tesi di *Luhmann* circa la natura e le funzioni del processo — e soprattutto la tesi concernente l'assenza, tra queste funzioni, del raggiungimento di obiettivi quali « accertamento della realtà », « realizzazione della giustizia », etc. (⁴⁰) — bisognerebbe dunque che il giurista si affretti almeno a dargli ragione (⁴¹). Se invece così non fosse — e non può né deve essere (⁴²) — si tratta invece

alla fine è un « volere in senso giuridico » (così E. SCHMIDHÄUSER, *Vorsatzbegriff und Begriffsjuriprudenz im Strafrecht*, 1968, 13). Per una corretta impostazione dei problemi di accertamento del dolo v. invece A. PECORARO-ALBANI, *Il dolo*, 1955, 602 ss.; BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, 1960, 2 ss. e passim; CALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, 1953, 14 ss. e passim.

(³⁸) Così P. BOCKELMANN, *Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie*, in: *Gedäch. für G. Radbruch*, 1968, (252 ss.) 253.

(³⁹) K. D. OPP, *Soziologie im Strafprozess*, cit. n. 6, 24 ss.

(⁴⁰) N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, III Aufl., 1978, 17 ss., 41 ss., 107 ss.

(⁴¹) Per la critica delle tesi di LUHMANN, v. soprattutto J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1972, 205 ss. e D. KRAUSS, *Das Prinzip der materiellen Wahrheit*, cit. n. 32, 420 ss.

(⁴²) C. ROXIN, *Recht und soziale Wirklichkeit im Strafverfahren*, in: *Kriminologie und Strafverfahren, Kriminologische Gegenwartsfragen Bd. 12*, Göppinger-Kaiser (Hrsg), 1976, (9 ss.) 22.

di riconoscere che il problema del corretto accertamento degli elementi soggettivi nel processo penale esiste, ed è necessario fare i conti con esso ⁽⁴³⁾. Pur con tutte le limitazioni ed i 'distinguo' che è senza dubbio impossibile eliminare, quella di prendere sul serio le realtà psicologiche cui connette così rilevanti e soprattutto così differenziate conseguenze, è tra le « ottimali stravaganze » ⁽⁴⁴⁾ che il diritto penale non può non permettersi.

Ma la discussione sull'accertamento delle realtà psicologiche nel processo penale non consente soltanto di mettere a fuoco in una prospettiva di maggior concretezza il problema del rapporto tra dottrina del diritto penale e scienze empiriche. Essa permette anche di intravedere — ciò che è forse ancor più importante — una direzione in cui cercare di superare l'*impasse*. Un modo di fare i conti col problema dell'accertamento e della valutazione dei dati empirici nella prassi del diritto penale sembrerebbe infatti abbastanza a portata di mano, tanto a portata di mano da essere stato ormai da tempo recepito un po' in tutti i sistemi di diritto penale, codificati e non: la presenza d'un 'esperto', quale appunto è il perito, non serve forse ad assicurare l'ingresso nel processo penale di dati e conoscenze « professionalmente » garantite? ⁽⁴⁵⁾ Non si tratterebbe di fare altro, in sostanza, che allargare opportunamente un varco che già c'è.

L'ampliamento potrebbe cominciare, per esempio, da quel settore nel quale unanime è il parere che l'apporto delle scienze

⁽⁴³⁾ V. di recente i lucidi scritti di H. JÄGER, *Subjektive Verbrechenmerkmale*, cit. n. 37, 299 ss. e M. WALTER, *Die Subjektive Struktur der Handlung und Strafrecht*, in: *Krim J.* 1981, 207 ss.: « la struttura delle realtà psichiche ... costituisce anche per il diritto penale il punto obbligato di partenza »: 208).

⁽⁴⁴⁾ L'espressione è di D. KRAUSS, *Das Prinzip der materiellen Wahrheit*, cit. n. 32, 418.

⁽⁴⁵⁾ Per tutti, C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 1982, 149: perito è chi agisce per incarico del giudice « sachkundig ».

empiriche, e della criminologia in particolare, è più che mai « indispensabile » ⁽⁴⁶⁾: se con un'opportuna 'apertura' all'empiria si potesse ottenere che la commisurazione giudiziale della pena si disincagliasse finalmente da quel *Dunkelfeld* della dommatica in cui ostinatamente rimane ⁽⁴⁷⁾, non sarebbe davvero un'impresa da poco. Del resto: la richiesta di fare spazio all'«esperto» nella determinazione della pena è stata già da più parti avanzata ⁽⁴⁸⁾, e per la condanna condizionale è stato addirittura proposto che sia messa « completamente nelle mani del criminologo » ⁽⁴⁹⁾. Ed in realtà: perché mai dovrebbe escludersi *a priori* l'utilità di innovazioni del genere? Ove riuscisse di superare gli evidenti problemi organizzativi e finanziari che ipotesi di questo tipo immancabilmente sollevano, non ci sarebbe davvero ragione per non verificarle con la dovuta attenzione. Una cosa però deve essere chiara fin d'ora: proposte del genere potrebbero forse aiutare a risolvere il problema di un più intenso afflusso di conoscenze empiriche nel diritto e nel processo penale, il che

⁽⁴⁶⁾ Da ultimo H. J. BRUNS, *Grundprobleme des Strafzumessungsrecht*, in: *ZStW* 94 (1982), (111 ss.) 117.

⁽⁴⁷⁾ L'espressione « *dogmatisches Dunkelfeld* » è di D. KRAUSS, *Das Prinzip der materiellen Wahrheit*, cit. n. 32, 426, in un contesto parzialmente diverso. L'avverbio « ostinatamente » non è qui adoperato a caso: la dommatica della commisurazione della pena ha compiuto un po' dappertutto, negli ultimi anni, passi che non è esagerato definire giganteschi. A puro titolo esemplificativo, si ricordano qui i lavori di E. DOLGINI (*La commisurazione della pena*, 1979), M. ROMANO (*Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in: *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, cit., 151 ss.) ed A. STILE (*Probleme und Besonderheiten der Strafzumessung in Italien*, in: *ZStW* 94, 1982, 173 ss.) in Italia; H. ZIFF (*Die Strafzumessung*, 1977) e C. ROXIN (*Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke*, in: *Lebendiges Strafrecht, Festgabe für H. Schultz*, 1977, 463 ss.) in Germania; D. M. LUCÓN PEÑA (*Medición de la pena y substitutos penales*, 1979) e J. M. GOMEZ BENITEZ (*Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena*, in: *Revista de la Facultad de derecho de la Univ. Complutense de Madrid*, 3, 1980, 129 ss.) in Spagna.

⁽⁴⁸⁾ K. LÜDERSSEN, *Einführung*, in: *Abweichendes Verhalten* I, cit. n. 30, 9 e D. KRAUSS, *Das Prinzip der materiellen Wahrheit*, cit. n. 32, 430-1.

⁽⁴⁹⁾ Così D. KRAUSS, *Die strafrechtliche Problematik kriminologischer Ziele und Methoden*, 1971, 43.

non è certo piccola cosa. Ma non spostano di una virgola i termini della questione di fondo, quali sono emersi finora: e cioè appunto quale sia il tipo di rilevanza *normativa* che al dato empirico debba essere riconosciuta quando lo si inserisca nel meccanismo dommatico — legato cioè a principi e punti di vista « precostituiti » — indispensabile all'attuazione del diritto.

Una cosa è infatti certa: il modello positivizzato in diversi sistemi processuali europei, tra cui quello italiano, non serve affatto a risolvere il problema, bensì tutt'al più a coprirlo. L'esperto ' riceve dal giudice la definizione del compito da assolvere, ed al giudice consegna il materiale empirico che questi si incaricherà di elaborare all'interno dei criteri normativi da cui trarrà infine la disciplina legale dell'accadimento: questo modello può sopravvivere solo finché riuscirà a non accorgersi delle ' finzioni ' su cui è costruito. La prima finzione è evidentemente quella che — soprattutto nei complicati accertamenti per i quali è chiamato oggi il perito, ma non certo solo per essi — sia il giudice a « dirigere » ⁽⁵⁰⁾ l'esperto e non viceversa: a meno che non si voglia con ciò semplicemente significare che a quest'ultimo vengono posti dei quesiti, quesiti che egli però elaborerà e maneggerà secondo criteri di giudizio che lui soltanto sarà in grado di decidere, perché saranno i criteri e le leggi della scienza empirica di cui lui è conoscitore ⁽⁵¹⁾. La seconda finzione è poi ancor più macroscopica: che la competenza a decidere rimanga comunque ' tutta intera ' nella mani del giudice, al quale sarebbe appunto riservato il compito di « sottoporre a giudizio » le conclusioni del perito ⁽⁵²⁾, è un'illusione

⁽⁵⁰⁾ Così l'art. 317 c.p.p.

⁽⁵¹⁾ V. per tutti, D. KRAUSS, *Richter und Sachverständiger im Strafrecht*, in: *ZStW* 85 (1973), (320 ss.), 323 ss. Da ultimo sottolinea S. BARTON, *Der psychowissenschaftliche Sachverständiger im Strafverfahren*, 1983, 29, che a nessun giudice è ancora riuscito di mettere piede realmente nella « camera obscura » in cui il perito psichiatra lavora, cosicché da tempo vi si è del tutto rinunciato.

⁽⁵²⁾ G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, II, 1961, 201.

tramontata da un pezzo. La verità è infatti un'altra: aperto al perito l'ingresso nel processo penale, gli è in realtà quanto meno attribuito — di fatto — il potere di « pregiudicare » ⁽⁵³⁾ la soluzione del caso *sub judicio*, in non pochi casi gli è invece trasferita — in sostanza — la competenza a « 'decidere' » del processo ⁽⁵⁴⁾. Assai più che « un ausilio » del giudice penale, il perito si è da tempo trasformato nel suo più agguerrito « concorrente » ⁽⁵⁵⁾.

Soluzioni a questo vecchio dilemma sono tutt'altro che in vista. Palliativi vengono ricercati nel passaggio dal fuorviante modello « decisionistico » ad uno di tipo « prammatico »: ancora una volta insomma si punta — né si vede cos'altro si potrebbe fare — sulla carta della « cooperazione » ⁽⁵⁶⁾. Nelle persone del giudice e del perito, dommatica del diritto penale e scienze empirico-criminali sono 'condannate', ancora una volta, a stabilire un leale rapporto di *Partnerschaft* ⁽⁵⁷⁾. Con il che si riconduce il problema al suo nodo centrale: come il cane che rincorre sé stesso, e riesce infine ad addentarsi la coda.

4. - *La giurisprudenza 'dinanzi alle porte della sociologia': le ragioni di un'offerta e di un rifiuto.*

Diritto penale e criminologia devono collaborare, non c'è altra alternativa. Ma chi stabilisce le regole di questa collaborazione, chi ne dirime le mille inevitabili controversie? I più

⁽⁵³⁾ D. KRAUSS, *Kriminologie und Strafrecht*, in: *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, I, D. GRIMM (Hrsg), 1973, 259.

⁽⁵⁴⁾ G. KAISER, *Kriminologie*, 1980, 61.

⁽⁵⁵⁾ G. KAISER, op. loc. ult. cit.

⁽⁵⁶⁾ G. KAISER, op. loc. ult. cit.

⁽⁵⁷⁾ D. KRAUSS, *Die strafrechtliche Problematik*, cit. n. 49, 43, e dello stesso, per un più approfondito esame dei problemi connessi a questo sviluppo, *Richter und Sachverständiger*, cit. n. 51, 320 ss., soprattutto 347 ss.

recenti sviluppi della discussione dimostrano che un arbitro di fiducia delle parti non è stato ancora trovato: l'« immensa distanza » che già oggi le separa è perciò inevitabile che debba vieppiù incrementarsi ⁽⁵⁸⁾. Una realtà a dir poco deprimente: scienza del diritto penale e criminologia costituiscono ormai « due enormi blocchi di conoscenze e di letteratura », ciascuno dotato di una quantità di materiale semplicemente impressionante, ma due blocchi giustapposti, « senza alcuno scambio produttivo e pressoché privi di reciproca influenza » ⁽⁵⁹⁾. Una realtà deprimente, ma tutt'altro che scevra di pericoli: dovessero definitivamente fallire i tentativi di integrare nel 'palazzo' della scienza giuridico-penale teorie ed acquisizioni maturate sul terreno della ricerca empirica, ciò non potrebbe non aggravare tensioni, non potrebbe non deludere pesantemente aspettative che la criminologia ha sicuramente alimentato soprattutto nella prassi del diritto penale più sensibile ai 'materiali' su cui lavora ⁽⁶⁰⁾.

Per quel che la riguarda, la giurisprudenza farà dunque bene a presentarsi al più presto « dinanzi alle porte della sociologia » ⁽⁶¹⁾. Soprattutto alcuni settori della più moderna dommatica del diritto penale hanno del resto manifestato, in questi ultimi tempi, le più serie intenzioni in tal senso, 'aprendo' alla criminologia anche su terreni dove appena pochi anni fa ciò sarebbe stato impensabile, prima ancor che impossibile ⁽⁶²⁾. Bi-

⁽⁵⁸⁾ H. JÄGER, *Subjektive Verbrechenmerkmale*, cit. n. 37, 297.

⁽⁵⁹⁾ H. JÄGER, op. ult. cit., 298; nello stesso senso v. anche W. MAIHOFER, *Gesamte Strafrechtswissenschaft*, in: *Fest. für H. Henkel*, 1974, 75.

⁽⁶⁰⁾ V. B. HAFKE, *Strafrechtsdogmatik*, cit. n. 35, 134; H. JÄGER, op. loc. ult. cit.

⁽⁶¹⁾ Raccogliendo la recente esortazione fatta da K. LÜDERSSEN: *Erfolgszurechnung und « Kriminalisierung »*. *Die Jurisprudenz vor den Toren der Soziologie. Forschungsfragen an die Adresse der Kriminologen*, in: *Fest. für P. Bockelmann*, 1979, 181 ss.

⁽⁶²⁾ V. appunto il lavoro di K. LÜDERSSEN, circa i meccanismi sociali e giuridici di imputazione dell'evento: *Erfolgszurechnung*, cit. n. 61.

lanci è senza dubbio prematuro farne, è invece certamente opportuno registrare subito almeno le più rilevanti tra le indicazioni che è già possibile intravedere.

« Per comprendere la realtà sociale in cui operano e di cui sono essi stessi corresponsabili, i giuristi devono utilizzare anche metodologie ed acquisizioni delle scienze affini »: il riferimento alle « scienze sociali » viene inteso nella sua accezione più ampia ⁽⁶³⁾. A questa premessa programmatica — cui non può davvero portarsi il rimprovero di attestarsi su ' mezze misure ' — si richiamano i più recenti tentativi di svincolare il dibattito dal livello della mera speculazione teorica, e verificare invece le *chances* di integrazione tra dottrina penale e scienze empiriche su un complesso di temi accuratamente delimitati ⁽⁶⁴⁾. I risultati, in verità, non sono sempre stati pienamente confortanti: spesso lo sforzo integrativo è palesemente rimasto una pura intenzione ⁽⁶⁵⁾. Ma al di là di questo: ciò che qui interessa in particolar modo notare è che dal lavoro in dettaglio non si è riusciti ad enucleare alcuna prospettiva *generale* di integrazione. Proprio da parte di chi questi tentativi aveva programmato e diretto si è dovuto infatti constatare che era purtroppo mancato un « consistente quadro di riferimento » ⁽⁶⁶⁾, e che quanto me-

(63) Così la presentazione di N. HORN al volume: *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, Bd. III, *Strafrecht*, 1978, HASSEMER-LÜDERSSEN (Hrsg.), VI. Una eguale dichiarazione d'intenti in: K. LÜDERSSEN, *Einführung, Abweichendes Verhalten* I, cit. n. 30, 27 ss.

(64) V. soprattutto i volumi: *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, Strafrecht*, cit. n. 63, e: *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, cit. n. 6.

(65) V. per esempio come la prospettiva sviluppata da W. HASSEMER nel suo contributo al lavoro: *Soziale Reaktion auf Abweichung und Kriminalisierung durch den Gesetzten*, svolto in coordinazione con H. STEINERT e H. TREIBER - il titolo del contributo di HASSEMER è: *Das Strafrecht im System der sozialen Kontrolle*, in: *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, cit. n. 63, 45 ss. — non svolge alcun ruolo nell'impostazione seguita appunto da STEINERT e TREIBER (4-45), e viceversa. Tra i due contributi non c'è alcuna « comunicazione ».

(66) Così F. SACK, *Probleme der Kriminalsoziologie*, in: *Handbuch der empirischen Sozialforschung*, R. KÖNIC (Hrsg.), Bd. 12, 1978, 404.

no a breve e media scadenza sarà bene non far troppo affidamento sulle possibilità di sviluppare un « modello organizzativo unitario » realmente capace di gestire l'integrazione tra giurisprudenza e scienze empiriche ⁽⁶⁷⁾.

La domanda è perlomeno scontata: cos'è dunque che impedisce così ostinatamente la costruzione di un « consistente quadro di riferimento », cos'è che ostacola lo sviluppo di un « modello organizzativo unitario »? In termini più generali: perché « gli incontri tra diritto penale e criminologia sono sempre stati così conflittuali, e forse addirittura così dovevano essere » ⁽⁶⁸⁾?

Diffidenze reciproche — ' i giuristi si identificano con le norme vigenti ' ⁽⁶⁹⁾, ' i criminologi in fondo stanno dalla parte di chi viola la legge ' ⁽⁷⁰⁾ — conflitti oggettivamente connessi alla diversità delle metodologie e degli scopi ⁽⁷¹⁾: di questi ed altri fattori disfunzionali ad una « convivenza senza problemi » ⁽⁷²⁾ si è già detto, ed è appena opportuno ripetere. Tutto vero, ma sono solo *con-cause* che non spiegano fino in fondo il fenomeno. Quanto poi all'ultima ipotesi, che nei contrasti tra diritto penale e criminologia vede il riflesso della crescente « minaccia » cui le acquisizioni delle scienze sociali sottoporreb-

⁽⁶⁷⁾ Così HASSEMER-LÜDERSSEN, *Einleitung*, in: *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, cit. n. 63, XIV.

⁽⁶⁸⁾ Così da ultimo G. KAISER, *Kriminologie*, cit. n. 54, 46.

⁽⁶⁹⁾ F. SACK, *Die Chancen der Kooperation*, cit. n. 30, 349-50.

⁽⁷⁰⁾ Così riporta l'accusa, senza condividerla, K. LÜDERSSEN, in: *Einführung, Abweichendes Verhalten I*, cit. n. 30, 23.

⁽⁷¹⁾ Per tutti, D. KRAUSS, *Die strafrechtliche Problematik*, cit. n. 49, passim, e *Kriminologie und Strafrecht*, in: D. GRIMM (Hrsg.), *Rechtswissenschaft*, cit. n. 3, 256 ss.

⁽⁷²⁾ La metafora è di v. BEMMELEN, *Strafrecht und Kriminologie*, in: *Msch-Krim* 1967, 99 ss.: il rapporto tra diritto penale e criminologia somiglia ad un matrimonio tra un vecchio marito geloso — il diritto penale — ed una giovane moglie attraente — la criminologia: un matrimonio in cui si litiga molto e tutti si chiedono: « cosa lascia sopravvivere la criminologia del diritto penale? »

bero la base empirica del diritto positivo ⁽⁷³⁾, è ormai agevole comprendere che non ha in realtà alcun fondamento: pur giusta la premessa, che andrebbe comunque assai precisata, essa dimentica tuttavia che dati empirici *di per sé* non sono mai idonei a smentire — né a confermare né a minacciare — la validità di scelte normative: decisiva è sempre la valutazione del dato, la cui rilevanza discende solo dal suo inserimento in un complesso di elementi ben più articolato dell'informazione empirica trasmessa dal dato stesso ⁽⁷⁴⁾.

I più recenti svolgimenti del dibattito, cui si faceva poc'anzi riferimento, consentono forse di enucleare almeno un'altra delle con-cause, e non delle più marginali, che decisamente non favoriscono la ricerca del « modello organizzativo unitario » di cui a ragione si lamenta l'assenza.

Almeno il penalista che più di una volta si è presentato 'alle porte della sociologia' ha dimostrato in maniera non equivoca l'esistenza di un reale interesse alla discussione con il partner 'empirico' ⁽⁷⁵⁾. Nel bagaglio di questo penalista era del resto da tempo la consapevolezza che la realizzazione dell'antico progetto della *gesamten Strafrechtswissenschaft*, resa ormai indifferibile dal massiccio sviluppo del diritto penale retributivo

(73) U. NEUMANN- U. SCHROTH, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, 1980, 1 ss.

(74) Una critica per molti aspetti simile è quella che deve muovere K. LÜDERSSEN, (« *Zuschreibung* » *kriminalpolitischer Positionen - ein neuer Zweig des Definitionansatzes?*, in: *Nutzen und Nachteil*, cit. n. 6 II Bd., (430 ss.) 432 s.) a BLANKENBURG-STEINERT-TREIBER (*Empirische Rechtssoziologie und Strafrechtsdogmatik*, in: *Nutzen und Nachteil*, cit. n. 6, (396 ss.) 405 ss.) che con troppa disinvoltura dall'acquisizione del dato empirico trasferiscono le conclusioni sul piano delle valutazioni normative.

(75) Il riferimento più immediato è a K. LÜDERSSEN ed alla scuola penalistica di Francoforte, che hanno guidato i recenti, ripetuti tentativi di « integrazione » con i criminologi e gli altri esponenti delle scienze empirico-sociali capeggiati da F. SACK. Si è tuttavia già osservato che è però tutta la moderna dottrina penalistica ad essersi impegnata sul piano del confronto con le scienze sociali.

verso il diritto penale della risocializzazione, è pensabile soltanto in presenza di un simultaneo, sostanziale aggiornamento della componente *dommatica* di un tal modello integrato ⁽⁷⁶⁾. Una dommatica del reato di stampo « monistico », e cioè « unilateralmente orientata al *fatto* », non può essere infatti un partner idoneo nella prospettiva dell'auspicata integrazione: il suo interesse per l'*autore* e per la sistematica delle sanzioni è, sotto questo profilo, fin troppo insufficiente ⁽⁷⁷⁾. Partner idoneo non può che essere una dommatica appunto « dualistica »: una dommatica che può venire « scientificamente » sviluppata « in tutti i suoi aspetti normativi e fattuali », soltanto lavorando a stretto contatto di gomito con discipline che si chiamano: criminologia, penologia, politica criminale ⁽⁷⁸⁾.

Con la flessibilità che anche da questa consapevolezza discende, il giurista si è presentato 'alle porte della sociologia', dove ha formulato alcune precise richieste ed ha prospettato la sua valutazione della situazione di partenza ⁽⁷⁹⁾. Quanto alle richieste: a) il penalista ha bisogno di un interlocutore che conosca la realtà normativa con cui viene a contatto ed i problemi della scienza dommatica che con questa appunto lavora; b) una scienza empirica realmente interessata ad influenzare la prassi del diritto penale deve ampliare consistentemente il suo orizzonte di ricerca: la tattica del 'non intervento' sulla gran parte delle questioni che affliggono i giuristi, tattica spesso integrata dalla critica *ex post* al prodotto finito, alla larga non giova a nessuno ⁽⁸⁰⁾. Quanto alla diagnosi della situazione di partenza: l'integrazione tra prassi del diritto penale e criminologia è at-

⁽⁷⁶⁾ Con particolare chiarezza, v. da ultimo W. MAIHOFFER, *Gesamte Strafrechtswissenschaft*, in: *Fest. für H. Henkel*, 1974, 75.

⁽⁷⁷⁾ W. MAIHOFFER, op. loc. ult. cit.

⁽⁷⁸⁾ Lucidamente, W. MAIHOFFER, op. loc. ult. cit.

⁽⁷⁹⁾ K. LÜDERSEN, *Einführung*, in: *Abweichendes Verhalten* I, cit. n. 30, 7 ss.

⁽⁸⁰⁾ K. LÜDERSEN, op. ult. cit., 22-3-4.

tualmente impraticabile già per la sola ragione che — tra l'altro — « non è ancora sufficientemente amplia la quantità di conoscenze empiriche direttamente trasferibili nella prassi giudiziaria ». Anche se — riconosce onestamente il giurista — è tutt'altro che facile stabilire cosa debba ancora fare la criminologia affinché le sue acquisizioni siano « sufficientemente praticabili » ⁽⁸¹⁾. Questo va posto dunque tra gli altri oggetti della discussione.

La replica del sociologo non si è fatta attendere, ed è stata chiara ed esplicita, come le domande che gli venivano poste ⁽⁸²⁾. Essa ruota intorno ad una posizione centrale, cui si riconnette — a mo' di cerchi concentrici — una complessa rete argomentativa, nella quale non sempre è agevole discernere le verità ' rivelate ' da quelle altresì ' dimostrate '. Qui interessa sottolineare soltanto alcuni punti. Innanzitutto la tesi centrale: l'affermazione secondo cui mancherebbero tuttora conoscenze empiriche sufficienti ad esigere sostanziali cambiamenti della prassi applicativa è « *unfair* », essa cela in realtà un « doppio fondo » ⁽⁸³⁾. Da una parte, infatti, pretende di sottoporre l'affidabilità dei risultati delle scienze empiriche ad un esame teorico-scientifico di tipo « neo-positivistico » che esse non potranno mai superare, e dall'altra parte fa aleggiare, nei confronti di posizioni scientifiche che si rifiutino di accettare « senza condizioni » il vaglio di « criteri di effettività ed esattezza di stampo neo-positivistico », il sospetto che esse siano in realtà ideologicamente motivate ⁽⁸⁴⁾. Lo scopo: con argomenti del genere ciò che il giurista vuole è semplicemente sbarrare il passo all'« irruzione » della criminologia nella scienza del diritto penale: e per far ciò non

⁽⁸¹⁾ K. LÜDERSSEN, op. ult. cit., 22.

⁽⁸²⁾ F. SACK, *Die Chancen der Kooperation zwischen Strafrechtswissenschaft und Kriminologie*, cit. n. 30, 346 ss.

⁽⁸³⁾ F. SACK, op. ult. cit., 351.

⁽⁸⁴⁾ F. SACK, op. ult. cit., 351 ss.

indugia certo a distinguere tra risultati più « sicuri » e risultati meno « sicuri » della ricerca empirica: preferisce respingerli in blocco ⁽⁸⁵⁾. La ragione: al fondo, è il diverso atteggiamento del sociologo verso la « norma » ciò che infastidisce e preoccupa il giurista: ivi è la fonte del loro insanabile contrasto circa il significato e la funzione della dommatica ed in particolare della dommatica giuridico-penale ⁽⁸⁶⁾. La pretestuosità dell'argomento del giurista: se il materiale prodotto dalle scienze empirico-sociali è giudicato 'scadente' perché non utilizzabile in sede applicativa, sarebbe interessante sapere se un simile metro vale anche per i « prodotti » delle scienze giuridiche; il sospetto è insomma — detto in più chiare lettere — che si usino in realtà due pesi e due misure ⁽⁸⁷⁾. La conclusione: il sociologo che accetti il dialogo col giurista si sente presto compresso in una struttura comunicativa di tipo « *double bind* », nella quale cioè riceve segnali continuamente contraddittori, di invito e simultaneamente di ripulsa ⁽⁸⁸⁾. C'è da chiedersi se la cooperazione tra sociologi e giuristi più che difficile non sia invece impossibile ⁽⁸⁹⁾.

5. - *Sulle insufficienze della metodologia di lavoro del sociologo: critica del diritto penale e disimpegno nella ricerca di proposte alternative?*

Il giurista che si era ripresentato « alle porte della sociologia » ha dovuto ancora una volta constatare che non esiste attualmente — né a breve né a media scadenza — una solida base

⁽⁸⁵⁾ F. SACK, op. ult. cit., 352.

⁽⁸⁶⁾ F. SACK, op. ult. cit., 353 ss.

⁽⁸⁷⁾ F. SACK, op. ult. cit., 358.

⁽⁸⁸⁾ F. SACK, op. ult. cit., 356. Cfr. al proposito S. QUENSEL, *Zur Double-bind-Situation von F. Sack*, in: *Mschkrim.* 1979, 45 ss.

⁽⁸⁹⁾ F. SACK, op. ult. cit., 349-50.

« per un lavoro comune orientato alla riforma penale » ⁽⁹⁰⁾: la via da percorrere è lunga, ed il cammino « cosparso di spine » ⁽⁹¹⁾. Più che altro con l'ottimismo della volontà, egli ha tuttavia ribadito la convinzione che è possibile andare avanti, « passo per passo » ⁽⁹²⁾. Un atteggiamento del genere non può che essere condiviso: la discussione è appena agli inizi, il tempo in cui possa dirsi, da una parte e dall'altra, qualche parola seriamente conclusiva è ancora ben lontano. Ciò posto, è tuttavia opportuna qualche breve considerazione.

Al sociologo bisogna dare sicuramente ragione quando lamenta che non si distingue abbastanza tra acquisizioni delle scienze empiriche 'più' sicure ed altre invece 'meno' sicure. Che ciò avvenga allo scopo di arrestare l'avanzata della criminologia verso « le porte della giurisprudenza », è possibile, ma piuttosto improbabile. O per lo meno: è improbabile da parte di 'quel' giurista che utilizza come criterio di misura la trasferibilità delle acquisizioni empiriche sul terreno della prassi giudiziaria. L'infastidita reazione con cui il sociologo rifiuta di subordinare la validità del suo prodotto ad un metro del genere, lascia emergere in tutta la sua portata una barriera comunicativa che è il riflesso di una diversa mentalità, e di una diversa metodologia di lavoro.

Il lavoro del giurista è sempre anche orientato alla guida ed al controllo dell'agire *pratico*, in particolar modo al controllo ed alla guida dell'attività di applicazione del diritto ⁽⁹³⁾. Tra i criteri della sua scienza egli non può non inserire la riflessione sulle condizioni di fruibilità delle sue acquisizioni: soprattutto

⁽⁹⁰⁾ K. LÜDERSSEN, *Kollektive Zurechnung - individualisierende Haftung. Ein « Grundwiderspruch » der modernen Kriminalpolitik?*, in: *Nutzen und Nachteil*, cit. n. 6, Bd. II, (737 ss.) 742-3.

⁽⁹¹⁾ K. LÜDERSSEN, op. ult. cit., 737.

⁽⁹²⁾ K. LÜDERSSEN, op. ult. cit., 740.

⁽⁹³⁾ Per tutti, v. con particolare chiarezza W. NAUCKE, *Strafrecht, eine Einführung*, IV Aufl., 1982, 15 ss.

l'*Entscheidungszwang* della prassi costituisce il limite che non può superarsi, pena l'irrilevanza normativa del prodotto, e la conseguente marginalizzazione nella *community of legal science* ⁽⁹⁴⁾. Il « sovrano distacco » ⁽⁹⁵⁾ con cui le scienze empiriche esercitano la loro (spesso) giustificata critica a questo o quel bastione del sistema penale, e della scienza che lo ha faticosamente elaborato, è un lusso che il penalista non può davvero permettersi. Per la critica penale, che da sempre è parte non secondaria del suo lavoro, egli ha dovuto perciò sviluppare un'apposita metodologia, che non a caso ha centrato sull'*argumentum de lege ferenda*: un'argomentazione, cioè, strutturalmente orientata alla proposizione di *alternative* ⁽⁹⁶⁾.

Gli sviluppi della discussione su: abolizione o mantenimento del principio di colpevolezza?, sono al riguardo un esempio sempre attuale, e più che mai illuminante ⁽⁹⁷⁾. Il penalista si è guardato bene dal rifuggire il dibattito su un tema che rimane « una delle principali controversie » ⁽⁹⁸⁾ con il criminologo, i cui argomenti sono numerosi e tutt'altro che irrilevanti ⁽⁹⁹⁾. Si è affrettato però, il penalista, ad integrare il quesito: come garantire l'irrinunciabile funzione *limitativa* che questo principio al-

⁽⁹⁴⁾ Similmente, K. LÜDERSSEN, op. ult. cit., 739.

⁽⁹⁵⁾ L'espressione è usata da W. HASSEMER per definire appunto l'atteggiamento del sociologo nella discussione sui principi basilari del sistema penale: *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch*, in: *Vom Nutzen und Nachteil*, cit. n. 6, Bd. 1, (229 ss.) 230.

⁽⁹⁶⁾ Sulla struttura e la funzione di questo tipo di argomentazione, v. di recente O. WEINBERGER, *Zur Theorie der Gesetzgebung*, in: J. MOKRE/O. WEINBERGER (Hrsg.), *Rechtsphilosophie und Gesetzgebung*, 1976, (173 ss.) 180 s. e 185 ss.

⁽⁹⁷⁾ Una lucida sintesi di questi sviluppi, da prospettive diverse, è fatta di recente da G. JAKOBS, *Strafrecht A. T.*, 1983, 385 ss. e W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, 202 ss., soprattutto 210 ss.

⁽⁹⁸⁾ L'espressione è di F. SACK, *Probleme der Kriminalsoziologie*, cit. n. 66, 404.

⁽⁹⁹⁾ V. ad esempio F. SACK, *Kriminalität als gesellschaftliche Legitimierungsproblematik - Kriminologie als Legitimierungswissenschaft*, in: *Recht und Politik*, 1975, (19 ss.) soprattutto 23 ss.

meno in parte assicura? ⁽¹⁰⁰⁾ Le proposte all'ordine del giorno — leggi: principio di proporzionalità ⁽¹⁰¹⁾ — vengono seriamente considerate, ma non sembrano per il momento in grado di garantire più efficaci servizi ⁽¹⁰²⁾. Non risulta invece, per la verità, che il sociologo abbia finora dedicato alla proposizione di alternative praticabili le energie che ha così opportunamente destinato alla critica. Con ancor minor « distacco » può poi riuscire al giurista di discutere sul principio dell'imputazione soggettiva. Ancora una volta: è sicuramente opportuno e necessario metterne ben in chiaro i limiti e le numerose insufficienze ⁽¹⁰³⁾. È emblematico, tuttavia, che al pacato « distacco » con cui il criminologo da un parte prende atto della mancanza di un'approfondita « elaborazione sociologica e teorica » degli approcci critici al principio in questione e dall'altra parte conferma il suo « scetticismo » circa l'opportunità di parlarne solo dall'interno della prospettiva di un affinamento del principio stesso ⁽¹⁰⁴⁾, fa riscontro la reazione del giurista che ha immediatamente incluso nella discussione le *alternative* al sistema dell'imputazione soggettiva ⁽¹⁰⁵⁾.

Il problema vero è dunque un altro. Tanto criticabile è una criminologia indifferente all'utilizzabilità del suo lavoro per la prassi del diritto penale, quanto una dommatica che si esponga alla stessa censura. Non il ritiro del criterio della « trasferibili-

⁽¹⁰⁰⁾ Con particolare chiarezza, C. ROXIN, *Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip*, in: *MschriKrim.* 1973, (316 ss.) 318 s.

⁽¹⁰¹⁾ G. ELLSCHIED/W. HASSEMER, *Strafe ohne Vorwurf*, ora in: *Seminar: Abweichendes Verhalten* I, cit. n. 30, (266 ss.) 281 ss.

⁽¹⁰²⁾ ART. KAUFMANN, *Schuldprinzip und Verhältnismässigkeitsgrundsatz*, in: *Fest. für R. Lange*, 1976, 27 ss.

⁽¹⁰³⁾ V. per esempio P. STRASSER, *Sich beherrschen können. Resignative Bemerkungen zu einem altehrwürdigen problem*, in: *Vom Nutzen und Nachteil*, Bd. I, cit. n. 6, 143 ss.

⁽¹⁰⁴⁾ F. SACK, *Die Chancen der Kooperation*, cit. n. 30, 363-4.

⁽¹⁰⁵⁾ Da ultimo K. LÜDERSEN, *Der Freiheitsbegriff der Psychoanalyse und seine Folgen für das moderne Strafrecht*, in: HASSEMER-LÜDERSEN-NAUCKE, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, 1983, (67 ss.) 70 ss.

tà » bensì invece la sua intransigente applicazione anche ai materiali della scienza giuridica: questa la richiesta su cui deve attestarsi il criminologo realmente interessato alla razionalizzazione ed alla critica costruttiva del sistema penale di controllo sociale. Quanto utile e vantaggioso sarebbe per tutti che egli si attestasse su una richiesta del genere, è del resto agevole comprendere se soltanto si dà uno sguardo alla 'qualità' della produzione dommatica su un terreno di fondamentale importanza, qual è quello della distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente: su questo sottile spartiacque corre infatti assai spesso addirittura la distinzione tra: punibilità/non punibilità della condotta ⁽¹⁰⁶⁾.

6. - *La precarietà del rapporto tra scienza del diritto penale e prassi applicativa: la teoria della delimitazione tra dolo eventuale e colpa cosciente. Ovvero: le 'occasioni perdute' per la critica criminologica alla dommatica del diritto penale.*

Al penalista potrebbe domandarsi, in particolare, come egli pensa che possano 'trasferirsi' nella prassi applicativa criteri discretivi fondati sul convincimento dell'agente circa la *probabilità* dell'evento ⁽¹⁰⁷⁾, o su una valutazione di mera *possibilità* del subentrare del medesimo ⁽¹⁰⁸⁾, ovvero ancora sull'*indifferenza* verso di esso ⁽¹⁰⁹⁾, o meglio sull'*approvazione* dello stesso ⁽¹¹⁰⁾, o

⁽¹⁰⁶⁾ Così è per tutte quelle condotte che sono previste come reato solo per l'ipotesi dolosa: cfr. M. GALLO, *Il dolo*, cit. n. 37, 99, n. 98.

⁽¹⁰⁷⁾ Così, in particolare modo, H. MAYER, *Strafrecht A. T.*, 1953, 250.

⁽¹⁰⁸⁾ V. in proposito G. STRATENWERTH, *Strafrecht A. T.* III Aufl., 1981, 109 ss. e RUDOLPHI, in: *Systematischer Kommentar, StGB, III Aufl.*, 1983, 65 s.: ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale P. G.*, 9 ed., 1982, 299.

⁽¹⁰⁹⁾ Soprattutto K. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit* 1933, 186 ss.; da ultimo P. CRAMER, in: SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB Kommentar*, 21 Aufl., 1982, 201.

⁽¹¹⁰⁾ J. BAUMANN, *Strafrecht A. T.*, 8 Aufl., 1977, 413; MAURACH-ZIPF, *Strafrecht A. T.*, Teilb. 1, 6 Aufl., 1983, 298.

addirittura sulla *rassegnazione* circa il suo verificarsi ⁽¹¹¹⁾, o infine su un giudizio soggettivo di *non improbabilità* dello stesso ⁽¹¹²⁾.

Il penalista risponderebbe, è facile immaginare, che egli si rende perfettamente conto della difficoltà di accertamenti del genere: ma che espellere dal diritto penale e dalla dommatica del reato i concetti « dispositivi » sarebbe non soltanto indesiderabile — si tratterebbero allo stesso modo situazioni psichiche appunto distinte — ma anche impossibile nell'ambito di una cultura giuridica crescentemente orientata alla « soggettivizzazione » del sistema penale ⁽¹¹³⁾. Del resto, i problemi di delimitazione tra dolo eventuale e colpa cosciente non sono affatto diversi, quanto alla struttura, da tutti quanti gli altri con cui è comunque indispensabile fare i conti in un sistema che differenzia in relazione agli atteggiamenti soggettivi, alle motivazioni, all'attitudine dell'individuo ad essere destinatario di comandi penali, non solo la qualità e l'intensità delle sanzioni, ma già il se queste debbano applicarsi oppure no. In sede di accertamento del dolo eventuale o della colpa cosciente il giudice potrebbe dunque servirsi di strumenti non dissimili da quelli con cui *ab aeterno* è abituato a lavorare su questo terreno: non ultime, con le ben note 'teorie del senso comune' che, proprio in quanto tali, hanno almeno il pregio di risultare comprensibili anche al più 'profano' cliente della giustizia penale.

Tutto vero, o comunque plausibile, dovrebbe ancora convenire il criminologo: che si affrettarebbe però a domandare al

⁽¹¹¹⁾ Questa può ritenersi oggi l'opinione prevalente: v. H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, III Aufl., 1978, 240; RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar*, cit. n. 108, 66; ROXIN, *Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit*, ora in: *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, (209 ss.), 219 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 280 ss.

⁽¹¹²⁾ Così da ultimo, G. JAKOBS, *STrafrecht A. T.*, cit., 222.

⁽¹¹³⁾ Per tutti W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, 171 ss.

giurista più dettagliate informazioni circa gli ' indicatori ' che egli avrà sicuramente elaborato per consentire appunto l'identificazione in sede applicativa dei contenuti con cui lui stesso, il giurista, ha così abilmente ritagliato i criteri di differenziazione normativa. Di questi ' indicatori ', infatti, non è proprio possibile fare a meno ; ma non solo : perché davvero servano alla loro funzione mediatrice tra i contenuti della realtà psichica individuale e la percezione esterna di questa realtà stessa, è necessario che essi siano a loro volta *osservabili*, il più possibile *esaurienti*, e che trasmettano — ovviamente — informazioni *rilevanti* per il meccanismo di differenziazione cui di volta in volta ineriscono (¹¹⁴). Il più elaborato dei criteri discretivi serve ben poco se collegato ad una scala di indicatori scarna, o grossolana, o comunque troppo poco articolata rispetto ai criteri cui deve connettersi (¹¹⁵).

La risposta del giurista ad un quesito del genere meriterebbe di essere attentamente vagliata : il problema è, però, che non si sa davvero quale questa possa essere. Il giurista ha insistentemente consigliato al giudice di puntare sul dolo eventuale nei casi in cui l'agente « ritenga seriamente possibile la realizzazione della fattispecie ed a ciò si rassegni » (¹¹⁶). Di ' indicatori ' esterni idonei ad indiziare : se l'agente abbia effettuato, in modo più o meno consapevole, una tale valutazione di possibilità e *quale* questa eventualmente sia stata, non si rinvencono tracce ; ancor meno è parola dei criteri di accertamento della « serietà » di una tale valutazione e della « rassegnazione » che ad essa do-

(¹¹⁴) V. su questo problema soprattutto W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen*, cit. n. 113, 170 ss. Tali « indicatori » è inoltre indispensabile che siano *gerarchizzati*, affinché si possa sapere quanta rilevanza vada attribuita a ciascuno : op. loc. ult. cit.

(¹¹⁵) Cfr. le lucide osservazioni di M. GALLO, *Il dolo*, cit. n. 37, 101.

(¹¹⁶) H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit. n. 111, 240.

vrebbe seguire. Ma c'è di più, il giurista ha riempito il suo schema di delimitazione con un contenuto strutturalmente graduabile, qual è appunto il concetto di « possibilità », e per precisarlo si è servito di un concetto non soltanto a sua volta graduabile, bensì soprattutto a sua volta bisognoso di contenuti che possano in qualche modo delimitarne l'ambito di significanza nel meccanismo specifico in cui è stato inserito. In questo modo si innesta una curiosa spirale: ma sarà possibile uscirne avendo in mano informazioni più dettagliate o elementi meno evanescenti di quelli di cui si disponeva all'inizio? Almeno a questo punto il criminologo sarebbe sicuramente tentato di gettare uno sguardo sulla prassi della distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente, per verificare così una buona volta se e quanto della proclamata attitudine del penalista a lavorare avendo d'occhio anche il controllo e la guida dell'agire pratico abbia trovato in questo caso effettiva attuazione.

La prassi della delimitazione tra dolo eventuale e colpa cosciente non sembra attestata su una linea rigorosamente unitaria: talvolta definisce doloso solo l'atteggiamento di chi ha agito in modo « da non dimostrare di voler evitare » l'evento « eventuale » ⁽¹¹⁷⁾, talaltra si accontenta, alternativamente, sia della mera « possibilità » che della « probabilità » del verificarsi dell'evento ⁽¹¹⁸⁾. Sia in Italia che altrove, sembrerebbe doversi constatare che i criteri della « rappresentazione » della situazione di rischio, o dell'« accettazione » del medesimo, o della preventiva « approvazione » dell'evento per il caso in cui esso si verifichi, vengano utilizzati nella prassi più o meno secondo i

(117) Cass. 19-2-1962, in: Cass. pen. Mass. Ann. 1962, 328, 562; v. altresì Cass. 6.12.1971, in: Cass. pen. Mass. Ann. 1973, 231, 218.

(118) Così Cass. 12-2-1953, in: Giur. Cass. Pen. 1953, IV, 288, 3099; cfr. per la « possibilità » dell'evento: Cass. 6.12.1971, in Cass. pen Mass. ann. 1973, 231, 218; per la « probabilità » v. invece Cass. 24.3.1970, in: Cass. pen. Mass. ann. 1971, 1030, 1485, con nota di Neppi Modona.

desiderata della dommatica della delimitazione ⁽¹¹⁹⁾. Ma il criminologo, si sa, è diffidente: potrebbe addirittura decidere di andare più in fondo, e guardare più da vicino — dal di dentro, si direbbe — il fatto, il criterio di distinzione e le modalità della sua applicazione. Un episodio di recente sottoposto al giudizio della Suprema Corte tedesca può forse fornire alcune delle indicazioni richieste. L'imputato, per ragioni che non interessano, aveva volontariamente investito con la sua auto due persone che camminavano sul marciapiede opposto, ferendone lievemente solo una ⁽¹²⁰⁾.

Il tribunale di prima istanza ha condannato per tentato omicidio, affermando appunto l'esistenza di un dolo eventuale; il *BGH* ha successivamente annullato la sentenza, ritenendo non sufficientemente verificata l'ipotesi della colpa cosciente. Nulla di strano, fin qui. Qualche 'stranezza' si comincia invece a notare quando si va a controllare in che modo erano pervenuti prima l'uno e poi l'altro alle rispettive conclusioni. L'imputato avrebbe « almeno preso in conto ed accettato l'eventualità dell'uccisione » delle vittime, dice il tribunale, perché « chi investe in quel modo un passante » deve appunto aver « preso in conto la morte » dell'investito: lo scontro sprigionerebbe infatti un'energia tale da poter certamente produrre anche risultati del genere. A questa argomentazione il *BGH* si è invece opposto: se è vero che la « realizzazione di azioni violente estremamente

⁽¹¹⁹⁾ In una recente sentenza della Cassazione, per esempio, vengono utilizzati, secondo una miscela del tutto usuale sia in dottrina che nella prassi, diversi dei criteri poco fa accennati: si afferma infatti in motivazione che agisce con dolo indiretto chi « si prospetti » ed « accetti con tutte le conseguenze » l'« eventualità » del prodursi di un certo risultato (Cass. 21.11.1977, in: Riv. it. 1979, 682 ss., 692, con nota di D'Ascola). Quanto alla prassi tedesca, v. i riferimenti aggiornati di P. CRAMER, in: *Schönke-Schröder, StGB*, cit. n. 109, § 15,201-2, e H. RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar*, cit. n. 108, 66.

⁽¹²⁰⁾ *BGH* 7.6.1983. V. la sentenza in: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (d'ora innanzi: *NSrZ*) 1983, con motivazione 407.

pericolose » autorizza a ritenere che l'agente « prenda in conto la morte della vittima », è anche vero « che non è però sempre così ». Il dolo di omicidio ha una « soglia di inibizione » molto più alta di quella del dolo di pericolo: è possibile che l'agente abbia riconosciuto la possibilità dell'evento morte, ma abbia « seriamente » confidato che esso non si sarebbe verificato: non è escluso quindi, che egli abbia potuto agire soltanto con colpa ⁽¹²¹⁾.

La Corte di merito ha senza dubbio orientato la sua decisione al criterio discrezionale che attualmente più consensi riscuote tra i penalisti: riconoscere la possibilità dell'evento e ciò nonostante agire, significa accettarlo, o almeno « rassegnarsi » a che esso si produca ⁽¹²²⁾. Scelto il criterio selettivo, essa ha poi dovuto preoccuparsi degli 'indicatori' necessari alla verifica dell'atteggiamento psichico del reo al momento del fatto: e qui le cose si sono notevolmente complicate. L'« indicatore » su cui ha puntato il tribunale è palese: la pericolosità *oggettiva* della condotta in relazione al risultato 'eventuale'. Un indicatore del genere è sicuramente osservabile con sufficiente nozione di causa: dommatica del 'pericolo', scienze empiriche e massime di comune esperienza hanno approntato da tempo le informazioni necessarie a procedere con relativa destrezza almeno nella parte più rutinaria della prassi della circolazione stradale ⁽¹²³⁾. Un indicatore del genere è certamente anche rilevante: quanto più pericolosa la condotta, tanto più riconoscibile per l'agente la

(121) Tutte le citazioni sono tratte dalla sentenza cit. in n. 120, 407.

(122) V. gli Autori cit. in, n. 111.

(123) Si tratta di lavorare, infatti, con lo strumento tipico del giudizio di pericolo, che è appunto costituito dalla valutazione *prognostica* circa il verificarsi o meno di determinati avvenimenti: sulla struttura del giudizio di pericolo, e sul suo inscindibile rapporto con le massime di esperienza, v. di recente, con grande chiarezza, F. ANCIONI: *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, I, 1981, 31 ss. e 121 ss., e G. V. DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, 1979, 173 ss.

possibilità del verificarsi di certi eventi — almeno per condotte ed eventi del tipo di cui si discute. Un indicatore del genere è però assai poco *esauriente*: che l'agente abbia realmente previsto la possibilità dell'evento, è già tutt'altro che scontato. L'integrazione di altri indicatori non sarebbe stata affatto superflua: caratteristiche dell'auto, velocità al momento dell'urto, spazio di frenata, capacità tecniche del conduttore; di questi ed altri importanti elementi non c'è traccia in motivazione. Ma al di là di questo, e pur ammettendo che l'agente abbia riconosciuto la concreta possibilità dell'evento: l'indicatore utilizzato dal tribunale lavora ancor peggio in relazione alla seconda fase del criterio discretivo, che è poi quella in cui realmente si decide — ed in via definitiva — della delimitazione dalla colpa cosciente. Se l'agente abbia accettato il prodursi dell'evento, o se a ciò si sia rassegnato, è assolutamente escluso che possa determinarsi in base alla pericolosità oggettiva della condotta: rispetto a questo quesito l'indicatore è 'muto', con più precisione: è *irrilevante* ⁽¹²⁴⁾.

La dommatica del dolo eventuale è almeno consapevole della sua 'cattiva coscienza': il tentativo di tappare in qualche

(124) V., per tutti, G. STRATENWERTH, *Strafrecht A. T.*, 95 s. e 103, il quale sottolinea tra l'altro l'assurdità delle conseguenze cui si preverrebbe se si assegnassero alla sfera del dolo già tutte le condotte consapevolmente produttrici di rischi anche gravi a carico di beni penalmente protetti. Per puro scrupolo di chiarezza sarà bene precisare che nulla vieta, in linea generale, di ritenere sempre verificata l'ipotesi del dolo eventuale nei casi di cui si discute. Ma al di là di ogni altra considerazione di ordine politico-criminale e sistematico, bisognerebbe in ogni caso depurare il criterio di delimitazione da ogni riferimento all'attitudine psichica del soggetto verso il rischio stesso dell'evento. Finché la dommatica della delimitazione fa perno su realtà psichiche quali « accettazione » o « rassegnazione » al prodursi del risultato, non è possibile inferirle puramente e semplicemente dal grado di pericolosità della condotta. Con particolare riferimento alle situazioni di « assuefazione » al rischio, v. G. JAKOBS, *Die subjektive Tatseite von Erfolgsdelikten bei Risikogewöhnung*, in: *Fest. für H. J. Bruns*, 1978 (31 ss.) 37 ss. Una problematica strutturalmente simile è quella dell'accertamento del dolo nei reati di pericolo; sulla tendenza della giurisprudenza a lavorare con « presunzioni » fin troppo disinvolute, v. soprattutto la critica di V. PATALANO, *Significato e limiti della dommatica del reato di pericolo*, 1975, 120 ss.

modo la falla che così gravemente minaccia la stabilità dell'intera costruzione è particolarmente evidente nel rafforzativo — « seriamente » — con cui dovrebbe accentuarsi la rilevanza *soggettiva* della riconosciuta possibilità dell'evento. Senza dubbio: la « seria » previsione di un evento sgradito è un'antenna che trasmette incessantemente un appello ad evitare che ciò si verifichi ⁽¹²⁵⁾. Ma con quale ' indicatore ' inferire che tale appello non sia stato appunto *colposamente* raccolto? Il BGH rileva che l'imputato, pur riconosciuta la gravità del rischio, avrebbe potuto tuttavia « seriamente » confidare che esso comunque non si sarebbe realizzato ⁽¹²⁶⁾: il problema è così riproposto, ma senza sostanziali delucidazioni, al giudice competente in sede di rinvio. Certo, una cosa quest'ultimo potrebbe senz'altro fare: interrogare accuratamente l'imputato per cercare di capire se, nel momento in cui accecato dall'ira ha investito i due malcapitati, aveva ' accettato ' la possibilità che morissero, o si fosse almeno ' rassegnato ' alla loro fine ⁽¹²⁷⁾. Può anche essere che, in qualche caso, un giudice tanto versato nelle tecniche di interrogatorio ' psicologico ' ed un imputato tanto ben disposto alla collaborazione si incontrino in un processo non assillato dal ricatto del tempo: qualcosa di utile potrebbe pure venir fuori ⁽¹²⁸⁾. Ma allora perché non chiamare l'esperto? Chi aveva

⁽¹²⁵⁾ Almeno nei casi, appunto, in cui l'evento stimoli nell'agente una percezione soggettiva di ripulsa. Il che pone, d'altra parte, il problema del risultato soggettivamente *indifferente*: su questa problematica v. soprattutto H. J. RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar*, cit., 66 e G. STRATENWERTH, *Strafrecht*, cit., 110.

⁽¹²⁶⁾ V. n. 120.

⁽¹²⁷⁾ Ritiene H. J. RUDOLPHI che « in via di principio è possibile svolgere un'indagine psicologica volta ad accertare l'atteggiamento di volontà del soggetto verso la riconosciuta possibilità dell'evento »: *Systematischer Kommentar*, cit., 66.

⁽¹²⁸⁾ Almeno in tutti i casi in cui l'imputato non decida di far uso del suo diritto di tacere: di questo problema è consapevole anche RUDOLPHI (op. loc. ult. cit.). *Contra*: D. KRAUSS, *Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht*, in: *Fest. Bruns*, cit., (11 ss.) 26-7. Ma il vero punto debole di questa proposta è in realtà un altro: affidare la distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente ai

paventato che la strada della « psicologizzazione » del diritto penale avrebbe condotto alla progressiva « compressione » del giudice attraverso il perito, avrebbe certo ragione di esclamare: ' l'avevo pur detto ! ' (¹²⁹).

La persistente incapacità di risolvere un problema *normativo* comporta invariabilmente la tendenza a sospingerlo su un altro terreno, quello che più sembra ad esso vicino (¹³⁰). La distanza che ancora separa la dommatica del dolo eventuale da una metodologia di lavoro che fin dall'inizio includa nel suo oggetto di ricerca — con pari dignità, si direbbe — i contenuti del criterio di delimitazione *ed* il problema della sua ' maneggevolezza ' applicativa, è valutabile in tutta la sua portata in una proposta che, con cautela, viene pur di recente ripresentata: « quanto maggiore la probabilità dell'evento e quanto più elevato il valore del bene minacciato », tanto più forte dovrebbe essere la propensione del giudice a favore del dolo eventuale (¹³¹). Se le migliaia di motociclisti ' d'assalto ' e gli infiniti piloti ' della domenica ' — per fare solo un'esempio — continueranno a beneficiare della colpa con previsione non sarà certo perché la prassi si senta « controllata e guidata » dalla teoria o faccia uso di criteri discretivi opportunamente integrati dalle teorie ' del senso comune '. Sarà ancora soltanto questione di

risultati dell'indagine psicologica dibattimentale comporta l'enorme rischio — chiaramente sottolineato da B. SCHÜNEMANN — di far dipendere in ultima analisi la valutazione penale dell'episodio dalle « capacità linguistiche » del singolo individuo, con la conseguenza di macroscopiche discriminazioni « secondo le rispettive classi sociali » (*Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit und Gefährdungsdelikte*, in: *Juristische Arbeitsblätter* 1975, (787 ss.) 790).

(¹²⁹) P. BOCKELMANN, *Bemerkungen zum Verhältnis des Strafrechts zur Moral und Psychologie*, cit. n. 38, 253.

(¹³⁰) Cfr. D. KRAUSS, *Der psychologische Gehalt*, cit. n. 128, 27 e G. JAKOBS, *Die subjektive Tatseite*, cit. n. 124, 37-8. Sui rischi di questo pericoloso trasferimento, v. le osservazioni di M. WALTER, *Die subjektive Struktur der Handlung*, cit. n. 43, il quale accenna a taluni criteri orientativi di ordine politico-criminale da rispettare in sede di definizione del contenuto normativo degli elementi soggettivi (212).

(¹³¹) H. J. RUDOLPH, in: *Systematischer Kommentar*, cit., 66.

buon senso, oppure — come nel caso deciso dalla Corte suprema tedesca — sarà la vecchia 'logica' del risultato quella che, in ultima istanza, farà valere le sue leggi (¹³²).

7. - *Criminologia e dommatica: le difficoltà ed i limiti di un confronto necessario.*

Per questo tipo di lavoro — un lavoro che servirebbe non poco ad avvicinare norma ed empiria, dommatica e sociologia — il criminologo non ha tempo, e tanto meno voglia. Almeno attualmente, è esclusivamente impegnato a cercare ciò che lo divide dal penalista, e da un sistema giuridico di cui teme un « troppo stretto contatto » (¹³³): se così non facesse, a sentir lui, non potrebbe evitare la sgradita esperienza che già altri fece nella zona di Canne (¹³⁴). Del resto: come escludere che abbia ragione? Se il criminologo afferma di avere con la norma un rapporto fin troppo diverso da quello del giurista, bisognerà pur credergli. Certo, sarebbe auspicabile che egli spiegasse dettagliatamente qual è infine il suo rapporto con la norma. Come bisognerà d'altra parte che egli apprenda come il « feticistico » rapporto del giurista verso la norma — un rapporto che il giurista suole definire, meno rudemente: principio del vincolo alla legge — ha pur qualche ragione d'essere, soprattutto quando la norma in questione è una norma di diritto penale (¹³⁵). Se

(¹³²) V. da ultimo K. LÜDERSSEN, *Erfolgsrechnung und Kriminalisierung*, in: *Fest. für P. Bockelmann*, (181 ss.) soprattutto 190 ss.

(¹³³) F. SACK, *Die Chancen der Kooperation*, cit. n. 30, 350.

(¹³⁴) F. SACK, op. ult. cit., 349.

(¹³⁵) Sull'imprescindibile significato ideologico e politico del principio del vincolo alla legge, v. da ultimo G. JAKOBS, *Strafrecht A.*, 1983, 55 (« il vincolo deve garantire obbiettività »); cfr. altresì H. L. SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, 1976, 213 ss. Sui limiti del vincolo, v. soprattutto W. HASSEMER, *Rechtssystem und Kodifikation*, cit. n. 38, P. I, 82 ss. e B. SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, 1978, passim.

tra quelle « certe posizioni di fondo » che il penalista non è disposto a « cedere », come lamenta il criminologo ⁽¹³⁶⁾, c'è anche questa, è bene per lui che si rassegni: se poi le 'altre' posizioni fossero più o meno della stessa specie, ci sarebbe davvero da domandarsi se abbia un senso continuare a discutere ⁽¹³⁷⁾.

Ma nonostante tutto un senso c'è, ed è al di sopra della volontà delle parti: è possibile ignorare tutta l'« empiria » che c'è nella « norma », e viceversa, ma non si può cancellarla ⁽¹³⁸⁾. Il problema è che a ricostruire ogni volta il loro giusto rapporto ci vuol purtroppo ben altro che una « *unverfälschte Absorption* » dei risultati dell'una (le scienze empiriche) nella struttura dell'altro (il sistema delle norme penali), come un po' troppo sbrigativamente pretende talvolta il criminologo ⁽¹³⁹⁾. Almeno quando ha scritto che se sarà possibile andare avanti — e dovrà esserlo — si potrà farlo solo « passo per passo » ⁽¹⁴⁰⁾ (leggi: norma per norma, empiria per empiria) il giurista ha sicuramente avuto ragione. Se poi dalle sue recenti esperienze col sociologo questo giurista avesse altresì tratto la conclusione che per lo meno non tutta la criminologia attestata « alle porte della giurisprudenza » ha un reale interesse ad entrarvi, non potrebbe

⁽¹³⁶⁾ F. SACK, *Die Chancen der Kooperation*, cit. n. 30, 357.

⁽¹³⁷⁾ Tra le « altre » posizioni rientra l'atteggiamento del giurista verso la *dommatica*: F. SACK, op. ult. cit., 352-3. Da questo punto di vista, la « *double-bind-situation* » di cui parla SACK ha certamente un riscontro oggettivo. Tanto più opportunamente ribadisce perciò K. TIEDEMANN che « c'è oggi amplissimo consenso sul fatto che la *dommatica penale* esplica una funzione essenziale ed insostituibile, che è quella di garantire la *libertà del singolo* dinanzi al potere punitivo statale » (*Stand und Tendenzen von Strafrechtswissenschaft und Kriminologie*, in: *JZ* 1980, (489 ss.) 490).

⁽¹³⁸⁾ V. le bellissime pagine di K. ENGISCH su: « la concretizzazione quale svolta verso il reale, nel diritto e nella scienza giuridica », in: *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, II Aufl., 1968, (84 ss.) soprattutto 90 s. e 120 ss.

⁽¹³⁹⁾ F. SACK, *Die Chancen der Kooperation*, cit. n. 30, 364.

⁽¹⁴⁰⁾ K. LÜDERSSEN, *Kollektive Zurechnung*, cit. n. 90, 740.

far meraviglia ⁽¹⁴¹⁾. Un fatto è certo : alla verifica dei « vantaggi e svantaggi delle scienze sociali nel diritto penale » ⁽¹⁴²⁾ segue ora l'interrogativo : « progressi nel diritto penale attraverso le scienze sociali? » ⁽¹⁴³⁾. La risposta non può che essere cercata nel dettaglio ⁽¹⁴⁴⁾. Ma sarebbe grave se a cercarla fosse solo il giurista.

⁽¹⁴¹⁾ Sottolinea apertamente K. LÜDERSSEN, op. ult. cit., 739, la necessità di differenziare le diverse posizioni dell'odierna criminologia soprattutto nei confronti della politica criminale.

⁽¹⁴²⁾ Così il titolo del volume in due tomi curato da K. LÜDERSSEN e F. SACK: *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, contenente molti contributi cui più volte si è fatto richiamo.

⁽¹⁴³⁾ Questo il titolo del volume da ultimo pubblicato da W. HASSEMER-K. LÜDERSSEN-W. NAUCKE: *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, 1983.

⁽¹⁴⁴⁾ Nel prosieguo di questo lavoro tale approccio viene concretizzato in relazione alla problematica delle prognosi nella teoria e nella prassi della commisurazione della pena.

I N D I C E

CORRADO FERRI, <i>Contraddittorio e poteri decisori del giudice</i>	1
VITTORIO PARLATO, <i>Il Vicariato di Tessalonica (IV-VII sec.)</i>	133
CRISTOFORO BUSCARINI, <i>Il carteggio della Signoria di Urbino con con la Comunità di San Marino (1420-1450)</i>	151
PIERANGELO CIGNOLI, <i>Un modello di previsione e pianificazione delle risorse umane</i>	183
DANILO CASTELLANO, <i>La politica come intelligenza della giusta mi- sura (A proposito di un libro di Francesco Gentile)</i>	203
MARCO CASSIANI, <i>In tema di conciliazione di controversie agrarie</i>	223
ALESSANDRO PANDOLFI, <i>Linguaggio, mondo ed intersoggettività nel pensiero di Ludwig Wittgenstein</i>	255
PIERGIORGIO PERUZZI, <i>Lavorare a corte « ordine et officij ». Dome- stici familiari, cortigiani e funzionari al servizio del Duca di Urbino</i>	315
LUCIO MONACO, <i>Su teoria e prassi del rapporto tra diritto pe- nale e criminologia</i>	397

