

ANNO XXV - 1956-57

NUOVA SERIE A - N. 9

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE ED ECONOMICHE



EDITORE DOTT. A. GIUFFRÈ — MILANO

S T V D I V R B I N A T I

SCIENZE GIURIDICHE ED ECONOMICHE

Anno XXV

1956-1957

TUTTI I DIRITTI SONO RISERVATI

ALBERTO AURICCHIO
*Professore inc. di diritto agrario
nell'Università di Urbino*

CONTRIBUTO ALLA TEORIA
DELLA GESTIONE RAPPRESENTATIVA

SOMMARIO: 1. Rilievi esegetici sull'art. 2031 c.c. — 2. Considerazioni sulla tipicità del potere di gestione. — 3. La « utilità » e la « utile gestione » come fonti di rappresentanza. — 4. Dubbi sulla applicabilità dell'art. 1393 c.c. all'attività del gestore. — 5. La posizione del gestore nei confronti del rapporto creato in nome altrui. — 6. L'obbligo di continuare la gestione ed il suo significato nei confronti degli interessi implicati dall'attività di gestione. — 7. I precedenti legislativi dell'art. 2028 c.c. — 8. La gestione come attività di « sostituzione ». — 9. La responsabilità del gestore. — 10. Esame esegetico dell'effetto previsto nell'art. 2031 c.c.: accollo *ex lege*. — 11. Il contenuto normativo dell'art. 2031 c.c. — 12. Valutazione della soluzione prospettata sul piano degli interessi. — 13. La rilevanza dell'*utiliter coeptum*. — 14. La giustificazione dei c.d. poteri di gestione al di fuori dello schema della rappresentanza. — 15. Le dimensioni concrete delle funzioni e dei poteri del gestore: sostituzione dell'art. 2031 c.c. con l'art. 2028 c.c. — 16. Conseguenze pratiche di questa sostituzione di norme. — 17. La diversità di effetti della gestione in nome proprio e in nome altrui. — 18. Conclusioni.

1. È convinzione comune della dottrina contemporanea che nel diritto moderno l'utile gestione di affari altrui sia fonte di rappresentanza⁽¹⁾. È pur vero che in tempi non molto lon-

(1) Probabilmente, è lecito qualificare come *communis opinio* quella teoria che risulta accreditata dalla unanime trattazione manualistica, ed indubbiamente è questa la situazione in cui oggi ci appare il principio riferito nel testo: cfr. DE RUGGIERO-MAROT, *Istituzioni di diritto privato*, Milano-Messina 1954, p. 470, nota 3; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano 1954, III, I, p. 455; BARBERO, *Sistema istituzionale di diritto privato*, Torino 1949, I, p. 346; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova 1957, p. 667; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1954, p. 254; BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna 1956, p. 574. Ma anche a voler negare valore sostanziale al criterio prospettato, si deve pur sempre riconoscere che pure sul piano della mera statistica delle opinioni la prevalenza tocca alla teoria che qualifica la gestione come fonte di rappresentanza: COGLIOLO, *Trattato teorico-pratico dell'amministrazione degli affari altrui*, Firenze 1890, p. 155; AYZERI, *La gestione di affari*, Torino 1904, p. 209 ss.; PACCHIONI, *Della gestione degli affari altrui*, Padova 1935,

tani sono state avanzate delle riserve sulla esattezza di questa opinione, ma di solito si ritiene che queste incertezze non abbiano ragione di esistere di fronte alla chiara formulazione della nostra legge⁽²⁾. L'argomento testuale sarebbe contenuto nell'art. 2031 c.c. ove è affrontato il problema della efficacia degli atti compiuti dal gestore: secondo questa norma il *dominus* deve

p. 396; SCABUTO-ORLANDO CASCIO, *Gestione degli affari altrui*, in *Nuovo Digesto Italiano*, p. 243; DEJANA, *Gestione di affari altrui e atti dispositivi*, in *Riv. Dir. Comm.* 1948, I, p. 249 ss.; SACCESE, *La rappresentanza*, Napoli 1933, p. 194 ss.; BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano 1948, II, p. 354; SIMONCELLI-SCIALOJA, *Sui limiti dei poteri del gestore di affari*, in *Foro It.* 1948, IV, c. 103; CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico*, Napoli 1949, p. 654; BIONDI, *Gestione rappresentativa e ratifica*, in *Foro It.* 1954, I, c. 98.

A questa formulazione aderisce anche BALBI, *Negozio gestorio non utile e negozio rappresentativo senza procura*, Milano 1939, p. 16, che pur tenta di giustificare al di fuori delle regole della rappresentanza il comportamento del gestore allorchè manchi l'utilità: v. più avanti, ai n. 3 e 4. Per l'opinione che invece aderisce a posizioni diverse da quella qui riferita, si veda la nota 8.

(²) Cfr. da ultimo BIONDI, *Gestione rappresentativa*, cit., p. 101. E che in realtà il problema sia legato proprio alla particolare formulazione dell'art. 2031 c.c., risulta chiaramente da un confronto con la letteratura tedesca, sviluppata sotto l'imperio di norme che non pongono in rilievo la *contemplatio domini* (prg. 677 B.G.B.) e che in generale non attribuiscono neppure a questo requisito lo stretto valore formale della nostra legislazione (prg. 164 B.G.B.). In questa letteratura il tema della spendita del nome altrui è stato esaminato soprattutto sotto il profilo dell'alienità subiettiva dell'affare: cfr. ISAY, *Die Geschäftsführung nach dem bürgerlichem Gesetzbuche*, Jena 1900, p. 63 ss., in particolare p. 69, che considera la volontà del gestore equivalente alla alienità obbiettiva dell'affare, rilevando che nell'uno e nell'altro caso l'individuazione dell'affare è pur sempre compiuta dal gestore; LENT, *Der Begriff der auftraglosen Geschäftsführung*, Leipzig 1909, p. 36, che critica questa impostazione del tema ponendo in luce che in tal modo si unisce sotto il paradigma della alienità subiettiva sia la valutazione dell'*animus negotia aliena gerendi*, sia la *contemplatio domini*; STROHAL, in *Planck's Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin-Leipzig 1928, p. 1230, che in sede di valutazione complessiva della dottrina tedesca afferma esplicitamente che « non esiste alcuna differenza se si agisce in nome proprio o in nome altrui ». Si deve inoltre ricordare come fatto significativo che la successiva letteratura tedesca esamina la *Geschäftsführung ohne Auftrag* in un ambito diverso dalla rappresentanza, nella *Geschäftsbesorgung*: cfr. LENT, *Wille und Interesse bei der Geschäftsbesorgung*, Leipzig (1937), p. 6 ss.; ISLE, *Geschäftsbesorgung*, Marburg 1936, p. 20 ss.

adempiere le obbligazioni che il gestore ha assunto in nome di lui e deve tenerlo indenne di quelle assunte in nome proprio. L'espressione adottata dal legislatore ha fatto ritenere che il gestore possa essere rappresentante diretto oppure rappresentante indiretto a seconda della diversa forma che la sua attività in concreto riveste.

In questa sede si vuol riproporre il problema sul piano esecutivo. Invero, ad un più attento esame dell'art. 2031 c.c. si può dubitare che questa norma abbia realmente il valore definitivo che di solito le si attribuisce. Per aversi rappresentanza occorre non solo che l'atto del gestore incida sul patrimonio dell'amministrato, ma anche che l'effetto giuridico di quell'atto vincoli immediatamente la persona del *dominus* ⁽²⁾; ma questo risultato, indipendentemente dalla sua sostanziale esattezza, non può ritenersi raggiunto attraverso una semplice lettura della disposizione legislativa qui considerata.

Si esamini analiticamente, nei suoi vari elementi, l'espressione adottata dal legislatore: « il *dominus* deve adempiere le obbligazioni assunte in nome di lui dal gestore ». In primo luogo si può cominciare a rilevare che l'uso del termine « adempiere » non è per sè decisivo: infatti, nel linguaggio legislativo, si parla anche di adempimento da parte del terzo (art. 1180 c.c.) e quindi dal semplice uso di questo termine non risulta che il *dominus* sia veramente soggetto passivo del rapporto creato dal gestore. Approfondendo questo discorso, si può dire che adempiere le

(2) Su questo punto si esprime con molta chiarezza LEONHARD, *Vertretung und Fremdwirkung*, in *Iherings Jahrbücher*, L., (1936-1937), p. 1 ss., il quale richiede per la rappresentanza un rapporto con un soggetto, e non solo con il patrimonio di questo soggetto. Sul problema già esaminato dal L. ritorna da ultimo MÜLLER-FREIENFELS, *Die Vertretung beim Rechtsgeschäft*, Tübingen 1955, p. 24 ss., ove si ricalca — sia pure giungendo poi a risultati ultimi diversi — l'argomento della impossibilità di ridurre la rappresentanza ad azione con effetti nei confronti dei terzi senza collocare nel fenomeno della rappresentanza anche il contratto a favore di terzi. Per quanto riguarda la dottrina italiana, si può dire che il principio formulato dal L. è necessario presupposto di quella corrente di pensiero che distingue la sostituzione dalla rappresentanza; su questo punto v. più avanti.

obbligazioni assunte da un altro soggetto in nome altrui non equivale necessariamente ad adempiere una obbligazione personale: ad esempio, l'atto con cui il *dominus* estingue l'obbligazione cartolare assunta in nome di lui da un terzo privo di procura speciale non costituisce adempimento di una obbligazione propria (art. 11 l. camb.). L'equivalenza tra le due espressioni — « adempiere l'obbligazione assunta da un terzo in nome altrui » e « adempiere una obbligazione personale » — sussiste solo nel caso in cui chi ha speso il nome altrui sia realmente rappresentante: ma questa è una mera ipotesi, non convalidata direttamente dalla lettera della legge. Né si può ritenere decisivo per la sussistenza del potere di rappresentanza l'accento che la legge fa della *contemplatio domini*: infatti, se anche è vero che non è possibile rappresentanza senza la spendita del nome altrui, non è però vero che ogni volta che vi sia *contemplatio domini* vi è anche rappresentanza ⁽⁴⁾.

In conclusione, non si può considerare risolta una questione dommatica in una norma che abbia mero valore descrittivo. Nell'art. 2031 c.c. è solamente prevista l'ipotesi che il gestore, nello svolgimento della sua attività, usi il nome del titolare del patrimonio amministrato: ed anche in questo caso, dice la norma, il *dominus* non si può sottrarre alla normale applicazione della

⁽⁴⁾ Si richiama a questo proposito la dimostrazione data dal NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano 1936, p. 25 ss., secondo cui la spendita del nome altrui non comporta di per sé l'esercizio della rappresentanza: il caso esaminato, l'adempimento in nome altrui fatto da un terzo, era previsto nel codice civile del 1865 in un'apposita norma, l'art. 1238, riprodotta nel nuovo codice senza alcun accenno alla *contemplatio domini*. Convergente allo stesso risultato è quella dottrina che distingue diversi significati della *contemplatio domini*: cfr. LEONHARD, *Vertretung* ecc., cit., p. 7; e nella letteratura italiana SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali* ecc., cit., p. 250 ss., sulle cui tracce si pone — sia pure in modo dubitativo — MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano 1952, p. 149, nota 16. Vi è da aggiungere che quest'ultimo problema è diverso ma confinante con l'altro, relativo alle forme che in concreto può assumere la *contemplatio domini* nella rappresentanza: cfr. sulla questione SACCO, *Il potere di procedere in via surrogatoria*, Torino 1955, p. 256 ed *ivi* a nota 5 informazione sulla letteratura italiana e tedesca.

regola «*cujus commoda ejus incommoda*». La disposizione di legge, cioè, stabilisce il risultato ultimo da raggiungere, ma tace sul mezzo tecnico attraverso cui si giunge a quel risultato.

2. Si può dunque concludere questa prima lettura dell'art. 2031 c.c. rilevando che la norma legislativa si limita a porre il problema, senza tuttavia risolverlo.

E se questa conclusione è corretta, si deve anche ritenere che la comune affermazione della dottrina — il gestore è rappresentante in senso tecnico allorchè agisce in nome altrui e mandatario allorchè agisce in nome proprio — costituisce solo una soluzione dottrinale di quel problema, e quindi va assunta in questa sede come semplice ipotesi di studio, e non come dato normativo.

Trovate così le giuste dimensioni di quell'affermazione, occorre sottoporla a vaglio critico. L'affermazione centrale è costituita dalla duplice rilevanza dell'*utiliter coeptum*: da questo presupposto a volte scaturisce il potere di rappresentanza in senso stretto e a volte invece un potere diverso. Ma questo principio contrasta con la constatazione che in ogni caso identica è la situazione in cui interviene il gestore, talché sembra poi difficile ammettere che da questo presupposto scaturisca un effetto duplice (2).

(2) Vi è da aggiungere, che, se realmente il legislatore prevedesse due fattispecie astratte, la realizzazione delle corrispondenti fattispecie concrete da parte del privato non dovrebbe incontrare difficoltà. Ma si rifletta a quanto afferma, nell'unica decisione relativa alla *contemplatio domini* nella gestione d'affari, la Cass. 10 agosto 1949, in *Giur. Compl. Cass. Civ.* 1949, III, p. 171: « l'intenzione di agire in nome altrui non occorre che risulti da dichiarazione espressa, ma può risultare anche da circostanze di fatto ». A prescindere dalla questione se in questa sentenza si esprima la scelta per uno dei termini prospettati da SANTORO-PASSARELLI (*op. loc. ult. cit.*) oppure ivi sia riflessa solo l'incertezza del problema segnalato da SACCO (*op. loc. ult. cit.*), si può rilevare che secondo il principio riferito la scelta tra la gestione in nome proprio e in nome altrui verrebbe meno nell'esempio tipico della gestione che si caratterizza proprio per l'alienità obiettiva del-

Non vi è nulla che conforti questa interpretazione. La formulazione legislativa dell'art. 2031 c.c. autorizza solo a credere nella possibilità materiale che il gestore agisca in nome altrui o in nome proprio, ma non nel fatto che agendo in un modo o nell'altro egli eserciti un potere diverso. Anzi, il fatto stesso che in ambedue i casi sorge un obbligo in testa all'interessato a scarico completo del gestore pone la premessa per una valutazione unitaria della sua attività, siccome esercizio di un potere unico.

In altre parole, questa ambivalenza dell'istituto contraddice l'affermazione — sempre ricorrente — della tipicità del potere di gestione ⁽⁶⁾. Per conciliare i due principi occorrerebbe risolvere la stessa alternativa rappresentanza diretta — rappresentanza indiretta in un semplice problema di intestazione dell'atto, negando alla distinzione un contenuto sia pur minimo. Probabilmente, si è confusa l'unità del potere di gestione — che è il problema che qui interessa — con la duplicità delle sue forme di esercizio, che è questione diversa e successiva. E le dimensioni dell'equivoco le si possono cogliere considerando che la rappresentanza diretta ed indiretta son due poteri diversi, e non due forme di esercizio dello stesso potere ⁽⁷⁾.

l'affare, come giustamente rileva LENT, *Der Begriff, ecc.*, cit., p. 63. Si può dunque dire che secondo la giurisprudenza non sempre corrispondono alle due fattispecie astratte due fattispecie concrete; e questo è un ulteriore elemento di dubbio.

(6) Su questo punto, già COGLIOLO, *Concetti fondamentali circa la « negotiorum gestio »*, in *Scritti vari di diritto privato*, Torino 1913, II, p. 317 ss. Il rilievo non ha però un significato univoco: talora infatti è formulato per dedurne l'inapplicabilità alla gestione delle regole del mandato, e con ciò si vuole estendere il potere di gestione al di là dei limiti fissati nell'art. 1708 II c.; altre volte, invece, si vuol giungere al risultato opposto, negando la possibilità di sovrapporre alla gestione le regole della rappresentanza volontaria.

(7) A questo proposito è sufficiente ricordare che un mandatario senza rappresentanza non è libero di agire « in nome altrui », cfr. GRAZIANI, *Negozio di gestione e procura*, in *Studi di diritto civile e commerciale*, Napoli 1953, p. 71, secondo il quale la diversa soluzione « contrasta a tutto il sistema legislativo ». La questione, ben s'intende, è assolutamente diversa dalla possibilità di comprendere ambedue i poteri in un paradigma unitario, la c.d. rappresentanza in senso lato.

Ma in realtà non si può neppure parlare di equivoco. È tutta la storia di un metodo che giustifica la formulazione della gestione rappresentativa nei termini in cui noi la apprendiamo dalla letteratura contemporanea. I segni di questo metodo sono noti: stilizzazione formale di alcuni valori normativi, collocazione topografica di essi nell'ambito di un sistema logicamente perfetto, creazione di schemi fatti tutti di parallelismi, simmetrie e derivazioni sillogistiche. È così che si giunge ad avvicinare fenomeni diversi nella nozione unitaria di rappresentanza, uniformando il più possibile la loro fenomenologia: evidentemente è nell'ambito di questi presupposti che la rappresentanza indiretta si pone accanto alla rappresentanza diretta, la legale accanto a quella volontaria, creando in tal modo le premesse per riproporre tra le figure del procuratore e del gestore lo stesso rapporto realizzatosi storicamente tra gestore e mandatario (*).

(*) Sui rapporti tra gestione e mandato nel mondo romano classico, cfr. VLASSAK, *Zur Geschichte der Negotiorum gestio*, Jena 1879: il mandato avrebbe avuto origine dalla *negotiorum gestio*, e non viceversa (p. 63 ss.). Ritiene il BIONDI, *Gestione rappresentativa*, cit., p. 98 che la teoria della gestione come fonte di rappresentanza sia stata affermata per la prima volta dal WINDSCHEID. In realtà, fissare la data di nascita della « gestione rappresentativa » è molto difficile, poiché anche gli autori che ne fanno menzione sovrappongono alla rappresentanza fenomeni diversi: ad esempio, ZIMMERMANN, *Die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum Gestio*, Strassburg 1876, ammette eccezionalmente dei casi in cui vi è gestione rappresentativa senza ratifica, ma parla a questo proposito della *solutio* (p. 301 s.), ove l'efficacia dell'adempimento ha ragioni tutte diverse dalla rappresentanza. Le prime osservazioni in questo senso le si trovano già in SAVIGNY, *Le obbligazioni* (trad. da PACCIONI, Torino 1912), II, p. 78, che esclude recisamente che « il terzo acquisti un diritto di azione indipendentemente da un rapporto di rappresentanza costituito mediante mandato o ratifica » e rimprovera chi ha sostenuto quella teoria (MÜHLENBRUCK, *Cessio der Forderungsrechte*, 1836, citato dal S.) di aver generalizzato regole che appartengono a fenomeni diversi dalla rappresentanza. D'altro canto, neppure WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* (trad. da FADDA e BENZA, Torino 1904), I, 1, p. 292 sembra ammettere la possibilità di una rappresentanza indipendentemente dall'atto di ratifica: talché è più probabile che da questo autore sia derivata, oltre che la teoria della gestione come fonte di rappresentanza, anche quella diversa formulazione che connette alla utile gestione l'obbligo di ratifica; per successive adesioni a questa linea di pensiero cfr. NATINI, *La dottrina generale della procura. La rappresentanza*, Milano 1910, p. 119 ss. ed oggi BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino 1955, p. 556.

Ma è da tempo che la letteratura giuridica si è proposta il compito di ridimensionare su un piano strettamente normativo i risultati di quel metodo ^(?). Ed è in continuità con questo sforzo comune che in questa sede si tenta di ritrovare i lineamenti tipici della gestione nei soli limiti in cui l'attività del gestore si giustifica, indipendentemente da ogni collegamento sistematico.

3. Prima di continuare questo discorso, occorre precisare, sia pure in modo approssimativo, il suo scopo. Qui non si intende negare che il gestore possa agire in nome dell'interessato: è questo un dato di fatto che l'art. 2031 c.c. non permette di mettere in discussione. Il problema che si vuol segnalare è un altro: si tratta di vedere se il gestore assuma la veste giuridica di rappresentante allorchè pone in essere quel comportamento.

Il problema proposto non va confuso con un altro, tutto diverso: chiedersi se il gestore assuma la qualità di rappresentante allorchè agisce in nome altrui non significa anche domandarsi se chiunque spenda il nome altrui assume la qualità di gestore per il solo fatto che l'attività da lui svolta sia da considerarsi utile. La differenza tra i due quesiti può essere puntualizzata in questi termini: nel primo caso si discute della applicazione delle regole della rappresentanza all'attività svolta dal gestore, mentre nel secondo caso è in questione l'estensione delle regole della gestione all'attività del rappresentante. Son due problemi distinti, l'uno noto come « utile gestione rappresentativa », l'altro qui denominato come « utile rappresentanza ».

Va subito detto che l'art. 2031 c.c. legittima solo il primo problema, e non il secondo: ed infatti si osservi che la applicazione di quella norma presuppone già risolta l'attribuzione della qualità di gestore.

(?) La tendenza infatti è vivamente combattuta dalla migliore dottrina, che sarà successivamente richiamata nell'esame delle singole questioni. Per uno sguardo complessivo, si veda il vivace panorama che del fenomeno della cooperazione prospetta SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali ecc.*, cit., p. 241 ss.

D'altro canto, se è facilmente credibile che la « utile gestione » sia fonte di rappresentanza, non altrettanto convincente appare invece l'affermazione che la sola « utilità » sia fonte dello stesso effetto: anzi si può dire che, se il primo principio è rigorosamente vero, non lo può essere anche il secondo, che del primo è una ingiustificata generalizzazione.

A voler accogliere la soluzione contraria, occorrerebbe giungere al risultato che la differenza tra l'attività di gestione e l'attività di rappresentanza sia da porsi esclusivamente nei presupposti che qualificano il comportamento di colui che agisce in nome altrui. In tal modo, però, si viene necessariamente a negare ogni rilevanza all'*animus negotia aliena gerendi*, requisito che si pone all'interno, e non all'esterno dell'attività di gestione: e non vi è chi non veda che questa conclusione si pone in radicale contrasto non solo con la dottrina unanime ma con tutta la storia del nostro istituto ⁽¹⁰⁾.

Può darsi che vi siano dei casi in cui sussiste estrema la difficoltà di individuare questo *animus* ⁽¹¹⁾. Ma questi casi pon-

⁽¹⁰⁾ Il solo autore che — a quel che risulta — abbia negato l'*animus* come requisito della gestione è COCCHIOLLO, *Concetti fondamentali ecc.*, cit., p. 327 ove si argomenta in tal senso in base al rilievo che vi è gestione anche quando alcuno gestisce un affare con la pretesa di tenerlo come proprio. Ma il rilievo non è affatto sicuro: contra LENT, *Der Begriff*, cit., p. 123 ss. In realtà, a voler esaminare l'affermazione del COCCHIOLLO ci si trova di fronte ad una alternativa; o si allude all'*animus deproedandi*, ed allora si può accettare la tradizionale soluzione che in questo caso ritiene esclusa la gestione (cfr. su questo punto PACCHIONI, *Della gestione*, cit., p. 345) oppure si fa riferimento al caso in cui il gestore abbia un interesse proprio a gestire l'affare alieno, ma allora non vi è alcuna ragione per ritenere insussistente, l'*animus aliena negotia gerendi*: in questo senso già si esprimeva WINUSCHIED, *Diritto delle Pandette*, cit., II, 2, p. 278. Anche la giurisprudenza sembra d'accordo con le considerazioni svolte: v. App. Genova 10 aprile 1954, in *Foro Padano* 1955, I, c. 76 « Il particolare che il gestore abbia agito nell'interesse proprio non è di ostacolo al rapporto di utile gestione, se l'affare era, almeno prevalentemente, alieno ». Per la necessità dell'*animus*, come requisito della gestione, cfr. anche App. Asmara 10 marzo 1947, in *Foro It. Rep.*, v. « Gestione di affari », n. 2.

⁽¹¹⁾ All'incertezza sulla vera nozione di *animus negotia aliena gerendi* si aggiunge spesso la difficoltà che si manifesta in modo esteriore e riconoscibile. Questa è forse la difficoltà che ha mosso una parte della dottrina più antica ad

gono un problema ben diverso da quello qui esaminato, poichè in essi il dubbio ha per oggetto i limiti della distinzione tra gestione e rappresentanza, e non l'esistenza stessa della distinzione. In realtà per affermare la distinzione in parola, sarebbe sufficiente individuare sia pure un solo caso in cui colui che spende il nome altrui non è gestore, pur esistendo i requisiti esterni della gestione, assenza e utilità; ad esempio, nessuno vorrà dire che il soggetto che agisce in buona fede in base a procura nulla soggiaccia alle obbligazioni della gestione, sol perchè il *dominus* dopo aver rilasciato la procura è partito. E se in questo caso — sia pure solamente in esso — la soluzione è sicura, si deve riconoscere che la distinzione in esame è corretta, anzi necessaria.

Normalmente questo aspetto della questione — distinzione tra « utile gestione rappresentativa » e « utile rappresentanza » — sembra trascurato dalla dottrina ⁽¹²⁾. E probabilmente, alla base di questo atteggiamento, vi è la convinzione, purtroppo non sempre corrispondente al vero, che il requisito dell'« utilità » risolve in senso favorevole all'interesse del *dominus* ogni possibile contrasto di interessi. Si ragiona così: finchè l'atto realizzato dal gestore conviene al *dominus*, non vi è ragione di negare la sua efficacia; e, ove quel presupposto venga meno, il ge-

identificare questo requisito con la *contemplatio domini* in tutti i casi di gestione: cfr. ad es. COGLIOLA, *Trattato teorico pratico ecc.*, cit., p. 257 ss. Ma si può osservare con il PACCHIONI, *Della gestione*, cit., p. 306 ss. (ed ivi bibliografia) che in tal modo si viene a postulare la *contemplatio domini* come requisito essenziale della gestione, e non vi è chi non veda che tale opinione è insostenibile di fronte alla chiara formulazione dell'art. 2031 c.c.

⁽¹²⁾ La distinzione sembra trascurata, ad esempio, dal PACCHIONI, *Della gestione*, cit., p. 306 ss., allorchè afferma che l'*utiliter coeptum* la procura e la ratifica sono fonti di rappresentanza. L'identico rilievo nella dottrina moderna può essere formulato contro il BUONDI, *Gestione rappresentativa*, cit., p. 101, il quale afferma senz'altro che il solo requisito dell'utilità iniziale vale a conferire la rappresentanza. Ben si comprende contro queste formulazioni la critica di G. STOLZI, *La tema di poteri del gestore di affari*, in *Foro It.* 1948, I, c. 20; egli osserva che il potere di disposizione è attribuito o al titolare del diritto o al suo rappresentante, e che questa regola non si può derogare sol perchè l'alienazione è utile economicamente.

store si sarà comportato come *falsus procurator*. L'argomento sarebbe abbastanza convincente se realmente l'«utilità» avesse la funzione che le si attribuisce. Purtroppo, vi è tutto il problema del rischio di una operazione economica che sfugge ad una valutazione preventiva, senza trovare alcuna soluzione negli schemi della utile gestione.

In ogni modo, il problema è di diritto positivo. È su questo piano che si può constatare la impermeabilità della disciplina della rappresentanza all'applicazione di regole e di presupposti che sono propri della gestione. Infatti, secondo le comuni regole dell'interpretazione, la integrazione di una disciplina legislativa è possibile solamente allorchè il legislatore non sia intervenuto con una regolamentazione esplicita. L'applicazione delle regole della gestione alla rappresentanza è quindi subordinata al fatto che realmente l'accertamento della utilità degli atti compiuti dal *falsus procurator* non sia stato previsto *in sede materiae* dal legislatore. Ma ciò non sembra: si può infatti dire che il legislatore ha esplicitamente previsto questo accertamento, ma lo ha affidato esclusivamente al *dominus*, che può sanare mediante ratifica la situazione di pendenza del negozio (art. 1398 c.c.). E se questa è la reale situazione normativa, si può ritenere possibile l'applicazione dell'art. 2031? In tal modo, questa norma verrebbe non tanto a colmare una lacuna, ma addirittura a derogare alla normale disciplina, determinando una inammissibile duplicità di regolamento ⁽¹²⁾.

(12) Nè vale replicare che la situazione di fatto a cui sarebbe applicabile la disciplina della rappresentanza non può mai corrispondere con quella della gestione, poichè l'una presuppone l'assenza del *dominus* e l'altra la sua presenza. Questo argomento non resiste sul piano esegnetico, poichè il legislatore ha concesso al terzo contraente la facoltà di interrompere l'*absentia* del *dominus*, invitandolo a pronunciarsi sulla ratifica entro un certo termine (art. 1399 III c.); ad esempio non vi è ragione di escludere che un detenuto sia in grado di ratificare, pur essendo per altro verso la detenzione una di quelle situazioni che giustificano l'intervento del terzo ai sensi dell'art. 2028, come ha deciso la Cass. 23 maggio 1953, in *Foro It. Rep.*, v. «Gestione di affari», n. 1. In realtà, anche a voler intendere per *absentia* la impossibilità — peraltro relativa — da parte del *dominus* o del suo procuratore

Naturalmente, essere giunti alla conclusione di dover escludere la nozione di utile rappresentanza, non pregiudica affatto il problema della gestione rappresentativa, che continua a sussistere identico: è la stessa diversità dei problemi a costituire la migliore garanzia per l'autonomia delle soluzioni.

4. In adesione alle premesse svolte, occorre valutare la idoneità delle regole dettate dal legislatore in materia di rappresentanza a risolvere i possibili conflitti di interessi che nascono dall'attività svolta in nome dell'assente.

Il punto di maggiore sensibilità è stato individuato dalla dottrina nella natura della responsabilità del gestore nei confronti del terzo contraente⁽¹⁴⁾. Ed il fenomeno è di facile comprensione: infatti, finchè si suppone utile la gestione, non crea molte difficoltà il riferire a questo istituto le regole della rappresentanza indiretta o quelle della rappresentanza diretta; per vie diverse si giunge allo stesso risultato.

Ma allorchè l'utilità vien meno, quella diversità che prima era del mezzo diventa addirittura diversità di effetti: infatti il terzo sarebbe diversamente tutelato a seconda che il gestore abbia agito in nome altrui (art. 1398 c.c.) oppure in nome proprio (art. 1711 c.c.). Per tal via diventa evidente che non più di una gestione unitaria dovrebbe parlarsi, ma di due gestioni distinte.

di curare personalmente l'affare (così Cass. 24 luglio 1954, in *Foro It. Rep.* 1954, v. «Gestione di affari», n. 10; e sostanzialmente conformi già Cass. 18 marzo 1949, in *Foro It. Rep.* 1949, v. *cit.*, n. 4, e poi Cass. 15 giugno 1955, *loc. cit.* 1956, n. 1), non si deve dimenticare che tale impossibilità si riferisce alla gestione diretta, e non alla sua successiva ratifica. È pur vero che talvolta, ad esempio nell'assenza assoluta, lo stato di impossibilità continua fino al momento in cui dovrebbe intervenire ratifica; ma, poichè secondo l'unanime dottrina e giurisprudenza la legge non distingue tra le diverse forme di assenza e — si aggiunge — le valuta tutte solo nel momento iniziale della gestione, la difficoltà prospettata nel testo sussiste ineliminabile: vi è pur sempre una coincidenza, sia pure parziale, di presupposti, e quindi una sovrapposizione di discipline.

(14) Cfr. BALDI, *Negozio gestorio non utile e negozio rappresentativo senza procura*, *cit.*, p. I ss., in particolare p. 9 ss.

Ma lasciando da parte questo aspetto del problema, già accennato precedentemente, si possono porre in luce altri validi motivi per dubitare della possibilità di applicare alla gestione la regola prevista nell'art. 1398 c.c.

Si deve in primo luogo tener presente che ogni singola norma non vive isolata nell'ambito di un istituto giuridico, ma tutte le norme ivi comprese si pongono in una unità organica, trovando l'una nell'altra, reciprocamente, i propri limiti e le proprie dimensioni. Ad esempio, allorchè si legge all'art. 1398 c.c. che il terzo ha diritto al risarcimento dei danni sofferti senza sua colpa nella validità del contratto, non si deve dimenticare ciò che dispone l'art. 1393, che attribuisce al terzo il diritto di chiedere la giustificazione dei poteri del rappresentante ⁽¹³⁾.

Basta por mente a questo rilievo per comprendere che ad evitare una alterazione del contenuto normativo dell'art. 1398 allorchè se ne postula l'applicazione in materia di gestione, è necessario che il terzo, ad esonero di ogni colpa, valuti volta a volta l'utilità della gestione, onde verificare l'esistenza dei poteri del gestore. Ma, a ben riflettere, questa conclusione non è accettabile: se ben si può accollare al gestore l'onere di valutare la situazione in cui volontariamente interviene, non vi è una ragione altrettanto valida per imporre la stessa scrupolosa attenzione al terzo, soggetto assolutamente estraneo a quella situazione. Il risultato ultimo di questo modo di impostare il problema sarebbe questo: il terzo, per poter essere certo della efficacia giuridica della sua attività, dovrebbe controllare che il con-

(13) Se il terzo trasalacia la lettura dell'intero documento, deve subire senza proteste l'eventuale mancanza del potere rappresentativo, sicchè, ove l'atto non sia ratificato dal dominus, non ha nemmeno azione contro il rappresentante per il ristoro dei danni sofferti: così testualmente, G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova 1947, p. 194. La giurisprudenza ha accolto sostanzialmente il principio, sia pure limitandolo e correggendolo con le particolari circostanze di fatto in cui il *falsus procurator* opera: cfr. App. Palermo 17 maggio 1948, in *Rassegna di Giurisprudenza sul Codice civile*, diretta da Nicolò, Milano 1956.

tratto stipulato sia « utile » alla controparte, e non a se stesso ⁽¹⁶⁾.

Ancor più grave diventa la situazione del terzo se si pensa alla difficoltà pratica di accertare l'utilità della gestione. La dottrina ha creduto di ravvisare dei casi in cui questa valutazione, e la sua possibilità, sfugge allo stesso gestore: questa sarebbe l'ipotesi di una *prohibitio domini* ignorata senza colpa dal gestore stesso ⁽¹⁷⁾. In questo caso, dovremmo giungere alla conclusione che, poichè non esiste *culpa in contrahendo*, il terzo non avrebbe diritto al risarcimento dei danni nè positivi nè negativi. È evidente che accogliere queste proposizioni significa anche svuotare l'istituto della gestione di ogni concreto contenuto.

Queste difficoltà — lo si è già detto — son già state avvertite: ed a guisa di soluzione si è sostenuto che, pur essendovi rappresentanza nel caso che vi sia *utiliter coeptum*, l'attività svolta vincoli il gestore personalmente nel caso che il *dominus* possa rifiutare, a norma dell'art. 2031 c.c., l'adempimento delle obbligazioni assunte dal gestore ⁽¹⁸⁾: in tal modo si unirebbero i vantaggi della rappresentanza diretta con i vantaggi della rappresentanza indiretta. Ma questa soluzione, almeno nei termini in cui è stata prospettata, non offre elementi sufficienti di tranquillità, poichè in essa verrebbe a rompersi a vantaggio del terzo l'equilibrio creato dal legislatore nell'ambito di situazioni diverse.

⁽¹⁶⁾ Sarebbe questo il caso della « *negotiorum gestio* » del terzo contraente, caso di grande valore storico per il fatto che sembra che attraverso tale ipotesi sia stato costituito per la prima volta un rapporto diretto tra *dominus* e terzo: PACCHIONI, *La « negotiorum gestio » del terzo contraente*, in appendice alla traduzione delle *Obbligazioni* di SAVIGNY, cit., II, p. 425 ss. Ma al suo valore storico non corrisponde un adeguato valore pratico, come rileva BALBI, *Negozio gestorio non utile*, cit., p. 19 s. Ed in ogni modo è da escludersi che il terzo contraente con il gestore debba sempre comportarsi come gestore.

⁽¹⁷⁾ Secondo CAPACCIOLI, *La gestione di affari in diritto amministrativo*, Padova 1956, p. 230, la ignoranza del reale volere del *dominus* non esclude l'*utiliter coeptum*, allorchè non vi sia colpa da parte del gestore. Ma di diverso avviso era WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., II, 2, p. 273.

⁽¹⁸⁾ Così BALBI, *Negozio gestorio non utile*, cit., p. 22.

Il rilievo da farsi è di ordine metodologico: non si possono desumere dal caso patologico — inutilità della gestione — i veri poteri del gestore, ma al contrario occorre prima identificare la situazione giuridica che qualifica la sua attività. In altre parole, occorre in primo luogo superare il problema della natura giuridica della gestione, per poterne poi seguire le molteplici conseguenze.

5. Nell'atto di gestione, così come nella rappresentanza, esistono tre soggetti: il *dominus*, colui che agisce nel nome del *dominus* e il terzo. Ma questa considerazione non è sufficiente a far coincidere le due figure della gestione e della rappresentanza. Per giungere a questo risultato occorrerebbe anche dimostrare che la posizione dei tre soggetti nei confronti degli effetti realizzati dall'atto concluso in nome altrui sia identica nell'uno e nell'altro caso: ed è proprio su questo punto che si può inserire qualche dubbio.

È opportuno precisare i termini della questione. In ipotesi si ignora quale sia il concreto atteggiamento del rapporto giuridico creato dal gestore di affari: si sa solamente che questo rapporto esiste. Si conosce invece il modo in cui vive il rapporto creato dal rappresentante, e resta quindi la possibilità di esaminare l'applicazione di questi principi in materia di gestione, usando come criterio di giudizio la loro idoneità a risolvere i problemi che nascono dall'assenza del *dominus*.

In materia di rappresentanza, il soggetto che agisce in nome altrui assume la qualità di terzo nei confronti del rapporto creato in nome del rappresentato⁽¹⁵⁾. Il fatto stesso che gli ef-

(15) Con questa affermazione non si vuole aderire alla formulazione del DE MARTINI, *Vizi di validità degli atti compiuti in nome o in sostituzione di altri*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.* 1949, 2, p. 437 ss., secondo cui sarebbe il rappresentato il vero autore del negozio (p. 441), ma si vuol solo dire che « gli effetti del negozio concluso in rappresentanza si producono direttamente in capo all'interessato, con esclusione di qualsiasi conseguenza, anche intermedia o provvisoria, per il rappresentante »: così testualmente BERTI, *Teoria generale del negozio giuri-*

fetti dell'atto stipulato dal rappresentante si riferiscono direttamente al *dominus* sembra una ragione valida per escludere la personale partecipazione del rappresentante stesso alle vicende di quel rapporto. Ed infatti è la stessa legge a limitare la responsabilità di questo soggetto al solo caso in cui egli abbia fatto nascere affidamento sulla esistenza del potere di rappresentanza, e cioè al caso in cui rappresentanza non vi sia (art. 1398 c.c.). La conseguenza logica di questa impostazione del problema è che il terzo non può rivolgersi al rappresentante allorchè per una ragione o per l'altra il rappresentato non voglia dare esecuzione agli impegni assunti da un altro soggetto a suo nome.

Ma può realmente dirsi che anche il gestore possa proclamarsi estraneo a tutti gli effetti nei confronti del rapporto da lui stesso posto in essere?

Il problema è da valutarsi in relazione alla particolare posizione che il gestore stesso assume nei confronti dell'atto di gestione. Infatti, non bisogna perdere di vista che la situazione concreta in cui si inizia la gestione è qualificata dall'assenza del *dominus*, talchè un atteggiamento del gestore che prescindendo dalla sua personale partecipazione alle vicende del rapporto sarebbe privo di senso. In altre parole gli effetti dell'atto di gestione nascono proprio allo scopo di essere realizzati dal gestore stesso.

Nè vale obiettare che questo atteggiamento della volontà del gestore, pur essendo normale, non è però necessario. Naturalmente non si può escludere la possibilità di un'attività di gestione iniziata con il convincimento — magari erroneo — di un pronto ritorno del *dominus*. Ma è facile rilevare che neppure in questo caso la soluzione potrebbe essere diversa. Infatti, sia che il gestore abbia agito in nome proprio sia che abbia speso il nome altrui, la soluzione deve tener conto di una circostanza in ogni caso identica: il terzo contraente non si può rivolgere al *domi-*

dico, cit., p. 578. In questi termini, il principio può essere formulato con tutta tranquillità.

nus per l'esecuzione del rapporto per il semplice fatto che egli è assente. Da ciò discende con sufficiente sicurezza che l'unica persona a cui il terzo può chiedere la realizzazione del suo diritto è lo stesso gestore. Si può dunque dire che la partecipazione del gestore alle vicende del rapporto obbligatorio da lui stesso creato assume carattere di necessità, anche nel caso in cui l'obbligazione sia stata contratta in nome altrui.

6. In fondo è la stessa lettera della legge a confortare questa interpretazione: infatti a norma dell'art. 2028 c.c. è a carico di chi abbia assunto volontariamente la gestione dell'affare altrui « l'obbligo di continuarla e di condurla a termine finchè l'interessato non sia in grado di provvedervi da se stesso ». Lo stesso legislatore, dunque, vuole che il rapporto si esaurisca nella signoria del gestore.

È pur vero che l'art. 2028, allorchè pone a carico del gestore l'obbligo di continuare l'attività iniziata, non precisa se questo obbligo sussista nei confronti del *dominus* oppure del terzo. La difficoltà che ne nasce può essere formulata in questi termini: se realmente il gestore fosse obbligato solo nei confronti del *dominus*, non sarebbe possibile — almeno a prima vista — utilizzare l'art. 2028 c.c. per valutare i rapporti tra gestore e terzo.

Effettivamente, si deve riconoscere che l'art. 2028 c.c. si giustifica soprattutto in relazione all'interesse del *dominus*. Il rilievo assume la massima evidenza nel caso in cui l'attività di gestione sia meramente materiale, poichè qui un interesse del terzo non viene o può non venire in considerazione. Ad esempio, chi abbia iniziato — sia pure *inutiliter* — la coltivazione di un fondo di proprietà dell'assente, non può abbandonare la coltivazione a metà, ma è obbligato a condurla a termine⁽²⁰⁾: ed

(20) Sul fatto che l'obbligo di continuare non è subordinato al requisito dell'*utiliter coeptum*, v. più avanti in specie nota 46. Per ora, sia sufficiente la formulazione letterale dell'art. 2028 c.c.

evidentemente, se un interesse privato in questo caso esiste, non può essere che del proprietario del fondo.

Ma l'esempio fatto non può ritenersi decisivo per risolvere il problema prospettato: finchè non viene in rilievo un interesse del terzo, non è possibile individuare la funzione che la norma contenuta nell'art. 2028 c.c. svolge nei suoi confronti. Si supponga perciò che durante la coltivazione del fondo abbandonato il gestore stipuli un contratto, ad esempio per l'acquisto di semi. Anche in questo caso il significato dell'art. 2028 c.c. è abbastanza chiaro: egli avrà egualmente il dovere di continuare la gestione e quindi nel caso di specie dovrà pagare il prezzo, ritirare il bene acquistato, e quindi impiegarlo nella terra incolta, del *dominus*, realizzando così i diritti ed adempiendo gli obblighi che derivano dal contratto. Ma, evidentemente, l'esecuzione del contratto presuppone la sua efficacia: giuridicamente, non è concepibile l'esecuzione di un obbligo inesistente, e d'altro canto un obbligo non può derivare da contratto inefficace.

Si tocca così il punto centrale di questo discorso. L'essenziale, nei confronti del terzo, è l'efficacia del negozio: è solo in questi limiti che l'interesse di questo soggetto trova le ragioni della sua tutela, e non vi sarebbe motivo alcuno per estenderla oltre. È poi indifferente che tale efficacia si giustifichi in ragione dell'interesse del *dominus*: vera o falsa che sia questa affermazione, essa riguarda un momento precedente alla tutela del terzo, possibile solo nei limiti degli effetti negoziali. L'adempimento, magari, sarà dovuto anche nei confronti del *dominus*: ma ciò non esclude, anzi presuppone che l'obbligo a cui l'adempimento si riferisce sia già esistente.

Ed una volta giunti a questa conclusione, si deve anche credere che il gestore, dopo aver creato il rapporto giuridico, è pure tenuto a tradurre in termini reali quell'efficacia. Altrimenti, la esistenza giuridica del rapporto nato dalla gestione diventa una mera affermazione teorica del legislatore, priva di ogni giustificazione.

7. Queste considerazioni trovano conforto anche sul piano della critica storica. A chiarimento di questo aspetto del problema si rilegga l'art. 1141 c.c. 1865; in quella norma non solo era posto a carico del gestore l'obbligo di continuare l'attività iniziata, ma era specificato anche il contenuto di questo obbligo: « il gestore deve altresì soggiacere a tutte le conseguenze del medesimo affare... ».

La norma non costituisce la cattiva formulazione di un vago principio della responsabilità, ma ad un più attento esame rivela un preciso valore normativo. Si osservi in primo luogo che ivi non si fa questione degli effetti della gestione, ma delle conseguenze dell'affare che è oggetto della gestione: appare quindi chiaro che in quella norma non erano regolati i rapporti del gestore con il *dominus*, ma con gli eventuali terzi interessati all'affare. In secondo luogo, si può escludere che parlando delle conseguenze dell'affare il gestore intendesse far riferimento alle conseguenze materiali: questo tipo di effetti son subiti solo dal patrimonio del *dominus*, e ciò è implicito nella stessa nozione di gestione. Ad esempio, se il gestore conclude un contratto di appalto per la riparazione dell'edificio dell'assente, sarà il proprietario o, per meglio dire, la sua proprietà a subire le conseguenze materiali dell'affare. In questo caso, dire che il gestore deve soggiacere a tutte le conseguenze, può significare solo che nei confronti di questo soggetto avviene l'imputazione degli effetti giuridici del contratto. Da questo esempio risulta che a norma dell'art. 1141 c.c. 1865 i negozi giuridici posti in essere dal gestore costituiscono il regolamento dei rapporti tra gestore e terzo ⁽²¹⁾.

In sostanza, la formula usata in quella norma era analoga a quella che ancor oggi ritroviamo nell'art. 1711 c.c.: « l'atto che esorbita dal mandato *resta a carico del mandatario* ». E che in realtà queste terminologie abbiano in comune più di quanto possa sembrare a prima vista, risulta dal confronto dell'art. 1141

(21) Così BAZZI, *Negozi gestorio non utile*, cit., p. 23.

c.c. 1865 con la corrispondente norma francese, l'art. 1372 c. Nap., con cui la prima norma è in rapporto di evidente derivazione: secondo il diritto positivo francese il gestore « doit se charger également de toutes les dépendances de cette même affaire ». L'affinità, sia pure terminologica, è evidente.

Oltre tutto, questo esame dei precedenti legislativi dimostra l'esistenza di una continuità storica in cui sarebbe veramente difficile inserire le norme sulla rappresentanza.

Nè si può trarre argomento dal fatto che la norma è scomparsa nella formulazione del codice vigente. Di questa variazione non resta traccia nè nei lavori preparatori nè nella relazione del Guardasigilli: ed il rilievo ha un chiaro significato, poichè permette di fissare la presunzione della permanenza di quella continuità storica prima indicata. Tanto più questa soluzione sembra probabile se si osserva che la frase è stata eliminata per la prima volta non nel codice 1942, — testo che reca l'impronta della legislazione tedesca ove quella norma non appare — ma molto prima, nel progetto italo-francese del 1927, senza più comparire nè nelle identiche norme del progetto del 1936, nè più tardi nel progetto ministeriale del 1942: in nessuno di questi testi e dei lavori che li precedettero vi è una sia pur minima traccia di un *animus novandi* da parte del legislatore.

8. In conclusione, si può dire che nei confronti del terzo il gestore assume la posizione giuridica del *dominus*, sostituendolo nell'esercizio dei suoi diritti e dei suoi obblighi. Si pone così in luce una delle differenze fondamentali tra gestione e rappresentanza. A voler puntualizzare questa differenza utilizzando classificazioni già acquisite nella letteratura giuridica, si può dire che nella gestione non vi è « rappresentanza », ma « sostituzione »⁽²²⁾. Infatti, mentre il rappresentante opera accanto al

(22) Naturalmente qui non si intende far riferimento a quella nozione di « sostituzione » che esprime una categoria più vasta della rappresentanza, in un rapporto di genere a specie (cfr. su questa nozione SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine*

dominus, il gestore agisce in luogo del titolare del diritto sostituendolo nelle sue attività: nè potrebbe agire diversamente — si è detto — per il fatto stesso che il *dominus* è assente, e quindi si trova nella impossibilità materiale di esercitare il proprio diritto.

Naturalmente, questa classificazione dell'attività di gestione non esaurisce ancora il problema, ma solamente ne pone le premesse. Invero, la dottrina, se è giunta ad isolare la sostituzione dalla rappresentanza, non è invece riuscita a tracciare un nucleo di regole comuni a tutte le attività di sostituzione: talchè, classificando la gestione tra queste attività, la si viene ad identificare ancora in modo negativo, come non-rappresentanza.

È opportuno però soffermarci brevemente sulla opportunità della classificazione or ora accennata. La dottrina finora ha parlato di sostituzione in quegli istituti noti anche come «uffici privati»⁽²²⁾. Ora, dire che il gestore sia titolare di un ufficio privato allo stesso modo come lo è l'esecutore testamentario oppure il curatore della vendita forzata, sarebbe questa una affermazione molto discutibile. Ma vi è una figura, tra quelle già

generali, cit., p. 241), ma si intende invece richiamare — sia pure dandole un significato eventualmente diverso — quella dottrina che ha visto i due termini, sostituzione e rappresentanza, in contrapposizione: cfr. HEISEMANN, *Die Formen der Rechtsausübungen*, in *Jherings Jahrbücher* 1931, p. 376, nota 7; PUGLIATTI, *Ancora sulla rappresentanza nella vendita forzata*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1933, I, p. 430 ss.; DE MARTINI, *Posizione degli organi fallimentari rispetto al fallimento e ai creditori*, *ibid.* 1946, II, p. 95, e da ultimo, RAVAZZONI, *La fidejussione*, Milano 1957, p. 74 ss.

(22) La nozione di ufficio privato, proposta nella letteratura italiana dal MESSINGO, *Contributo alla dottrina dell'esecuzione testamentaria*, Padova 1931, p. 74 ss., è molto controversa: cfr. CONTURSI-LISI, *L'esecutore testamentario*, Padova 1950, p. 74 ss.; CICU, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1951, p. 190 ss.; e da ultimo CANDIAN, *Del c.d. ufficio privato e in particolare dell'esecutore testamentario*, in *Scritti giuridici in onore della CEDAM*, Padova 1953, I, 211 ss. Ma queste controversie non interessano in modo immediato il nostro tema, poichè la nozione di ufficio privato costituisce in fondo la versione meno facilmente utilizzabile del concetto di sostituzione, talchè la sua negazione non è di alcun danno ai limitati fini qui proposti. Sui rapporti tra la nozione di «ufficio privato» e quella di «sostituzione»: cfr. CONTURSI-LISI, *L'esecutore*, cit., p. 113.

classificate dalla dottrina, che presenta delle analogie con quella del gestore: ed è il curatore del patrimonio dell'assente. Anche qui la ragione dell'intervento del terzo è costituita dalla necessità di gestire gli affari di un soggetto che si trova nella impossibilità materiale di provvedervi da se stesso: solo che qui vi è l'intervento dello Stato che immette un soggetto nella amministrazione dei beni.

Per vedere le possibili analogie tra le due figure del gestore e del curatore occorre rilevare che la nomina del curatore non può essere fatta se esiste un rappresentante volontario (art. 48 c.c.): da questa norma si deduce che l'attività svolta dal curatore si pone in posizione alternativa rispetto a quella del rappresentante. Ora, si pensi al caso di un soggetto che volontariamente intervenga nella situazione giuridica dello scomparso prima che vi sia stata la nomina del curatore: in questo caso, il gestore svolge una funzione uguale a quella del rappresentante volontario, oppure a quella del curatore?

Una risposta veramente rigorosa al quesito è forse impossibile: e questo ben si comprende ove si rifletta che la situazione in cui opera il gestore presenta normalmente tale tipicità da non poter essere confusa con altre. Ma una volta espressa questa riserva, una risposta può anche essere data: ed allora sembra decisivo che, se una somiglianza sia pur vaga sussiste tra la situazione giuridica dell'assente e quella dello scomparso, non vi è invece nulla in comune tra chi non interviene nella amministrazione di un proprio affare e chi invece vi interviene sia pure indirettamente per mezzo del rappresentante. Sembra quindi possibile avvicinare la figura del gestore più a quella del curatore che a quella del rappresentante.

Questa soluzione appare tanto più credibile se si ricorda che la dottrina contemporanea pone a fondamento dell'istituto della gestione un interesse sociale, non meramente privato: talchè sembra possibile, anche da questo punto di vista, avvicina-

nare problematiche finora distinte in una sostanziale unità di ispirazione⁽²⁴⁾.

9. È necessario però, abbandonare le ampie visioni sistematiche, troppo fertili di facili suggestioni, per ritornare ai concreti problemi normativi che lo studio della gestione propone.

Finora, si è detto che, a norma dell'art. 2028 c.c., l'amministrazione volontaria di un affare altrui deve esser proseguita finchè l'interessato non possa adempiervi; e quindi, se nel corso di quella amministrazione il gestore è entrato in contatto con terzi, egli è tenuto *ex lege* alla prosecuzione di quel rapporto, fino alla sua estinzione.

I rilievi svolti contengono già tutti gli elementi per una esatta impostazione del problema della responsabilità del gestore. Infatti, si consideri il caso in cui l'adempimento del vincolo contrattuale debba aver luogo in un momento in cui l'*absentia domini* continua: ora, se è vero che secondo la volontà del legislatore il vincolo contrattuale grava durante questo periodo di tempo sul gestore, deve anche esser vero che questo soggetto sarà responsabile nei confronti del terzo di vero e proprio inadempimento. D'altro canto, questa soluzione ha i suoi fondamenti non solo nella logica dell'istituto, ma anche nei principi generali del diritto. Infatti, mancherebbe la condizione essenziale per attribuire al terzo il diritto al risarcimento dei c.d. danni negativi: secondo il comune insegnamento della dottrina, questa particolare forma di responsabilità si giustifica solo in funzione della nullità o della inefficacia assoluta del rapporto

(24) In sostanza, si tratta di vedere se la controversia relativa al c.d. ufficio privato — fino a che punto l'interesse privato ceda all'interesse pubblico come centro propulsore dell'istituto — sia sostanzialmente diversa dall'altra, vista in tema di gestione sotto il profilo dell'*utiliter coeptum*. Un esempio: la soluzione prospettata dal Bammè, *Sistema*, cit., p. 714, secondo il quale non va confusa la convenienza sociale che giustifica l'istituto con l'interesse del *dominus* che giustifica il concreto intervento del gestore, potrebbe risolvere in fondo quella dualità di interessi — privato e pubblico — ravvisata dal CANDIAN, *Del c.d. ufficio privato*, cit., p. 213.

contrattuale⁽²⁵⁾, e quindi mancherebbe, secondo ciò che si è finora detto, ogni motivo per applicare la regola all'attività del gestore⁽²⁶⁾.

Nè vale replicare che, se anche questo soggetto è tenuto all'adempimento, egli vi è tenuto come gestore, e non in proprio. Si può senz'altro concedere ciò, ma in tal modo il problema non è affatto risolto poichè resta ancora da stabilire quale sia l'esatto significato normativo dell'assunzione della qualità di gestore. Ed al chiarimento di questo significato convergono tutti i rilievi svolti.

Si concentri l'attenzione al momento, già indicato, in cui la gestione deve ancora continuare⁽²⁷⁾. È improbabile che per questo periodo di tempo il legislatore abbia voluto adottare una duplice soluzione del problema della responsabilità del gestore, a seconda che vi sia o manchi l'utilità: questo requisito, evi-

(25) Cfr. BURKA, *Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht*, Leipzig, 1903, p. 149 ss.; la dottrina non ha dubbi nel ritenere che la responsabilità del rappresentante senza potere (art. 1398) sia fondata su una *culpa in contrahendo*; cfr. DE MARTINI, *Invalidità del contratto del falsus procurator e interesse contrattuale negativo*, in *Giur. compl. Cass. civ.* 1949, I, p. 295 ss. Inconferente è il problema della natura contrattuale o extracontrattuale della *culpa in contrahendo*, poichè in ogni caso l'obbligo violato è diverso dall'effetto definitivo del contratto; CALISI, *In tema di trattative e responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1956, p. 470 ss.

(26) Infatti, se è vero che l'efficacia del negozio concluso dal gestore riposa sull'obbligo di continuare la gestione, deve anche esser vero che il negozio sarà in ogni caso efficace, manchi o vi sia l'*utiliter coeptum*: infatti, la norma che pone quest'obbligo, l'art. 2028 c.c., non fa parola di questo requisito. Su questo punto, si fa ancora un altro rinvio, alla nota 46.

(27) La limitazione del problema al particolare momento indicato nel testo si giustifica con la considerazione che per maggior chiarezza è opportuno prescindere dall'applicazione dell'art. 2031 e del suo effetto. Si osservi, però, che, una volta risolto il problema della responsabilità del gestore prima dell'intervento del *dominus*, non si vede come tale soluzione possa cambiare successivamente. Al massimo si può ritenere che, non verificandosi l'effetto previsto nell'art. 2031, la situazione resti identica a quella precedente, restando così gravato il gestore di responsabilità contrattuale. È impensabile, infatti, che il rapporto si contragga, quasi colpito da invalidità successiva: per una critica di questa dottrina, sostenuta nel secolo scorso dal LAMÉ, cfr. BALDI, *Negozio gestorio non utile*, ecc., cit., p. 9 ed ivi bibliografia.

dentemente posto nell'interesse del *dominus*, verrebbe a condizionare i rapporti tra gestore e terzo. In ogni modo, se è ben possibile che il titolare del rapporto amministrato si sottragga all'adempimento invocando l'inutilità della gestione, sarebbe invece difficile trovare adeguata giustificazione per il gestore che rifiutasse l'esecuzione del rapporto da lui stesso creato, adducendo la propria imprudenza nell'iniziare la gestione. Accettare per buona questa pretesa costituirebbe un grave attentato al principio dell'autoresponsabilità, che pur si ritiene vivo ed operante nel nostro diritto⁽²⁸⁾.

D'altro canto, dall'accettazione delle regole della rappresentanza il minor danno per il terzo contraente deriverebbe sempre nel caso che l'utilità iniziale non vi sia: egli otterrà pur sempre il risarcimento dei danni negativi, e per tal via riuscirà ancora ad ottenere il riconoscimento dei propri diritti, sia pure in modo e misura diversi. Ma il pregiudizio — sempre secondo le regole della rappresentanza — sarebbe maggiore nel caso in cui il negozio concluso dal gestore sia direttamente efficace nei confronti del *dominus*: se fosse vero che il gestore non è obbligato verso il terzo a continuare la gestione nè è impegnato personalmente al rapporto contrattuale, se ne dovrebbe dedurre che il terzo non ha alcun rimedio contro il gestore che abbandoni la sua attività in favore del *dominus*; e quindi egli non potrebbe ottenere il risarcimento dei danni per inadempimento fin quando il *dominus* non abbia interrotta la sua assenza, ed anche allora potrà ottenere la reintegrazione del suo diritto solo dimostrando la colpa del *dominus*, che in via presuntiva è da

(28) Si osservi che nella rappresentanza senza potere vi è a fondamento della responsabilità una situazione oggettiva, insuscettibile di valutazioni diverse, e quindi tale da non prestarsi ad abusi. È notevole, da questo punto di vista, la decisione dell'App. Caltanissetta 26 febbraio 1953, in *Foro it.* 1954, I, c. 98 ss. ove, sia pure partendo dalla distinzione tra gestione utile e necessaria, si afferma che un atto di gestione (nella specie locazione di immobile) vincola il patrimonio del *dominus* fin quando interviene un atto di volontà contrario dello stesso *dominus*.

escludersi per la stessa ignoranza da parte di questo soggetto delle obbligazioni assunte in nome di lui dal gestore.

Per sfuggire a queste conseguenze si deve tornare al concetto fondamentale finora posto in luce: nei confronti del terzo il gestore assume la stessa posizione giuridica del *dominus*, sia nell'adempimento degli obblighi e sia nel risarcimento dei danni conseguenti al non adempimento.

Naturalmente, affermare la responsabilità del gestore non vuol dire che costui debba subire in modo definitivo gli effetti della gestione. Non bisogna dimenticare che vi è una particolare norma, l'art. 2031 c.c., che pone a carico del *dominus* l'obbligo di rimborsare le spese. Resta poi il problema di vedere fino a che punto siano reversibili sul *dominus* le conseguenze di un adempimento: ma questa difficoltà dovrà valutarsi in relazione alla diligenza usata dal gestore nella esecuzione delle sue funzioni, a norma dell'art. 2030 c.c. In ogni caso, però, il problema riguarda i rapporti tra i due soggetti interessati, e non il terzo.

10. Una avvertenza. Non bisogna confondere il problema della responsabilità del gestore con altri problemi che possono nascere in materia di gestione. Chi dalla natura di tale responsabilità volesse trarre la conseguenza che il gestore assume la figura del mandatario senza rappresentanza anche allorchè spende il nome altrui, ragionerebbe sempre nei termini della rigida alternativa: rappresentanza diretta - rappresentanza indiretta. In sostanza il suo ragionamento andrebbe così ricostruito: poichè il gestore non è rappresentante diretto, necessariamente deve essere rappresentante indiretto.

Ma il vero è che l'argomento prospettato ha un contenuto meramente negativo, talchè può esser considerato sufficiente per escludere nel gestore la veste di rappresentante diretto, ma non vale di per sè ad attribuirgli la qualifica di rappresentante indiretto.

Anche questo problema, ben s'intende, è di diritto positivo,

e quindi la sua soluzione dipende da un'esatta valutazione dell'effetto previsto nell'art. 2031 c.c. Se realmente la soluzione legislativamente prevista implicasse per il gestore la qualifica di rappresentante indiretto, si dovrebbe anche constatare che l'effetto ivi stabilito sia un rapporto tra il gestore e il *dominus*, uguale e contrario a quello tra gestore e terzo.

Ma così non è. L'art. 2031 c.c. stabilisce che l'interessato « deve adempiere le obbligazioni che il gestore ha assunte in nome di lui ». Ora, non sembra che questa formula valga a designare un nuovo rapporto obbligatorio tra gestore e *dominus*. Infatti, dall'espressione letterale adottata dal nostro legislatore, si deduce in primo luogo che l'obbligazione che viene a gravare sul *dominus* dopo l'interruzione della sua assenza, non è una obbligazione nuova, ma è la stessa che il gestore doveva personalmente adempiere prima di quel momento. Ed in secondo luogo risulta che il soggetto attivo di quella obbligazione è direttamente il terzo, e non il gestore: di ciò si può trarre fermo convincimento comparando la formulazione usata nel caso di obbligazioni assunte in nome altrui e l'altra, molto più oscura, usata per le obbligazioni assunte dal gestore in nome proprio⁽²⁹⁾.

Già da questi rilievi esegetici appare chiaro che il meccanismo della gestione si distingue nettamente da quello della rappresentanza, sia diretta che indiretta. Tutt'al più, si potrebbe dire che la soluzione adottata dal legislatore nell'art. 2031 c.c. si pone nel giusto mezzo tra il fenomeno della rappresentanza indiretta, ove il rapporto esterno si ripropone in modo nuovo ed autonomo nei rapporti interni, e la rappresentanza diretta, che prevede la nascita del rapporto direttamente in testa al *dominus*: qui invece vi è una « successione » dei due soggetti nel-

(29) Già il RESCICNO, *L'accollo ex lege*, in *Banca, Borsa e titoli di credito* 1954, I, p. 258 configura come accollo (semplice) l'effetto previsto nell'art. 2031 c.c. per l'obbligazione contratta in nome proprio dal gestore; tuttavia questo A. aderisce alla teoria della rappresentanza per quanto riguarda il caso della *contemptio domini* da parte del gestore. Un accenno all'accollo è fatto fuggevolmente dal MINARELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato*, Napoli 1955, p. 256, ove però il termine è forse usato più nel suo significato economico che strettamente tecnico.

l'ambito dello stesso rapporto. Nè questa soluzione appaia arbitraria ed atipica, poichè in realtà corrisponde alla figura dello accolto, che tanta parte investe della dinamica giuridica delle obbligazioni.

Ma per accreditare questa soluzione, occorre a questo punto fare un passo indietro, occorre cioè ritornare all'art. 2028 c.e. per ritrovare ivi le ragioni della norma contenuta nell'art. 2031 c.e., in un armonico sincronismo.

11. Valutando la particolare posizione del gestore nella conclusione e nella esecuzione del contratto, si è detto che l'obbligo dell'adempimento grava sulla sua persona, e a conferma di questa opinione si è addotta la formulazione letterale dell'art. 2028 c.c. Se questa interpretazione è corretta, nasce il problema di trovare le giuste dimensioni dell'art. 2031 c.e. che impone l'obbligo di quell'adempimento al *dominus negotii*. Esclusa per ragioni di principio una sovrapposizione di norme, si devono tracciare i limiti tra le due disposizioni di legge. È facile constatare che questo limite, pur necessario, non risulta esplicitamente dall'art. 2031 c.e.: tuttavia, una volta poste le due norme in posizione di continuità, il limite di applicabilità dell'art. 2031 c.c. verrà a coincidere con quello espresso nell'art. 2028 c.c., e quindi può esser ritrovato nel momento in cui cessa l'assenza del *dominus*. Fino a questo momento, dice la legge, l'obbligo dell'adempimento, grava sulla persona del gestore; da quel momento in poi, lo stesso obbligo grava anche sul vero titolare del diritto.

Visto in questa prospettiva, l'art. 2031 c.c. assume, più o meno, lo stesso significato dell'art. 2338 c.c., allorchè determina gli effetti dell'attività dei promotori nella formazione progressiva della società per azioni. L'analogia tra le due norme trova conferma nel fatto che già la dottrina più antica classificava questa attività nell'istituto della gestione degli affari al-

trui⁽²⁰⁾. Vi è da aggiungere, inoltre, che in questa ipotesi la soluzione qui prospettata assume carattere di necessità, poichè di rappresentanza non si può neppure far parola mancando qui il soggetto stesso a cui riferire direttamente gli effetti dell'attività dei promotori. Nè questa — si badi bene — costituisce una sostanziale differenza tra la gestione vera e propria e quella di specie considerata nell'art. 2338 c.c., poichè nella nozione di « sostituzione » l'inesistenza del soggetto (ad es.: nella esecuzione testamentaria) è equiparata alla impossibilità da parte del soggetto di tutelare i propri interessi (ad es.: nella curatela del patrimonio dell'assente)⁽²¹⁾.

In altre parole, si può dire che, l'art. 2031 c.c. assume valore normativo solo alla conclusione del rapporto di gestione, allorchè il *dominus* interrompe la sua assenza. In questo senso testimonia lo stesso contenuto della norma: a lume di buon senso, un assente non solo si trova nella impossibilità materiale di adempiere obbligazioni di qualsiasi genere, ma non può neppure rimborsare le spese necessarie o utili sostenute dal gestore. D'altro canto questo rimborso ha un suo significato solo alla fine dell'attività di gestione. Ed è appunto alla luce di questa considerazione che si fa manifesto tutto il senso della norma: l'art. 2031 c.c. non fissa la disciplina della gestione, ma solo regola la sua liquidazione totale.

E che questa, e non altra, sia l'interpretazione da dare alla norma, risulta anche da un altro ordine di considerazione. Ove realmente la norma disciplinasse il potere di rappresentanza del gestore, vi dovrebbe essere corrispondenza tra questo potere e gli effetti che si verificano in testa al *dominus*: si dovrebbe pertanto giungere alla conclusione che il gestore ha il solo po-

(20) Già in questo senso si esprimeva COGLIOLIO, *Concetti fondamentali circa la « negotiorum gestio »*, cit., p. 324. Nella letteratura contemporanea, v. GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli 1955, p. 136.

(21) Cfr. a questo proposito l'elenco delle situazioni in cui si ha l'intervento del pubblico potere, in CANONIAN, *Del c.d. « ufficio privato » ecc.*, cit., p. 215.

tere giuridico di creare obbligazioni⁽²²⁾. Ma limitare ai semplici rapporti di credito la legittimazione di chi volontariamente interviene a curare gli affari di un assente è evidentemente senza senso: o che si acceda alla teoria di un potere illimitato di gestione oppure che si voglia attribuire alla competenza del gestore la sola attività di ordinaria amministrazione, in ambedue i casi la limitazione non avrebbe alcuna giustificazione, dato che la distinzione tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione non corrisponde affatto all'altra distinzione, tra contratti obbligatori e atti di disposizione⁽²³⁾. La difficoltà è già stata individuata dalla dottrina; conseguentemente si è tentato di superare il tenore letterale della norma⁽²⁴⁾. In ogni modo, resta sempre preferibile una interpretazione che riesca ad aderire alla lettera della legge, e sembra che questo risultato possa esser conseguito solo esaminando la norma nella prospettiva segnalata. Invero, nel momento in cui cessa l'*absentia domini*, nasce il problema della liquidazione dei rapporti che siano ancora in fase di sviluppo, in altre parole, delle obbligazioni. Il problema sussiste identico qualunque sia la natura dei poteri del gestore e degli atti che egli ha compiuto: ad esempio, nel caso che il gestore abbia compiuto una compravendita e che la gestione termini dopo la conclusione del contratto ma prima della consegna della cosa venduta, in sede di liquidazione dell'attività gestoria sorgerà il problema della consegna della cosa venduta, ancorchè tale obbligazione derivi da negozio dispositivo. Ed è questo il problema che la norma prevede, e risolve accollando il dovere

(22) Il solo autore che parli di mere obbligazioni del gestore e del *dominus* nei confronti dei terzi è PACCHIONI, *Della gestione ecc.*, cit., p. 64. Tutta la dottrina, invece, attribuisce al gestore capacità a compiere atti dispositivi (come risulta dalla ampia rassegna fatta dal DEJANA, *Gestione di affari altrui e atti dispositivi*, cit., p. 225 ss.), sia pur limitando talvolta la capacità del gestore ai soli atti di ordinaria amministrazione.

(23) Su questo punto, cfr. DEJANA, *Gestione*, cit., p. 228, nota 7.

(24) Cfr. DEJANA, *Gestione ecc.*, cit., p. 254, che per primo affronta con lucida coerenza il tema, partendo dal presupposto della gestione come fonte della rappresentanza.

dell'adempimento al gestore oppure al *dominus*: quindi è solo riferendo la norma ai rapporti pendenti che si può giungere ad attribuirle un significato nei termini in cui è stata formulata dal legislatore.

E se questo è il vero significato della norma, ben si comprende come l'art. 2031 c.c. possa svolgere la sua concreta efficacia normativa solo alla fine della gestione. Invero, il contenuto e la natura stessa delle obbligazioni — sia stipulate in nome altrui sia in nome proprio — può essere determinato solo in quel momento: in un tempo precedente i rapporti pendenti possono essere diversi, e dall'altro canto in un momento successivo quegli stessi rapporti, già pendenti, possono aver trovato il loro esaurimento, talchè si sostituisce all'obbligo di adempiere le obbligazioni assunte l'altro dovere, distintamente menzionato dal codice, di indennizzo delle spese.

Come si può facilmente rilevare, la esclusiva razionalità della norma alla fine della gestione risulta non solo dal suo collegamento con l'art. 2028 c.c., ma dal suo stesso contenuto normativo.

12. Fin qui si è esaminato l'art. 2031 c.c. nella sua espressione letterale e nei suoi collegamenti sistematici. Ma prima di considerare acquisito il risultato prospettato, occorre valutarlo anche sul piano concreto degli interessi.

Indubbiamente, dalla soluzione profilata il maggior vantaggio è ottenuto dal terzo contraente. Infatti, secondo le regole della rappresentanza diretta il terzo potrebbe rivolgersi per l'adempimento al solo *dominus*, mentre secondo le norme della rappresentanza indiretta egli potrebbe pretendere la soddisfazione dei propri diritti solo dal gestore; invece, se si suppone un acollo cumulativo, egli potrà rivolgersi sia al *dominus* che al gestore, obbligati ambedue solidalmente. Questa soluzione ha al suo attivo non solo la generica tutela dei terzi in genere — tutela che ha pur ispirato principi generali del diritto, ad es. il principio dell'apparenza — ma anche una specifica ragione pro-

pria della gestione: in questo istituto il terzo non sa, nè è tenuto a saperlo, se la gestione abbia avuto un utile inizio, e quindi è logico che le vicende legate a quel presupposto siano a lui estranee. È per questo, soprattutto per questo, che qui si ritiene ben giustificata quella costruzione che permette al terzo di chiedere l'adempimento sia al *dominus* sia al gestore.

D'altro canto, questo vantaggio assicurato al terzo non va a danno del *dominus*, poichè il fatto che questo soggetto resti all'esterno dei rapporti stipulati dal gestore finchè egli non ne venga a conoscenza, non può essergli di nessun pregiudizio ⁽²⁵⁾.

Forse risulta aggravata la posizione del gestore, che da mero rappresentante diventa addirittura parte del rapporto da lui stesso creato. Si deve però aggiungere che questo aggravamento non si pone con immediati riflessi pratici, almeno nei confronti del gestore previdente e diligente, che è poi l'unico ad essere meritevole di tutela: sia che egli sopporti personalmente le conseguenze giuridiche dell'affare gerito e poi le riversi sul titolare dell'affare, sia che vincoli direttamente la persona del *dominus*, il risultato ultimo è identico.

Si può dunque concludere nel senso che l'unica persona veramente danneggiata dalla soluzione qui proposta è il gestore che non abbia iniziato utilmente la sua attività. Ma questo risultato costituisce in definitiva un vantaggio, poichè per tal via si reprime l'abuso che dell'istituto possa farsi da parte di persone poco idonee a svolgere attività di amministrazione. Ed è questa — indubbiamente — una esigenza non estranea al nostro diritto positivo ⁽²⁶⁾.

⁽²⁵⁾ Qui si inserisce il problema circa il momento in cui si deve intendere finita la gestione; è questo un problema molto interessante, sia dal punto di vista teorico che pratico, e ci si riserva di esaminarlo in altra sede, insieme ad altri problemi della gestione.

⁽²⁶⁾ A trar convincimento di ciò, basta rileggere la motivazione della norma che richiede la capacità d'agire del gestore, nella *Relazione al Duce dei Progetti preliminari del libro delle obbligazioni del codice di commercio e del libro del lavoro*, Roma 1942, n. 643.

Si potrebbe osservare, però, che ponendo a carico del gestore rischi più gravi, si scoraggia l'applicazione pratica dell'istituto. Il rilievo, pur sostanzialmente corretto, non raggiunge il suo scopo, poichè il maggior rischio del gestore è a tutto vantaggio del terzo. Ed in realtà si deve riconoscere che a voler porre in posizione alternativa gli interessi dei due soggetti la scelta è sicura: non tanto perchè al gestore si può applicare il principio della responsabilità nè perchè questo soggetto di solito interviene per ragioni, altruistiche o egoistiche, tutte diverse dalla mancanza del rischio, ma soprattutto nell'interesse stesso dell'istituto, per la sua diffusione. Non si deve infatti perdere di vista che qui è in questione pur sempre una rappresentanza senza procura, e quindi è il terzo che deve avere la maggior tutela, poichè senza quella tutela egli eviterebbe di entrare in rapporti con il gestore, restando così frustrata l'iniziativa dell'altro contraente.

In questa sede, naturalmente, è possibile solo una valutazione astratta degli interessi tipici in questione, e quindi non si può escludere che, in qualche caso di specie, altra sia la soluzione più equa. Ma poichè nel nostro diritto la valutazione degli interessi in conflitto è operata solo in astratto dal legislatore, e a quella valutazione è poi legato il giudice allorchè deve decidere la sorte degli interessi concreti, le considerazioni svolte si possono anche ritenere sufficienti.

13. Il punto chiarito ha una grande importanza. Invero, limitando nel tempo l'efficacia giuridica del regolamento contenuto nell'art. 2031 c.c. si viene anche a limitare la rilevanza dell'*utiliter coeptum*, che di quella norma è presupposto, ad un particolare momento della gestione, sottraendogli così il carattere di regola generale — principio, misura, scopo — dell'istituto.

Il risultato che per questa via si raggiunge non è inattendibile. Basti pensare che se realmente il criterio dell'utilità iniziale avesse il potere taumaturgico che normalmente gli viene

attribuito in materia di gestione, non si spiegherebbe perchè il legislatore non abbia fatto ricorso a quello stesso criterio per dare la misura concreta dei poteri dal rappresentante legale, senza far ricorso alla lunga e difficile procedura dell'autorizzazione giudiziale.

È pur vero che, secondo un'opinione autorevolmente espressa, il porre dei limiti al potere di gestione sarebbe in contrasto con le intenzioni del legislatore⁽²⁷⁾. Indubbiamente, l'obiezione, pur senza esser decisiva, sarebbe molto grave. Ma prima di registrarla tra le passività in cui necessariamente incorre ogni formulazione, occorre anche riesaminare l'obiezione per saggiare la sua sostanziale esattezza. A questo proposito è stato ricordato un precedente molto significativo: nel progetto ministeriale era detto esplicitamente che « la gestione non può avere per oggetto affari che eccedono l'ordinaria amministrazione, salvo che essi siano compiuti per l'urgenza di evitare perdite gravi all'interessato ». La Commissione delle Assemblee legislative, malgrado il parere contrario del suo presidente, votò a grande maggioranza la conservazione della norma, che però non venne più mantenuta nella redazione definitiva del codice; e proprio le vicende di questa norma mai nata sono sembrate chiara conferma delle intenzioni del legislatore di non porre limiti all'attività del gestore⁽²⁸⁾. Vi è da osservare, però, che quella norma si componeva di due parti, l'una che legittimava il gestore agli atti di ordinaria amministrazione, e l'altra che — sia pure eccezionalmente — gli conferiva poteri più vasti. Ora, da questa stessa ambivalenza della norma, si comprende facilmente che la sua immotivata soppressione non ha un significato univoco.

D'altro canto, a ben guardare, si deve ammettere che l'inefficacia iniziale della gestione non varrebbe ad assicurare il *dominus* contro gli eventuali danni al suo patrimonio: non solo il rimedio sarebbe inidoneo ad eliminare gli effetti dell'attività ma-

(27) Cfr. DEJANA, *op. loc. ult. cit.*

(28) DEJANA, *ibid.*

teriale, ma neppure l'attività negoziale del gestore sarebbe resa innocua, poichè la semplice circostanza dell'inefficacia della disposizione negoziale non basta ad escludere *a priori* ogni pregiudizio per il titolare (³⁹). E, se ciò è vero, si deve anche riconoscere che il requisito dell'utilità iniziale, collegato con i principi della rappresentanza, non ha in sè la forza per svolgere quella funzione che normalmente le è attribuita.

Queste considerazioni si possono condividere o non. Ma vi è un altro punto importante, forse decisivo: attraverso il ridimensionamento dell'*utiliter coeptum* e della sua rilevanza, vien meno anche la ragione principale per estendere senza limiti i poteri del gestore. Per comprendere questo aspetto del problema occorre far riferimento ai termini in cui la questione — incertissima — vive nella letteratura giuridica contemporanea: la teoria più ampia si fonda essenzialmente sul rilievo che l'*utiliter coeptum* costituisce la misura concreta dell'effetto previsto nell'art. 2031 c.c. Il rilievo è in sè esattissimo: e sinchè si ritenga che l'effetto ivi previsto sia la rappresentanza, l'argomentazione sembra difficilmente superabile. Ma il problema cambia del tutto allorchè si muti il significato normativo di quella disposizione. Ed è questa la via giusta: infatti, dire che l'art. 2031 c.c. svolge la sua efficacia in un momento successivo all'esercizio della gestione significa anche negare che quella disposizione possa essere invocata come fonte di un presupposto di legittimazione di quella stessa attività, talchè sarà ancora possibile dire che lo *utiliter coeptum* costituisce l'unico presupposto dell'effetto comminato nell'art. 2031 c.c., ma il rilievo non avrà più il significato che prima gli veniva attribuito.

Per questa via si comprende anche perchè l'*utiliter coeptum* non si pone sullo stesso piano delle autorizzazioni giurisdizionali: il problema risolto mediante il ricorso a quel requisito

(³⁹) Sulla questione di recente si è espresso MENCONI, *L'acquisto « a non domino »*, Milano 1949, p. 35, ove è anche informazione della precedente dottrina italiana e straniera.

— l'accollo delle obbligazioni a carico del *dominus* — è tutto diverso dalla estensione dei poteri del rappresentante legale al di là dell'ordinaria amministrazione.

14. Naturalmente, limitare la legittimazione del gestore non significa affatto negare a questo soggetto la capacità a compiere atti dispositivi⁽⁴⁰⁾: sarebbe assurdo, ad esempio, rifiutare al gestore il potere di vendere il raccolto, dopo avergli imposto l'obbligo di continuare la coltivazione del fondo dell'assente.

D'altro canto, però, per giustificare questi poteri del gestore non è necessario ricorrere alla figura della rappresentanza: è superfluo, cioè, presupporre l'esistenza di un rapporto personale tra i due soggetti, *dominus* e gestore. Questo rapporto esiste nel mandato, ma sarebbe una mera finzione riproporlo identico nella gestione, che dall'esistenza del mandato prescinde in modo assoluto, per principio⁽⁴¹⁾. È necessario non perdere mai di vista la realtà normativa in cui il gestore opera: mentre nella rappresentanza è il rapporto tra i due soggetti a costituire il fondamento del potere di colui che agisce in nome altrui, nella gestione il rapporto personale è solo la conseguenza giuridica dell'esercizio di quei poteri (art. 2031 c.c.).

E che questa sia la vera sostanza del fenomeno risulta anche da un rilievo terminologico: mentre la rappresentanza si riferisce sempre ad un soggetto, la gestione invece ha come termine di riferimento un affare alieno. L'argomento, ben s'intende, non è decisivo: tuttavia si può vedere, in questa come in tutte le que-

(40) Il rilievo apparirà chiaro sol che si consideri la diversità delle distinzioni tra atti eccedenti e di ordinaria amministrazione e atti dispositivi e obbligatori: v. il prg. precedente.

(41) Rilevava già il COGLIOLLO, *Trattato dell'amministrazione degli affari altrui*, cit., p. 217 ss. che ogni amministrazione che non trovi altrove la sua qualificazione è gestione. Su questo punto la giurisprudenza non ha incertezze: cfr. App. Venezia 11 marzo 1948, in *Temì* 1948, p. 649; App. Caltanissetta 1° marzo 1950, in *Foro It. Rep.* 1950, v. «Gestione di affari», n. 9; App. Perugia 13 giugno 1955, in *Foro It. Rep.* 1955, v. cit., n. 2.

stioni terminologiche consacrate da lunga tradizione storica, l'acquisizione di una prospettiva che sola esprime il punto di vista attraverso cui il fenomeno è nato e si giustifica.

Per tal via si giunge a rintracciare un altro criterio di distinzione tra gestione e rappresentanza. La gestione è amministrazione di un affare, mentre la rappresentanza è attività svolta per conto di un'altra persona: nel primo caso la relazione è tra un soggetto ed un rapporto patrimoniale, nel secondo tra due soggetti ⁽⁴²⁾.

Le due nozioni non sono affatto corrispondenti, e forse neppure commensurabili. Il rilievo si manifesta in tutta la sua evidenza allorchè si riflette che la gestione ed il corrispondente potere hanno per oggetto non solo l'attività negoziale, ma anche — e soprattutto — l'attività materiale: certamente in questo caso non può parlarsi di rappresentanza, pur dovendosi ammettere anche qui una particolare legittimazione del gestore, la stessa che presiede alla sua attività negoziale. Ad esempio, chi intende riparare l'edificio dell'assente può eseguire egli stesso, personalmente, i lavori necessari, oppure può stipulare un contratto con una impresa edilizia per il raggiungimento dello stesso scopo: ma in ambedue i casi egli è, allo stesso modo, gestore, poichè è identica sia la ragione del suo intervento sia il motivo per cui il legislatore ha legittimato questo intervento. E se ciò è vero, si rivela giustificato affermare che la gestione è attribuita al soggetto in relazione all'affare, e non al negozio, che può essere con-

(42) Recentemente, il MENGONI, *L'acquisto e a non domino* s. cit., p. 45 afferma che quando l'atto di disposizione assume la forma della rappresentanza non si verifica un'estensione della legittimazione al rappresentante: l'atto è compiuto non da un legittimato, ma in nome di un legittimato. Precedentemente, HURKA, *Die Haftung des Vertreters* ecc., cit., p. 193, aveva negato la corrispondenza tra disposizione in nome altrui e disposizione su patrimonio altrui. Volendo riferire a queste distinzioni la differenza tra la rappresentanza e la gestione, si può forse dire che l'atto del gestore — sia pure munito di *contemplatio domini* — resta un atto di disposizione del patrimonio altrui, a differenza del comportamento del rappresentante in senso stretto (cfr. MENGONI, *L'acquisto* ecc., cit., p. 57).

figurato solo come mezzo per la realizzazione dell'affare, in una posizione secondaria, strumentale.

Queste considerazioni non solo sono valide sul piano delle precisazioni teoriche, ma possono avere anche un concreto interesse pratico: ad esempio, possono essere utilizzate per risolvere un aspetto singolare del tema della gestione. Nel nostro codice sono disciplinate esplicitamente due ipotesi: o il gestore conosce l'alienità dell'affare, oppure la ignora. Non è invece prevista una terza ipotesi, che pur compare bene espressa nel prg. 636 del B.G.B.: *quid juris* nel caso che il gestore giustamente ritenga di gestire un affare altrui, ma sia invece in errore sul vero titolare dell'affare gestito? Il legislatore tedesco risolve in questo caso il problema dicendo che ivi la gestione sussiste e determina i suoi effetti sulla persona del vero *dominus*. Nel nostro diritto positivo, stante il silenzio del codice, si potrebbe prospettare una duplice soluzione: o in questo caso sussiste una vera e propria « utile gestione » oppure si ricade in quelle forme imperfette disciplinate nell'art. 2032 c.c., in cui l'atto acquista efficacia mediante ratifica. Per la scelta da operarsi di fronte a questo dilemma, è decisivo configurare la gestione come fonte di vera e propria rappresentanza, poichè secondo queste regole difficilmente si può ritenere che il contratto stipulato a nome di persona diversa dal *dominus* possa produrre effetto per il *dominus* stesso. Ma se invece si riferisce l'attività svolta non al soggetto titolare dell'affare ma direttamente all'affare, il vero *dominus* non si potrà sottrarre alla applicazione dell'art. 2031 c.c. se non dimostrando la mancanza dei presupposti di quella norma.

Si ricorda inoltre che a quest'ultima soluzione concorrono, oltre ad argomenti di diritto comparato, motivi di equità e — soprattutto — una ininterrotta tradizione giuridica ⁽¹²⁾, talchè non

(12) Cfr. sulla questione PACCHIONI, *Della gestione*, cit., p. 343 ss., ed ivi precedenti storici.

sembra ingiustificato addurre anche questo argomento come prova delle precedenti affermazioni.

15. A questo punto, però, occorre domandarsi quale sia la giustificazione, e quindi la misura concreta, di questo rapporto diretto, immediato, tra il gestore e l'affare alieno, al di fuori delle regole della rappresentanza.

La difficoltà non è insuperabile. Basta raccogliere le fila di quanto finora si è detto per trovare la direzione giusta: finora si è ridotta l'efficacia normativa dell'art. 2031 c.c., attribuendo molte delle sue funzioni ad una norma diversa, l'art. 2028 c.c.; la via giusta è perciò, con ogni probabilità, nel rendere completa questa trasposizione di norme.

Se questa prospettiva non è sbagliata, sembra possibile attribuire all'art. 2028 un significato nuovo. Nella letteratura contemporanea vi è la tendenza di ravvisare in questa norma null'altro che la statuizione di uno dei tanti obblighi che poi l'articolo 2030 c.c. specifica in relazione al mandato. Ma di ciò vi è forse motivo di dubitare: dal punto di vista esegetico, il dubbio della omogeneità delle due norme, l'art. 2028 e l'art. 2030, è suggerito dalla stessa separazione testuale, altrimenti arbitraria⁽¹⁴⁾.

D'altro canto per raggiungere il risultato previsto non è neppure necessario negare che nell'art. 2028 sia previsto un vero e proprio obbligo. È sufficiente ricordare che normalmente l'attribuzione di un obbligo implica di per sé l'attribuzione dei poteri necessari per la realizzazione di questo obbligo. Il principio,

(14) Quale sia la giustificazione concreta di questa separazione di norme resta oscuro: infatti la distinzione in questione non era fatta né nel codice 1865, né nel progetto di codice civile del 1936 e neppure nel progetto presentato dal Guardasigilli. A ciò si aggiunge che le Commissioni delle Assemblies legislative non misero mai in discussione l'ordine formale delle diverse disposizioni. Evidentemente anche qui ci ritroviamo di fronte ad una di quelle modificazioni attuate in sede amministrativa dopo l'approvazione del progetto da parte delle Commissioni, modificazioni talvolta di grande valore ma sempre prive di motivazione.

di per sè abbastanza convincente, è finora riferito al mandato⁽⁴⁵⁾: ma se in quella sede si possono anche avanzare delle perplessità per la natura strettamente convenzionale degli obblighi del mandatario, non sembrano invece ammissibili dei dubbi laddove l'obbligo sia posto dalla legge stessa, fonte da tutti riconosciuta e di doveri e di poteri. Sarebbe evidentemente contraddittorio ritenere che il legislatore abbia inteso dare in un'unica sede soluzione diversa ai due problemi.

Questa interpretazione non è solo il risultato necessario di una certa prospettiva del fenomeno, accettata fin dall'inizio, ma ha anche in se stessa le ragioni della sua affermazione. E di ciò si può trar convinzione dall'esame di un argomento fondato sulla logica interna delle norme che disciplinano l'istituto. Finchè una coerenza possa esser raggiunta sia ponendo l'art. 2028 sia l'articolo 2031 c.c. a fondamento della natura e misura del potere di gestione, le due soluzioni si porranno in posizione alternativa, talchè la scelta definitiva tra di esse sarà da ricercarsi in criteri esterni, e cioè in valutazioni sistematiche.

Ma è poi vero che questa logica interna sussiste integra in ambedue le ipotesi?

Di ciò si dubita seriamente per il fatto che l'art. 2028 non subordina la continuazione dell'attività di gestione al requisito dell'*utiliter coeptum*⁽⁴⁶⁾. Da questo rilievo meramente esege-

(45) Cfr. MISERVINI, *Il mandato, la commissione e la spedizione*, Torino 1954, p. 126 ss. (ed *ivi* bibliografia), ove si affronta il problema del « potere » attribuito dalla legge al mandatario in nome proprio. Riferendo il discorso al fenomeno della rappresentanza legale, si ricorda che già il MESSINEO, *Contributo alla dottrina ecc.*, cit., p. 79, pur ammettendo che normalmente è il dovere l'antecedente del diritto, ricorda dei casi in cui il diritto è invece conferito unicamente come mezzo perchè il dovere sia adempiuto, e questo sembra proprio il caso del gestore.

(46) Non bisogna confondere l'interesse che può avere il *dominus* a che la gestione sia iniziata o non — legislativamente tutelato con il ricorso all'*utiliter coeptum* — e l'interesse del gestore alla continuazione della gestione, risolto con il ricorso alle norme sul mandato. Questo rilievo, oltre ad essere confortato dal costante atteggiamento della dottrina, trova conferma nella critica storica: l'obbligo di continuare la gestione è infatti derivato dalla legislazione francese, ove

tico si può dedurre che la soluzione finora prospettata in base alla teoria della rappresentanza ed all'art. 2031 non riesce a giungere a conclusioni veramente soddisfacenti. Infatti, se realmente l'attività del gestore trovasse le ragioni della sua rilevanza nell'ambito di quella norma e del suo presupposto, l'*utiliter coeptum*, non si comprenderebbe perchè il legislatore non abbia subordinato anche la prosecuzione dell'attività di gestione a quello stesso presupposto. Ed in ogni caso sembra difficile ammettere che il legislatore abbia imposto la prosecuzione di una attività inefficace: eppure è a questo risultato che bisognerebbe giungere se si dovesse ritenere che a norma dell'art. 2031 c.c. il gestore abbia posto in essere un negozio privo di effetti e che ciò nonostante egli sia tenuto a norma dell'art. 2028 c.c. ad eseguire (sic!) il contratto.

Per superare questa difficoltà occorre riproporre al centro dell'istituto della gestione l'art. 2028, riconoscendo che in questa norma è tracciata la vera funzione dell'istituto. Ed il fatto che il legislatore abbia formulato questa funzione in termini di obbligo, potrebbe anche essere spiegato in questo modo: non solo quella norma determina la funzione che il gestore « svolge », ma quella che egli « deve svolgere », esprimendosi così l'intensità dell'interesse posto a fondamento dell'istituto.

16. Se le considerazioni fin qui svolte oppure accennate non mancano di fondamento, si deve escludere che il c.d. potere di gestione trovi la sua disciplina nell'art. 2031 c.c. E quindi

fu posto per la prima volta in sede di elaborazione del Code Napoléon; è sufficiente quindi rileggere i motivi che spinsero quei legislatori alla posizione della norma, riferiti da GROSSI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Firenze 1886, V, p. 67 ss., la regola fu intesa come « il miglior rimedio contro lo zelo indiscreto » di « certe persone officiose pronte a mischiarsi negli affari altrui, più spesso per rovinarli che per far del bene » (p. 68). Forse la motivazione è un po' superficiale, ma è fuor di dubbio che l'obbligo di continuare la gestione è stato posto più per la gestione inutile che per quella utile.

vien meno anche l'unico argomento testuale per identificare questi poteri con la rappresentanza.

Questo, naturalmente, è solo l'aspetto negativo delle nostre conclusioni. Vi sarebbero poi altre considerazioni da fare, poichè mutando la prospettiva di un fenomeno mutano anche molte sue dimensioni. Ma queste variazioni esulano dal campo della gestione rappresentativa, e quindi non saranno prese in considerazione in questa sede.

Qui sarà sufficiente mettere l'accento su quelle conseguenze che toccano alcuni argomenti già esaminati, per mettere in luce la coerenza di questa prospettiva con i risultati conseguiti:

1) in primo luogo, poichè l'art. 2028 non subordina l'efficacia del negozio concluso dal gestore al requisito dell'utilità, si deve credere che la posizione personale che il gestore assume nei confronti del rapporto da lui stesso creato non cambia a seconda che questa utilità vi sia o non. Si rivela quindi erronea la opinione di chi vuol dare soluzione diversa a questo problema nei due casi⁽⁴⁷⁾. Sembra inoltre possibile giungere anche per tal via ad affermare la responsabilità personale del gestore: infatti poichè la soluzione — quale che sia — deve essere in ambedue i casi identica, non si potrà nè attribuire sempre al terzo il diritto ai soli danni negativi, nè rendere responsabile il *dominus* per inadempimento anche nel caso che manchi l'*utiliter coeptum*, talchè resta come unica soluzione possibile quella prima segnalata;

2) inoltre, se è vero che la misura dei poteri di gestione corrisponde alle dimensioni del suo obbligo, la legittimazione del gestore sarà possibile solo nei limiti della « continuazione » dell'affare iniziato. Per tal via non tanto si giunge a confermare il principio per cui solo gli atti di ordinaria amministrazione costituiscono oggetto della gestione, ma si introduce una limitazione ulteriore, escludendo tutte quelle attività che non si giu-

⁽⁴⁷⁾ Questa è la formulazione difesa dal BALBI, *Negozio gestorio non utile* ecc., p. 16.

stificano in relazione alla continuazione dell'affare. In altre parole non è neppur vero che il gestore può compiere gli atti di ordinaria amministrazione, ma è vero invece che egli « può » fare solamente ciò che « deve » fare. D'altro canto, questo contenuto minimo del potere di gestione si giustifica ancor più se si pensa che il gestore ne è titolare indipendentemente dalla utilità del suo intervento nell'affare alieno;

3) Infine, risulta confermato dalla stessa unità della norma ciò che al principio di questo lavoro si riteneva solo probabile, l'unità e la tipicità del potere di gestione. L'art. 2028 c.c. precisa questi poteri in modo unitario, senza distinguere tra attività svolta in nome altrui ed in nome proprio, e quindi supporre nelle due ipotesi una diversità di conseguenze giuridiche sembra arbitrario, almeno secondo gli schemi rigorosi della logica formale.

17. Naturalmente, affermare l'unità del potere di gestione significa solamente postulare in ogni caso l'efficacia del negozio gestorio e soprattutto l'identità del suo modo di essere efficace, ma non significa anche che sia irrilevante a tutti gli effetti avere speso il nome altrui oppure il proprio. In altre parole, il fatto che l'art. 2028 c.c. non conosca la distinzione non esclude che la diversità tra i due modi di agire possa esser ravvisata nell'ambito del più limitato effetto previsto nell'art. 2031 c.c., ove la distinzione esiste ben chiara.

Per cogliere questa differenza sarà sufficiente in questa sede utilizzare i risultati già conseguiti in dottrina, e si può quindi dire che mentre l'accollo è cumulativo nei confronti del *dominus* nominato dal gestore, sarà in questione un accollo semplice allorchè il gestore abbia agito in nome proprio ⁽⁴⁸⁾.

(48) Cfr. in proposito RESCIGNO, *L'accollo ex lege*, cit., p. 258, che parla appunto di accollo semplice per le obbligazioni contratte in nome proprio del gestore. Secondo questo A., è necessaria normalmente l'adesione dei creditori, per l'acquisto del nuovo obbligato, e la dichiarazione espressa perchè sia liberato il

Le ragioni per cui si ritiene probabile che vada inteso nella figura dell'accollo anche il particolare effetto previsto per il caso in cui il gestore abbia agito in nome proprio sono — più o meno — le stesse per cui la soluzione si rivela idonea nel caso di gestione rappresentativa: anche qui il criterio decisivo è costituito dall'assenza del *dominus*, ed anche qui la determinazione concreta degli obblighi è impossibile se non viene riferita ad un determinato momento della gestione.

Che poi nell'un caso si tratti di accollo cumulativo e nell'altro di accollo semplice, questo risulta dalla stessa espressione legislativa. In primo luogo, è la stessa legge a postulare una diversità, usando nei due casi due espressioni diverse. E che questa differenza si vada a precisare nel senso detto, risulta sia dal rilievo che quella diversità va sempre rintracciata nello schema dell'accollo, sia dal fatto che per la gestione rappresentativa il legislatore parla di un rapporto diretto tra *dominus* e terzo. È pur vero che, per quanto riguarda le obbligazioni assunte in nome proprio dal gestore, la legge usa una terminologia ambigua, ma — lo si ripete — il significato concreto di questo linguaggio risulta abbastanza chiaramente dalla necessaria differenziazione con le altre formule, che hanno un contenuto sufficientemente chiaro.

Nè vale replicare che a voler parlare di accollo semplice si ritorna sostanzialmente alla figura delle obbligazioni nascenti da mandato. In realtà nel mandato il *dominus* « è tenuto a somministrare al mandatario i mezzi necessari... per l'adempimento delle obbligazioni che a tal fine il mandatario ha contratto in nome proprio » (art. 1719 c.c.), talchè l'applicazione pura e semplice di questa regola non sarebbe idonea a liberare il gestore dalle cure dell'affare, a norma dell'art. 2028 c.c. Per raggiungere

debitore originario: queste considerazioni sono formulate a proposito dell'art. 2338 c.c., ma potrebbero forse essere riferite anche al caso delle obbligazioni contratte dal gestore in nome alieno. In ogni modo, l'A. non esclude che in determinati casi e per determinate esigenze anche l'accollo *ex lege* sia cumulativo.

questo risultato occorre che l'adempimento gravi sul *dominus* e non sul gestore, con uno spostamento di questo obbligo almeno nei rapporti interni; e sembra che questa esigenza possa raggiungersi attraverso la figura dell'accollo semplice.

Naturalmente, non si può negare che una certa affinità di soluzione sussiste ineliminabile. Ma questo rilievo, lungi dal determinare confusioni, serve a dimostrare le ragioni della norma e della diversità di effetti ivi stabilita: infatti si può per tal via giungere a giustificare quella diversità con l'inevitabile attrazione che le regole della rappresentanza diretta e della rappresentanza indiretta hanno esercitato sulle due forme di attività.

In ogni modo, appare chiaro che le differenze poste in luce non giungono a minare la sostanziale unità della norma: in ambedue i casi l'effetto giuridico dell'art. 2031 c.c. è lo stesso, l'accollo, mentre la diversità appartiene più che altro alle modalità dell'effetto.

18. A guisa di conclusione, si può riproporre il tema dell'inquadramento della gestione nell'ambito del più vasto sistema della cooperazione giuridica.

Due punti sono emersi, elementi differenziali dell'attività di gestione nei confronti della rappresentanza. In primo luogo, valutando la posizione assunta dal gestore nei confronti del terzo, si è avuto modo di precisarla nel paradigma della « sostituzione ». Invece, nei confronti dello stesso soggetto interessato, il *dominus*, si è visto che la nozione di « amministrazione » riesce ad esprimere meglio della rappresentanza il rapporto tra il gestore e l'affare che è oggetto della sua attività.

Per quanto riguarda la prima questione, già si è avuto modo di profilare qualche motivo che mostra la sua attendibilità. In sede di conclusione, si può mettere l'accento su un altro aspetto della questione, la singolare affinità di problemi. Un esempio: recentemente, un autore straniero ha messo in dubbio che realmente nella legislazione germanica i rapporti posti in essere dal

tutore prima del raggiungimento della maggiore età da parte dell'incapace, continuano a vivere anche dopo quel momento⁽⁴⁹⁾; secondo l'opinione qui riferita, il problema è oscurato dalla arbitraria trasposizione logica delle regole della rappresentanza volontaria, ed in proposito vien ricordata la soluzione — tutta opposta — che dà la letteratura inglese. Può darsi — di ciò non si discute neppure — che la soluzione ritenuta esatta in Inghilterra sia contraria ai principi che regolano la materia in Italia; tuttavia, resta degno di nota che è proprio questo problema — la permanenza degli effetti — quello risolto dall'art. 2031 c.c. in ordine agli atti compiuti dal gestore. È questo solo un esempio; tuttavia, sia pure unito alle altre considerazioni prima accennate, vale a porre una certa affinità di problemi, se non di soluzioni tra i due argomenti.

Relativamente alla possibilità di intravedere nella nozione di amministrazione la vera sostanza del c.d. potere di gestione, vi è da dire che nell'ambito di questa nozione possono riproporsi temi e prospettive già individuati dalla dottrina allorchè si è tentato di rintracciare la vera differenza tra la rappresentanza volontaria e quella legale⁽⁵⁰⁾. Si può così porre in rilievo che nella gestione come in molti altri casi la attività è prevalentemente interna, ed all'attività esterna in tanto è riconosciuto rilievo in quanto serve a raggiungere una migliore organizzazione interna degli affari. Inoltre, mentre la rappresentanza volontaria è attività ad esecuzione istantanea, la gestione è ad esecuzione continuata. E forse, ponendo l'accento su questi aspetti del pro-

(49) MÜLLER-FREIENFELS, *Die Vertretung beim Rechtsgeschäft*, cit., p. 369 ss.

(50) Cfr. MESSINEO, *Contributo ecc.*, cit., p. 84, a cui aderisce anche il PUGLIATTI, *Ancora sulla rappresentanza ecc.*, cit., p. 413, e successivamente SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 250 ss. e gli altri AA. citati nel corso di questo lavoro. Si ricorda che sia secondo il MESSINEO (p. 84) sia secondo il SANTORO-PASSARELLI (p. 253) vi son dei casi in cui non è neppure necessario che il rappresentante spenda il nome altrui, pur continuandosi a verificare gli effetti sulla altrui sfera giuridica; ed anche questo potrebbe essere un elemento esteriore di contatto tra la gestione e altre forme di sostituzione.

blema, non si farebbe null'altro che sostituire alla troppo ampia nozione di rappresentanza la categoria già nota alla dottrina germanica come « *Geschäftsbesorgung* ».

Fin qui nulla di nuovo: nè la nozione di sostituzione nè quella di amministrazione sono estranee alla conoscenza della nostra letteratura. Nuovo è solo l'accostamento tra le due nozioni: e poichè queste sono ambedue un po' confuse e nebulose, affidate più che altro ad una insopprimibile esigenza di differenziare alcune da altre attività, l'accostamento si potrebbe rivelare utile, poichè l'una dall'altra potrebbe essere illuminata sul proprio contenuto normativo.

Naturalmente, in questa sede la generale corrispondenza tra l'aspetto interno ed esterno della questione, tra amministrazione e sostituzione, ha il valore di mera ipotesi. Tutt'al più si può aggiungere a conforto della sua attendibilità che l'unico caso in cui la legge distingue tra amministrazione e rappresentanza (articolo 320 c.c.) è proprio un caso di « sostituzione »⁽¹⁾. Ma, evidentemente la vera difficoltà è nel trasportare sul piano normativo quel che per ora è solo un concetto. E quindi si può dir solo che una eventuale conferma di queste prospettive permetterebbe di vedere nella utile gestione degli affari altrui il germe della c.d. rappresentanza legale, in un armonico sviluppo di situazioni, norme, principi.

(1) È sufficiente ricordare in questa sede che la distinzione non solo non è respinta ma è utilizzata dal CICU, *La filiazione*, Torino 1954, p. 316 ss., il quale sembra dar contenuto alla distinzione riferendo il potere di rappresentanza del genitore ai rapporti personali e il potere di amministrazione ai soli rapporti patrimoniali.

GIOVANNI BOGNETTI

*Professore inc. di filosofia del diritto
nell'Università di Urbino*

HOLMES E LE ORIGINI DEL PENSIERO

FILOSOFICO-GIURIDICO AMERICANO DEL SECOLO XX

I

SOMMARIO: I. - Holmes e le origini del pensiero filosofico-giuridico americano del ventesimo secolo. Il suo pensiero: la concezione della realtà e della vita come premessa e base delle teorie e dell'opera giuridiche. Il suo naturalismo darwiniano e scettico. La vita come gioia, dovere e fine in sé. La forza come valore. Civiltà, intelligenza e scienza come mezzi di più alta vita. L'uomo, le tendenze vitali sue e il valore delle esperienze superiori.

Il pensiero filosofico-giuridico americano è ancora, in Europa, per lo più poco conosciuto. Sia che si ritenessero i suoi contributi di poco conto, sia che li si pensassero legati strettamente ad un ambiente giuridico che ha caratteri diversi dal nostro, il fatto è che l'attenzione non s'era mai soffermata veramente su di esso. Da qualche tempo tuttavia le cose stanno cambiando. I nomi di Holmes, Cardozo, Pound si vedono citati, sovente. Il realismo giuridico americano è divenuto oggetto di discussioni e di studi ⁽¹⁾.

Naturalmente, l'interessamento si concentra sulla fase più

(1) Si possono citare in proposito, per l'Italia: N. BONNIO, *La certezza del diritto è un mito?* in « Riv. Int. di Filosofia del Diritto », 1951, pagg. 146-152; *Id.*, *Ragione e diritto nell'ultimo libro di Cohen*, in « Riv. Intern. Fil. del Dir. », 1951, pag. 549 ss.; *Id.*, recensione a Cahn: *The Sense of Injustice*, in « Il Ponte » 1952, pag. 102 ss.; S. COTTA, *Le basi storicistiche della concezione del diritto di Roscoe Pound* in « Riv. Int. di Fil. del Dir. » 1952, pag. 51-67; *Id.*, *Filosofia e scienza del diritto a proposito del pensiero di O. W. Holmes*, in « Riv. Int. di Fil. del Dir. », 1954, pag. 17-27; V. FROSINI, *Pragmatismo e giustnaturalismo nel pensiero di Roscoe Pound*, in « Riv. Int. di Fil. del Dir. »; L. DEL LUCA, *Osservazioni sulla filosofia del diritto negli S.U.*, in « Riv. Int. di Fil. del Dir. » 1953, pag. 487-509; L. BACOLINI, *Valutazioni morali e giuridiche nelle crisi dell'etica individuale*, in « Studi Senesi » 1950, vol. LXII; M. A. ANDREONI, *Cahn e il senso dell'ingiustizia*, Ed. « Filosofia », Torino, 1956, pag. 21. Mentre questo scritto va in stampa ho notizia di un ampio lavoro del GAULIANI sul realismo giuridico americano, di imminente pubblicazione.

recente di questo pensiero. Prima dell'inizio del secolo ventesimo — giova peraltro ricordare — gli Stati Uniti non mancavano di una tradizione negli studi giuridici. L'indirizzo prevalente in essi era stato fin oltre la metà del secolo diciannovesimo quello giusnaturalistico. Il giusnaturalismo aveva aiutato i giudici ad attuare la recezione della Common Law inglese e a rinsaldare in genere gli istituti giuridici della giovane nazione. Dopo la guerra civile aveva preso il sopravvento un indirizzo positivistico, tendente al formalismo e verso il finir dell'ottocento s'era fatta forte, specie a quanto pare presso le università, una corrente che si ispirava ai concetti della scuola storica. Il pensiero filosofico-giuridico americano del secolo ventesimo, al quale si dirigon ora gli sguardi, costituisce per l'appunto una profonda reazione così all'astrattezza degli ideali giusnaturalistici come al formalismo positivistico, ai quali esso contrappone il proprio vivo senso del diritto come realtà sociale e storica⁽²⁾.

(2) È uso, anche presso alcuni autori americani, far nascere la filosofia del diritto negli Stati Uniti alla fine del secolo decimonono, cioè con la sua fase più recente. Non c'è dubbio che, se si guarda agli aspetti di quantità e all'enuclearsi autonomo di una disciplina, si è tratti a così giudicare. Ma se si ha della filosofia giuridica idea abbastanza ampia da ricomprendervi ogni concetto conseguente ad una visione della realtà e della vita e operante come direttiva metodica negli studi che hanno a oggetto il diritto, e se si ha riguardo alla qualità, non si vorrà negare che c'è una filosofia giuridica americana anche prima di tal data. Essa dovrà rintracciarsi magari in opere particolari di giurisprudenza o nelle opinioni riflettenti il pensiero di qualche grande giudice (cosa che occorre del resto fare talvolta anche per quest'ultima fase, se si vogliono cogliere i contributi più vivi, le idee più efficaci: ma ciò conta poco. E — a riprova — le migliori o quanto meno più complete analisi che gli americani hanno compiute della storia del loro pensiero filosofico-giuridico trattano anche del pensiero anteriore a questo secolo.

Come lavori complessivi si possono utilmente consultare: M. R. COHEN, *A critical sketch of legal philosophy in America*, in «Law: a Century of Progress», pag. 266-320, New York, Univ. Press, 1937 (In questo profilo la parte dedicata al settecento e all'ottocento è più ampia che non quella stessa riservata al nostro secolo. L'autore è il noto filosofo autore della *Introduzione alla Logica*, ed occupa egli stesso un posto nella storia della recente filosofia giuridica americana); H. G. REUSCHLEIN, *Jurisprudence: its American Prophets*, Indianapolis,

Iniziatore di questa ultima fase si suol considerare Oliver Wendell Holmes.

Il suo nome presso gli anglosassoni è circondato da una ammirazione che mai forse è toccata in alcun tempo a un giurista. Non solo egli è indicato spesso a simbolo di tutto il moderno pensiero giuridico americano, ma la sua figura da alcuni si fa talvolta addirittura assurgere tra le più rappresentative di quelle civiltà: sicchè quel nome non appartiene più alla ristretta cerchia dei giuristi e dei colti di diritto ma al grande pubblico, come quello di un uomo di stato o di un grande letterato⁽²⁾. Del resto, a produrre questa straordinaria fama

The Bobbs Merrill, 1951 (È l'opera più estesa sull'argomento. Roscoe Pound ne ha scritto la prefazione. L'autore segue un punto di vista giusnaturalistico: ma l'opera è, prevalentemente, descrittiva. Le prime due parti riguardano le origini e l'ottocento — pag. 1-94 —, l'ultima, i contemporanei — pag. 95-464); E. W. PATTERSON, *Jurisprudence - Men and Ideas of the Law*, Brooklyn, The Foundation Press, 1953 (Solo gli ultimi capitoli riguardano il pensiero americano ed essenzialmente quello contemporaneo). Un rapido ma suggestivo disegno del succedersi in America di giusnaturalismo, positivismo e, presentemente, realismo, si trova in K. LLEWELLYN, *On Philosophy in American Law*, in «Un. of Pennsylvania Law Rev.», vol. 32, pag. 205-230: disegno informato al punto di vista del realismo.

Per la presente situazione si veda: T. A. COWAN, *A Report on the Status of Philosophy of Law in the U.S.*, in «Col. Law Rev.», vol. 50, 1950, pag. 1036 ss.

Per le fasi precedenti il pensiero di questo secolo, informazioni d'insieme si trovano in particolare in vari tra i maggiori scritti di POUND: *The Spirit of the Common Law*, *The Theory of Judicial Decision* (lettura seconda), *Interpretations of Legal History*, *Law and Morals* e *The Formative Era of the American Law*.

Giudizi di europei sul pensiero filosofico giuridico americano sono quelli di G. RADBRUCH, *Anglo-American Jurisprudence through continental eyes* in «Law Quarterly Review», vol. 52, pag. 430-445; G. GURVITCH, *Sociology of Law*, Philosophical Library and Alliance Book Corporation, 1942 (cap. 1°, sez. 2°).

Per chi studia la filosofia politico-giuridica americana molto interessante, per non dire essenziale, è la conoscenza dell'opera giurisprudenziale della Corte Suprema degli Stati Uniti, che è il crogiolo ove le filosofie politico-giuridiche prevalenti divengono diritto vivente. Un sintetico ma comprensivo sguardo panoramico agli sviluppi degli indirizzi giurisprudenziali dominanti nella Corte dal principio del secolo diciannovesimo ai nostri giorni, fornisce B. F. WRIGHT, *The Growth of American Constitutional Law*, H. Holt and Co., New York, 1942 (ivi, passim, la bibliografia concernente i vari periodi).

(2) La misura della popolarità di Holmes può esser rivelata da questo fatto.

hanno contribuito fatti che proprio con l'arte del governo e la letteratura hanno diretta relazione. Holmes è stato per trent'anni giudice alla Corte Suprema degli Stati Uniti, rappresentando ivi, contro l'indirizzo conservatore prevalente, un indirizzo liberale, rispondente ai voti e desideri della maggioranza della nazione. Il linguaggio poi in cui egli esprime i più complicati tra i concetti giuridici come i più semplici d'un discorso d'occasione brilla dell'eleganza e bellezza che è privilegio dei veri e grandi artisti. Alcune sue pagine — è stato detto — appartengono a un'ideale antologia della immortale prosa inglese (4).

Poichè cominciano da lui gli sviluppi recenti di tutta la filosofia giuridica americana, la conoscenza del suo pensiero costituisce una premessa indispensabile per ogni ulteriore fruttuosa indagine in questo campo. Nè basterà per questo riferire dei concetti generalissimi e riportare alcune sue definizioni caratteristiche: occorre esporre, seppur in breve, tutti i vari aspetti del pensiero e dell'opera suoi, in modo da fornirne idea quanto più possibile completa (5).

Nel libretto di immensa diffusione *This is America* delle *Pocket Book Editions*, la figura di Holmes viene eletta, assieme ad altre sei personalità (da Washington a F. D. Roosevelt) a rappresentare lo spirito e la grandezza del popolo statunitense che le esprime.

(4) Sulla qualità artistica della prosa di Holmes si vedano per es. i giudizi di M. LEXNER, *The Mind and Faith of Justice Holmes*, Little, Brown and Co., Boston, rist. 1951, pag. XLVIII e segg., e di B. CARDOZO, *Selected Writings*, Fallon Law Book Co., New York, 1947, pag. 83 ss.

(5) La letteratura anglosassone su Holmes è ampia; manca ancora però un soddisfacente studio critico sulla sua figura di pensatore e giurista che tratti di tutti insieme gli aspetti e le fasi della sua opera e cerchi di cogliere i collegamenti e i nessi interni. Questo nostro rappresenta un tentativo di sintetica ma comprensiva esposizione e interpretazione che in certo senso non ha diretti precedenti (specie per la parte relativa alla teoria della *Common Law*, alquanto per solito trascurata nelle analisi del suo pensiero) nella letteratura su Holmes.

Per la biografia — la vita di Holmes, con le vicende giovanili di guerra, le amicizie e i legami intellettuali, il mondo culturale circostante, l'opera del giudice, ha costituito naturalmente l'oggetto principale dell'attenzione popolare — si vedano tra gli altri: C. D. BOWEN, *Yankee from Olympus*; *Justice Holmes*

La produzione di Holmes può sembrare, a considerarla per così dire quantitativamente, piuttosto limitata. Essa si riduce al maggior lavoro, la teoria della Common Law, ai saggi, ai

and his family, Little Brown and Co., 1945; F. BAZEL, *Mr. Justice Holmes*, New York, Ch. Scribner's Sons, 1946.

Degli studi e articoli critico-scientifici citiamo qui i più importanti e generali. Menzioneremo altri nel corso dell'esposizione secondo che torneranno utili per la loro attinenza al punto particolare toccato.

Ci sono innanzitutto alcuni numeri di riviste giuridiche dedicati ad Holmes e contenenti scritti su di lui di vari autori. Il valore degli articoli è diverso, dato anche il carattere eulogico e di circostanza di parecchi tra essi.

Harvard Law Review, vol. 29 (aprile 1916); *Harvard Law Review*, vol. 44 (marzo 1931); *Columbia Law Review*, vol. 31 (marzo 1931); *Yale Law Journal*, vol. 40 (marzo 1931); c'è poi un volume in onore, intitolato *Mr. Justice Holmes*, edito a cura di Frankfurter, New York, 1931. Il volume contiene articoli su Holmes di C. Hughes, di B. Cardozo, di J. Dewey, di F. Frankfurter, di L. Hand, di H. J. Laski, di W. Lippmann, di P. Littel, di J. Redlich, di E. Sergeant, di J. Wigmore).

Un quadro dell'opera di Holmes alla Corte Suprema degli Stati Uniti ci è fornito da F. FRANKFURTER, *Mr. Justice Holmes and the Supreme Court*, Harvard Univ. Press, 1939.

Una analisi della vita e dell'opera di Holmes si trova nelle 50 pagine introduttive scritte da M. LERNER al suo *The Mind and Faith of Justice Holmes*, Little, Brown and Co., New York, rist. 1951. Il libro è una raccolta di scritti e sentenze di Holmes ed oltre alle suddette pagine introduttive contiene brevi ma utili e illuminanti commenti ai brani e alle *opinions* raccolte. E probabilmente il miglior strumento per un primo accostarsi alla personalità e all'opera del Nostro.

Una interpretazione fatta da un filosofo-storico, la quale mette in luce il parallelismo dell'opera di Holmes svolta nel campo del diritto rispetto a quella in quegli anni svolta in America da Dewey nella filosofia, da Veblen nell'economia, da Beard e da Robinson nella storia, si trova in M. G. WHITE, *La Rivolta contro il Formalismo*, trad. Malino, Bologna, 1956.

Una interpretazione dell'opera di Holmes nel quadro della cultura e della vita americana del tempo offre anche uno storico: H. S. COMPTON, *Lo Spirito Americano*, trad. Nuova Italia, Firenze (vedi cap. XVIII).

Riordiamo quindi: M. R. COHEN, *Justice Holmes and the Nature of Law*, in « *Columbia Law Rev.* », vol. 31, 1931, pag. 252-267 (ristampato in *Law and the Social Order*, 1933, pag. 198-218); J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, New York, 6ª ed., 1949, pag. 253 e ss.; L. FULLER, *The Law in Quest of itself*, Chicago, The Foundation Press, 1940 (vedi 2º cap.); W. H. HAMILTON, *On dating Mr. Justice Holmes*, in « *Un. of Ch. Law Rev.* », vol. 9, 1941, pag. 1-27; H. J. LASKI, *Political Philosophy of Mr. Justice Holmes*, in « *Yale L. J.* », vol. 40, 1931, pag. 683-695; K. LLEWELLYN, *Holmes*, in « *Columbia L. R.* », vol. 35, 1935, pag. 485-492; R. POUND, *Liberty of Contract*, in « *Yale L. J.* », vol. 18, 1909,

discorsi, agli articoli, alle *opinions* rese da giudice e alla dotta corrispondenza, la conoscenza della quale è mezzo imprescindibile per intendere veramente Holmes ⁽⁶⁾. La sua opera risulta nel suo grosso distinta, per un caso curioso, quasi secondo un ordine cronologico. Al primo periodo della sua lunghissima vita, cioè fino alla nomina a giudice alla Corte Suprema del Massachusetts, appartiene *The Common Law* (pubblicata nel 1881). A un secondo, la rimeditazione sui problemi generali del diritto che sfocia nei due saggi pubblicati nel '97 e nel '99 *The Path of the Law* e *Law in Science-Science in Law*. Del terzo e ultimo periodo è la parte più famosa dell'opera holmesiana, il suo lavoro di giudice alla Corte Suprema degli Stati Uniti

pag. 454-487; *Id.*, *Judge Holmes Contributions to the Science of Law*, in « Harvard L. Rev. », vol. 34, 1921, pag. 449-453; J. C. H. WU, *The Juristic Philosophy of Justice Holmes e The Mind of Mr. Justice Holmes* (pubblicati prima in riviste e ora ristampati in *The Art of Law*, H. Holt and Co., New York, 1936).

Per altra bibliografia: H.C. SHRIVER, *Justice O. W. Holmes: His Book Notices and Uncollected Letters and Papers*, Central Book Co., N.Y., 1936, pag. 247 segg.; K. LLEWELLYN, art. cit. in « Columbia L. R. », vol. 35, 1935, pag. 490 segg.; J. C. FORD, *The Fundamentals of Holmes Juristic Philosophy*, in « Proceedings of the Jesuit Philosophical Association », 1941, pag. 77 segg. (ricordato da LERNER nel suo citato *The Mind and Faith of Justice Holmes*, pag. 456).

(6) Il lavoro sulla Common Law è stato ultimamente riedito da Little, Brown and Co. nel 1949, e da questa edizione citeremo. Vi sono varie raccolte di saggi, discorsi, articoli, *opinions* di Holmes. La fondamentale per i saggi e gli articoli è quella da Holmes stesso autorizzata (ed effettuata con l'aiuto di Laski) *Collected Legal Papers*, Harcourt, Brace and Howe, Inc., 1921 e ristampata da Peter Smith, 1952 (che citeremo come C. L. P.). V'è poi quella menzionata di LERNER che citeremo come M. and F. Quindi: H.C. SHRIVER (ed.) *Justice O.W. Holmes: his Book Notices and Uncollected Letters and Papers*, Central Book Co., New York, 1936; A. LEX (ed.), *Dissenting Opinions of Mr. Justice Holmes*, New York, The Vanguard Press, 1929.

Il carteggio di Holmes con William James si trova in R. B. PERRY, *The Thought and Character of William James*, 2 vol., Little, Brown and Co., 1935.

Il carteggio col giurista cinese Wu si può leggere nella raccolta SHRIVER o, per le lettere più interessanti, in M. and F. sopra citate.

Il carteggio con Laski è stato recentemente edito: M. DE WOLFE HOWE, *Holmes-Laski Letters*, 2 vol., Harvard Univ. Press, 1953.

Anche il carteggio con F. Pollock è stato edito a cura di M. DE WOLFE HOWE, *Holmes-Pollock Letters*, 2 vol., Harvard Univ. Press, 1941.

(1902-1932), la sua interpretazione del sistema costituzionale americano.

Seguiremo quest'ordine cronologico, che segna una traccia per dir così naturale alla partizione degli argomenti: anche perchè c'è, non diremo un mutamento sostanziale, ma certo un cambiamento di tono nel pensiero di Holmes, dal primo al secondo periodo. Ma non si può conseguire la necessaria preliminare conoscenza dei caratteri della sua personalità se non si premette un rapido profilo della sua coscienza filosofica generale: della filosofia a cui egli si mantenne fedele per tutta la vita, dalla prima gioventù.

Holmes non è un filosofo nel senso stretto della parola. Nulla di organico egli ha lasciato scritto in filosofia. Ma si ricavano dai suoi saggi, dai suoi discorsi, dalle sue lettere a Pollock, a James, a Wu, dalla sua stessa opera maggiore, i tratti di una visione della realtà e della vita inconfondibile nei suoi contorni e netta nell'espressione che questi incide e che l'ha resa famosa.

E c'è un motivo particolare per farne una esposizione in via preliminare, a parte. Non si tratta in questo caso di un ornamento esterno, di una superfluità, come accade spesso delle tesi filosofiche che altri giuristi ed altri cultori di discipline particolari afferrano per abbellire la sostanza dei loro discorsi. Tale concezione e i valori che sono avvertiti in essa danno — come vedremo — l'impostazione generale a tutta l'opera di Holmes ed esercitano la loro efficacia fin talvolta nelle determinazioni più particolari. Un interprete e conoscitore profondo di Holmes ha scritto riferendosi alla sua opera di giudice — che egli rappresenta una realizzazione dell'ideale platonico del filosofo divenuto re ⁽⁷⁾. E veramente pochi giudizi su di lui ci sembrano più felici di questo. Per parte nostra dovremo mostrare in che punto si effettuano le saldature tra la sua filosofia e la sua opera giuridica.

(7) Il giudizio è di M. LERNER, *op. cit.*, pag. 130.

Holmes giovinetto crebbe in un ambiente impregnato di spiriti filosofici: suo padre (il poeta che ha un nome nella storia della letteratura americana) era, nella Boston dell'Ottocento, la capitale intellettuale d'America, lo spirito più arguto del circolo dei trascendentalisti ⁽⁵⁾. Holmes bimbo chiamava Emerson « zio Waldo » ⁽⁶⁾. Ma non pertanto il trascendentalismo platonizzante o in genere l'idealismo sarebbe stata la sua via.

Mentre egli era all'università comparve l'opera maggiore di Darwin; ma già prima era cominciato lo sviluppo di quel naturalismo evolucionistico che dominerà la seconda metà dell'Ottocento. Holmes getta subito i legami della tradizione ed è per il nuovo orizzonte intellettuale. In esso — almeno come egli se lo rappresentava — c'erano oltretutto dei motivi che meglio appagavano certe spontanee inclinazioni del suo carattere e certe verità che l'esperienza della guerra civile (1861-1865) gli aveva impresse nell'animo con un'impronta infuocata e indelebile ⁽⁷⁾.

Holmes, parlando della tesi idealistica, dice esplicitamente

⁽⁵⁾ Sul padre di Holmes, sull'ambiente in cui costui crebbe giovinetto, sul trascendentalismo della Nuova Inghilterra si possono leggere per esempio le pagine di PARSONSON, *Main Currents in American Thought*, Harcourt, Brace and Co., New York, 1927, vol. 2°, pag. 378-472.

⁽⁶⁾ LERNER, *op. cit.*, pag. XX.

⁽⁷⁾ Sulle inclinazioni filosofiche di Holmes fin dal tempo dell'università e degli anni immediatamente successivi sono rischiaranti le lettere di quel periodo a James. Si veda il commento che fa ad esse Perry nell'opera citata. William James divenne amico di Oliver Wendell Holmes nella fanciullezza. Gli anni di università e immediatamente successivi furono quelli in cui la loro relazione fu più intensa. Più tardi essa si raffreddò alquanto: il carattere dei due uomini era effettivamente diverso, compassato quello di Holmes, molto espansivo quello di James.

Sulle vicende di Holmes nella guerra civile si vedano i capitoli relativi delle biografie menzionate. Tutti gli interpreti e critici di Holmes sono d'accordo nell'assegnare un posto di rilievo alla guerra nella formazione della sua personalità spirituale. Lerner dice che accanto alla filosofia e al diritto la esperienza guerriera costituì una componente del suo animo (*op. cit.*, pag. 3). Da un diverso punto di vista, critico e negativo, la medesima cosa è affermata da Fuller, che vede nella teoria holmesiana del diritto un riflesso della sua fede di soldato (*op. cit.*, pag. 115).

che a lui ripugna l'idea che « l'universo stia nella nostra coscienza, organizzato da essa » (11). Per lui, noi siamo nell'universo, come minuscoli « gangli » suoi (12). Peraltro, egli non ha affatto simpatia per i romanzi metafisici che certo naturalismo intesse sui dati della scienza. « La parte — egli dice — non può ingoiare il tutto: le nostre categorie non sono adeguate a formulare ciò che non possiamo comprendere. Se crediamo di provenire dall'universo, non esso da noi, dobbiamo ammettere che non sappiamo ciò che diciamo parlando di brutta materia » (13). L'universo egli definisce il « Tutto inimmaginabile » (14). La verità, in conseguenza, è per lui « il sistema delle nostre limitazioni, dei nostri inevitabili (*can't helps*) intellettuali » (15), intendendo come « inevitabili » le cose che non possiamo far a meno di pensare. « Quando dico — egli spiega — che una cosa è vera, affermo una esperienza che, per ciò che mi concerne, non conosce alternative. Ma siccome ci son molte cose che io non posso fare e l'universo può, così non presumo che le mie incapacità in materia di pensiero siano anche incapacità dell'universo » (16). Gli ideali pratici parimenti non possono mai pretendere a validità ultrapersonale: si può dire di essi, per ironia, che hanno una « base trascendentale » in quanto « la loro fondazione è arbitraria »: è un desiderio, una inclinazione storicamente condizionata (17).

Il punto di partenza di Holmes è codesto che egli stesso

(11) Da *Ideals and Doubts* (breve nota ispirata da uno scritto di Del Vecchio comparso in traduzione — *The Formal Bases of Law* — per le *Modern Legal Philosophical Series*, 1915), *C. L. P.*, pag. 304.

(12) Da *Natural Law* (breve nota ispirata alla lettura del libro di Gérvy, *Science et Technique en Droit Positif Privé*) *C. L. P.*, pag. 316. L'equiparazione dell'uomo a un « ganglio » dell'universo è immagine che piace singolarmente ad Holmes e ritorna in altri scritti e spesso nelle lettere. Per es.: SURIKIN (ed.), *Book Notices* cit., pag. 195.

(13) *C. L. P.*, pag. 315.

(14) *M. and F.*, pag. 27.

(15) *C. L. P.*, pag. 304, 311.

(16) *C. L. P.*, pag. 304.

(17) *C. L. P.*, pag. 311, 312, 313.

chiama « scetticismo » (18). Con il suo ausilio egli prende a contemplare il mondo umano.

L'immagine filosofica che egli ne rende si spiega col fatto che egli tiene fermi dinnanzi a sè e sviluppa entrambi i motivi che stanno in primo piano nel suo punto di partenza: il concetto della finitezza dell'uomo e il senso della infinità dell'universo. Per un lato infatti, per effetto della asserita contingenza assoluta dell'uomo, si svuotano di significato agli occhi di Holmes tutte le interpretazioni idealizzanti degli atti, delle credenze, delle fedi umane. Le pretese assolute di verità gli paiono il frutto di ingenui e romantici entusiasmi, congiunti al desiderio di trovare una « guida assoluta » (19). Da questo lato nella sua descrizione il mondo prende un aspetto che vien quasi fatto di paragonare a quello che di esso dipinge qualche grande storico dell'antichità. Gli uomini vivono e muoiono, lavorano, credono, soffrono, si battono: ma le loro vicende son meri fatti di natura: la loro storia è il teatro di un vario comporsi e scomporsi e cozzare di forze immediate, senza vero significato spirituale.

Ma d'altro lato Holmes non si abbandona al pessimismo cosmico che è soffuso nell'animo di quelli: egli anzi esplicitamente afferma che ben altra deduzione deve trarsi dalla coscienza scettica che il mettersi a contemplare tristemente dall'alto « un mondo in rovine » (20). V'è in lui una entusiastica accettazione della vita così nelle sue durezza come nelle sue gioie, e del destino che a ciascun uomo tocca di un posto limitato e conchiuso nel mondo. Dal mistero totale che ci circonda Holmes concede che fluisca agli uomini una fede: la fede cioè che ripostamente si attui nell'universo un disegno, di cui noi, come

(18) *C. L. P.*, pag. 311. Espressioni sintetiche e lucide delle ragioni dello « scetticismo » holmesiano si trovano particolarmente nella lettera a James del 24 marzo 1907 (*M. and F.*, pag. 415 segg.) e in varie a Wu (*M. and F.*, pag. 422, pag. 431) e a Pollock (*Holmes-Pollock Letters*, cit., vol. II, pag. 3).

(19) *C. L. P.*, pag. 314.

(20) *C. L. D.*, pag. 315.

i soldati nella battaglia ignari della strategia e delle mosse cui partecipano, saremmo, con le nostre illusorie credenze e ideali e lotte e vittorie e sconfitte, gli inconsci, segreti strumenti ⁽²¹⁾. Il suo naturalismo eleva così la Natura, la Vita, a supremo e quasi mistico valore ⁽²²⁾.

In questa immagine Holmes inserisce conseguenti determinazioni particolari.

Nel suo mondo filosofico-etico ha un posto di privilegio la energia, la forza vitale nella sua purezza di forza. Holmes, dove ne trova traccia, l'apprezza. Non è necessario aver l'assicurazione dell'assoluta verità per combattere pel proprio ideale: battersi è una manifestazione di « spontaneità », una « prova dei propri poteri » ⁽²³⁾. « La vita è azione, esercizio delle proprie capacità. Come impegnar queste al loro massimo è la nostra gioia e il nostro dovere, così è anche l'unica cosa che si giustifichi da sè... La vita è un fine in se stesso » ⁽²⁴⁾. Holmes aborre dalla debolezza, dal vuoto di vitalità. « Io non conosco altra vera misura degli uomini che il totale delle energie che essi incorporano: contando tutto, con dovuto riguardo alla qualità, il coraggio di Nansen, la capacità di Wordsworth di esprimere l'ineffabile, la potenza speculativa di Kant » ⁽²⁵⁾.

La forza fa in certo senso diritto. Nella lotta per la sopravvivenza che è la legge della realtà tutta, noi vediamo infatti emergere lentamente la specie, il modo di vita più forte, come

⁽²¹⁾ *C. L. P.*, pag. 297, 316; *M. and F.*, pag. 27.

⁽²²⁾ La quasi misticità di codesto naturalismo traspare anche dalla vibrazione che talvolta si percepisce nella parola di Holmes che lo esprime. Si è parlato di uno spinozismo holmesiano. Forse una fonte più vicina è quel puritanismo che era stata la fede dei suoi antenati. Holmes stesso ci dice d'essere abbastanza puritano per concepire l'esaltazione gioiosa di coloro che considerano sè stessi come semplici strumenti nelle mani di un potere più alto, per realizzare i disegni » (*M. and F.*, pag. 33-34).

⁽²³⁾ *C. L. P.*, pag. 312, 316.

⁽²⁴⁾ *M. and F.*, pag. 42. Si veda tutto il discorso del 7 marzo 1900 all'Ordine Forense di Boston ivi o in *C. L. P.*, pag. 244-249.

⁽²⁵⁾ *M. and F.*, pag. 39.

quello più adatto ⁽²⁶⁾. Nè il sacrificio degli individui in questo emerger del più adatto deve impressionare: come ai soldati, così non si addice agli uomini di pensar troppo alle ferite. Esse sono il necessario prezzo che la vita paga per crescer su se stessa e svilupparsi ⁽²⁷⁾.

La civiltà, gli istituti della civiltà, rendono più ricca e più complessa la vita. Holmes ripudia i dogmatismi e gli assolutismi morali, non solo per il suo fondamentale scetticismo che glieli fa apparir retorici: ma perchè a suo vedere ostacolano il pieno, lucido spiegarsi dell'intelligenza che è la fonte di un più alto vivere civile. L'intelligenza calcola, ragiona, sperimenta: dirige l'azione più sicuramente ai risultati desiderati. I desideri son quelli che sono: ma noi possiamo renderli « intelligenti » studiando i mezzi per la loro soddisfazione e il prezzo che è necessario pagare per essi. Può darsi che il prezzo risulti da ultimo troppo forte: e ciò servirà a trattenerci da passi avventati ⁽²⁸⁾. L'intelligenza nel suo più maturo atteggiarsi è scienza. Holmes ha grande venerazione per tutto ciò che è scientifico: dice che vorrebbe veder la scienza « sovrana » in ogni aspetto della « Repubblica degli uomini » ⁽²⁹⁾. Non cela neppure un sottile disprezzo per coloro che si precipitano all'azione senza riflessione o sulla scorta di dogmatiche, non fondate credenze: un agire bruto, non ancora educato ai modi più evoluti, più ricchi e maturi ⁽³⁰⁾.

⁽²⁶⁾ *M. and F.*, pag. 49, 50, 51.

⁽²⁷⁾ « Ora, e probabilmente finchè l'uomo vivrà sulla terra, il suo destino è la battaglia... Se dobbiam batterci la Bibbia dell'esercito è un canto guerriero, non un quadro d'ospedale... » (*M. and F.*, pag. 20). « Ogni società riposa sulla morte di uomini » (*M. and F.*, pag. 356). « Apprezzo gli sports pericolosi... Se talvolta una vita si spezza bisogna considerarla non una perdita, ma il prezzo pagato per l'educazione di una razza... » (*M. and F.*, pag. 23).

⁽²⁸⁾ *C. L. P.*, pag. 305-307. Holmes ivi afferma che « il nostro sistema di morale è un corpo di generalizzazioni sociali imperfette espresse in termini emozionali. Per coglier ciò che ha di vero, è utile lasciar stare l'emozione e chiederci... quanto quelle generalizzazioni son confermate da fatti accertati ».

⁽²⁹⁾ *C. L. P.*, pag. 242.

⁽³⁰⁾ Si consideri per esempio l'atteggiamento di Holmes di fronte alle fedi

L'epoca successiva alla guerra civile fu in America — come del resto per lo più altrove — un'epoca di materialismo morale. Si celebrava il danaro e il possesso di quante più ricchezze come il vero fine della vita e la misura d'ogni valore. Holmes non si mette per questa strada: la combatte anzi con veemenza, memore di quale altro spirito animasse i combattenti di Antietam e di Ball's Bluff ⁽²¹⁾. Per lui è normale che l'uomo si conduca secondo il principio della « preferenza per sè » ⁽²²⁾: e tuttavia per lui non mai la vita tocca vertici così alti come quando l'uomo agisce per fini « esterni a sè »: come quando, nella ricerca della verità, della bellezza o nel compimento di una nobile e generosa impresa, brucia energie vitali, fa « una spesa antieconomica » ⁽²³⁾. « L'arte, la filosofia, la carità, l'ebbrezza d'ogni grande momento nell'esperienza umana » sono « una escursione verso la morte, che s'arresta un attimo prima della sua mèta »: tali « escursioni » sono da perseguirsi fuori del riguardo a risultati pratici: sono, in sè e per sè, le manifestazioni supreme della vitalità ⁽²⁴⁾. C'è in Holmes un caldo appello affinché gli individui coltivino in sè codeste supreme esperienze, a prezzo magari del proprio sacrificio. Egli giunge perfino a dire che solo chi ne ha provato « può affermare d'aver veramente vissuto, ed esser pronto alla fine » ⁽²⁵⁾. Egli vi scorge la stessa qualità eroica che ricorda nel destino dei soldati ⁽²⁶⁾: di quei soldati la cui fede e prontezza a « gettare la vita in obbedienza a un dovere ciecamente accettato », egli, « in mezzo al dubbio,

e alle convinzioni politiche socialiste, e a certi « pregiudizi » popolari nei confronti del capitalismo: la gente abbisogna di « educazione nelle cose ovvie » e deve apprendere a « pensar cose e non parole ». *C. L. P.*, pag. 392-93. Vedi innanzi pag. 61.

⁽²¹⁾ Si leggano i discorsi *Memorial Day* e *A Soldier's Faith*, in *M. and F.*, pag. 9-16 e pag. 18-25.

⁽²²⁾ Per questo concetto *M. and F.*, pag. 50 e *The Common Law*, pag. 44.

⁽²³⁾ *C. L. P.*, pag. 272.

⁽²⁴⁾ *C. L. P.*, pag. 272.

⁽²⁵⁾ *C. L. P.*, pag. 32.

⁽²⁶⁾ *C. L. P.*, pag. 31-32.

nel crollo di tutte le credenze » ritiene una fede « vera e adorabile » (37): perchè per lui difficilmente il mondo potrebbe essere tollerato « senza la divina follia dell'onore, l'insensata passione di conoscenza che oltrepassa i fiammeggianti limiti del possibile, e ideali, la cui vera essenza è che non saranno mai raggiunti » (38).

Tali i lineamenti della coscienza filosofica di Holmes che si ricavano dai suoi scritti. Questa coscienza e i valori che essa afferma penetrano nelle dipendenti distinte parti del pensiero politico-giuridico holmesiano e informano a sè concetti e teorie. Come, convien ora vedere.

(37) *M. and F.*, pag. 20.

(38) *M. and F.*, pag. 20.

II

SOMMARIO: II. - L'opera giuridica di Holmes. Il pensiero filosofico-giuridico anglosassone: giusnaturalismo, scuola utilitarista-analitica, scuola storica. Holmes e la corrente storicistica inglese (Pollock). Teoria holmesiana della decisione giudiziale e degli sviluppi giudiziari del diritto. *The Common Law*: teoria generale del diritto comune anglosassone. I metodi e gli strumenti della costruzione dogmatica holmesiana. L'idea informatrice: la società, e non l'individuo, come valore centrale. Holmes e la giurisprudenza dell'ottocento.

La prima produzione di Holmes giurista pare oggi quasi appartenere a un lontano passato. Essa ha inizio infatti nel pieno del secolo decimonono. Tornato dalla guerra civile (1865), egli scelse il diritto come « professione della sua vita », e si mise con ardore allo studio d'esso ⁽³⁹⁾.

Pubblicò i primi sparsi articoli e note; curò una riedizione dei « *Commentaries on American Law* » di Kent; divenne « lettore » ad Harvard di diritto costituzionale ⁽⁴⁰⁾. Ma il campo che più attirava la sua attenzione era allora un altro: la Common Law, il diritto anglosassone di tradizione giudiziale, che le Corti americane avevano recepito e fatto divenire legge del paese. Là, sul terreno delle regole generali del diritto privato e del diritto penale, spaziava il suo pensiero desideroso di fissare i principi

⁽³⁹⁾ HOLMES ebbe delle incertezze nella scelta del diritto, sentendosi attratto anche dalla filosofia e dalla letteratura. Negli anni maturi egli ricorderà il dubbio che gli avevano instillato nella prima gioventù le parole di BURKE: che il diritto affina la mente, ma la impiccolisce (C. L. P., pag. 301-302). La passione con la quale si dedicò subito al lavoro nel campo scelto ci è efficacemente descritta da una lettera di James del 1873 (v. PERKY, *op. cit.*, I, pag. 519). Holmes, fino alla nomina a giudice nel 1882, fu anche avvocato attivo nel foro del Massachusetts. Teneva studio assieme a G. O. Shattuck; sul quale vedi il commosso necrologio in: *M. and F.*, pag. 37 ss.

⁽⁴⁰⁾ E di questo periodo la sua direzione triennale (1870-1873) dell'*American Law Journal*. Per i primi scritti di HOLMES vedi: F. FRANKFURTER, *The Early Writings of O. W. Holmes Jr.*, in « *Harvard L. R.* », vol. 44, 1931, 717-724.

primi dell'ordinamento o si immergeva nel passato alla ricerca della lontana origine di quelle regole. Nel 1881 egli pubblica « *The Common Law* », la sintesi delle sue meditazioni ⁽⁴¹⁾.

Non è un libro di filosofia giuridica e neppure una teoria generale distillata dalla analisi di tutti gli ordinamenti. Non è neanche un libro di storia che descriva sviluppi giuridici passati, ancorchè contenga alquante analisi storiche. È un libro che mira a costruire la teoria generale, vale a dire l'inquadratura sistematica e i principi fondamentali, di un determinato diritto, la *Common Law*. Per comprendere peraltro con esattezza la genesi ideale di esso, oltrechè il suo proprio significato e l'importanza che gli fu riconosciuta fin dal suo apparire, occorre volgere il pensiero allo stato e ai metodi della filosofia giuridica e della giurisprudenza anglosassoni del tempo e fissare la posizione che in merito assume Holmes.

Nei paesi anglosassoni (come del resto in Europa) il diciassettesimo e diciottesimo erano stati i secoli del giusnaturalismo. In Inghilterra Locke aveva scritto i « *Two Treatises of Government* »; sul piano più propriamente giuridico, del diritto positivo, Blackstone aveva prodotto, con la mentalità e i metodi del giusnaturalista, i suoi famosi « *Commentaries* ». Sul finire del settecento, però, era comparso Bentham, radicale negatore del diritto di natura: e si può dire che la prima metà del secolo diciannovesimo fu idealmente dominata in Inghilterra (non certo però nelle Corti, legate in modo stretto alla tradizione) dal suo utilitarismo riformatore. L'utilitarismo ebbe in Austin il suo portavoce sul piano del diritto positivo. Austin stimava che si potessero intendere tutti gli ordinamenti secondo certi permanenti concetti generali; in questi la giurisprudenza concernente

(41) Si trattava di un corso di lezioni tenuto l'anno innanzi al Lowell Institute di Boston, che Holmes tradusse in organico volume. Parte delle idee e delle tesi in esso presentate erano già apparse in diversa forma negli sparsi articoli precedenti. Vedi la prefazione al volume, pag. III-IV. Dell'opera comparve in Italia nel 1888 una traduzione, per opera di Lambertenghi.

un diritto particolare doveva con rigore assestare la materia speciale d'esso; la comprensione, il dominio pieno e sicuro di quel diritto positivo si avrebbe ad assestamento compiuto. Ma con l'inizio della seconda metà del secolo, della gloriosa era vittoriana, il radicalismo degli utilitaristi e il metodo formalistico austiniiano apparvero inadeguati al giudizio di un ambiente culturale che ormai conosceva che il mondo è evoluzione e che il diritto è soltanto una fase dell'evoluzione, connesso nei suoi sviluppi con gli sviluppi di tutti gli altri aspetti della civiltà. In Germania già agli inizi del secolo era sorta una scuola storica del diritto che aveva proposto un concetto storicistico del fenomeno, e s'era resa famosa per monumentali opere così di storia come di diritto vigente. In Inghilterra la scuola storica nasce con cinquant'anni di ritardo e domina poi sino alla fine del secolo e oltre. Dal modello germanico la separa, dati anche i tempi, una visione più organica, « evoluzionistica », e libera affatto da venature romantiche (che si avvertono presso i tedeschi in vari concetti, come per esempio in quello dello spirito del popolo).

Ora, quando Holmes cominciò le sue meditazioni questo ultimo indirizzo era ancora in fase di nascita. In America — come abbiamo sopra accennato — prevaleva ancora, quasi senza contrasti, il giusnaturalismo. Volgendo gli occhi all'isola britannica, Holmes trovava, come interessante un giurista dall'ampio respiro, l'esempio di Austin e gli insegnamenti suoi.

È chiaro che il suo naturalismo e filosofico darwinismo doveva fargli ripugnare affatto alla ragione astratta e ai diritti soggettivi innati che sentiva cantare e decantare in patria. In una breve nota che scrisse nel 1873 Holmes mostra chiaramente, seppur in modo indiretto, che cosa pensasse di quei diritti di natura ⁽⁴²⁾. Per lui la legislazione incorpora la volontà e gli in-

⁽⁴²⁾ Si tratta di osservazioni ispirate dalla sentenza della magistratura inglese che definiva reato (*conspiracy*) lo sciopero degli addetti al servizio del gas (*gas-stokers*). Vedi: « *American L. J.* », vol. 17, 1873, pag. 582; *M. and P.*, pag. 48-51.

teressi del gruppo che ha il dominio di fatto nella società; non si possono fissare a priori (come fa anche Spencer, che qui egli critica) dei limiti « naturali », all'azione del governo; il diritto è un aspetto dell'evoluzione, in cui vige la legge della lotta per la vita (^{42, bis}).

Holmes si provò dapprincipio a pensare con Austin (⁴³): ma non gli veniva fatto agevolmente, poichè il suo vigile senso storico si urtava con le forzature violente che Austin faceva del materiale della Common Law in ischemi desunti dal diritto romano e generalizzati gratuitamente. Più tardi dirà di lui con ironia che il suo difetto era semplicemente questo: che non sapeva abbastanza di diritto inglese (⁴⁴).

Nel 1874 fece un viaggio in Inghilterra e vi conobbe colui che resterà la grande amicizia intellettuale della sua vita, Federico Pollock, di lì a poco il maestro indiscusso della scuola storica inglese (⁴⁵). Dovette essere questo, probabilmente, un impulso a precisare il nuovo pensiero filosofico giuridico che stava germinando in lui e che in quegli anni appunto egli assodò.

(^{42, bis}) Muovendo da questi concetti HOLMES nonpertanto sembra valutare negativamente la sentenza che dava occasione al suo discorso. Il motivo è questo. Gli interessi del gruppo dominante è giusto si riflettano nel diritto. Ma la « legislazione di classe » conviene rispetti tre condizioni: che davvero giovi a chi la promulga; che non gli sia pericolosa, a ragione dell'avere la classe concorrente un potere notevole nella società; che non trascenda i limiti di preferenza per sé imposti dalla « simpatia ». La sentenza in questione sembra non tener conto della seconda condizione. Qui ci sono già, in embrione, i motivi che determinarono l'atteggiamento di Holmes giudice alla Corte Suprema. Perciò questo breve scritto ha una grande importanza indicativa per l'interpretazione del pensiero holmesiano.

(⁴³) La cosa si rileva qua e là nei primi articoli. Roscoe Pound ha definito questo primissimo il periodo « analitico » di Holmes; vedi in proposito la lettera di Pound a Renschlein, da questi riportata nel suo *Jurisprudence: its American Prophets* (citato sopra), pag. 96.

(⁴⁴) C. L. P., pag. 197.

(⁴⁵) Di Pollock in Italia è stata tradotta la *Introduction to the History of the science of politics* (1890) da BRUNO BRUCCHINI, che vi ha premesso uno studio introduttivo (*Storia della scienza politica*, Milano, Bocca, 1923). L'iniziatore della scuola storica inglese fu, come è noto, Henry Sumner Maine. Non si può non ricordare peraltro quel precursore d'essa che nel diciottesimo secolo fu Burke.

L'idea centrale di esso è quella accennata che il diritto è un fenomeno storico, un aspetto della complessa civiltà umana in evoluzione: un « documento — come scrive Holmes — della morfologia e del trasformarsi delle idee umane ».

Holmes ha dinanzi a sé un diritto, quello anglosassone, il cui sviluppo è stato sì può dire esclusiva opera della interpretazione giurisdizionale, senza quasi aiuto di interventi legislativi; le sue fonti di cognizione sono essenzialmente le sentenze delle Corti che costituiscono i « precedenti » autoritativi. Guardando gli sviluppi del diritto nell'opera dei giudici, in un sol discorso Holmes prospetta in *The Common Law* una importante teoria della decisione giudiziale e una dei fattori, delle forze che governano l'evoluzione del diritto ⁽⁴⁶⁾.

Con essa egli, innanzitutto e principalmente, intende combattere — per quanto a noi sembra — la indifferenziata e semplicistica concezione della decisione giudiziale che era popolare allora in America (e che probabilmente lo è in parte ancor oggi, così come lo è altrove): la concezione che ravvisa nel giudice-interprete un applicatore automatico del diritto e nella sua opera un'opera di pura « deduzione » dal dato normativo. Gli sviluppi del diritto sarebbero — per essa — mere estrinsecazioni di conseguenze implicite nel dato, ottenute dagli interpreti con il solo e puro strumento della logica formale: l'interprete, senza contaminare in alcun modo con la sua particolare impostazione mentale la sua opera, impersonalmente estrarrebbe dal dato la regola per risolvere ogni caso che si presenti.

Holmes ha concetto ben diverso del fenomeno. Gli sviluppi giudiziali hanno trasformato il diritto anglosassone da sistema giuridico di un popolo di rozzi guerrieri e pastori in sistema oggi « più razionale e evoluto del romano » ⁽⁴⁷⁾. È assurdo ritenere

(46) Essa non si trova esposta a parte, ma in occasione dell'esame di svolgimenti particolari del diritto. Proprio nel primo capitolo, però, Holmes ce ne enuncia i concetti fondamentali, mostrandone una concreta riprova nello sviluppo dei principi della responsabilità. (*The Common Law*, pag. 1-30).

(47) *The Comm. Law*, pag. 210.



che essi siano solo effetto di una sterilizzata operazione di logica formale: in loro c'è tutta la storia culturale e politica di un popolo filtrata attraverso la dinamica personalità dei giudici. Ed ecco Holmes esce nelle frasi oggi famose in America: « La vita del diritto non è stata logicità: è stata esperienza. Le esigenze del tempo, le teorie morali e politiche prevalenti, le intuizioni del pubblico interesse, conscie o inconscie, persino i pregiudizi che i giudici hanno in comune coi loro simili hanno avuto una più gran parte che non il sillogismo nel determinare le regole con le quali gli uomini sono governati » (48).

Holmes non ritiene che ci sia stata o ci sia in ciò una prevaricazione da parte dei giudici; egli accenna al fatto che l'impossibilità di un diverso disporsi del fenomeno viene dalla struttura stessa dei processi di interpretazione e decisione: « Il diritto (mentre si applica) sempre assume nuovi principi dalla vita da un lato, mentre dall'altro ne ritiene di vecchi dalla storia »: esso cesserà di così crescere, quando cesserà d'esistere (49). Il giudicare e decidere gli appare dunque un processo di necessaria continua riplasmazione del dato normativo in rapporto ai casi concreti (50).

(48) *The Comm. Law*, pag. 1.

(49) *The Comm. Law*, pag. 36.

(50) In questa coscienza della inevitabile qualità riplasmatica della interpretazione giudiziale ci sembra sia da collocare la principale differenza del concetto holmesiano della natura della decisione da quello dei rappresentanti della scuola « analitica ». Austin ammetteva invero — a differenza in ciò della semplicistica opinione popolare — che i giudici hanno in passato contribuito a creare il diritto, e che ancora oggi nei paesi di Common Law, ove non si è addivenuti alla codificazione, le questioni non definite da una legge o da una decisione precedente (a cui il giudice è vincolato) si risolvono col ricorso alle regole della morale e del costume popolare (che incorporate in una decisione diventano diritto vincolante per successivi giudizi). Ma riteneva appunto che la codificazione potesse ridurre il giudice a strumento meccanico, a automatico forgiatore di sillogismi (e del resto, secondo lui, la sfera implicante applicazione di regole di morale e costume nel ragionamento giuridico tenderebbe ad annullarsi anche per solo effetto delle continue decisioni che risolvono autoritativamente via via tutte le possibili questioni giuridiche). Holmes non crede alla possibilità di un simile ridurre l'interprete a passivo conduttore di un'autonoma energia sprigionantesi da un dato. « Per quanto noi si

Holmes, riguardando gli sviluppi del diritto nel loro insieme, scorge in essi un « paradosso ». Nella « forma » essi son stati cosa di « logica »: come vuole la « teoria ufficiale », ogni nuova sentenza trova un attacco sillogistico nei « precedenti ». Nella « sostanza », però, — egli dice — son stati cosa di « legislazione »⁽⁵¹⁾. La direttiva dell'interpretazione è data infatti, in ultima analisi, da preferenze e convincimenti dei giudici riportabili a più o meno consci e specificate « vedute di politica pubblica ». « Proprio le considerazioni che più di rado i giudici menzionano, e sempre con scuse — dice Holmes — sono le segrete radici da cui il diritto trae le sue linfe vitali: considerazioni di ciò che è conveniente per la comunità »⁽⁵²⁾. Holmes specifica anche quale è il meccanismo attraverso cui, secondo lui, il diritto si trasforma misteriosamente nelle mani sapienti dei giudici ed oggi è ciò che nessuno avrebbe secoli fa potuto sognare, e contiene addirittura regole che sono l'antitesi di quelle imperanti nel passato: « I costumi, i bisogni di un'epoca fissano una regola. Nel corso dei secoli il costume, la credenza, il bisogno scompare, ma la regola rimane. Le ragioni che originarono la regola sono dimenticate e menti ingegnose si pongono alla ricerca di una giustificazione per essa. Qualche motivo politico viene escogitato che sembra spiegarla e riconciliarla al presente stato di cose. Allora la regola si adatta alla nuova ragione che s'è

possa codificare il diritto — egli dice (*The Comm. Law*, pag. 37) — in una serie di proposizioni apparentemente autosufficienti, quelle proposizioni non sarebbero che una fase in un continuo sviluppo ». Convien anche rilevare che la traduzione di regole morali e di costume in diritto fatta dai giudici, si appoggia, nelle vedute di Austin, su un rilievo da parte di costoro di regole già esistenti, cioè seguite e rispettate, nel corpo sociale. (Su questo concetto austiniano del giudice anche in questo rispetto « scopritore » della regola, possono aver influito opinioni difese dalla scuola storica in Germania al tempo in cui Austin vi studiò, prima di passare all'insegnamento, in Inghilterra. L'osservazione è di POTSD, *The Theory of Judicial Decision*, pag. 309-311). Holmes ha una visione ben più dinamica e realistica dell'attività interpretativa: vedi anche oltre, nota 54.

(51) *The comm. Law*, pag. 35.

(52) *The comm. Law*, pag. 35.

trovata per essa e comincia un nuovo corso. La vecchia forma riceve un contenuto nuovo e col tempo pure la forma si modifica per adattarsi al nuovo significato » (53).

Tra i fattori che condizionano gli sviluppi del diritto sul piano giudiziale Holmes pone così l'elemento normativo trasmesso dalla storia. Ma assieme ad esso operano diverse forze: le citate componenti della personalità dei giudici in complesso gioco tra loro, e, alta sopra tutte queste, la componente politico-culturale. Ogni epoca storica ha una diversa concezione civile e politica e un diverso complesso di conoscenze: i giudici esprimono quanto ad essi dettano i tempi. L'immagine dei progressi del diritto che balza complessiva dalla lettura di *The Common Law* è quella di una lotta che corre essenzialmente tra dato tradizionale e coscienza o teoria politica o della legislazione prevalente nel momento storico. Il diritto che si applica di fatto è una « combinazione » tra le due: un compromesso in cui la prevalenza è dell'elemento politico, che è il polo dinamico, sull'elemento tradizionale che funge da freno (54).

(53) *The comm. Law*, pag. 5.

(54) In questa teoria della decisione giudiziale e degli sviluppi del diritto nei processi interpretativi, Holmes compie un passo innanzi — ci sembra — rispetto alle tesi sostenute dalla scuola storica tedesca. Questa, come è noto, riconosceva alla interpretazione scientifica del diritto e alle conseguenti applicazioni giudiziali una funzione elaborativa del diritto. Ma l'elaborazione per essa — ricordiamo le sue origini romantiche — consisteva essenzialmente nella « scoperta » del « costume » in cui s'esprime lo « spirito del popolo » e nella traduzione « tecnica » di esso in regola giuridica. Il processo aveva un po' l'inevitabilità delle cose meccaniche (e il meccanicismo si confermava nella fiducia pressochè completa della scuola nell'efficacia innovativa della legislazione, considerata un'inutile e persino dannosa intrusione nel rapporto diretto costume-scienza). Holmes non parla di costume, non parla di spirito del popolo; mostra di pensare ai giudici come a parti attive e influenti nel processo storico, rappresentanti di certe forze politiche, non portavoce tecnici di un mitico volere della comunità. Certo, i giudici sono legati anche per lui alla realtà del loro tempo, perchè la volontà loro non potrebbe a lungo imporsi se in contrasto con le condizioni storiche obiettive: ma il quadro che egli dà del fenomeno è dinamico, di azioni e reazioni tra diritto e forze politiche e sociali. I giudici non sono automatici organi del popolo: sono uomini che giudicano col loro « buon senso » (*The Comm. Law*, pag. 23, 36), che gli fa cercar la strada a

Ora Holmes, nel suo *The Common Law*, non vuol tracciare con intento descrittivo gli sviluppi passati di un diritto: vuol fare un'opera di sistematica giuridica, che ponga concetti e principi che sian d'ausilio alla soluzione di questioni e di casi. Egli intende determinare solo — data la struttura dell'opera — il quadro dei concetti e dei principi essenzialissimi. Ma — ed ecco il punto ove interviene la sua visione evoluzionistica del diritto e la sua coscienza che esso s'è lentamente formato nei secoli attraverso sviluppi giudiziali — egli non vuol procedere neppure in questo compito con metodo formalistico. « Il diritto incorpora la storia dello sviluppo di una nazione attraverso i secoli; e non può essere trattato come se contenesse solo gli assiomi di un libro di matematica » (53). Bisogna possedere a fondo le regole di un particolare diritto, per poterci costruire sopra un sistema. Non vale sforzarsi a distillare « la quintessenza inutile di tutti i sistemi » (dirà Holmes qualche anno più tardi con riferimento agli austiniiani) (54): basta lavorar bene su uno. Ma perciò anche a un lavoro sistematico occorre la conoscenza della storia giuridica, dell'origine e del lento pervenire delle regole alla loro forma e al loro contenuto attuali.

The Common Law è in certo senso il fratello di « *The Law of Torts* », « *Principles of Contract* », « *A first book of jurisprudence* » di Pollock. Assieme a quest'ultimo libro esso potrebbe venir preso quasi simbolo della fase « storica », succeduta alla « giusnaturalistica » e « analitica », della giurisprudenza anglosassone. In America, esso si potrebbe considerare uno dei primi saggi di quella giurisprudenza « storica » che sopra abbiamo

lor giudizio migliore nelle circostanze date, e tentare una via e poi correggersi e tentarne un'altra, come in tutte le cose d'esperienza ».

Holmes naturalmente non fa che un veloce abbozzo. Comunque, la sua visione appare vicinissima al concetto generale che in anni successivi Pollock esprimerà delle relazioni dinamiche e dialettiche tra diritto e politica nei suoi *Essays in Jurisprudence and Ethics*.

(53) *The Comm. Law*, pag. 1.

(54) *C. L. P.*, pag. 196.

accennato introdursi e dominare negli ultimi decenni dell'Ottocento negli Stati Uniti ⁽⁵⁷⁾.

Ma c'è — assieme ad altre che qui non notiamo e che considereremo più innanzi — una diversità tra l'opera di Holmes e l'indirizzo generale di quest'ultima giurisprudenza: una diversità che serve a distaccare Holmes da essa mentre lo accosta alla scuola inglese e al contempo chiarisce e specifica la novità del suo lavoro rispetto a tutta, dobbiam dire, la giurisprudenza mondiale precedente, e prepara certe affermazioni di *The Path of the Law* e *Law in Science-Science in Law*. È in questo punto che si vede un accenno all'aprirsi di una nuova fase nel pensiero giuridico americano.

Nel formulare la teoria della Common Law, Holmes si avvale dello strumento (*tool*) della storia. Ma la notizia storica particolare gli serve — come egli stesso dice — « per interpretare singole regole e concetti, non oltre » ⁽⁵⁸⁾.

La costruzione dell'impalcatura del sistema, il disegno del profilo funzionale degli istituti, la determinazione dei principi generali, son da lui raggiunti contemplando il diritto nel quadro filosofico dell'evoluzione umana: ove questo diritto appare a Holmes soggetto ai valori generalissimi che si realizzano in questa evoluzione, pur nello stadio di sviluppo da esso raggiunto e nell'ambito del suo contenuto particolare. Una coscienza filosofico-politica generalissima governa e trae i fili di tutto il lavoro di Holmes: l'immagine finale della sua Common Law è così il frutto dell'elaborazione, per induzioni logiche, di un certo dato normativo (i precedenti delle Corti anglosassoni che sono autorità), fatta secondo una certa direttiva storico-filosofica. Ma le direttive che forniva la visione holmesiana dell'evoluzione erano, a grandi linee, i valori che noi abbiám visti, dicendo so-

⁽⁵⁷⁾ Vedi pag. 54.

⁽⁵⁸⁾ *The Comm. Law*, pag. 2.

pra del suo mondo filosofico etico: che si riflettono dunque, ora, in questa sua opera (29).

Chi osservi il pensiero e i lavori di Pollock vi scorge dominante un concetto organico-storico dello stato come supremo valore politico. Egli viene combattendo quell'idea individualistica, quel concetto dell'individuo come elemento primo nelle scienze sociali, che in Inghilterra era stato propugnato non solo dai giusnaturalisti ma anche dai seguaci della scuola utilitaristica ed era stato perciò in certo senso fin'allora il cardine indiscusso

(29) Abilissimo è il ricamo che la coscienza filosofico-politica di Holmes sa compiere, in vista delle costruzioni teoriche, mercè lo strumento della notizia storica. Di fronte per es. a certe costruzioni dogmatiche, che intende eliminare per motivi in definitiva politici, egli usa della notizia storica per metterne in luce il carattere fittizio. La storia non serve solo per interpretare una regola: serve anche — egli dice — per la « revisione » del diritto (*The Comm. Law*, pag. 36).

Abbiam sopra detto per quale meccanismo secondo lui il diritto si sviluppi nelle mani dei giudici: « motivi politici » e « giustificazioni » che a lungo andare piegano a nuovi usi vecchie regole. Ma ecco ciò che Holmes afferma: « Quando troviamo (e ce lo fa trovar la storia) in grandi e importanti branche del diritto che i varii motivi politici con cui le varie regole sono state giustificate sono invenzioni successive per spiegare ciò che in fatto è un residuo di epoche precedenti, noi abbiamo il diritto di riconsiderare le ragioni popolari, e, prendendo più ampia visione del campo, giudicar di nuovo se esse son soddisfacenti. Lo saranno magari, non ostante il modo del loro apparire... Ma l'esame e la revisione son giustificati » (*The Comm. Law*, pag. 37).

Su questo impiego particolare della storia sul quale, come affermazione di principio, qui non si batte troppo, torneranno con molta insistenza *The Path of Law e Law in Science - Science in Law*. Ma intanto, in *The Common Law*, Holmes con esso ravvisa il carattere fittizio della dottrina della *culpa in rigilando* e di quella in *eligendo*, inventata per spiegare la responsabilità per danno di animali e per quello cagionato da dipendenti; dottrina che egli abbandona nel suo tentativo di generalizzazione dei principi della responsabilità: vedi *infra*, nota 70 e 81. Con esso egli anche mostra il carattere fittizio dell'identificazione di *principal e agent* con la quale vengon spiegate le regole della *agency*, istituto che porta le tracce di una civiltà primitiva. Tale identificazione generalizza regole che egli vuol invece, in funzione della sua teoria del possesso, considerare eccezionali: vedi *infra* nota 91.

Talaltra volta, invece, allo scopo di tener in luce caratteri di un istituto i quali egli vuol mettere in primo piano nella sua generalizzazione, Holmes ci indugia sopra con lunghi chiarimenti storici: come nel caso dei *bailees* per la teoria del possesso: vedi *infra*, nota 91.

della tradizione scientifica britannica nel campo di esse scienze sociali (⁶⁰). Holmes parimenti — secondo la sua conformazione mentale — combatte il principio dell'individuo primo valore — dell'individuo, che egli subordina, come sappiamo, alla specie e al gruppo. Egli però, scegliendo un valore collettivo, non tanto fa cadere l'accento sullo stato, ma, appunto, sugli interessi di gruppo e di specie, sulla *società*.

Un'idea sociale del diritto domina *The Common Law*. Essa costituisce quel punto di distacco che abbiám sopra accennato tra la giurisprudenza holmesiana e la rimanente giurisprudenza « storica » del suo paese in quegli ultimi anni dell'ottocento: questa sembra infatti per lo più inquadrare il diritto in una visione del divenire storico il cui fine ultimo è la massima affermazione dell'individuo (⁶¹). Ma quell'idea è anche il segno che « *The Common Law* » si trova già all'uscita del secolo decimonono. Il pensiero giuridico ispirato in America al giusnaturalismo, in Inghilterra all'utilitarismo, aveva nell'ottocento provveduto a organizzarsi secondo una idea individualistica. Ma la stessa cosa è stata notata di una giurisprudenza che non ci si sarebbe attesi prendesse questa strada: di quella dei grandi maestri e dei seguaci della scuola storica tedesca, nata in reazione filosofica al razionalismo individualistico e finita a far dell'idea dell'individuo, concepito come « persona libera e co-

(⁶⁰) Politicamente Pollock era un seguace di quel nuovo torysmo che in Inghilterra nella seconda metà dell'ottocento si eresse ad interprete delle esigenze popolari di contro al liberalismo della scuola di Manchester, fermo alla situazione storica di 50 anni prima. La critica dell'individualismo atomistico si può dire costituisca il tema centrale della *Storia della scienza politica* sopra citata.

(⁶¹) Tra i rappresentanti dell'indirizzo spiccava J. C. Carter. Chiara è la sua concezione filosofica del fine dello sviluppo giuridico: « ... la ultima funzione del diritto e della legislazione è... di assicurare a ciascun individuo il massimo di libertà compatibile con la preservazione di una uguale libertà negli altri... » (citato da POUND in *Interpretations of Legal History*, cit., pag. 34). Pound ritiene che la « giurisprudenza metafisico-storica » di Carter, e in genere dell'indirizzo, fu un « non piccolo fattore nel guidare le decisioni giudiziali americane nell'ultimo quarto del diciannovesimo secolo e ...oltre » (*Interpr. of Legal Hist.*, cit., pag. 34); nel porle su quella via che vedremo combattuta da Holmes alla Corte Suprema degli S. U.

sciente», il «centro» della propria sistematica giuridica⁽⁶²⁾. Erano in fondo i tempi — la fine del feudalesimo, il primo organizzarsi di una nuova economia borghese — che facilitavano e richiedevano un tal fenomeno. Ma ora i tempi stavano mutando: cominciava dappertutto, qui prima, là dopo, ad emergere una società di complessa organizzazione industriale. *The Common Law* incorporava un'idea che pareva meglio consonante alla situazione. In Inghilterra essa fu magnificata da un giudizio di Maitland che vi ravvisò una possibile restituzione, adatta alle circostanze, dell'influsso che Blackstone aveva esercitato in America⁽⁶³⁾.

(62) Le parole e l'osservazione sono di GIUSEPPE SOLARI in *Storicismo e diritto privato*, Torino, 1910, pag. 257. Si vedano, sui rapporti tra fondamento filosofico e sistematica giuridica nella scuola storica tedesca, gli ultimi tre paragrafi del libro (§ 28 *Il rapporto tra teoria e pratica nella dottrina storica*, § 29 *Il sistema di diritto privato di Savigny, Puchta, Stahl*, § 30 *Incoerenze tra la dottrina storica e le sue applicazioni al diritto privato*). Solari vede nella sistematica di Savigny l'influsso di un ideale di impronta Kantiana (*ibid.*, pag. 261). Pound ha mostrato come nell'Ottocento tutta si può dire la giurisprudenza si ispirasse all'idea individualistica, qual che fosse la filosofia giuridica da cui prendeva le mosse, giusnaturalistica, metafisico-storica, utilitarista-analitica, ecc. (vedi *Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, 1922, pag. 49-55; pag. 63-87).

(63) Il giudizio si legge in *Encyclopedia Britannica*, 11ª ed., voce *English Law*. Holmes stesso era pienamente conscio della impostazione «sociale» del suo lavoro e della concordanza d'essa con l'andamento dei tempi. «E di moda oggi — egli scrive nel 1915 — di metter avanti i principi del benessere sociale di contro alle individualistiche Carte dei diritti del diciottesimo secolo. Oso far riferimento a un mio libro pubblicato trentaquattro anni or sono per mostrare che non si tratta di una novità» (*C. L. P.*, pag. 307).

III

SUMMARIO: III. - Le teorie di *The Common Law*. La struttura generale della costruzione. Le teorie particolari: I) La dottrina unitaria della responsabilità penale e civile. L'*external standard* e l'*average man*. La responsabilità penale, il fine della pena e la *mens rea*. La responsabilità civile e i suoi criteri: illeciti « non intenzionali » e « intenzionali ». - II) Il possesso. La critica delle teorie della giurisprudenza tedesca. *Animus domini*. - III) Il contratto. La teoria della promessa giuridicamente vincolante come « assunzione di rischio ». Nullità e annullabilità del contratto. Prevalenza della dichiarazione sulla volontà. - IV) Successioni.

Chiariti i principi metodologici che stanno alla base di questa opera di Holmes, convien dare un rapido sguardo agli aspetti concreti del suo contenuto.

Il motivo conduttore, il tema centrale d'essa, è appunto la polemica continua, per lo più coperta, ma talvolta scopertissima, contro la tendenza individualistica. Holmes le contrappone costantemente un diritto che serve ai valori che egli con il suo naturalismo e evolucionismo avverte supremi: il benessere sociale, l'esigenza della vita comune, la sicurezza dei rapporti e degli affari. In questa polemica, le Dichiarazioni dei diritti e Kant, Austin (per la teoria della responsabilità) e i grandi giuristi « storici » tedeschi (per la teoria del possesso), sono i bersagli indicati per nome.

La struttura e gli elementi essenziali del sistema (che non son presentati in una premessa a parte, ma si ricavano facilmente dallo studio complessivo dell'opera e del resto sono fedelmente rispecchiati anche nell'ordine di successione dei capitoli) portano già tutta l'impronta originale di Holmes.

Holmes nei primi capitoli tratta del « punto in cui, nel sistema della Common Law, un uomo comincia ad agire in generale a suo rischio e pericolo » ⁽⁶⁵⁾, nel senso che, cagionando cer-

⁽⁶⁵⁾ *The Comm. Law*, pag. 164.

ti eventi che il diritto considera mali, divien assoggettabile a sanzione: tratta, cioè, della *responsabilità penale e civile*. Ma taluni mali « non possono venir sofferti se non da chi si trovi in relazione di fatto speciale e particolare con l'agente o con altre persone o cose » (⁶⁵), per cui Holmes passa a definire le fondamentali fra quelle relazioni: *possesso e contratto*. Ma diritti e doveri scaturenti dalle relazioni di fatto si trasmettono dai soggetti originari ad altri: ed egli perciò, per ultimo, determina i principî generali che reggono le *successioni*.

Chi mediti un momento su questa singolare struttura, scorre subito che essa realizza un'idea del diritto oggettivo come mezzo per garantire la sicurezza della vita sociale e il suo assestarsi a un certo livello di civiltà. Alla base stanno norme che s'atteggiano a minacce miranti a prevenire fatti negativamente valutati. Tutte le altre norme del sistema, componenti i vari istituti, non fanno che apportare specificazioni a quelle che potremmo dire le condizioni di scatto della sanzione minacciata (⁶⁶). La Common Law di Holmes è un diritto informato a una idea comminatoria e sanzionatoria in funzione sociale. Assolutamente negata è la preesistenza di diritti soggettivi agli obblighi che nascono dalle norme.

La finalità generica che si intravede in questa struttura, acquista contorni ben definiti, specificandosi, quando si vengano a contemplar da vicino le singole parti e gli elementi del sistema. La specificazione avviene nel preciso senso dei valori filosofico-etici cari a Holmes. Così nei tre argomenti della responsabilità del possesso e del contratto si vedono limpidamente emergere i valori della vita civile, della vitalità nel gruppo sociale, della sicurezza dei rapporti.

(⁶⁵) *The Comm. Law*, pag. 164.

(⁶⁶) Una certa simiglianza con la dottrina « sanzionatoria » del diritto e del concetto del diritto come « tecnica sociale » di Kelsen è rilevabile. Ma giova notare — se non altro — che questa struttura non viene approntata da Holmes in astratto, nel tentativo cioè di fissare una forma di applicabilità universale, ma come strumento per il dominio e la sistemazione di un concreto, particolare diritto.

Nel campo della responsabilità Holmes compie — stanti le condizioni al suo tempo della Common Law — uno sforzo arditissimo di generalizzazione ⁽⁶⁷⁾. Ma l'intento di esso è questo: definire come principio che la responsabilità sia penale sia civile non dipende dal comportamento del soggetto valutato con criteri che tengon conto del suo interno, concreto atteggiamento: siffatti criteri son propri della morale, non del diritto, che non si cura di regola se non dell'esterno e giudica con criteri uniformi (*external standard*) ⁽⁶⁸⁾. Holmes polemizza con la tendenza ad equiparare il criterio di giudizio giuridico a quello di giudizio morale, e a ricercare di conseguenza nell'agente un'effettiva intenzione del male cagionato, una sua intrinseca umana riprovevolezza, ecc. Per lui il diritto pone dei modelli di condotta che rispondono alle capacità, nelle circostanze, dell'« uomo medio » (*average man*) ⁽⁶⁹⁾, richiedendo ai soggetti di sollevarsi « alla loro altezza », pena (se hanno cagionato l'evento vitando) d'assoggettarli alla sanzione: nè la mancanza in concreto o nelle circostanze delle capacità medie ha per esso alcun rilievo, salve le eccezioni ⁽⁷⁰⁾.

(67) La riprova dell'arditezza dello sforzo è che molti ritennero esserne i risultati espressione di un desiderio politico che andava ben al di là del diritto attuale. Vedi per questo atteggiamento quanto Holmes stesso racconta di una sua discussione con un alto magistrato inglese (*C. L. P.*, pag. 190-191).

(68) *The Comm. Law*, pag. 38, 40, 50, 108.

(69) *The Comm. Law*, pag. 51, 108.

(70) Le eccezioni più note sono naturalmente la minor età e la infermità di mente. (*The Comm. Law*, pag. 109). In tutta codesta polemica l'avversario cui Holmes si riferisce è Austin, accusato di definire i criteri di responsabilità con riferimento a concreti stati mentali del soggetto, e cioè di introdurre nel diritto una misura morale. (*The Comm. Law*, pag. 6, 82). Holmes afferma che il diritto in epoche primitive impiegava rozzamente criteri di giudizio morali, poiché dava via libera alla vendetta, sul presupposto di una effettiva riprovevolezza nell'agente. La vendetta si appuntava direttamente alla causa del male: che poteva anche essere, per la mentalità animistica primitiva, un animale e perfino una cosa (dove le prime regole sulla responsabilità per danni da animali e servi per quali era tenuto il padrone che non ne facesse consegna: regole che con grandi trasformazioni e tolta l'alternativa della consegna si son tramandate fino ai nostri giorni, ma non possono venir spiegate ora con la posticcia e fittizia teoria accolta da Austin della *culpa*

È forse necessaria, in diritto criminale ⁽⁷¹⁾, la *mens rea*, intesa come effettiva volontà dell'evento malefico (*intent*), perchè si possa applicare la pena? Per Holmes no ⁽⁷²⁾. La teoria generale del diritto criminale in Common Law può formularsi, secondo lui, così. Scopo della pena è puramente e semplicemente la prevenzione ⁽⁷³⁾. Si obietta che il far della prevenzione il fine penale viola in fondo il principio delle Dichiarazioni che tutti i membri di una « libera comunità » abbiano « eguali diritti alla vita, alla libertà, alla sicurezza personale » ⁽⁷⁴⁾; si obietta con Kant che la teoria della prevenzione fa dell'uomo una cosa, un semplice mezzo per un fine ⁽⁷⁵⁾. Ma si deve rispondere — dice Holmes — che il dogma degli eguali diritti non ha valore assoluto: cede di fronte all'interesse della comunità:

in vigilando o in negligendo, e devono spiegarsi invece con motivi politici particolari: vedi *infra*, nota 81). Ma il diritto, evolvendo, seppur ha mantenuto la terminologia morale, ha in fatto, secondo Holmes, determinato i suoi criteri come esterni e obiettivi, eliminando progressivamente la necessità di una effettiva, concreta colpevolezza.

In sostanza, per Holmes, così in campo civile come in penale, l'ordinamento giuridico si ispirerebbe ormai a un unico principio generalissimo: è vietato cagionare danni ad altri; risponde chi li ha cagionati con una condotta che l'uomo medio avrebbe potuto prevedere, sulla base delle circostanze note all'agente, capace di produrre il risultato dannoso. Le singole figure di delitto criminale e di delitto civile non sarebbero che applicazioni, specificazioni, concretizzazioni di questo generalissimo principio, con la comminatoria di una sanzione proporzionata caso per caso alla natura e entità del male vitando: e ciascuna figura andrebbe interpretata sulla base del principio. Nel campo civile poi — se intendiamo correttamente — non si è soggetti a sanzione solo nei casi delle figure delittuose espressamente previste, come in campo penale: il diritto avrebbe ormai superato il numero chiuso dei delitti civili con cui aveva cominciato nel medioevo, e avrebbe posto ormai una regola generale di risarcimento pecuniario per qualsivoglia danno inferito, distinguendosi ancora singole figure delittuose per mero comodo, per tradizione. (Giova ricordare che l'abolizione delle forme d'azione è cominciata nei paesi di Common Law solo nell'ottocento). Su quest'ultimo punto si veda anche *C. L. P.*, pag. 117-118 e 190.

⁽⁷¹⁾ Si veda *The Comm. Law*, cap. II.

⁽⁷²⁾ *The Comm. Law*, pag. 75.

⁽⁷³⁾ *The Comm. Law*, pag. 43.

⁽⁷⁴⁾ *The Comm. Law*, pag. 43-44.

⁽⁷⁵⁾ *The Comm. Law*, pag. 44-45.

« nessuna società ha mai ammesso di non poter sacrificare l'individuo alla sua esistenza » ⁽⁷⁶⁾; ed è poi « perfettamente giusto » che una società tratti gli uomini come dei mezzi, degli strumenti per il suo benessere ⁽⁷⁷⁾. Essendo dunque la prevenzione il fondamento della pena, il nesso causale e un comportamento che si scosti dal modello di condotta medio nelle circostanze conosciute, son condizioni sufficienti — di regola — per la responsabilità dell'agente ⁽⁷⁸⁾. Holmes mostra come a codesta teoria si adatti la disciplina particolare dei reati d'omicidio, d'incendio doloso, ed altri ⁽⁷⁹⁾.

Un principio generale identico vale, per Holmes, anche nel campo dell'illecito civile extracontrattuale (*torts*) ⁽⁸⁰⁾ salve le eccezioni dovute a particolari motivi politici o a particolari residue incoerenze nel lento sviluppo della Common Law ⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁶⁾ *The Comm. Law*, pag. 43.

⁽⁷⁷⁾ *The Comm. Law*, pag. 46-47.

⁽⁷⁸⁾ *The Comm. Law*, pag. 50-51.

⁽⁷⁹⁾ *The Comm. Law*, pag. 51-74. Tipico è il caso dell'omicidio. Il *murder* (omicidio doloso) si definisce per solito — ricorda Holmes — « illecita uccisione maliziosamente meditata » (*with malice aforethought*). La « malizia », secondo il linguaggio comune, implicherebbe la concreta volontà dell'evento e un desiderio di esso per pura malvagità. Ma, a ben esaminare, gli estremi fissati nelle sentenze di tradizione giudiziale consentono di dire che ad integrare il reato di *murder* basta la grande probabilità dell'effetto letale dell'atto, avvertibile, sulla base delle circostanze note, da un'esperienza media. La distinzione tra *misadventure* (uccisione fortuita) *manslaughter* (a un dipresso omicidio colposo) e *murder*, si riduce, dunque, per Holmes, al semplice diverso « grado di pericolo inerente a un certo atto in una certa condizione di fatto ». (*The Comm. Law*, pag. 59).

⁽⁸⁰⁾ Si veda *The Comm. Law*, cap. III e IV.

⁽⁸¹⁾ *The Comm. Law*, pag. 144 segg. Queste eccezioni per motivi politici particolari al principio generale della responsabilità fondata sulla prevedibilità del danno da parte dell'uomo medio, sono di due specie. Alla prima appartengono i casi (*The Comm. Law*, pag. 144-145) in cui il diritto consente di infliggere ad altri un danno nonostante la prevedibilità d'esso o addirittura la effettiva previsione e la volontà d'esso nell'agente. Qui il diritto, in vista del vantaggio sociale dell'atto, concede un « privilegio » (*privilege*), o causa di giustificazione: come quando taluno in un piccolo paese apre uno spaccio che sicuramente sottrarrà clienti ad uno spaccio preesistente, ma giova con la concorrenza alla comunità. La determinazione dell'esistenza di un « privilegio » involve necessariamente, secondo Holmes, un giudizio in cui ha speciale efficacia la visione politica dell'interprete: su questo punto egli tornerà con un successivo scritto (vedi nota 106 e 119) e in base a questa co-

In *trespass* ⁽⁸²⁾, tipico illecito civile non intenzionale, la « negligenza » (*negligence*), che è criterio di responsabilità, non va intesa come un interno atteggiamento colpevole, sibbene come pura difformità della condotta da un modello astratto obiettivo che il diritto fissa con riguardo all'uomo medio e che tocca al giudice di specificare rispetto alle diverse situazioni ⁽⁸³⁾. Nelle fi-

scienza egli deciderà *Vagelahn v. Guntner* (vedi nota 139). Nella seconda specie rientrano i casi in cui il diritto accolla una responsabilità assoluta, cioè obiettiva o indiretta: come nelle responsabilità sopra citate per danni di animali o di dipendenti. Holmes ritiene che tentare di riportare questi ultimi casi sotto un principio generale di colpa, come con l'addurre una negligenza nella vigilanza o nella scelta, non faccia che oscurare il carattere eccezionale — rispetto al vero principio generale della responsabilità — che si deve riconoscere a questi casi, e impedisce inoltre di pensare distintamente alle vere ragioni politiche che potrebbero seriamente giustificarli. Delle regole particolari di tradizione giudiziale imponenti una responsabilità assoluta, egli, alcune accenna a giudicare meri residui storici, altre (come quella di *Rylands v. Fletcher*, definente la responsabilità assoluta per danni di animali) accenna a giustificare con ragioni di un certo « vantaggio pubblico ». (*The Comm. Law*, pag. 17, 116, 145, 156).

Qui Holmes si mantiene cauto. Sedici anni più tardi, peraltro, parlerà chiaro rispetto alla responsabilità dei padroni per gli infortuni sul lavoro dei dipendenti. Le giurie — cui i giudici rimettono la questione della « negligenza » del datore di lavoro — quasi inamovibilmente votano per l'esistenza di detta « negligenza ». In effetti, ciò che accade — secondo Holmes — è che la comunità sta ponendo, per una certa classe di danni relativi a una certa classe di persone, una regola di responsabilità assoluta chiaramente eccezionale rispetto al principio generale: e la *ratio* politica che sta dietro ad essa deve definirsi come l'interesse pubblico a che siano « assicurate » vita e sicurezza dei lavoratori di fronte ai rischi che la loro opera comporta. Vedi *C. L. P.*, pag. 182. Le difficoltà infine che si incontrano a riportare sotto questo schema — formato da quel principio generale e da queste opposte specie di eccezioni ad esso — tutti i singoli casi di illecito civile conosciuti dalle decisioni giudiziali, sono da Holmes accennate in *The Comm. Law*, pag. 140-144. Vedi anche *C. L. P.*, pag. 190.

Giova qui ricordare, in contrapposto a questo schema e per inquadrare storicamente la posizione di Holmes, la teoria della responsabilità che Roscoe Pound afferma (*The Theory of Judicial Decision*, cit., pag. 821) diffusa in quegli anni in America dall'indirizzo storico. La teoria poneva il pressoché assoluto principio della irresponsabilità in mancanza di effettiva colpa (*no liability without actual fault*). Decenni più tardi percepiremo una scintilla scaturente dal contrasto di questa teoria con lo schema e i concetti holmesiani, nelle opposte posizioni che egli e gli altri giudici assunsero nel giudizio sulla costituzionalità delle *Workmen's Compensation Laws*: vedi *infra*, nota 157.

⁽⁸²⁾ *The Comm. Law*, pag. 80 segg.

⁽⁸³⁾ Stabilire se in certe circostanze una certa condotta è imprudente vale

gure poi di illeciti cosiddetti « intenzionali » ⁽⁸⁴⁾ (per esempio nella diffamazione), l'intenzione, a ben guardare, si risolve — dice Holmes — nella conoscenza dei fatti che rendevano nelle circostanze l'atto pericoloso secondo giudizio di un'intelligenza media: e siffatta conoscenza basta per costituire responsabile l'agente — avesse egli o meno coscienza effettiva della pericolosità dell'atto che compiva ⁽⁸⁵⁾.

L'*external standard* e la figura dell'*average man* sono strumenti coi quali il diritto sollecita gli individui a mantenersi a un certo livello di condotta civile. Poichè delle debolezze particolari di ciascuno il diritto non tien conto, essendo ciò che gli preme l'attuazione del suo fine, l'individuo come tale può riuscire sacrificato. Ma non solo nel campo della responsabilità l'individuo non è valore centrale: non lo è, in certo senso, nemmeno là dove sembrerebbe che il diritto si ponga del tutto al suo servizio: nel campo del possesso e della proprietà.

Qui i giuristi storici tedeschi ⁽⁸⁶⁾ facevano geniali costru-

— così ragiona Holmes — determinare coi criteri dell'uomo medio la condotta prudente nelle circostanze (il modello), e constatar poi se la concreta condotta in esame vi si è adeguata. Ma determinare un tale modello è — prosegue Holmes — una vera funzione legislativa: un fissare, relativamente in astratto, la condotta comandata dal diritto. Le questioni dell'esistenza nel caso concreto di « *negligence* » sono quindi questioni miste — secondo lui — di diritto e di fatto; e i giudici che le rimettono interamente al giudizio della giuria — qui occorre ricordare che nei paesi di *Common Law* la giuria giudica anche nei processi civili — cedono a questa, sostanzialmente, funzione legislative. Il che Holmes non condanna in sé e per sé, ma neppure vede di troppo buon occhio anche perchè ritiene che « modelli » di condotta vadano definiti con chiarezza rispetto a quante più possibili circostanze tipiche, affinchè la gente, conoscendoli in anticipo, possa regolarsi in conformità — e siffatta definizione non possan porre che i giudici. Contro il pericolo che « modelli » così particolareggiatamente definiti perdano in breve tempo contatto con le esigenze della mutevole realtà sociale che regolano, Holmes suggerisce il rimedio di una frequente revisione (*overruling*) d'essi da parte dei giudici (*The Comm. Law*, pag. 111-129).

⁽⁸⁴⁾ *The Comm. Law*, pag. 130-144.

⁽⁸⁵⁾ *The Comm. Law*, pag. 130.

⁽⁸⁶⁾ Holmes ricorda Savigny, Bruns, Puchta, Windscheid, Ihering, dicendoli ispirati alla filosofia dell'idealismo kantiano e hegeliano: *The Comm. Law*, pag. 207-209.

zioni dogmatiche, muovendo dal principio che col possesso il diritto mira a proteggere la persona, la manifestazione della libera volontà che si afferma all'esterno, sulle cose; Holmes accenna a una tendenza tra i giuristi di lingua inglese a prender a prestito quei dogmi e a sistemare secondo questi il materiale della Common Law (87). Egli respinge nettamente il punto di partenza proprio di quelle costruzioni. L'istituto del possesso non ha la base che vorrebbero la filosofia idealistica e le Dichiarazioni settecentesche dei diritti: con esso l'ordinamento protegge invece la nuda forza che si estrinseca nella relazione di fatto istituitasi tra il soggetto e la cosa (88). In fondo Holmes configura il possesso come premio conferito all'affermarsi della prima elementare qualità che un sano e forte corpo sociale può desiderar nei suoi membri: la vitalità. Su questa diversa base Holmes può negare che l'*animus domini*, caro alla dogmatica tedesca, costituisca un elemento essenziale del possesso (89). Per lui non occorre che la volontà riporti la cosa alla persona come cosa sua: basta che genericamente intenda escludere dalla cosa i terzi (90). La differenza che codesta definizione dell'elemento psicologico presenta rispetto all'altra, consente a Holmes di meglio inquadrare — così egli reputa — il dato di Common Law (in questo sistema infatti i *bailees*, detentori fiduciari privi di *animus domini*, fruiscono, a difesa della loro situazione giuridica, dei rimedi possessori) (91). A maggiormente elevare la po-

(87) *The Comm. Law*, pag. 168, 218.

(88) *The Comm. Law*, pag. 211-213.

(89) *The Comm. Law*, pag. 218-220.

(90) *The Comm. Law*, pag. 220-221.

(91) *The Comm. Law*, pag. 219, 221. Appunto per attirar l'attenzione sulla pertinenza nel sistema di Common Law delle azioni possessorie al detentore fiduciario (contro quanto accade in diritto romano sui cui materiali lavoravano i giuristi tedeschi; e qui Holmes nota il fortunato incontro dei particolari di questo diritto con una teoria di ispirazione filosofica che pretende all'universalità) egli dedica quasi mezzo capitolo alla storia dell'istituto del *bailment* dalle sue origini (cap. V, pag. 164-180). Fissato questo fatto caratteristico, egli può respingere la dottrina tedesca dell'*animus domini* adducendo che essa quanto meno non riesce

sizione che il valore della vitalità ha nell'ordinamento giuridico contribuisce poi il concetto che Holmes pone della proprietà ⁽²²⁾. Possessore e proprietario godono in Common Law — egli afferma — dei medesimi rimedi e difese: sol che il secondo può esercitarli verso tutti, il primo verso tutti, fuorchè il proprietario; il titolo d'acquisto della proprietà cui occorre di norma risalire per fondare il diritto è il possesso protratto pel tempo della prescrizione. Così, la proprietà si risolve in un possesso potenziato.

Nella teoria del contratto ⁽²³⁾ Holmes respinge l'opinione

ad inquadralo, e che il fatto costituirebbe troppo grave eccezione per la dottrina perchè questa possa ancora restar in piedi (pag. 211). Holmes stesso però deve poi fronteggiare due eccezioni alla sua teoria dell'intenzione di escludere i terzi: nel sistema della Common Law i *servants* e in parte gli *agents* — che detengono per il padrone e il principale — non hanno azioni possessorie. Qui pertanto lo strumento storico vien impiegato da Holmes in senso inverso a quello dell'impiego precedente. Con la storia egli si adopera ora a mostrare che le regole relative alla detenzione dei dipendenti e dei rappresentanti sono delle « anomalie »: sono residui dell'antico stato servile ormai scomparso ed esse pure avviate a svanire non avendo che una giustificazione storica (pag. 226-236). Insomma, in tutto questo ragionamento holmesiano si ha un bell'esempio, quasi *in vitro*, del principale segreto d'ogni costruire dogmatico: che è essenzialmente un porre l'accento, con abile uso di strumenti tecnici e sulla falsariga di ultimi giudizi politici, su questo piuttosto che su quel punto del dato normativo: un elevare una regola a principio abbassando un'altra ad eccezione. Come conseguenza pratica della dottrina da lui elaborata, Holmes può indicare le soluzioni di alcuni casi dubbî che per essa si raggiungono, diverse da quelle che si raggiungerebbero con la dottrina dell'*animus domini*: *The Comm. Law*, pag. 221-226.

⁽²²⁾ *The Comm. Law*, pag. 294-296.

⁽²³⁾ Si veda *The Comm. Law*, Cap. VII, VIII, IX. Nel capitolo settimo Holmes disegna l'interessante sviluppo storico del contratto, dai medievali, embrionali vincoli obbligatori, alle forme mature dei tempi di Coke. Questa volta però la storia non sembra avere una precisa funzione strumentale-polemica nel quadro della costruzione dogmatica. La narrazione concerne principalmente gli sviluppi del principio della *consideration* (che potrebbe tradursi con il termine romano e nostro *causa*, se non che ha una portata più ristretta e copre il solo terreno, grosso modo, della *causa credendi*). L'origine della *consideration* non deve appunto porsi — secondo Holmes — in una pretesa introduzione di principi romani nel diritto inglese: sibbene in un autonomo svolgimento di certi aspetti di due azioni, *debt* (azione per debito pecuniario) e *assumpsit* (azione per risarcimento di danni cagionati da chi, avendo « assunto » su sè il compimento di un atto, mal adempie o non adempie). Nel medioevo, nei *covenants*, atti scritti

prevalente, che questo definisce in funzione precipua della interna determinazione volitiva del soggetto. Per Holmes la promessa (*promise*), che è l'elemento essenziale principale del contratto, è « semplicemente l'assicurazione accettata che un certo evento o stato di cose si verificherà » (95). Il possibile oggetto d'essa non è restringibile, per lui, alla condotta del promittente: si estende al verificarsi di fatti di terzi e di fatti naturali, futuri ed anche passati purchè ignoti alle parti (96). Il promittente, nel concludere il contratto, non fa che assumere un rischio: il diritto lo costringerà a pagare i danni, se l'evento non si verifica. Al concetto holmesiano di contratto come « assunzione di rischio » si contrappone quello di contratto come « soggezione qualificata di un volere ad un altro » (96). Quest'ultimo — egli ammette — potrebbe forse accettarsi in *Equity*, ove il debitore è astringibile all'adempimento in forma specifica: non in *Common Law*, la quale conosce soltanto la sanzione del risarcimento (97). Quanto alla nullità dei contratti (*void con-*

sigillati, non si richiedeva *consideration*: ma la prova in *debt*, non esistendo l'atto formale, poteva farsi solo per testimoni che avessero assistito alla costituzione del debito. Ma testimoni si usavano solo per negozi aventi ad oggetto la trasmissione di beni: onde scaturì lentamente il principio di diritto sostanziale che per esserci debito pecuniario doveva esserci stato un « beneficio » conferito dal creditore al debitore, in « considerazione » del quale il debito era sorto. Più tardi, nell'azione di *assumpsit*, il concetto di *consideration* fu ampliato, ritenendosi sufficiente giustificazione dell'obbligazione assunta dal debitore un « detrimento » (*detriment*) sofferto dal creditore: onde furono introdotti in diritto inglese i contratti bilaterali ove la promessa dello stipulante (« detrimento » per lui) funge da *consideration* rispetto alla promessa del promittente, e viceversa.

(95) *The Comm. Law*, pag. 299. Accanto alla promessa, elemento essenziale dei contratti semplici (*simple contracts*: Holmes non si interessa che di questi, trascurando i casi particolari dei contratti reali e di quelli formali) è la *consideration*. Ma riguardo ad essa Holmes non aggiunge in linea teorica nulla « quanto ha già determinato raccontando la storia del suo sviluppo. Egli considera poi implicito elemento essenziale l'effettiva presenza nel contratto di due parti.

(95) *The Comm. Law*, pag. 299.

(96) *The Comm. Law*, pag. 300.

(97) *The Comm. Law*, pag. 300-301.

tracts)⁽⁹⁸⁾, Holmes afferma che tutti i casi che si conoscono si spiegano con la mancanza di uno o più degli elementi primari; o manca la controparte, o le due parti non consentono in quanto dicono l'una all'altra cose diverse, o i termini del contenuto del contratto, apparentemente coerenti, sono in realtà affatto repugnanti⁽⁹⁹⁾. Errore, falsa rappresentazione e dolo, mal si adducono a spiegare i casi di nullità⁽¹⁰⁰⁾: questa presuppone necessariamente, ma d'altra parte richiede soltanto, quella mancanza. A differenza del contratto nullo, quello annullabile (*voidable*)⁽¹⁰¹⁾ esiste, ma può esser risolto (*unmade*) a volontà di parte, quando non è stata rispettata una « condizione del contratto » (*condition*), espressa o implicita, riservata a favore della parte⁽¹⁰²⁾. Il dolo (*fraud*), in quanto violante una « condizione implicita », è, per esempio, motivo d'annullamento: ma l'intenzione del raggiro non è necessaria: basta la falsa rappresentazione inescusabile circa fatti essenziali⁽¹⁰³⁾. Nel complesso, la disciplina della nullità e dell'annullamento è concepita da Holmes in modo che, si può dire, minimo rilievo vien conferito allo stato mentale interno dei soggetti, solo contando l'e-

(98) *The Comm. Law*, pag. 306-315.

(99) Esempi a pag. 306, 309, 310, 313. Come si vede Holmes concepisce la promessa non tanto come un accordo di volontà, quanto come un accordo di dichiarazioni esterne. Ma questo punto resta qui un po' coperto. L'esplicita definizione del concetto si avrà in *The Path of the Law*: « Secondo me nessuno intenderà la teoria del contratto... finchè non si sia reso conto che... la conclusione del contratto non dipende dall'accordo di due volontà, ma di due complessi di segni esterni — non dal fatto che le parti hanno inteso la stessa cosa, ma che l'hanno detta » (*C. L. P.*, pag. 178). Pound ci ricorda che sulla fine del secolo l'indirizzo storico in America si adoperava a applicare con rigore la teoria savigniana della « volontà cui il diritto dà effetto, realizzando la libertà del dichiarante col renderne la volizione operativa nel mondo esterno » (*The Theory of Jud. Dec.*, cit., pag. 821). Anche qui scorgiamo il differenziarsi di Holmes da quelli che dovrebbero essere in linea astratta i giuristi a lui più vicini.

(100) *The Comm. Law*, pag. 315.

(101) *The Comm. Law*, pag. 315-339.

(102) *The Comm. Law*, pag. 315-322, con le varie distinzioni tra « condizioni ».

(103) *The Comm. Law*, pag. 323-329.

strinsecazione, la condotta esterna, valutata, anche qui, coi criteri dell'uomo medio. Il valore del pubblico affidamento, noi diremmo, prevale per Holmes su quello della volontà.

Meno interessante è la teoria delle successioni, che procede essenzialmente al rilievo del dato storico, seppur sulla base dell'originale concezione holmesiana del diritto soggettivo come aspetto inerente a situazioni o rapporti « di fatto » (possesso e contratto) ⁽¹⁰⁴⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ *The Comm. Law*, Cap. X e XI. La concezione di Holmes è essenzialmente questa. Un diritto non è che la « conseguenza dell'adempimento (*filling*) di una certa situazione di fatto » (pag. 340). Il problema del trasferimento non si pone rispetto al possesso: chi si sostituisce ad altri nell'esercizio di un potere sulla cosa ed ha l'*animus* corrispettivo « di escluderne i terzi », ha le azioni di tutela ed è il nuovo titolare dei diritti inerenti alla situazione possessoria. Ma per i « diritti non possessori » non è possibile che il soggetto riproduca nei propri confronti i fatti che ne sono la fonte. Come possono trasferirsi crediti e debiti contrattuali? Il contratto è uno specifico fatto del passato intervenuto tra specifici soggetti: come è possibile la continuazione delle sue specifiche conseguenze nei confronti d'un soggetto che al fatto è estraneo? Holmes per rispondere si rivolge alla storia. Questa mostra che fin dagli inizi, per le successioni per causa di morte il diritto ha inventato una « finzione »: ha supposto l'identità completa del successore col defunto. Ma il principio di identità, che rendeva possibile il trasferimento di diritti non possessori in caso di morte, fu poi esteso ai rapporti tra vivi. La supposta identità tra compratore e venditore aiutò per esempio a forgiare la regola onde il primo può unire, per la usucapione, al proprio il possesso del secondo, e la regola onde a garanzia per l'evizione può chiamarsi il dante causa del proprio dante causa. Nel sistema di Common Law il principio dell'identità e le regole discendenti non sono però l'unica disciplina delle successioni. Le servitù (*easements*) e certe rendite (*rents*), non suscettibili di possesso, si trasferiscono secondo regole diverse: secondo regole discendenti da un'altra finzione: la finzione che « i diritti appartengono al fondo ». Col semplice trovarsi in certa relazione col fondo si succede nella titolarità d'essi. Si può rinvenire un criterio generale onde certi diritti non possessori si trasferiscono giusta la prima finzione e certi giusta la seconda? Per Holmes no. Per questo punto i precedenti autoritativi vanno consultati come un fatto arbitrario: qui un inquadramento razionale non può utilmente forgiarsi. Notiamo che in questa teoria delle successioni le « finzioni » son tenute ferme e sfruttate. Il giurista — il giurista che teneva gli occhi fissi agli ultimi suoi intenti e valori filosofico-politici — aveva invece sgombrato il terreno da altre finzioni — quelle della *culpa in vigilando* e *in eligendo* e della identità tra *principal* e *agent* — quando queste non permettevano il pieno spiegarsi di quei suoi ultimi intenti e valori.

Una osservazione si impone al termine di questa rapida rivista dell'opera di Holmes. Essa è — come s'è detto — una teoria del diritto vigente, un lavoro

da giurista. Ma contiene anche, per via del metodo che segue, indagini storiche abbastanza ampie per poter venir considerate e giudicate a sè. Si tratta delle analisi sopra accennate delle forme primitive di responsabilità, dell'origine dell'istituto del *baillment* e delle sue appendici, degli sviluppi storici della *consideration* e dei principi delle successioni. Per apprezzare nella sua giusta portata Holmes storico, bisogna por mente al fatto che, al tempo in cui egli scriveva, la storia della Common Law era, si può dire, ai suoi inizi. Poca se n'era fatta nel periodo del giuridicismo. Gli utilitaristi, con la mentalità antistorica che li distingueva, non avevano interesse a conoscere il passato del diritto e così non portarono contributi in questo campo. Solo con l'epoca vittoriana e lo storicismo evolutivo che in essa si affermò cominciò la storiografia della Common Law in senso moderno. Holmes è tra i primissimi di quella schiera di studiosi che seppe produrre opere storiche come la *History of the English Law before the time of Edward I* di Pollock e Maitland (1895) e, venendo al secolo ventesimo, la monumentale *A History of English Law* di Holdsworth. Il suo apporto ha più che altro la natura dell'ipotesi suggestiva, della prima approssimazione: ma per comprendere che non si tratta di improvvisazione dilettantesca, sibbene di vero e serio contributo storiografico, si veda per esempio POLLOCK e MAITLAND, *History of English Law*, Cambridge, 1898, II vol., pag. 205, 215, 336, 532; HOLDSWORTH, *A History of English Law*, 3^a ed., Londra, II vol., pag. 47, III vol., pag. 379 ss., 416, 419 ss., ecc. Per un apprezzamento generale di Holmes storico vedi HOLDSWORTH, *The Historians of Anglo-American Law*, Londra, 1928.

IV.

SOMMARIO: IV. - Magistrato alla Corte Suprema del Massachusetts. Svolgimento del pensiero di Holmes in questo periodo. Lo sviluppo economico-sociale dell'America alla fine dell'ottocento e l'opera delle Corti. La critica holmesiana allo storicismo conservatore e l'esplicita enunciazione di un metodo di valutazione degli interessi sociali (sociologico) per la giurisprudenza. *The Path of the Law* e *Law in Science - Science in Law*: loro tesi particolari.

La pubblicazione di *The Common Law* procurò immediatamente a Holmes una cattedra a Harvard. Ma ad essa egli rinunciò, l'anno seguente (1882) per il posto di giudice alla Corte Suprema del Massachusetts ⁽¹⁰⁵⁾. I vent'anni che Holmes passò ivi furono la prima sua esperienza di plasmatore del diritto nel processo. Ma furono anche anni di altre esperienze e di meditazioni sugli avvenimenti del mondo sociale circostante che veniva rapidamente mutando.

Il pensiero di Holmes si concentra ⁽¹⁰⁶⁾ in questo periodo sul problema della interpretazione e dello sviluppo del diritto nel processo giudiziale e assume toni e perviene a determinazioni che *The Common Law* non conosceva. Nel giudizio di Roscoe Pound, Holmes effettua qui il passaggio alla « giurisprudenza sociologica », e delinea i principi essenziali di un nuovo metodo di interpretazione che sarà quello — in linea di massima

⁽¹⁰⁵⁾ La scelta può utilmente illuminare sulla grande stima che ha sempre circondato e circonda negli Stati Uniti l'ufficio del magistrato.

⁽¹⁰⁶⁾ Sono peraltro di questi anni i saggi storici *Early English Equity*, in « *Law Quart. R.* », vol. I, 1885, pag. 162 (*C. L. P.*, pag. 1-24); *Executors*, in « *Harvard Law Rev.* », vol. IX, 1895, pag. 42 (*C. L. P.*, pag. 142-152). La critica già fatta in *The Common Law* alla finzione dell'identità tra *principal* e *agent* è ripresa e ampliata in *Agency*, in « *Harvard Law Rev.* », vol. IV e V, 1891 (*C. L. P.*, pag. 49-116). Relativo all'istituto del « privilegio » è il saggio *Privilege, Malice and Intent*, in « *Harvard Law Rev.* », vol. VIII, 1894, pag. 1 (*C. L. P.*, pag. 117-137); sul quale ultimo vedi *infra* nota 119.

— accolto dal nuovo pensiero giuridico americano del secolo ventesimo ⁽¹⁸⁷⁾. Il passaggio, per quanto a noi sembra — e come ora vedremo — va inteso come l'aperta affermazione di punti che la logica del pensiero espresso in *The Common Law* già presentava impliciti e che ora la pressione degli avvenimenti porta Holmes a specificare, e come la decisa presa di posizione critica nei confronti d'ogni metodo giurisprudenziale che sia in contrasto con le esigenze che quegli avvenimenti gli fanno avvertire — presa di posizione per la quale in quel libro non aveva, in certo senso, avuto occasione.

In *The Common Law* — convicne richiamare il punto alla memoria — Holmes aveva esposto una teoria della decisione giudiziale e dei fattori di svolgimento del diritto basata sul riconoscimento del carattere d'«esperienza» e, in ultima analisi, «politico», della interpretazione del diritto nel processo. Holmes s'era poi colà essenzialmente preoccupato, nella costruzione della teoria generale, che era il suo scopo, di respingere gli esempi e i metodi del formalismo analitico e di determinare il suo sistema in un quadro evolucionistico.

Ma, in questi anni, eventi si verificano che attraggono su altri punti la sua attenzione.

L'industria rapidamente progrediva in America. Le città si popolavano di un prima inesistente proletariato operaio. Erano cominciate le prime lotte tra forze del capitale e forze del lavoro. Quest'ultime avevan principiato a raccogliersi e organizzarsi in sindacati e a promuovere i primi scioperi. In più stati le forze democratiche avevan la maggioranza e cercavano di apportare quei temperamenti all'organizzazione capitalistica dell'economia che le loro vedute, pur sostanzialmente non radicali, suggerivano ⁽¹⁸⁸⁾. Una nuova materia politica e sociale veniva

⁽¹⁸⁷⁾ Si veda POUND, *Interpretations of Legal History*, cit., pag. 10. Vedi anche la già citata lettera di Pound a Reuschlein in REUSCHLEIN, *op. cit.*, pag. 96.

⁽¹⁸⁸⁾ Qualsiasi buon testo di storia americana può fornire illustrazione delle tendenze economico-politiche di questo periodo: ma per i riflessi di esse sulla

sotto ponendosi al giudizio delle Corti, sia come problemi di costituzionalità di nuove leggi, sia come questioni da risolvere in base alla Common Law, dei cui principi le Corti erano depositarie. Le Corti assunsero quasi subito, in pratica, un atteggiamento strettamente conservatore ⁽¹⁰⁹⁾.

Ora Holmes non giudicava politico il tentativo di bloccare nei Tribunali, col mezzo giuridico, l'avanzarsi delle nuove forze sociali. Dell'esempio più vistoso di questo tentativo e dei precisi motivi di questo suo giudizio, diremo tra breve esaminando l'opera sua alla Corte Suprema degli S.U. Qui, per il punto che dobbiamo svolgere, basti dire che Holmes scorgeva come spesso le soluzioni conservatrici offerte dalle Corti erano il frutto di un radicale difetto di coscienza del carattere legislativo intrinseco alla loro opera ⁽¹¹⁰⁾: quel carattere che egli aveva denunziato in *The Common Law* e di cui di giorno in giorno si veniva più fermamente persuadendo. Ma egli scorgeva altresì che le decisioni avverse alle nuove forze sociali spesso si dovevano a visioni filosofico-giuridiche e a metodi di decisione che i giudici abbracciavano e seguivano: metodi rigidamente formalistici o facenti appello al passato, all'analogia e alla continuità storica: coi quali si affrontava l'interpretazione del dato e si perveniva a risultati non politicamente opportuni, coprendo e mascherando al tempo stesso il sostanziale carattere politico del giudizio.

In *The Common Law* egli aveva combattuto il formalismo: e per questa parte non aveva che da continuare la battaglia. Ma egli ora si oppone nettamente anche a quella « giurisprudenza storica » che attaccandosi alla continuità col passato frustra le esigenze del presente ⁽¹¹¹⁾. A tali effetti sostanzialmente recava

cultura si veda per esempio M. G. WHITE, *op. cit.*, Cap. III e PARRINGTON, *op. cit.*, vol. III, passim.

⁽¹⁰⁹⁾ Si vedano per esempio i giudizi di Holmes: *C. L. P.*, 184, 295. Si veda poi: POUND, *Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice* (Reports of the American Bar Association, vol. 29, Pt. I, pag. 395).

⁽¹¹⁰⁾ Si veda *C. L. P.*, pag. 184.

⁽¹¹¹⁾ In questi anni Holmes forgia la frase, che ripeterà poi spesso in

l'indirizzo americano di quel nome — sia con l'invitare a ricercare nello schema d'un passato anche lontano la soluzione dei casi presenti ⁽¹¹²⁾, sia col concepire lo sviluppo giuridico teso a fini individualistici ⁽¹¹³⁾. Holmes afferma ora che l'impiego dello strumento della storia da parte del giurista, nonchè aver lo scopo di provvederlo del concetto o del dogma per l'integrazione del dato, ne ha uno « principalmente negativo »: di liberarlo di dottrine svianti, incrostate per tradizione sulle regole e contrarie nei loro effetti, magari, alla convenienza politica.

Holmes pone ora con nettezza, esplicitamente, il vero metodo che deve sovvenire nei ragionamenti giuridici diretti alla soluzione di questioni e di casi, cioè nell'interpretazione del diritto ordinata alla sua applicazione: il metodo del ponderare consciamente gli interessi sociali in gioco.

Quest'ultima affermazione non c'era esplicita in *The Common Law*: ed è l'aspetto, la determinazione nuova nel pensiero di Holmes: il suo passaggio ad un metodo « sociologico ».

Ma giova rilevare, peraltro, che già in *The Common Law* Holmes di fatto — per il compito che li s'era assunto — interpretava in funzione di valori sociali; e l'impiego della storia — sempre in relazione a quel compito — era anche lì, di fatto, e anche per affermazione di Holmes, molte volte « liberante » ⁽¹¹⁴⁾. In verità, la sua primitiva « giurisprudenza storica » — distinta,

saggi e lettere: « la continuità col passato è una necessità, non un dovere » (*C. L. P.*, pag. 139, 211); volendo con essa tra l'altro significare la necessità per il giudice del rispetto del dato normativo, e al tempo stesso, peraltro, il dovere di interpretare con lo sguardo rivolto al presente, ai concreti bisogni sociali.

⁽¹¹²⁾ Si vedano le tesi di un seguace dell'indirizzo, AMES, *Lectures of Legal History*, pag. 172, 191 segg. (citato da POUND, *Interpretation of Legal History*, cit., pag. 120. Pound ricorda: « Era il vanto del romanista che i concetti giuridici rinvenibili negli scritti dei giuristi romani del terzo secolo bastavano per la soluzione di tutti i problemi giuridici odierni. Era la fede del giurista angloamericano di scuola storica che concetti giuridici universalmente validi fossero derivabili dagli Year Books, coi quali tutte le questioni sorgenti dal diritto attuale potessero venir tranquillamente risolte », *ibid.*, pag. 119).

⁽¹¹³⁾ Vedi *supra*, pag. 27.

⁽¹¹⁴⁾ Rivedi specialmente nota 59.

e per idea centrale informante e per uso non conservatore dello strumento storico, dall'indirizzo americano di quel nome dominante in quei decenni — già sfumava nella posizione che abbiám ora accennata. La differenza — per quanto pare — sta nella esplicita enunciazione di un metodo, il quale peraltro era in certo senso contenuto nella logica della teoria della decisione giudiziale già formulata nel maggior libro.

Tale il significato principale dei varii saggi in cui Holmes presenta in questi anni il succo delle sue meditazioni, e specialmente di due che abbiám già citati e che compaiono proprio sul finire del secolo: *The Path of the Law* e *Law in Science - Science in Law* ^(114-bis).

Converrà fissare qualche più preciso particolare di questi ultimi.

Il primo si divide internamente in tre parti. Nella prima Holmes inculca l'importanza del ben distinguere il diritto dalla morale. Egli annota la necessità di non introdurre nel diritto e in ispecie nel diritto dei contratti e nel campo dell'illecito civile, attraverso definizioni e parole comuni così al valutare giuridico come al morale (quali *intent*, *malice*, *negligence*, ecc.) lo stile concretizzante di quest'ultimo. Qui ritroviamo concentrate in poche righe le dottrine che in *The Common Law* eran state ampiamente sviluppate e difese ⁽¹¹⁵⁾.

^(114-bis) I due saggi famosi comparvero rispettivamente in « *Harvard Law Rev.* », vol. X, 1897, pag. 457 e in « *Harvard Law Rev.* », vol. XII, 1899, pag. 443. Si leggono ora in *C. L. P.*, pag. 167-202 e pag. 210-243.

⁽¹¹⁵⁾ Holmes introduce qui questo monito alla distinzione tra diritto e morale con alcune osservazioni che hanno fornito lo spunto esterno, trent'anni più tardi, agli autori del realismo americano per sviluppare ampiamente la tesi che è ormai giunto il tempo, per chi si interessa alla realtà sociale e giuridica, di dar avvio a un distinto e sistematico studio, condotto con tutti gli strumenti della sociologia e psicologia necessari, per l'accertamento di tutti quei processi mentali coi quali i giudici effettivamente decidono le controversie, onde meglio poter prevedere le soluzioni che è probabile essi daranno di fatto ai vari problemi e casi loro sottoposti. Ma queste osservazioni holmesiane a nostro avviso non son qui dirette a porre l'esigenza di un tale distinto studio e piuttosto hanno un ben diverso riferimento e una diversa funzione. Convien fermarsi un mo-

Nella seconda parte Holmes richiama con forza l'attenzione

mento su questo punto: sia per la fama cui sono assurte talune definizioni contenute in questo discorso, sia per cercar di dissipare qualche fraintendimento che ne è sorto circa il pensiero di Holmes relativo all'interpretazione e alla scienza del diritto.

Holmes — occorre notare — preparò *The Path of the Law* per leggerlo a studenti che sarebbero diventati in futuro avvocati (vedi *C. L. P.*, pag. 167 nota). Così, egli comincia ricordando loro — e prosegue poi con frasi ricche di termini metaforici vivaci, ma di poco aiuto alla chiarezza — che chi studia diritto « non studia un mistero, ma una ben nota professione », al fine di « saper quanto occorre per comparire in tribunale o per consigliare alla gente il modo di tenersene fuori ». Lo scopo dello studio — egli afferma — può dunque definirsi la « predizione »: « la predizione dell'incidenza della forza pubblica tramite lo strumento dei tribunali ». I mezzi dello studio sono le raccolte di giurisprudenza, i trattati, gli statuti: « fogli sibillini in cui son contenute le sparse profezie del passato relative ai casi nei quali l'ascia (della giustizia) colpirà » (cioè le indicazioni del probabile comportamento presente dei giudici rispetto alle varie controversie da decidere). « Il più importante e quasi l'intero significato di ogni nuovo sforzo del pensiero giuridico — Holmes continua — sta nel render le profezie più precise e nel generalizzarle in un sistema connesso... Il numero delle predizioni quando siano generalizzate e ridotte a sistema non è incontrollabilmente grande. Esse si presentano come un corpo finito di dogmi che può venir imparato in un tempo ragionevole ». È su questa premessa dello scopo « profetico » dello studio del diritto, che Holmes invita a tener ben distinto il diritto dalla morale: « La prima cosa per un'intelligenza della materia a fini professionali (*business-like understanding of the matter*) è... di eliminare la confusione tra moralità e diritto ». La confusione secondo lui si manifesta fin nelle stesse definizioni giuridiche fondamentali comunemente circolanti. Il diritto oggettivo è per alcuni un « sistema di ragione » o una « deduzione da primi principi di etica ». Ma se si guarda con l'occhio del *bad man* (l'uomo cattivo: il cliente dell'avvocato) il quale si cura solo di sfuggire alla sanzione, si definirà il diritto — Holmes dice — come « le profezie di ciò che le Corti faranno in fatto ». Parimenti un dovere giuridico apparirà come la semplice « profezia che se si faranno certe cose, si sarà assoggettati a certe spiacevoli conseguenze, come la prigione o il pagamento coatto di una somma di danaro ». Di seguito Holmes passa quindi ad ammonire particolareggiatamente contro le « confusioni » che si introducono nel campo del diritto dei contratti e dell'illecito civile: e qui egli ribadisce le tesi che gli abbiamo visto sostenere in *The Common Law*: che il diritto ormai valuta la responsabilità per criteri affatto oggettivi e desunti dall'esperienza dell'uomo medio e che non bisogna lasciarsi tradire dal suono di certe parole, come per es. *malice*, e che bisogna sistematicamente interpretare le varie figure di illecito alla luce di un tale generale principio; che il contratto non si deve definire un « accordo di due menti » ma di due « complessi di segni esterni »: con la qual nozione si debbono affrontare tutti i problemi che sorgono nel campo contrattuale. Il diritto perciò, per riassumere, è ben distinto dalla morale, la quale invece — Holmes dice — dà rilievo « all'effettivo stato interno della mente dell'individuo, a ciò che egli effettivamente intende » (*C. L. P.*, pag. 167-179).

su quello che dice l'« inganno della forma logica ». Esso è costi-

Secondo noi Holmes con questo discorso mirava principalmente a colpire, in modo coperto e indiretto, la definizione giusnaturalistica del diritto come « sistema di ragione » e a ribadire le sue peculiari tesi generali in materia di illecito e di contratto, contrarie alle teorie « moralizzanti » che dan grande peso alla intenzione e alla volontà. Le osservazioni in sè e per sè piuttosto banali sull'intento di previsione con cui il *bad man* e l'avvocato guardano al diritto, son da lui premesse, essenzialmente, per mediare e fondare la successiva netta esclusione della « moralità » dalla sfera dei ragionamenti giuridici. C'è, a guardar bene, un chiaro *non sequitur* logico tra quelle osservazioni e la esclusione che esse dovrebbero fondare: poichè in un senso e per motivi ben diversi la « moralità » va esclusa dall'orizzonte mentale dell'avvocato — in quanto costui si studi solo di « prevedere » — e andrebbe esclusa — se si segue l'insegnamento di Holmes — da quello del giurista e del giudice — che ragionano non per prevedere ma per risolvere e decidere. Ma Holmes, secondo noi, approfitta qui della facile confusione che si può creare tra i due piani, tra i due orizzonti di discorso, per rinforzare — con un argomento di per sè non afferente ma che poteva nella stringatezza del discorso parerlo e che le circostanze stesse offrivano di scaltamente sfruttare — il suo rifiuto di certe definizioni e di certe tesi che, accolte, porterebbero giuristi e giudici a ragionare muovendo da premesse di astratto razionalismo e giusnaturalismo e a servirsi di criteri e concetti che dan rilievo alla effettiva intenzione e volontà dell'individuo: cose da cui egli aborre.

Il non aver avvertito la peculiare strumentale funzione che qui paiono principalmente aver le osservazioni sulla « previsione » nello studio del diritto e il significato particolarissimo in cui Holmes vuole qui esclusa la « moralità » dal diritto (la non percezione di quest'ultimo significato dipende forse dal non aver fatto i raffronti delle tesi qui sostenute in materia di contratto e illecito con tutto il lavoro dogmatico di *The Common Law*) ha condotto taluni ad attribuire ad Holmes tesi che — secondo ogni verosimiglianza — egli non pensava certo di sostenere.

Taluno per esempio ritiene — sulla base di queste brevi osservazioni holmesiane — che egli assegni alla « scienza del diritto » lo stretto compito del « prevedere » ciò che faranno gli organi giudiziari; e che la conoscenza che ne risulti sia l'unica vera « scienza » possibile del diritto (una tale opinione sembra attribuirgli per esempio Kelsen, in *Teoria generale del Diritto e dello Stato*, ed. Comunità, pag. 165, 169, 171). Ma ciò non ha rispondenza nel pensiero di Holmes. Egli intanto qui non parla di « scienza del diritto ». Quando — come tosto vedremo — parlerà di « scienza » in relazione al diritto, porrà che c'è una « scientificità » così nella « storia » come nel distinto « studio pratico » del diritto: e in quest'ultimo la scientificità viene dal ragionare sulla base di « desideri sociali bene misurati », la cui valutazione ci indirizza nell'estendere o restringere la sfera di applicazione delle regole date.

Taluno — prendendo il discorso di Holmes nel suo complesso — ritiene che egli, con l'istituire una netta separazione tra moralità e diritto, abbia voluto escludere dalla scienza giuridica ogni atteggiamento valutativo e ogni giudizio deontologico dell'interprete (questa sembra essere la tesi che gli attribuisce e per

tuito dall'erronea persuasione, frequentissima negli uomini di

la quale lo rimprovera FULLER, *op. cit.*, cap. II, *passim*). Ma è questione di intendesi. Holmes certamente combatte il giurista che muove dalle astratte premesse dei diritti soggettivi di natura ed anche quello che cerca di introdurre una certa « moralità » nel diritto col definire in funzione di intenzione e volontà dell'individuo talune fondamentali teorie e concetti giuridici. Ma in nessun modo egli intende escludere dall'interpretazione che conduce al giudizio giuridico del materiale sociale, alla soluzione di problemi e controversie concrete, l'atteggiamento valutativo. Anzi, il contrario è l'essenza e il significato vero delle tesi di Holmes relative alla interpretazione ordinata alla decisione giudiziale. Basta la lettura del seguito di *The Path of the Law* per convincersene. L'atteggiamento valutativo non deve e non può ovviamente entrare in una ricerca che sia diretta a prevedere le probabili sentenze delle Corti rispetto a casi concreti, pena la deviazione dall'intento che si persegue: in questo anche un giusnaturalista come Fuller potrà tranquillamente concordare. Ma per ciò che riguarda il ragionamento, non volto a « prevedere », ma a definire il diritto per risolvere e decidere problemi e casi, Holmes non cade certo sotto una censura di ignoranza ed esclusione dell'elemento valutativo: vuole soltanto escludere, in linea di principio, che si parta da una premessa di astratti diritti naturali dell'individuo, e che, in linea subordinata e particolare, si faccia impiego di certuni concetti giuridici valorizzanti l'individuo e la volontà.

C'è però un punto da notare. In questo passo Holmes sembra affermare che lo « sforzo » del « pensiero giuridico » che fa le « generalizzazioni » e le costruzioni dogmatiche, mira essenzialmente al conseguimento, in queste, di più precisi strumenti di « previsione » dell'attività giudiziale. Dal punto di vista storico la tesi sarebbe falsa e insostenibile: poichè certo il lavoro dogmatico dei giuristi, dai romani del terzo secolo ai nostri giorni, è stato diretto a forgiare strumenti, non per la migliore « predizione » di « ciò che faranno i giudici », ma per la miglior impostazione e direzione del ragionamento giuridico. Del resto, neppure Holmes aveva di certo elaborato la sua sistematica, le sue teorie degli istituti della Common Law, in vista del più sicuro « prevedere » future sentenze. Tutta la concezione di Holmes della decisione giudiziale e dell'interpretazione ordinata ad essa, tutta la sua esperienza di storico che conosceva quanto gli sviluppi giudiziali del diritto dovessero all'influsso di costruzioni dogmatiche, richiedevano il franco riconoscimento del carattere *latu sensu* politico della genesi e della funzione essenziale dei concetti giuridici. Ma a un tale riconoscimento Holmes non si eleva espressamente. Qui egli par loro attribuire quella funzione tanto strana; in altri punti si ha la vaga impressione che egli pensi i dogmi estraibili col mero ausilio di una logica meccanica dal dato normativo (lui, che sapeva che la logica è una « forma » sotto cui opera sempre una « sostanza »!). Molte altre volte, in verità, e specie nelle pagine di *Law in Science - Science in Law* l'impressione è diversa e il riconoscimento si crede di poterlo leggere con certezza. Ci si può chiedere, del resto, come egli potrebbe conciliare la mancanza di un tal riconoscimento con le affermazioni che fa — e che ora vedremo — circa lo « studio pratico » del diritto.

La verità è che Holmes non ha sondato a fondo nella sua intelligenza e com-

legge, che « l'unica forza all'opera negli sviluppi del diritto sia la logica » (116), e che da norme date si possa svolgere tutto intero un sistema come se si trattasse di una operazione di matematica. « Si può dare a qualsiasi conclusione — dice Holmes — una forma logica ». Ma sotto questa forma « sta un giudizio quanto alla relativa importanza e valore di motivi legislativi » che è « la vera radice e il nerbo di tutto il ragionamento » (117). Sono le tesi, ancora, di *The Common Law*. Holmes stavolta fa un cenno alla genesi psicologica di questo « inganno ». Il giurista è educato fin dall'inizio a deduzioni, distinzioni, procedimenti per analogia: la sua è una scuola di logica. Ma soprattutto egli vuole certezza e desidera d'esser sollevato da responsabilità: e perciò si finge che il suo lavoro sia governato tutto e soltanto da leggi logiche. « Ma — avverte Holmes — la certezza è illusione e la tranquillità non è il destino dell'uomo » (118). Molte questioni si posson decidere solo con un giudizio sulla politica da seguire: e ci sono esempi concreti di questa necessità (119). Quale è l'ef-

piessità il problema delle distinte ricerche e indagini relative al fenomeno giuridico e della loro natura e dei loro metodi e risultati. Le osservazioni che egli compie hanno carattere non sistematico. Incertezze e forse contraddizioni affiorano se si analizzano con minuzia tutte le affermazioni. Egli resta alle soglie di una approfondita meditazione filosofica del tema. Ciò che possiamo rilevare con relativa sicurezza — ed è ciò che a noi soprattutto interessa — è però il complessivo metodo che egli propugna per l'interpretazione del diritto in funzione giudiziale. Qui egli si fa paladino di una giurisprudenza nuova, che abbandona così il metodo rigidamente formalistico come quello del ricorso a una storia conservatrice e legante al passato. Ciò mettono ampiamente in luce le pagine successive di *The Path of the Law* e quelle di *Law in Science - Science in Law*.

(116) *C. L. P.*, pag. 130.

(117) *C. L. P.*, pag. 171.

(118) *C. L. P.*, pag. 131.

(119) *C. L. P.*, pag. 132. Gli esempi principali cui Holmes fa qui riferimento sono le questioni dell'esistenza di « privilegi » nel campo della responsabilità civile. Holmes aveva dedicato all'argomento l'articolo citato a nota 105. Là egli aveva osservato che il diritto in vari casi esenta da responsabilità atti di cui è evidente la « tendenza a danneggiare altrui ». Ma stabilire quando e fino a qual punto vi sia un « privilegio » non si può per « semplice deduzione da vuote proposizioni generali come *sic utere tuo ut alienum non laedas* »: occorre ponderare attentamente i fini sociali cui il diritto serve e il loro valore comparato,

fetto del chiudere gli occhi a un tal dovere? Soltanto il lasciar « inarticolato e inconscio », cioè non meditato, il giudizio di scelta politica che pur si compie ⁽¹²⁰⁾.

Come terzo punto Holmes ricorda che v'è un ideale verso cui il diritto tende: ed è che il sistema giuridico sia tutto composto di regole riconducibili articolatamente a fini, le cui ragioni di desiderabilità siano apertamente dichiarate ⁽¹²¹⁾. Giudicato sulla misura di questo ideale il diritto, nel suo stato presente, non può certo dirsi perfetto. Ciò dipende dal fatto che il sistema s'è sviluppato, per opera dei giudici, lentamente nei secoli, e, a dire il vero, in modo inconscio e non meditato ⁽¹²²⁾. Dipendono da ciò la dubbia efficacia del presente diritto criminale ⁽¹²³⁾ e le incongruenze che pur si riscontrano nel diritto dei contratti ⁽¹²⁴⁾ e la resistenza che offre il sistema di norme sull'illecito civile ai tentativi di generalizzazione teorica ⁽¹²⁵⁾. Oggi il giurista, per dominare la materia su cui lavora, per conoscere il significato delle regole, deve ancora sapere parecchio di storia: mentre sarebbe auspicabile che a lui bastassero, per l'interpretazione, « economia e statistica » ⁽¹²⁶⁾. Ma ecco Holmes affermare quella che è

Il « privilegio » di rovinare in affari un concorrente vien riconosciuto in base alla convinzione della preminente utilità sociale della libera concorrenza; il « privilegio » di comunicare in certi casi notizie lesive l'altra reputazione si fonda sull'interesse prevalente del libero accesso all'informazione nel commercio. Holmes fa notare che il giudizio in materia di privilegi implica spiccatamente valutazioni politiche generali; e che tali valutazioni variano presso i giudici secondo il loro ambiente e l'epoca e i loro ideali legislativi (onde il diritto varia qui largamente secondo le condizioni storico-sociali) e che è bene che i giudici s'abituino a ragionare il loro giudizio con conscio riferimento agli interessi della società di cui sono organi e che attraverso loro « vuole ormai determinare consciamente — a differenza dei per lo più inconsci processi di sviluppo del passato — i suoi destini » (*C. L. P.*, pag. 116-137).

⁽¹²⁰⁾ *C. L. P.*, pag. 184.

⁽¹²¹⁾ *C. L. P.*, pag. 184-185.

⁽¹²²⁾ *C. L. P.*, pag. 185-186.

⁽¹²³⁾ *C. L. P.*, pag. 185-189.

⁽¹²⁴⁾ *C. L. P.*, pag. 182.

⁽¹²⁵⁾ *C. L. P.*, pag. 190.

⁽¹²⁶⁾ *C. L. P.*, pag. 186-187, pag. 195.

per lui ora la « principale funzione » che la storia può svolgere in aiuto al giurista. Il pericolo che corriamo è questo: che non solo ci siano regole imposte dalla tradizione le quali contrastano con una « politica razionale »; ma che la tradizione calpesti la razionalità politica « dopo esser stata prima fraintesa, ed aver così conferito alla regola una portata nuova e più ampia di quella che aveva quando — egli dice — la regola aveva un significato » cioè era, per i suoi tempi, conveniente e razionale ⁽¹²⁷⁾. La storia del diritto è in sostanza, nell'impiego che ne fa il giurista, un fascio di luce gettato nel passato che impedisce l'espandersi non conforme a convenienze del dato normativo.

The Path of the Law indica già con chiarezza lo strumento che deve dirigere l'integrazione e lo sviluppo del dato: la « politica razionale ». Ma ancora più esplicito e chiaro riconoscimento esso ottiene nell'altro saggio *Law in Science-Science in Law*: ove Holmes pone la tesi che l'interpretazione del diritto in vista dell'applicazione solo ha carattere scientifico quando sia governata dalla conscia valutazione degli interessi sociali.

Il saggio nella sua prima parte chiarisce come il diritto possa esser oggetto di trattazione e considerazione scientifica innanzitutto in uno studio storico con finalità autonome. In tempi da poco tramontati si dava spiegazione di un fenomeno — Holmes ricorda — col ricondurlo in uno schema finale provvidenziale, cioè teologicamente; nella nostra epoca scientifica, « spiegare un fenomeno » vuol dire invece « tracciarne il processo di crescita e di sviluppo da un punto di partenza assunto come dato ». Riguardo al fenomeno giuridico, vuol dire farne la storia ⁽¹²⁸⁾. Questa ha diritto d'esser coltivata in sè e per sè, per

⁽¹²⁷⁾ *C. L. P.*, pag. 192-193. Alcuni casi di questo « calpestamento » conosciamo da *The Common Law*: la dottrina della *culpa in vigilando e in eligendo*, la identificazione di *principal e agent*, ecc. Già là Holmes aveva fatto cenno all'impiego della storia come mezzo per la revisione della giurisprudenza in senso razionale. Vedi ancora nota 59.

⁽¹²⁸⁾ *C. L. P.*, pag. 210-211.

amore del sapere contemplativo, al pari della filosofia e dell'arte. Essa indaga nel passato del diritto come in « un grande documento antropologico »: e vi scopre un esempio della generale « morfologia e trasformazione delle idee umane », e mette in luce le linee del lento e faticoso sviluppo e mostra le umili origini da cui siano venuti ⁽¹²⁹⁾.

Ma non c'è soltanto lo studio del diritto nel suo passato, lo studio dei « topi di biblioteca ». C'è un diritto presente, che si studia « da un punto di vista pratico » ⁽¹³⁰⁾ per risolvere questioni giuridiche e casi processuali: e la razionalità scientifica deve entrare anche in questo « studio pratico ». Ma in qual senso e come? « La vera scienza del diritto — Holmes spiega — non consiste in una elaborazione teologica o in uno sviluppo logico, come nelle matematiche, del dogma, o soltanto in uno studio di esso dal di fuori come documento antropologico: una parte più importante consiste nella determinazione dei suoi postulati dall'interno, sulla base di desideri sociali ben misurati, anzichè sulla base della tradizione » ⁽¹³¹⁾. Lo « studio pratico », la « parte più importante » del sapere giuridico (« poichè, dopotutto, il posto di un uomo completo... è nella battaglia »), deve informarsi alla ricognizione dei bisogni presenti della società, dei fini che essa ora persegue.

Holmes non predica al giurista, nonchè la inosservanza, la trascuranza del dato normativo. Egli non comprenderebbe il vendicarsi in arbitraria libertà dell'interprete. Ma Holmes crede che il dato non abbia efficacia onnideterminante: « sorgon spesso casi dubbi con certe analogie da una parte, certe dall'altra ». Nel caso dubbio la logica non basta (se bastasse non sarebbe — egli dice — dubbio): lì c'è « la prerogativa sovrana della scelta » che si deve esercitare tra « due desideri sociali ciascuno dei quali cerca d'estendere il suo dominio esclusivo sul caso » ⁽¹³²⁾.

⁽¹²⁹⁾ C. L. P., pag. 211-224.

⁽¹³⁰⁾ C. L. P., pag. 224.

⁽¹³¹⁾ C. L. P., pag. 225.

⁽¹³²⁾ C. L. P., pag. 239.

L'errore, in codesto « studio pratico », si ha quando non si percepisca l'esistenza di una tale prerogativa e la si eserciti inconsciamente, con strumenti sconvenienti. Un primo esempio di tale errore si ha nelle regole « giustificate » con « spiegazioni » successive che ne ampliano la portata in modo contrario — come è detto in *The Path* — alla « politica razionale ». A scoprire queste « spiegazioni gonfiate » — Holmes ribadisce — aiuta la storia: che nel liberarci da « rifiuti e immondizie » ha la sua essenziale funzione pratica ⁽¹²³⁾. Ma Holmes ora cita due altri esempi di cattivi strumenti del ragionamento giuridico: « formule irreali » ⁽¹²⁴⁾ e « generalizzazioni inadeguate » ⁽¹²⁵⁾; concetti il cui uso ci guida a precipitare rigidamente la soluzione delle questioni, evitandoci il disturbo di « pensar da vicino », di giudicare consciamente sui vari interessi in giuoco ⁽¹²⁶⁾, o ci aiuta a sfuggire all'obbligo di un diretto giudizio di politica, inevitabile nel punto ⁽¹²⁷⁾.

Riportato il dato nelle sue giuste dimensioni, presa coscienza dei margini di libertà che esso lascia, occorre integrarlo e svilupparlo. Sempre, in fondo, è la nostra « stima del valore rispettivo dei fini sociali » che « ci conduce a insistere su una regola e allargarne la sfera di applicazione o a consentire che essa gradualmente si atrofizzi ». Ma ciò avviene ora per lo più in modo

⁽¹²³⁾ *C. L. P.*, pag. 226: con ulteriori esempi, oltre quelli che già conosciamo, di « spiegazioni » da respingere (in materia di responsabilità dei vettori, di *trespass ab initio*, ecc.).

⁽¹²⁴⁾ *C. L. P.*, pag. 229-239. Egli ne indica casi tipici: la formula *volenti non fit iniuria* e la dottrina secondo cui « questioni di negligenza son questioni di fatto » (in relazione a quest'ultima Holmes qui ripete il ragionamento circa i rapporti giudice-giuria di cui a nota 83).

⁽¹²⁵⁾ Di queste Holmes reca ad esempio il principio *qui suo iure utitur neminem laedit*, che assolutizza senza sufficiente giustificazione una verità giuridica d'ampia portata, ma pur sempre particolare.

⁽¹²⁶⁾ Di pensare, dice Holmes, « quantitativamente »: è il caso dell'applicazione rigida di *volenti non fit iniuria* e di *qui suo iure utitur neminem laedit* (*C. L. P.*, pag. 230-232 e pag. 240-241).

⁽¹²⁷⁾ È il caso del giudizio sulla negligenza del comportamento in esame, quand'esso è rimesso per intero alle giurie (*C. L. P.*, pag. 232-239).

« inconscio e inarticolato ». Occorre invece che la « stima » si « articoli » con coerenza nella mente del giurista e domini poi, in modo completo, i suoi ragionamenti ⁽¹³⁸⁾.

(138) *C. L. P.*, pag. 242.

V

SOMMARIO: V. - Magistrato alla Corte Suprema degli Stati Uniti. L'interpretazione holmesiana della Costituzione: I) Le garanzie costituzionali ai diritti patrimoniali privati. L'indirizzo giurisprudenziale della Corte, l'opposizione di Holmes e i suoi motivi ideali. Proprietà, autonomia contrattuale e poteri statali di regolamento in materia, secondo Holmes. II) Le garanzie dei diritti civili. L'interpretazione holmesiana e le sue fonti. Libertà di pensiero e stampa e libertà della persona. III) Stato federale e Stati-membri. L'ampliamento dei poteri del governo centrale e il valore delle autonomie locali.

La prima prova del nuovo metodo interpretativo e degli effetti che esso produceva nella soluzione di questioni brucianti, Holmes ebbe modo di darla in occasione di alcuni rilevanti casi sottoposti alla Corte Suprema del Massachusetts ⁽¹²⁰⁾. E appunto

⁽¹²⁰⁾ Citiamo due di particolare significato, *Commonwealth v. Perry* (1891). Qui era in questione la costituzionalità di una legge vietante agli imprenditori ritenute sul salario dovuto all'operaio per imperfezioni nei manufatti prodotti o insufficienze nel lavoro. La Corte statui la incostituzionalità, argomentando dalla clausola della Carta che garantisce il « diritto inalienabile di acquistare, possedere e proteggere la proprietà », il quale implicherebbe il « diritto di liberamente contrattare », qui violato dalla disposizione legislativa regolante in modo cogente il contenuto del contratto di lavoro. Holmes dissente. I motivi anticipano quelli che stanno alla base della *dissenting opinion* nel caso *Lochner*: vedi innanzi (155 Mass. 117, 123 a. 1891 *M. and F.*, pag. 92-95).

Vagelahn v. Guntner (1896). È una caso ove trova tipica applicazione la teoria di Holmes sul « privilegio ». Si trattava di giudicare sulla concedibilità in *Equity* di una *injunction* contro picchetti di operai che in corso di sciopero tentano di persuadere in modo organizzato ma pacifico, senza violenze o minacce, i compagni ad astenersi dal lavoro. La Corte concesse l'ingiunzione ritenendo l'illiceità di una azione organizzata ad indiger danno ad altri (l'imprenditore) poichè praticamente implicava minacce o comunque pressioni morali: azione non ammissibile in regime di libertà dei rapporti economici. Holmes dissente. Egli riconosce la « tendenza dannosa » dell'azione operaia: ma ritiene l'illiceità eliminata dall'esistenza di uno speciale « privilegio », da una causa di giustificazione. Non esistono nel caso in esame vere minacce e violenze (mezzi per sé illeciti); c'è nella recente storia un contrasto tra capitale e lavoro, ciascuno dei quali s'organizza per ottenere condizioni più vantaggiose a sé nell'assetto dei reciproci rapporti; codesto contrasto e il crescere e potenziarsi delle opposte forze è un momento di quella lotta per la vita di cui la società s'avvantaggia; le orga-

per alcune *dissenting opinions*, da Holmes stese in relazione a quei casi, Teodoro Roosevelt, che in quegli anni dalla Casa Bianca si apprestava a condurre una politica dinamica e non di stretta conservazione, su consiglio di Cabot Lodge, nel 1902, alla morte del giudice Gray, lo nominò alla massima magistratura giudiziaria del paese, la Suprema Corte degli Stati Uniti ⁽¹⁴⁰⁾. Holmes aveva allora già sessant'anni; ma nei trenta che passò di poi alla Corte egli compì quella parte della sua opera che più gli ha dato fama ⁽¹⁴¹⁾.

Holmes interpreta il sistema costituzionale americano con la mente aperta alla visione che il diritto è un aspetto della civiltà di un popolo, una funzione e uno strumento dei suoi bisogni e interessi e desideri. Ma poichè la valutazione di interessi si fa necessariamente trattando la materia sociale alla stregua di un qualche ultimo criterio di valore, anche in questa parte dell'opera holmesiana si vede limpidamente l'impronta del suo articolato mondo filosofico-etico.

Non abbiamo, per conoscere i lineamenti della sua interpretazione, uno scritto organico: occorre affidarsi all'analisi delle *opinions* da lui rese nell'adempimento del suo dovere di magistrato ^(141-bis). Possiamo distinguere — per una esposizione che metta in luce le peculiari caratteristiche del suo metodo e del suo pensiero — tre grandi parti nella visione holmesiana della costituzione statunitense.

nizzazioni del capitale sono forti: il diritto non può che riconoscere l'utilità sociale dell'organizzarsi del lavoro, e la giustificazione, nel caso concreto, dell'azione dei picchetti. (167 Mass. 92, 104 a. 1896; *M. and F.*, pag. 109-116).

⁽¹⁴⁰⁾ La storia di questa nomina è narrata da LERNER, *op. cit.*, pag. XXXI-XXXVI. Vedi anche FRANKFURTER, *Mr. Justice Holmes and the Supreme Court*, *cit.*, pag. 23-23.

⁽¹⁴¹⁾ Sulle relazioni personali sue con gli altri membri della Corte, le quali furono sempre, nel complesso, assai buone; sul lavoro; sulle preoccupazioni di questi anni, non c'è miglior informazione di quella diretta che ci dà il carteggio Holmes-Pollock. Vedi anche LERNER, *op. cit.*, pag. 131-133 e le biografie sopra citate.

^(141-bis) Si vedano sopra a nota 6 le raccolte citate. Noi rinviemo per comodità a *M. and F.*

Questa conferisce ai cittadini, giusta i canoni della grande tradizione filosofico-politica da cui trae origine, una garanzia pei diritti di proprietà e patrimoniali di fronte ai poteri legislativi ed esecutivi dello stato federale e degli stati membri. Contro le possibili usurpazioni di quei poteri essa garantisce altresì le libertà civili: le libertà della persona, del pensiero, della stampa, ecc. Un punto delicato e importante è la sfera di poteri e competenze spettanti rispettivamente allo stato federale e a quelli membri come definita dal testo costituzionale. La interpretazione di Holmes si informa in tutti e tre questi campi ai valori della sua filosofia evoluzionistica nel rapporto con le circostanze politiche e sociali del momento storico.

Holmes moveva da un orizzonte mentale tutto suo: e questo lo porta non di rado a differire dal giudizio della maggioranza della Corte. Lo porta poi alla aperta opposizione ad essa nel settore della proprietà e dei diritti patrimoniali.

In questo campo già dagli ultimi decenni dell'Ottocento la Corte Suprema si era posta alla testa di quell'indirizzo giurisprudenziale, che sopra abbiám ricordato, proprio delle Corti di fronte alla nuova realtà politico-sociale che il momento storico veniva generando.

Durante tutto il secolo diciannovesimo la Corte, nell'interpretare le astratte e generali clausole della costituzione, s'era mostrata per tendenza vigile difenditrice della proprietà e dei suoi diritti. Ma non s'era mai presentato alcunchè del genere, per esempio, della « legislazione sociale » che ora gli stati in mano alle maggioranze democratiche cominciavano a promulgare per il regolamento dei molteplici aspetti dei rapporti di lavoro. Tra il 1880 e il 1900 la Corte elabora una interpretazione del 5° e 14° Emendamento coi concetti di « *due process of law* » sostanziale e di « libertà di contratto », per la quale caddero allora e in seguito (finchè prevalse quell'indirizzo, cioè fino al 1937) molte leggi di tale od analogo intento e contenuto, giudicate incostituzionali. Era sostanzialmente una difesa di una

ideale organizzazione degli affari privati informata al principio dell'assoluto individualismo, o, come si diceva, del *laissez faire*, che la nuova legislazione veniva in più punti squarciando ⁽¹⁴²⁾.

Nell'affermare la necessità di una interpretazione con conciso riferimento agli interessi sociali, Holmes — bisogna dire — accentuava implicitamente quest'ultima qualifica. Erano cioè i bisogni della società che egli voleva considerati: della società, che non s'esaurisce in un accozzo di individui per la tutela di certi beni loro, ma sta ben sopra all'individuo ed ha esigenze sue, complesse e mutevoli. Abbiamo già visto rispetto alla Common Law come questo principio che rispondeva agli essenziali punti di vista filosofici di Holmes si colasse nelle maglie del suo pensiero giuridico. Ed è in definitiva sulla base di quei punti di vista e del conseguente principio del priore valore sociale, che Holmes qui respinge la difesa dell'assoluto individualismo, e per

(142) L'indirizzo seguito dalla Corte dalla fine dell'ottocento fino al 1937 è delineato con sintetica efficacia da WRIGHT, *op. cit.* (Cap. V-IX). Ivi è dato leggere il modo in cui lentamente furono elaborati e precisati i concetti giuridici che servirono alla difesa dell'individualismo (pag. 95-105, con l'indicazione della bibliografia essenziale). Per una più ampia seppur sintetica storia e spiegazione del significato della clausola del *due process of law* si veda C. E. HUGHES, *The Supreme Court of the United States*, Columbia Un. Press, N. Y., 1928, pag. 184 ss.

«*Due process*» è concetto che ha il suo antico parente (*the law of the land*) nella Magna Charta. Nella tradizione americana esso assunse chiaramente, specie dopo la guerra civile, e tuttora ritiene, il significato, a un di presso, di «principi supremi del diritto e della giustizia». Nessuno può esser costituzionalmente privato di «vita, libertà, proprietà» da una legge o da un atto dell'esecutivo contrario ad essi: ma tocca appunto alla Corte Suprema, nel corso delle sue decisioni, determinare quale sia la precisa portata di quei principi.

Nella citata opera di FRANKFURTER si elencano, in appendice, le 232 pronuncie di incostituzionalità di leggi statali in base al 14° Emendamento, rese dalla Corte nel sessantennio successivo al 1877. Naturalmente, non bisogna rappresentarsi in tono troppo drammatico l'opposizione della Corte alle innovazioni dell'ordinamento giuridico. Non poche leggi rispondenti alle nuove esigenze e ai nuovi modi di pensare della società oltrepassarono in quegli anni lo sbarramento giudiziario; il crescere del potere federale rispetto al locale e del potere esecutivo e amministrativo in genere furono fenomeni non mal visti dalla Corte. Per l'opportuno equilibrio della visione storica convien leggere i capitoli in proposito del libro ora citato di HUGHES, che rispecchia un punto di vista, non conservatore, ma, diciamo, moderato.

trent'anni alla Corte rappresenta, prima da solo, poi affiancato da Brandeis, la giurisprudenza nuova, la giurisprudenza che voleva consentire l'inserirsi nell'ordinamento della nuova realtà politico-sociale esprimendosi attraverso le leggi votate dalle assemblee legislative⁽¹⁴²⁾.

Che il pensiero giuridico di Holmes in questo campo discenda dalla sua specifica coscienza filosofica, appare peculiarmente dal complesso articolarsi di ragioni che lo conduce a quell'atteggiamento che gli americani chiamano « liberale », intendendo la parola (secondo del resto il suo primitivo significato) nel senso di « progressista ».

Il principio che il valore è la società non significa affatto, in Holmes, innanzitutto, socialismo. Contro l'utopia socialista (che agli inizi del secolo nostro in America faceva qualche rumore) proprio in questi anni Holmes anzi dirige alcune dure e ironiche frecciate: « profezia da millennio », essa, col suo ideale del « paradiso in terra » e dell'eliminazione dell'egoismo umano allo scomparire delle classi, è una « sciocchezza pericolosa »⁽¹⁴⁴⁾. Ma c'è di più. Holmes è convinto che, da un punto di vista astratto, il regime del libero scambio puro sarebbe l'ottimo tipo d'ordine economico: la società dal gioco delle forze economiche lasciate libere riceverebbe la massa maggiore di beni di consumo⁽¹⁴⁵⁾. Nè egli mostra d'esser veramente compreso di motivi

(142) L. D. Brandeis fu nominato giudice della Corte Suprema da Wilson nel 1916. Fin dai primi passi nella sua carriera di avvocato e giurista aveva dimostrato aperta simpatia per le forze del lavoro. Molto versato nelle cose dell'economia, egli infonde nel suo pensiero giuridico un'esperienza di sociologo che, con quell'estensione e profondità, mancava a dir il vero a Holmes, più portato alle grandi visioni della filosofia. Brandeis, figlio di recenti immigrati, occupava poi idealmente, sul piano delle preferenze politiche, una posizione ben più avanzata di quella di Holmes. Si veda su di lui: A. LEX, *Brandeis: the Personal History of an American Ideal* (1938).

(144) Si veda il breve scritto *Law and Social Reform, M. and F.*, pag. 399 ss.

(145) Si vedano gli scritti *Economic Elements e Law and the Court*, in C. L. P., pag. 279 ss., pag. 291 ss. Il vero problema — ragiona Holmes — « sta, non nel chi possiede, ma nel chi consuma il prodotto annuo ». Non bisogna pensare alla proprietà come a un « punto terminale », ma come a un « cancello di passaggio »:

umanitari che potrebbero giustificare una attenuazione per legge della durezza di certi rapporti nella moderna società industriale. Ma per quali motivi allora, con questi concetti politici, diremmo, da conservatore, Holmes non si schiera con l'indirizzo prevalente nella Corte?

I motivi sono molteplici: ma il gruppo forse più importante d'essi fa capo, nella sfera più alta del suo pensiero, all'apprezzamento della forza e della vitalità nelle cose umane, così individuali come collettive. Holmes vedeva con occhio acuto il fenomeno grande del prender coscienza e del rinsaldarsi in quegli anni delle forze del lavoro di fronte a quelle del capitale e un mondo — come diceva — teso a sempre più complesse « combi-

la cui funzione è di « dirigere gli investimenti e il lavoro verso la produzione di nuovi beni ». Le comodità e il lusso dei ricchi sono una minima frazione sottratta al consumo delle grandi masse. La proprietà dunque significa essenzialmente potere. Ma qualcuno deve avere il comando nei processi della produzione. Ora, « non (si) conosce modo di trovar l'uomo a ciò adatto, migliore di quello della conquista del potere nella concorrenza del mercato ». Il capitalista cerca il suo vantaggio; ma in effetti il suo successo significa massima quantità di beni di consumo per la massa. Limitare la proprietà o restringere la libertà di mercato son cose che non possono giustificarsi con ragioni economiche, ma solo con politiche. *C. L. P.*, pag. 279 ss., 291 ss.

Holmes seguiva, in economia, le dottrine della scuola classica nella interpretazione e nell'approfondimento che di esse avevan fatto gli economisti austriaci della seconda metà dell'ottocento. Tracce di questa sua affiliazione si trovano chiare in alcune *opinions* concernenti casi ove questioni economiche costituivano un punto cruciale. Si vedano, per esempio, *Plant v. Wood (M. and F.*, pag. 117) e *Dr. Miles Medical Co. v. Park and Sons Co. (M. and F.*, pag. 239), con le note di Lerner.

Nella nostra esposizione abbiamo assai calcato la mano sul carattere « sociale » del pensiero di Holmes. Torna qui acconcio, ad evitare equivoci, ribadire con forza il punto che la socialità che Holmes difende ha valore filosofico: significa che l'ultima misura del conveniente non può essere l'astratto individuo ma la comunità e gli interessi di questa. Non bisogna in alcun modo scambiare questa tesi nè con una disposizione favorevole all'economia organizzata centralmente, nè con una particolare simpatia per le classi non abbienti: nè l'una nè l'altra c'erano in Holmes. E questo bisogna tener ben presente, se si vuol cogliere la sua vera personalità e non fingersi, in luogo dell'elegante e aristocratico figlio della più antica tradizione del New England, in luogo del filosofo che medita con distacco, il campione di una idea di rinnovamento in senso socialista, dalla quale egli fu completamente e fermamente alieno.

nazioni e organizzazioni » di forze. Gli pareva che ciò, giudicato alla luce del principio della « libera lotta per la vita », non solo non costituisse un male, ma, come sintomo di energie che si spiegano, un bene. Le leggi gli sembravano il mezzo col quale una forza, che per maggioranza ne poteva disporre, spostava le condizioni della lotta economica rispetto all'altra. Intervenire pesantemente in quella lotta, con lo strumento del sindacato costituzionale, a difesa specifica d'una parte, gli doveva sembrare cosa, in via generale, ingiustificata. Per lui non esistono eterni diritti innati del soggetto. Abbiamo visto in *The Common Law* quale fondamento egli assegni alla proprietà: una analoga ragione gli fa ammettere ora che l'ordinamento giuridico dell'economia possa limitare l'assolutezza dei vari aspetti di questo istituto, quando ciò torni utile alla forza collettiva che nel momento storico si dimostra la più dinamica ed ha dalla sua la maggior parte del paese. Holmes pensa che alla società di massima venga nelle cose sociali e economiche trovare ad ogni momento quell'assetto che più risponde al quadro delle forze effettivamente esistenti e operanti. Gli ordinamenti che magari si stimano giusti e convenienti in astratto, non valgon nulla nel concreto, se non rispondono alle reali presenti energie e agli effettivi correlativi bisogni che la società avverte ⁽¹⁴⁸⁾.

⁽¹⁴⁸⁾ È l'atteggiamento tipico di un evolucionista che avverte la fondamentale positività dei movimenti sociali e comunque l'inevitabilità loro e la inutilità di opporvisi. Sintomatiche sono le parole che egli rivolge, nel citato scritto *Law and the Court*, dopo aver criticato gli utopici predicatori di rivoluzioni sociali, ai giudici che troppo tengono dalla parte della conservazione: « ... il diritto è in costante sviluppo... Anche noi abbiamo bisogno di educazione nelle cose ovvie: di apprendere a trascendere le nostre convinzioni e permettere che molto che pur ci è caro sia eliminato, senza la scossa della rivoluzione, ma attraverso l'ordinato cambiamento della legge » (*C. L. P.*, pag. 295). Del resto, Holmes vedeva intelligentemente la non gravità e la ultima componibilità del contrasto tra capitale e lavoro in un paese come l'America. La preoccupazione sua nasceva semmai da altri pericoli. L'affermarsi di nuove razze e la minaccia che esse costituiscono per la tradizionale civiltà bianca; il rapido consumarsi delle risorse e delle ricchezze della terra: questi gli parevano i punti oscuri dell'avvenire. *C. L. P.*, pag. 296.

Innanzitutto, fin dal primo e famoso *dissent* che lo divide dalla Corte in materia di legislazione di lavoro (il caso *Lochner*) ⁽¹⁴⁷⁾, Holmes pone in chiaro un punto: chi interpreta clausole generiche e elastiche come quella del 14° Emendamento e considera incostituzionale una legge — come nel caso — stabilente limiti massimi agli orari lavorativi, non fa una operazione i cui risultati sono frutto di una meccanica, sterilizzata necessità logica: l'interpretazione involve un giudizio politico: e quella della Corte comporta la costituzionalizzazione di un determinato ideale politico-economico: « questo caso — comincia quella *dissenting opinion* — è deciso sulla base di una teoria economica... ». La Corte ha una sua politica di interpretazione: e questa le fa inserire nel testo una precisa sua filosofia politica, che è il *laissez faire*: questa la realtà dei fatti, sotto gli schemi formali della deduzione.

Alla politica interpretativa della Corte, che si traduce in un intenso controllo, sul metro di un ideale particolare, della attività legislativa, si contrappone quella di Holmes. Nel precisare, giudicando della costituzionalità delle leggi, i contorni della garanzia che la Costituzione fa al diritto di proprietà e all'autonomia contrattuale, il giudice deve andar, secondo lui, molto cauto. « Il 14° Emendamento non codifica la Statica Sociale del signor Spencer... Una costituzione non è diretta a incorporare una teoria economica particolare, sia essa il paternalismo o la relazione organica di cittadino e stato o il *laissez faire*. È fatta per uomini di vedute fondamentali diverse, e la circostanza del

⁽¹⁴⁷⁾ *Lochner v. New York (M. and F., pag. 143)*. La sentenza è di penna del giudice Peckham e fonda la dichiarazione di incostituzionalità della legge dello Stato di New York, che provvedeva una giornata lavorativa di 10 ore e una settimana di 60 nell'industria della panetteria, su questi motivi: lo statuto viola la « libertà di contratto » protetta dal 14° Emendamento; non può giustificarsi come misura di tutela della salute dei lavoratori; non rientra sotto alcun altro rispetto nella sfera del « potere di polizia » attribuito agli stati, il quale, altrimenti, sarebbe concepito come così « pervadente » che « nessun commercio, nessuna occupazione, nessun modo di guadagnarsi la vita, potrebbe sfuggirgli ». Vedi *ibid.*

nostro trovare certe opinioni naturali e familiari e altre nuove e urtanti, non deve avere efficacia determinante sul giudizio relativo al problema se leggi che le incorporano siano in contrasto con la costituzione... Io penso che la parola libertà nel 14° Emendamento è pervertita, quando la si pone a ostacolare lo sbocco naturale della opinione dominante... » (148). Holmes ovviamente non svuota d'ogni significato quelle garanzie: esse debbono tuttavia operare soltanto, per lui, quando « si possa dire che un uomo equo e razionale ammetterebbe necessariamente che lo statuto in esame infrange principî fondamentali della tradizione del popolo e del diritto ». Tra i quali Holmes non mette certo l'individualismo in tale rigida assolutezza (149).

(148) *M. and F.*, pag. 149. Holmes ricorda poi, subordinatamente (come aveva ricordato in *Commonwealth v. Perry*, citato a nota 139), che la « libertà di contratto » non è principio che già non conosca le sue buone eccezioni: per esempio nelle leggi proibenti l'usura e le lotterie private. E la legge in esame, inoltre, « non irragionevolmente » può ritenersi, secondo lui, una « misura appropriata » al promuovimento della sanità e salute popolare, per il quale lo stato è competente. *M. and F.*, pag. 143-149.

(149) *M. and F.*, pag. 149. M. G. WHITE, nella sua *Rivolta contro il formalismo*, cit., pag. 141-144, sembra incontrare qualche difficoltà a conciliare il metodo di interpretazione e decisione giudiziale qui difeso da Holmes con quello — egli dice — delineato in *The Common Law*: perchè là si ammetteva che i giudici introducessero nel loro ragionare giuridico considerazioni politiche e qui sembrerebbe esserci un passo indietro, un apparente parziale ritorno, con quel consiglio alla cautela, al formalismo. Ma per dissipare le difficoltà basta por mente — ci sembra — a questo. Holmes ritiene inevitabile che in maggior o minor misura i giudici sempre plasmino il sistema normativo. Richiede, in particolare, che siffatta plasmazione avvenga consciamente, in vista di interessi sociali. Ora, la sua valutazione degli interessi è quella dell'evoluzionista, che vuole il rispecchiarsi nelle forme giuridiche delle forze storiche prevalenti al momento. Questo principio vale in generale; ma la sua applicazione nei giudizi di costituzionalità comporta maggior rispetto possibile della legge, la quale esprime il volere delle maggioranze delle assemblee, cioè delle forze dominanti nel paese. Dipende da una visione politica considerare la costituzione una realtà « fatta per uomini di differenti vedute », una realtà vivente nella mutevole storia umana, anzichè il rigido baluardo di difesa di certi precisi diritti: una visione che informa poi il successivo giudizio giuridico. Certo, quando l'interprete è chiamato a sciogliere questioni, non di legittimità costituzionale, ma, per esempio, di *Common Law*, il diritto che si sviluppa per opera giudiziale, la partecipazione del suo giudizio politico dovrà essere — nel pensiero di Holmes — più intensa e pervadente. Ma

Pel regime costituzionale della materia patrimoniale poco meno rilevante del disegno dei contorni di quelle garanzie, e correlativo ad esso, è il disegno della profondità e incisività dei poteri conferiti dalla Costituzione allo Stato federale e a quelli membri in materie sociali-economiche: sostanzialmente, l'interpretazione della facoltà del Congresso in base alla « clausola commerciale » e al potere di tassazione dell'articolo 1 sezione 8^a, e delle facoltà degli stati in base al « potere di polizia » loro riconosciuto. I rapporti privati patrimoniali posson infatti esser sottratti alla regolazione e al controllo governativo, non solo per diritti garantiti ai privati, ma per difetto di potere nei governi. Qui si manifesta una caratteristica del pensiero costituzionale holmesiano che trascende questo campo particolare, e risponde del resto alla sua *forma mentis* generale. Holmes ha un forte senso dello stato: e vede dunque qui la necessità, ai nostri tempi, di ampi poteri di regolamento e controllo della vita sociale-economica sia nel governo federale che in quelli locali. Egli è perciò particolarmente generoso nell'interpretazione delle clausole costituzionali relative. Il « commercio interstatale » che il Congresso può regolare è per lui un « continuo », una « corrente ininterrotta d'affari » le cui « fasi locali » si saldano inestricabilmente col tutto e son col tutto regolabili ⁽¹²⁰⁾. Il « potere di

non c'è contrasto tra le tesi qui difese e le precedenti affermazioni sul metodo: né in Holmes — a noi pare — c'è una dualità non mediata di metodi, sibbene, sostanzialmente, un unico metodo, seppur con le differenze interne che impongono le differenti materie su cui il giurista è chiamato a lavorare. Del resto, la non-intensità del controllo costituzionale riguarda specialmente, nel metodo di Holmes, il particolare settore patrimoniale.

⁽¹²⁰⁾ La interpretazione holmesiana della « clausola commerciale » trova la sua migliore espressione nella *opinion* resa nel caso *Swift and Co. v. F. S.*, 1907 (vedi *M. and F.*, pag. 231 ss.), da cui son tratte le parole citate. (Il caso riguardava lo scioglimento, promosso in base allo Sherman Anti-Trust Act, di un consorzio segreto tra imprese interessate al commercio delle carni negli Stati del Middle West). La « clausola commerciale » è il congegno tecnico principale con cui si giustifica giuridicamente la presente realtà dello stato federale americano: il quale — come è noto — esercita oggi un vasto complesso di controlli e attività d'ordine economico e sociale. Holmes certo non muove da quella pregiudiziale limitazione

polizia » degli stati è affatto elastico: « si estende a tutti i grandi bisogni pubblici », secondo il ragionevole giudizio degli stati (151).

Restano come pietre miliari nella storia della giurisprudenza della Corte Suprema i grandi casi in questa materia nei quali meglio si delinea il contrasto tra la maggioranza e Holmes, e a cui corrispondono altrettante sue famose *dissenting opinions*. Si possono specialmente ricordare, riguardo a giudizi su leggi federali dichiarate incostituzionali e nulle: il caso *Adair* (legge incriminante il licenziamento per appartenenza del lavoratore a sindacati) (152); *Hammer v. Dagenhart* (legge proibente il trasporto di prodotti di industrie in cui siano impiegati, senza certe cautele, bambini) (153); il caso *Adkins* (legge che prevede la fis-

dei compiti del governo alla tutela e difesa del diritto, che era caratteristica del pensiero liberale del primo ottocento. Per questo lato egli perciò non trova ostacolo a pervenire ad una visione amplissima dei poteri costituzionalmente pertinenti in queste materie alla Unione: visione conforme, in sostanza, alle grandi tendenze del momento storico, che si sarebbero tradotte in realtà operante dopo la sua morte, al tempo del New Deal del secondo Roosevelt. Per la posizione della Corte rispetto alla clausola vedi innanzi e le note 165 e 166.

(151) Il « potere di polizia » si definiva tradizionalmente come quello di « provvedere per la salute, la sicurezza e la moralità pubblica ». La formula holmesiana realizza un ampliamento il cui significato non può sfuggire. Per la definizione si veda l'opinione nel caso *Noble State Bank v. Haskell* (ove si trattava di giudicare della costituzionalità di una legge statale istituente un fondo di garanzia per depositi bancari: *M. and F.*, pag. 179). Si veda anche, innanzi, *Tyson Bros v. Banton*.

(152) Si trattava dell'Erdman Act, disciplinante i rapporti di lavoro nelle imprese ferroviarie interstatali, approvato dal Congresso nel 1898. La sentenza è del 1908. La dichiarazione di nullità fu motivata con due argomenti: violazione del principio della libertà di contratto; impossibilità di riportare la legge nella sfera del potere concesso al Congresso dalla « clausola commerciale », non essendo relazione tra rapporti di lavoro e commercio. Holmes replica adducendo la non assolutezza del principio della libertà di contratto e allegando che il Congresso, nel tentativo di promuovere una certa sua politica rispetto alle ferrovie e al commercio interstatali, può ragionevolmente ritenere necessario il regolamento di quei rapporti di lavoro. *M. and F.*, pag. 150 ss.

(153) Si trattava del Keating-Owen Act, votato dal Congresso nel 1916 nel tentativo di stabilire un regolamento uniforme del lavoro dei minori nei vari stati, alcuni dei quali manevavano del tutto, o quasi, di disposizioni in materia. La Corte ritenne che la legge, comechè diretta a regolare l'industria manifatturiera

sazione di minimi salariali nel distretto di Columbia) ⁽¹⁵⁴⁾; riguardo a leggi statali, parimenti definite incostituzionali e nulle: il caso *Lochner*, ricordato sopra; *Truax v. Corrigan* (legge vietante ingiunzioni giudiziali contro picchetti operai che pacificamente sollecitano l'esecuzione dello sciopero proclamato) ⁽¹⁵⁵⁾; *Tyson Bros v. Banton* (legge regolante i prezzi di rivendita di biglietti di teatro fatta da agenzie) ⁽¹⁵⁶⁾. In altri non meno famosi casi Holmes riesce ad aver dalla sua una stretta

e non il commercio, non rientrasse nei poteri dello Stato federale essendo la disciplina di quell'industria di competenza esclusiva degli Stati membri. Holmes sottolinea l'importanza civile del tentativo del Congresso; ribatte, in linea tecnica, che il potere di regolare il commercio interstatale spetta alla Unione: questa può farne uso come vuole, per realizzare le vedute politiche che le aggradano e « qual che siano gli effetti indiretti che ciò possa avere sulle varie attività negli Stati ». La sentenza è del 1918. *M. and F.*, pag. 165 ss.

⁽¹⁵⁴⁾ La legge, che è del 1917 (ed è un atto del Congresso poichè l'esclusiva e piena sovranità nel distretto appartiene ad esso) si riferiva solo al lavoro femminile e espressamente adduceva a propria giustificazione motivi di salute e moralità pubblica — al fine di chiaramente rientrare nell'ambito del « potere di polizia » —. La sentenza (che è del 1923) si impernia sull'argomento della violazione della libertà di contratto. Consueta la linea di opposizione holmesiana a questo preteso « dogma » costituzionale. *M. and F.*, pag. 172 ss.

⁽¹⁵⁵⁾ La dottrina esposta da Holmes in *Fogelahn v. Guntner*, negante l'ingiunzione giudiziale in un identico caso (vedi nota 139), dottrina fondata sulla semplice Common Law, non era stata accettata dalle Corti. Alcuni Stati provvidero allora ad abolire espressamente per legge, rispetto al caso suddetto, il rimedio giudiziario. La questione fu trasferita a questo punto, dagli imprenditori, sul piano costituzionale. La Corte ritenne l'incostituzionalità di una legge dell'Arizona provvedente l'abolizione, poichè a seguito di questa la « proprietà » era per certi aspetti lasciata senza adeguata tutela, e cioè « sottratta » ai legittimi titolari contro ogni *due process of law*. Holmes ovviamente, e a maggior ragione, non poteva mettersi ora, su questo piano più alto e preliminare, dalla parte del capitale. La sentenza è del 1921. *M. and F.*, pag. 156 ss.

⁽¹⁵⁶⁾ I motivi della sentenza della Corte contraria a questa legge dello Stato di New York, son questi: che l'industria teatrale non riveste « pubblico interesse » e non rientra quindi nella materia soggetta al « potere di polizia » degli Stati; che la legge viola la clausola *due process* del 14° Emendamento. Holmes attacca specialmente, qui, la limitazione fatta dalla Corte del « potere di polizia » in base al concetto di « pubblico interesse ». Questo è per lui nient'altro che « una finzione », « una scusa »: ogni materia o commercio o affare riveste per Holmes in realtà, un « pubblico interesse », sol che lo stato scelga di occuparsene, ed abbia in questa scelta « una sufficiente forza di opinione pubblica dietro di sé ». Sentenza del 1927. *M. and F.*, pag. 19 ss.

maggioranza: *Arizona Employer's Liability Cases* (ove si sarebbe voluto pronunciare la nullità di leggi accollanti all'imprenditore il rischio degli infortuni sul lavoro, in base alla pretesa incostituzionalità di ogni responsabilità civile non fondata su effettiva colpa) ⁽¹³⁷⁾; *Block v. Hirsh* (ove si sarebbe voluto dichiarare incostituzionale la proroga legislativa delle locazioni urbane in tempo di guerra) ⁽¹³⁸⁾.

Se in materia patrimoniale Holmes propugnava una politica di interpretazione che è stata detta della « tolleranza giudiziale » ⁽¹³⁹⁾ (per il larghissimo agio lasciato ai movimenti del legislativo e l'esercizio con mano leggera del controllo di costituzionalità), molto meno « tollerante » egli si rivela nel campo delle libertà di pensiero e di espressione. Rispetto a quanto accadeva là, le posizioni sua e dei colleghi paiono qui addirittura rovesciate: poichè è lui ora il più vigile e attento affinché le leggi federali e degli stati non prevarichino e tolgano al singolo il suo diritto. Neppure la libertà di pensiero e di espressione è invero un valore assoluto per Holmes: di contro ad esso sta

⁽¹³⁷⁾ Nella sua *opinion* Holmes respinge l'argomento del carattere costituzionale del principio *no liability without actual fault* (che peraltro ben 4 su 9 giudici sostennero) ricordando che, secondo la migliore interpretazione, lo stesso principio generale della colpa va inteso come applicazione di un *external standard*. Egli pone in rilievo che l'accollo di una responsabilità assoluta all'imprenditore per infortuni sul lavoro, pel gioco del meccanismo economico si traduce da ultimo in un maggior prezzo del bene prodotto: è il pubblico che, per assicurare chi produce da ogni danno incorso nell'adempimento di una funzione sociale, sceglie di farsi lui assicuratore. Il principio della « colpa effettiva » era difeso dai suoi sostenitori come essenziale sia pel diritto sia per la morale, e, comunque, come istituto imprescindibile in ogni « libero governo ». Sentenza del 1919. *M. and F.*, pag. 160 ss.

⁽¹³⁸⁾ Si trattava della costituzionalità di una legge del Congresso regolante la materia pel distretto di Columbia. La decisione, motivata da Holmes, si fonda sull'argomento che la legge rientra largamente nell'ambito dei poteri che la Costituzione riconosce allo Stato nelle emergenze supreme. La *dissenting opinion* di quattro giudici adduceva la intangibilità della proprietà e della libertà di contratto stabilita dal 5° Emendamento e lo scopo apertamente « socialista » della legge. Sentenza del 1921. *M. and F.*, pag. 273 ss.

⁽¹³⁹⁾ L'espressione è di LARNER, *op. cit.*, pag. 129.

il valore della sicurezza dello stato, ed Holmes sa che quest'ultimo costituisce un limite alla protezione incondizionata del primo. Ma si tratta appunto di tracciare la linea oltre la quale il diritto non può più ammettere, per il troppo grave pericolo, l'espressione e la circolazione libera del pensiero: e nel tracciarla, Holmes si dimostra assai più propenso dei colleghi a concedere tutto quanto è possibile al valore della libertà.

Ma anche qui, quali motivi conducono Holmes a questo atteggiamento? Essi traspaiono chiari dalle motivazioni delle decisioni e dalle *dissenting opinions* da lui estese per casi riguardanti questo campo: essi sono quelli che la sua filosofia gli detta. Un intenso pregio della libertà di pensiero e d'espressione potrebbe fondarsi sull'affermazione di un intrinseco diritto della personalità umana. Ma non è ovviamente questa la linea di ragionamento che Holmes segue. Questa libertà trova la sua ultima giustificazione, per lui, in motivi sociali o, quanto meno, ultraindividuali. Il suo relativismo gli insegna a respingere l'ostracismo dato ad opinioni per il loro preteso contrasto con verità o principi assoluti. Egli constata che solo la libertà consente un vero fiorire della vita civile e un sano organizzarsi delle società e dei governi. « Quando gli uomini si son resi conto che il tempo ha abbattuto molte fedi battagliere, essi posson pervenire a credere con più forza di quanto non credano negli stessi principi fondamentali della loro condotta, che l'ultimo bene da essi desiderato è meglio raggiunto con un libero commercio di idee: che la miglior prova di verità è il potere del pensiero di farsi accettare nella competizione del mercato e che la verità è l'unica base sulla quale i loro desideri possan venir soddisfatti con sicurezza ». Lo stato può vivere a lungo e prosperare solo se concepito e vissuto come un processo sperimentale: « è un esperimento, come tutta la vita è un esperimento » ⁽¹⁸⁹⁾. La civiltà, che rende più intensa e alta la vita,

(189) Dal *dissent* nel caso *Abrams, M. and F.*, pag. 312.

può solo respirare ove pulsì un pensiero interamente libero, e una libera stampa e la libertà di parola. Per la difesa delle quali occorre esser dunque « eternamente vigili » ⁽¹⁶¹⁾.

È di Holmes la definizione della linea di compromesso tra questi valori e l'esigenza contrastante della sicurezza dello stato, del poter l'organismo sociale agire in certe occasioni saldo e con tutta la sua forza, che la Corte accolse nei giudizi celebrati in applicazione delle leggi di sedizione e spionaggio votate dal Congresso durante il primo conflitto mondiale. La garanzia della Costituzione squalifica, intanto, ogni censura preventiva della stampa. Ma, in aggiunta, per essa deve considerarsi non punibile la manifestazione di qualunque pensiero, la quale, avuto riguardo alle circostanze in cui avviene, non crei « un pericolo chiaro e imminente (*clear and present danger*) di un male sostanziale che è nel legittimo potere dello stato di impedire » ⁽¹⁶²⁾. Bisogna che le circostanze rendano la *parola* un probabile, diretto fattore causale o il momento iniziale di un presente *fatto* illecito, perchè cada la protezione speciale concessa dalla costituzione alla libertà di parola. La Corte fece sua la definizione di principio (caso *Schenck*); ma la applicazione ai casi concreti diede luogo ad alcune nette divergenze (caso *Abrams*: condanna di un socialista per manifesti incitanti a interrompere la produzione di guerra; caso *Gitlow*: condanna di un socialista per un opuscolo di propaganda incitante alla rivoluzione). Holmes avvertiva intensamente — e sarebbe stato strano il contrario — il valore dello stato forte, della sicurezza pubblica: ma la repugnanza a condannare con una sentenza un'idea in quanto idea, lo rendeva pacato e scrupoloso nel valutare l'effettiva presenza del pericolo, l'effettiva potenza causale dell'idea; e nei casi citati egli dissentì ⁽¹⁶³⁾.

⁽¹⁶¹⁾ *Ibid.*, pag. 312.

⁽¹⁶²⁾ *Schenck v. U. S., M. and F.*, pag. 297.

⁽¹⁶³⁾ Le *dissenting opinions* holmesiane del caso *Abrams* e del caso *Gitlow* (che si possono leggere in *M. and F.*, rispettivamente a pag. 304 e 321 ss.), assieme

A ulteriore prova che al fondamento del liberalismo di Holmes nel campo delle libertà civili stanno i motivi che abbiamo visti, vale in certo senso la minor passione che egli mette nella difesa delle libertà personali in senso stretto, rispetto a quella messa nel difendere la libertà di pensiero e di stampa. Il sacrificio dell'individuo come tale, per lui conta meno: e — sempre a conferma dell'abito suo a riguardar le cose dal punto di vista della società e della specie — si può citare come indicativo per questo settore, il caso *Buck v. Bell* (in cui Holmes sostenne la costituzionalità della sterilizzazione coatta degli infermi di mente ricoverati in istituti pubblici) ⁽¹⁶⁵⁾.

al *dissent* di Brandeis in *Whitney v. California* (1927), son divenuti documenti classici per i « liberali » americani. Ma Holmes diede in questo campo ai « liberali » anche delle disillusioni. È di sua penna, per esempio, la sentenza di condanna di Eugene Debs, capo del partito socialista americano, (Debs era stato accusato per un discorso di intonazione rivoluzionaria in base all'*Espionage Act* del 1917; si legga la *opinion* holmesiana in *M. and F.*, pag. 297-304 e *ibidem* l'accenno che fa Lerner alle critiche che i « liberali » mossero alla sentenza). Un altro chiaro segno del fatto che Holmes, accanto al valore della libertà di pensiero e d'espressione, sentiva fortemente quello concorrente della coesione nazionale, è dato dalla sua *dissenting opinion* nel caso *Meyer v. Nebraska*. (La Corte dichiarò incostituzionale, comeché contraria alla libertà protetta dal 14° Emendamento, una legge statale che proibiva penalmente l'uso, nell'insegnamento elementare, di lingue che non fossero l'inglese. La legge, essendo d'uno Stato con forti gruppi etnici tedeschi, era in sostanza diretta contro l'uso di quella lingua nelle scuole. Holmes dissente, adducendo che la legge può considerarsi un mezzo « non irragionevole » pel conseguimento dell'unità linguistica nazionale perseguibile, a termini costituzionali, da parte dello Stato. Vedi *M. and F.*, pag. 317-321).

Per un'analisi e un giudizio del pensiero holmesiano sulle libertà civili nel quadro complessivo del pensiero e della prassi americana in materia, si può vedere Z. CHAFFE, *Free Speech in the United States*, Harvard Univ. Press, Cambridge, Mass., 4° rist., 1940, specialmente cap. III, IX.

⁽¹⁶⁴⁾ La sentenza è del 1927. *M. and F.*, pag. 356 ss. Un altro tipico esempio di subordinazione dell'individuo alla società in questo settore — stavolta al particolare interesse della sicurezza dello Stato — è l'*opinion* nel caso *Moyer v. Peabody* (1909). Si trattava della legittimità costituzionale di un arresto preventivo effettuato dalle forze dell'ordine in occasione di una sommossa: si vedano i particolari del caso e le argomentazioni con cui Holmes sostiene la legittimità in *M. and F.*, pag. 268 ss. Non bisogna dimenticare peraltro, sempre in proposito, i casi in cui Holmes sostenne con eloquenza il diritto della persona nei processi a un giudizio veramente imparziale: si leggano per esempio le *opinions* nei casi *Frank v. Mangum*, 1915 e *Moore v. Dempsey* 1923, (*M. and F.*, pag. 242 ss. e 247 ss).

Infine, anche nella definizione delle reciproche sfere di competenza del governo centrale e dei locali, noi vediamo il riflesso dello stile, della mentalità generale sua, giudicante in rapporto alle condizioni del momento storico. Egli valutava uomini, cose e istituti in base alle energie sufficienti o insufficienti di cui essi dispongono per far fronte alle situazioni in cui la storia li ha collocati. Egli vedeva il rimpicciolirsi delle distanze nel mondo moderno, il progressivo crescere a maggior potenza mondiale degli Stati Uniti, la crescente complessità della vita interna e la connessione di tutti gli svariati aspetti d'essa. Era più che naturale che fosse incline ad attribuire allo stato federale centrale i poteri di cui questi mostra abbisognare nelle nuove circostanze storiche, che certo non son quelle dei giorni in cui la costituzione era sorta: il completo decentramento caratteristico d'allora non può naturalmente mantenersi. L'atteggiamento di Holmes in questo settore non si presenta così originale o peculiare come negli altri campi, poichè qui l'indirizzo seguito dalla Corte coincide più o meno col suo (e del resto non fa che continuare la tradizione giurisprudenziale formatasi fin dall'inizio dell'ottocento su insegnamento di Hamilton e per opera di Marshall)⁽¹⁵²⁾. In alcuni punti, peraltro, egli sembra spingersi anche oltre la linea che raggiunge la pur generosa Corte nel consentire l'espandersi del potere federale. La porta costitu-

(152) Sulla costante inclinazione della Corte Suprema a interpretare la costituzione in favore di un sempre più ampio potere federale, a cominciare dal famoso caso *McCulloch v. Maryland* (1819) per venire per esempio a *Stafford v. Wallace* (1922), vedi WRIGHT, *op. cit.*, pag. 44-54, 67-73, 87-83, 108-136.

Durante il periodo holmesiano la Corte Suprema dovette affrontare anche i problemi posti dalla tendenza al rafforzarsi del potere esecutivo e amministrativo a spese del legislativo e del giudiziario. Essa accettò il fenomeno e lo inserì nella cornice della costituzione: si veda come tipico esempio il caso *Myers v. U. S., M. and F.*, pag. 285 ss. (La Corte ivi riconobbe il potere del Presidente degli S. U. di rimuovere dalle cariche esecutive, senza il previo consenso del Senato, funzionari per la cui nomina quel consenso era invece costituzionalmente richiesto. Holmes in questo caso dissente). Per tutto questo punto si veda sempre WRIGHT, *op. cit.*, pag. 137-147.

zionale attraverso cui si attua quell'espansione è specialmente la già citata « clausola commerciale » dell'art. 1: e abbiamo sopra accennato alla larghezza con la quale egli la vuole intesa. Bisogna ricordare che l'estensione dei poteri conferiti dalla clausola, da un lato gioca a scapito della autonomia e del controllo esclusivo degli stati sulla vita locale, e dall'altro contemporaneamente, come abbiám detto, incide sul complessivo ordinamento privatistico dell'economia. Legata a una certa visione conservatrice riguardo a quest'ultimo, la maggioranza della Corte era spinta a contenere un'espansione dei poteri dello Stato federale, che sotto il primo rispetto probabilmente non sarebbe stata di per sé sgradita. A questo *impasse* non era soggetto, com'è ovvio, Holmes ⁽¹⁶⁶⁾.

Egli è sollecito della compattezza dell'Unione, e accenna al pericolo che può venirle da un disgregato mosaico di « politiche locali », formulate e attuate da uomini non adusi a « vedute nazionali ». Egli, che pure non riterrebbe pericolosa la cessazione del sindacato di costituzionalità da parte delle Corti sulle leggi del Congresso, afferma invece la assoluta necessità del controllo giudiziale sulle leggi dei singoli stati ⁽¹⁶⁷⁾. Quanto ai poteri della Unione sul piano internazionale, Holmes è portato a vederli larghissimi: e repugna ad ammettere che dalla riserva di certe ma-

⁽¹⁶⁶⁾ Un caso classico in cui l'espansione del potere federale fu contenuta con l'addurre l'esclusiva competenza degli Stati, il principale seppur coperto scopo essendo peraltro quello di sottrarre a un regolamento pubblico determinati rapporti, è il già citato *Hammer v. Degenhart* (vedi nota 153). In esso la Corte, per lasciare alla libera determinazione privata il contenuto del contratto di lavoro, accampò il potere esclusivo degli stati locali rispetto alle industrie manifatturiere. Senonchè Holmes, nella sua *dissenting opinion*, ricorda che la Corte stessa in altri casi aveva giudicato costituzionali leggi del Congresso che indirettamente regolavano quell'industria: come il *Pure Food and Drug Act*, lo *Sherman Act* ecc. Non tanto l'autonomia locale, quanto quella privata, costituiva la preoccupazione che spingeva la Corte a limitare l'estensione dei poteri federali: si legga in proposito una rapida storia dell'interpretazione della clausola commerciale in questi anni in WALKER, *op. cit.*, pag. 113-123 e 127-128.

⁽¹⁶⁷⁾ Questi giudizi si trovano nel già citato discorso *Law and the Court*, *C. L. P.*, pag. 291 ss.

terie, fatta dalla Costituzione alla competenza degli stati membri, scendano impedimenti all'esercizio da parte del governo centrale di attività giuridiche internazionali, normali in un organismo politico, ma che in qualche modo inciderebbero sulle materie riservate agli Stati membri ⁽¹⁴⁸⁾.

Non bisogna con ciò pensare che Holmes manchi di sensibilità per il valore delle autonomie locali. Ne ha moltissima, e lo dimostra in più casi ⁽¹⁴⁹⁾: ma egli è guardingo che tale sensibilità

⁽¹⁴⁸⁾ Si veda l'opinione di Holmes in *Missouri v. Holland*. Lo Stato del Missouri si opponeva all'esecuzione di un trattato concluso dagli Stati Uniti con la Gran Bretagna relativo alla protezione degli uccelli migratori, adducendo la esclusiva competenza dei singoli Stati ai termini della costituzione in materia di caccia e di quanto vi si connette.

Ciò significava, praticamente, una limitazione al potere dell'Unione di concludere trattati: una sua menomazione sul piano politico internazionale. Holmes non nega che ci possano essere delle « qualificazioni » di quel potere in base alla costituzione: ma afferma che la costituzione va interpretata tenendo presente che essa è « un organismo », « il cui sviluppo non poteva essere del tutto previsto anche dai più dotati dei suoi fondatori ». Per lui un trattato — un trattato che concerna interessi nazionali di prima grandezza che possono trovare adeguata regolazione solo con intese su un piano internazionale — può « sovrapporsi » ai « poteri » degli stati membri nella « sfera di controllo » ad essi assegnata dalla costituzione. *M. and F.*, pag. 273 ss.

⁽¹⁴⁹⁾ Citiamo soltanto, a esemplificazione, l'atteggiamento che Holmes assume di fronte al problema della cosiddetta « Common Law federale ». La costituzione conferisce alle Corti federali la giurisdizione per le cause tra cittadini di diversi stati. In *Swift v. Tyson* (1842) la Corte aveva stabilito che, quando non si trattasse d'applicare norme legislative sabbene di Common Law, le Corti federali non dovessero attenersi all'interpretazione della Common Law che davano tradizionalmente le Corti dello stato il cui diritto doveva applicarsi al caso secondo le regole dirimenti i conflitti tra leggi, ma dovessero applicare la Common Law nell'interpretazione che esse stesse credevano giusto darne. Nella giurisdizione delle Corti federali all'effettivo diritto in vigore nei vari stati si sovrapponeva e sostituiva così di fatto un « diritto comune federale ». Holmes si oppone alla dottrina di *Swift v. Tyson*. Egli vuole che i giudici federali nelle cause tra cittadini di stati diversi applichino l'effettiva legge dello stato il cui diritto è competente nel caso: vedi per es. la sua *dissenting opinion* in *Black and White Taxicab Co. v. Brown and Yellow Taxicab Co.* (*M. and F.*, pag. 193 e ss.). I motivi dell'atteggiamento holmesiano sono diversi (su di essi vedi la nota di LERNER, *op. cit.*, pag. 197): ma uno decisivo è appunto il suo « forte senso di localismo », e cioè la sua inclinazione al rispetto delle tradizioni locali e dell'autonomia degli Stati.

Occorre anche ricordare il grande guadagno che nella visione di Holmes

non operi in danno della efficienza del governo centrale nè — peggio ancora — produca magari un « vacuo di potere » nel complessivo sistema, « vacuo » da cui aborre addirittura tutta la filosofia holmesiana della forza.

derivava a questa autonomia dalla interpretazione « tollerante » che egli faceva del 14° Emendamento e relative garanzie ai diritti del patrimonio. La visione conservatrice di quell'Emendamento e quelle garanzie legava le mani al legislatore locale, stringendolo a una uniforme politica di individualismo e *laissez faire*. Holmes lascia invece ampia libertà agli stati di scegliere la politica economica e sociale che più loro aggrada. Son divenute famose sotto questo rispetto le parole che egli scrisse nel suo *dissent* in *Truax v. Corrigan*: « Non c'è nulla che io più deprechi dell'uso del 14° Emendamento per impedire, al di là della stretta necessità della sua lettera, il compimento degli esperimenti sociali che una parte rilevante della comunità desidera, in quei laboratori isolati che sono i vari stati, ancorchè gli esperimenti possan sembrar futili o persino dannosi... » (*M. and F.*, pag. 160).

VI

SOMMARIO: VI. - Qualità del pensiero di Holmes. Dinamicità e concretezza della concezione filosofica holmesiana. Realismo della teoria della decisione giudiziale. Rispondenza del metodo interpretativo sociologico e dell'indirizzo generale delle teorie di Common Law e di diritto costituzionale alle esigenze dei tempi. Limiti del pensiero di Holmes. Lo scetticismo e i pericoli che gli sono insiti. Il naturalismo holmesiano e i suoi riflessi nel pensiero giuridico. Holmes come simbolo della filosofia giuridica americana del nostro secolo.

Il pensiero e l'opera di Holmes presentano molteplici peculiari qualità. Tentiamo di riassumerle in rapida sintesi, accennando punto per punto ai motivi ond'esse posson venir giudicate tali.

L'impostazione filosofica di Holmes scende, come s'è visto, dal positivismo classico. Ma essa si distingue specialmente per senso della storicità e del concreto. Le astrattezze di una metafisica meccanica, gli schemi preordinati e rigidi di svolgimento ai quali indulgevano talvolta i seguaci della scuola filosofica positivista, conformemente al loro astrattismo intellettualistico, non son cose per lui. Non è una « singolare anomalia » — egli si chiede una volta, criticando Spencer — che un evoluzionista, il quale crede nello sviluppo degli istituti per successivo adattamento all'ambiente, si trovi a proporre, come fa il filosofo inglese, una teoria del governo intesa a stabilire i limiti di questo, una volta per sempre, per deduzione logica da assiomi ⁽¹⁷⁰⁾? La mentalità di Holmes è più moderna: essa è molto vicina alle concezioni « antimetafisiche » delle filosofie del nostro secolo. Col pragmatismo e lo strumentalismo in ispecie, le affinità sono parecchie: tanto che Dewey nel capitolo finale di una delle sue maggiori opere (*Experience and Nature*) prenderà in prestito, a modo di

⁽¹⁷⁰⁾ *M. and F.*, pag. 50.

conclusione, alcune pagine della « splendida » e « poetica » prosa di Holmes ⁽¹⁷¹⁾. In questo divenire dell'uomo, vario e aperto a possibilità e novità nel futuro, il fenomeno giuridico in particolare non appare concepito come determinato nei suoi sviluppi da un sol « fattore », cioè ragione, o interessi economici e classistici, o forze materiali, impulsi irrazionali e emozionali, o come si voglia ⁽¹⁷²⁾. Il pensiero di Holmes si mostra sensibile ai complessi aspetti e elementi che intervengono nel divenire del diritto, e rifugge dalla unilateralità.

Venendo più presso alla sua distinta teoria, bisogna ricordare l'importanza della sua concezione della decisione giudiziale.

⁽¹⁷¹⁾ William James, il fondatore del pragmatismo, non aveva troppa simpatia per il concetto holmesiano della vita come gioia e fine in sé. Holmes a sua volta non amava la « vena religiosa » che gli sembrava di scorgere nel fondo della filosofia del vecchio amico d'infanzia. I reciproci giudizi negativi si leggono in PEARCE, *op. cit.*, II, pag. 251 e *Holmes-Pollock Letters*, cit., I, pag. 167. L'altro pragmatista, Dewey, era invece grande ammiratore del pensiero e del metodo di Holmes: ravvisava in lui l'esempio per eccellenza della « mente liberale » in azione (si veda l'articolo di Dewey nella raccolta di saggi *Mr. Justice Holmes*, edita a cura di Frankfurter, citata). Holmes ricambiava l'ammirazione di Dewey: vedi per esempio *Holmes-Pollock Letters*, II, pag. 267. Bisogna tuttavia riconoscere che Holmes non si elevò mai, propriamente, a un'idea « strumentalistica » del pensiero. D'altro canto egli è diviso da Dewey dalla radicalità dichiarata della sua scempi e dalla sua visione distaccata e al tempo stesso fervida della vita, diversa affatto dal tono moralizzante e pedagogico del filosofo del Vermont. Quest'ultima differenza di visioni è probabilmente la scaturigine più profonda della differenza notevole che si deve tener presente (al di là dei tentativi deweyani di accostamento) tra il « liberalismo » conservatore di Holmes e quello socialisteggiante di Dewey. Proprio la scempi, specie nella sua applicazione al giudizio valutativo — alla cui base starebbero irrazionali preferenze e disposizioni emozionali — sembra invece avvicinare Holmes addirittura a certe recentissime manifestazioni di neo-positivismo, che egli avrebbe trovate — si può congetturare — assai congeniali.

⁽¹⁷²⁾ Giova ricordare in proposito l'apro giudizio negativo che Holmes fa in una lettera a Pollock dell'interpretazione in chiave di determinismo economico compiuta dallo storico Beard delle origini della Costituzione americana (*Holmes-Pollock Letters*, cit., II, pag. 223). Holmes concedeva una parte importante al « fattore » ideale negli svolgimenti del diritto, pur non ignorando il peso di quello economico, di cui si era mostrato ben cosciente fin dalla prima gioventù, come abbiamo visto nella nota alla sentenza inglese relativa allo sciopero dei *gas-stokers*. Vedi per l'importanza delle idee nella storia del diritto C. L. P., pag. 261-262.

le e dell'attività interpretativa, realistica e dinamica e contrapposta a quella meccanicistica, popolare in America al tempo in cui la sua apparve. Non importa che essa non assurga propriamente a trattazione filosofica e che si presenti come un semplice abbozzo racchiuso in poche pagine. Essa diede subito la percezione del fatto che i processi interpretativi avvengono necessariamente nell'unitaria totale esperienza umana. Holmes, con le sue constatazioni, che la coerenza logica è mera forma e che dal dato normativo per virtù di mera sillogistica non può dedursi un sistema, e che infine nei ragionamenti giuridici non può non entrare un elemento legislativo, pone i punti di partenza per le più ampie analisi di Cardozo e di Pound. Ma dalla concezione holmesiana della decisione giudiziale prende spunto anche la successiva scuola realistica, coi temi tipici che essa si propone: qual'è l'effettiva parte che — stante il regime dello *stare decisis* — ha la massa dei precedenti nella determinazione delle sentenze? Quale è il grado di prevedibilità di queste? Qual'è il grado dell'effettiva certezza del diritto, della sicurezza dei nostri diritti soggettivi?

Ma Holmes non si limita a porre alcune determinazioni di applicabilità universale relative alla decisione e alla interpretazione giuridica: ci dà praticamente, col suo metodo della valutazione degli interessi, della « esatta misurazione dei desideri sociali », nuovi concetti e criteri direttivi per l'interpretazione. Nuovi, vogliamo dire, rispetto ai concetti e criteri che allora erano prevalenti in America: il metodo del ricorso, per lo sviluppo del diritto, per la ricerca di ragioni di analogia, alla storia, e il metodo del ragionare formalistico per rigida deduzione da concetti formati con analisi di ordinamenti del passato e tenuti fermi come verità giuridiche assolute.

Il valore di un metodo giurisprudenziale dipende da parecchie circostanze, ed è relativo ai bisogni che una società in un dato momento storico manifesta rispetto al suo diritto. Metodi come quelli or ora ricordati si adattano più a periodi in cui si

avverte una esigenza predominante di consolidazione e stabilità dell'ordinamento. Ma l'America sulla fine dell'ottocento era entrata nell'età dell'industrializzazione, e agli svolgimenti economici-sociali era ovvio e necessario corrispondessero sviluppi giuridici. Il metodo che i giuristi e i giudici americani leggevano in Holmes era meglio adatto a farli efficacemente partecipare ai processi di sviluppo. Con lo studiare il diritto in funzione sociale si sarebbe provveduto a una interpretazione evolutiva; nè si sarebbero impediti o distorti gli effetti pratici della nuova legislazione col seppellirla nelle pieghe di una dogmatica vecchia. Se si pensa inoltre che nei paesi anglosassoni la legislazione non ha quelle tradizioni di maturità e quelle capacità sistematiche che ha in altri, si intuisce, starei per dire, la maggior necessità di un metodo che avviasse a trattare il dato normativo, e specie quello di tradizione giudiziale, con coscienza dinamicamente protesa alla percezione dei bisogni presenti.

Una parte non piccola del merito del metodo di Holmes è che esso sottolinea l'aggettivo « sociale » qualificante gli « interessi » da considerare, e attribuisce ad esso un significato pregnante. In un ambiente culturale come l'americano, ove erano radicati, per l'efficacia di una lunga e gloriosa storia, l'ideale individualistico e la corrispondente mentalità, il richiamo all'elemento « sociale » era, in quelle circostanze, assai utile. Holmes fa ben comprendere che l'interesse alla sicura e autonoma vita individuale, libera quanto più da vincoli giuridici preordinati, è uno tra i tanti di cui bisogna tener conto. D'altra parte Holmes invita a non considerare la società in astratto, quasi entità statica: vuole la si consideri nella sua qualità di organismo che diviene, nella storia. Egli insegna a non imporre soluzioni che non rispondono allo spirito del tempo, alle possibilità che concede l'effettiva composizione delle forze operanti e potenti nel corpo collettivo.

Sotto tutti questi riguardi Holmes si pone veramente come iniziatore del nuovo pensiero filosofico-giuridico americano del

secolo ventesimo: questi vari accenni da lui dati sono altrettanti punti di partenza per esso ⁽¹⁷³⁾.

Fin qui il filosofo. Il giurista — il giurista geniale per capacità di tecnica elaborazione e rigoroso per dominio dal dato normativo — riflette nei giudizi che elabora le qualità dei concetti direttivi e dei metodi a cui si ispira.

Nella teoria generale della Common Law, Holmes imposta la sua costruzione tenendo al centro il concetto della socialità, in contrapposto agli indirizzi individualistici di tutta la giurisprudenza precedente dell'epoca moderna, da Coke in poi: era la strada che si avviava a battere non solo la scienza anglosassone, ma anche l'europea, in conformità alla nuova struttura economico-sociale di un mondo industrializzato. Egualmente rispondente alle nuove esigenze di un tale mondo, è — se non andiamo errati — la tendenza particolare, che si vede in *The Common Law*, a mettere in rilievo elementi e valori obiettivi così nella definizione dei criteri di responsabilità come dei principi che reggono il contratto — di contro alle precedenti tendenze troppo « soggettivizzanti » ⁽¹⁷⁴⁾.

Ma la parte della sua opera giuridica che contiene i risultati più importanti — il riflesso della sua impostazione filosofica e metodologica più grandemente rilevante per la materia su cui cade e per le ultime differenze pratiche che ne scendono — è senza dubbio l'interpretazione della costituzione americana. La esigenza che questa — un testo sacro e quasi intoccabile agli oc-

⁽¹⁷³⁾ Non appartiene a questo scritto — che ha una portata limitata ad Holmes e alle origini in lui del recente pensiero americano — il compito di illustrare gli sviluppi che pensatori e giuristi successivi hanno saputo dare ai punti di partenza holmesiani. Ci ripromettiamo di inquadrare quegli sviluppi nella immagine generale della filosofia giuridica americana di questo secolo e di esporre nei particolari le diverse tesi da questa elaborate muovendo sul terreno preparato da Holmes, in prossimi lavori.

⁽¹⁷⁴⁾ Pound ha fornito un rapido disegno del tendenziale distacco del nostro secolo dal criterio che pone al centro l'elemento della volontà individuale nel campo della responsabilità e del contratto, in *An Introduction to the Philosophy of Law*, cap. IV e VI.

chi della nazione — non venisse eretta a baluardo d'un sistema economico che i tempi avevano superato, cioè che le nuove condizioni storiche non potevano più tollerare nei suoi aspetti estremi, era stringente. L'indirizzo che tenne la maggioranza nella Corte fino al 1937 era quello di una giurisprudenza antiquata, legata a un ordine politico-giuridico che poteva convenire alla realtà del secolo diciannovesimo, ma ormai non più a quella del ventesimo, e che essa leggeva nella costituzione per certe sue idee pregiudiziali sulle funzioni e i fini e i compiti del diritto e dello stato. Holmes era messo in grado, dai suoi punti di partenza, di meglio apprezzare i segni del tempo, e di giudicare e decidere in conseguenza. Nella materia patrimoniale — nel metodo di giudizio sull'estensione della garanzia costituzionale alla proprietà e all'autonomia private e sui poteri del Congresso e degli stati a legiferare nel settore economico e a predisporre gli strumenti per l'intervento dell'azione pubblica in esso — la giurisprudenza della Corte dopo il 1937 ha seguito una via che molto assomiglia a quella che era stata indicata da Holmes: e non c'è forse miglior prova della complessiva adeguatezza della visione giuridica holmesiana in questo punto ⁽¹⁷⁵⁾. Ma un giudizio simile può farsi in fondo anche per gli altri settori della sua interpretazione costituzionale. Il suo forte senso dello stato centrale risponde a bisogni non transitori, ma di destino storico del popolo americano. La sua difesa della libertà di pensiero e di espressione è un monito a una comunità salda e compatta affinché non soffochi con pretesti i necessari lieviti di novità.

Ma accanto a queste qualità e meriti, il pensiero holmesiano conosce anche, e, a nostro avviso, chiaramente, dei limiti.

⁽¹⁷⁵⁾ È giudizio comune e unanime che l'indirizzo giurisprudenziale della Corte dopo il 1937 abbia rappresentato in questo punto un « ritorno a Holmes ». Vedi LEXNER, *op. cit.*, pag. XLIX. Per uno sguardo complessivo alle decisioni recenti che costituiscono il « ritorno a Holmes » si può vedere WRIGHT, *op. cit.*, pag. 200-241.

Holmes è conosciuto presso il grande pubblico per alcune icastiche definizioni e soprattutto per quella del diritto oggettivo come « ciò che le Corti fanno in fatto ». Queste definizioni hanno una pluralità di riferimenti e quindi di effettivi significati nel concreto discorso holmesiano. Ma il pubblico ne ha colto specialmente uno tra i vari: e questi in effetti indica un punto caratteristico e fondamentale nel pensiero di Holmes. Il diritto è ciò che le Corti « fanno in fatto » e non può esser che questo, poichè le determinazioni dei valori su cui riposa qualsiasi sistema di principi e regole non posson essere che arbitrarie. Il diritto è, considerato nella sua ultima essenza, un fatto di pura forza, poichè i fondamentali valori, come le affermazioni di verità, sono nell'uomo necessariamente l'effetto di scelte non giustificabili. Appunto in codesto radicale scetticismo, sta a nostro parere il punto debole di Holmes.

Bisogna notare — ed è stato notato ⁽¹⁷⁶⁾ — che malgrado il suo scetticismo Holmes concepisce ed ha fede in una precisa filosofia etica. Noi abbiamo anzi rilevato sopra che i valori fondamentali di essa scaturiscono dal tener Holmes fermi dinnanzi a sè i due aspetti del reale che lo scetticismo immediatamente gli suggerisce: la finitezza dell'uomo e l'infinitezza dell'universo. In aggiunta, è ora doveroso far osservare — e la cosa serve al completamento del quadro delle qualità, disegnato sopra — che il mondo filosofico-etico holmesiano è aperto e sensibile a più valori e interessi, sì che si traduce in visione ricca e ampia della realtà umana, e sa anche mantenere un approssimato equilibrio tra i valori che percepisce, temperando l'uno con l'altro e impedendo all'uno di estendere il suo dominio sì da avvilire o schiacciare del tutto gli altri. Holmes apprezza la forza, l'energia effettiva, che solo i difensori di ideali astratti non vedono nel suo valore positivo, e senza la quale neanche gli ideali po-

⁽¹⁷⁶⁾ Per esempio da LERNER, *op. cit.*, pag. 372-373 e da WU, *op. cit.*, pag. 138 segg.

trebbero essere efficacemente serviti e attuati: ma non si abbandona all'attivismo sfrenato. L'intelligenza e il dubbio non divengono in lui ideali ossessivi, ma occupano un posto di strumenti ordinati alla pienezza della totale vita umana. I momenti superiori della vita hanno salde radici nel concreto. Codesta varietà di valori e il corrispettivo equilibrio si ritrova a un dipresso nel pensiero politico-giuridico. Holmes sostiene il diritto del gruppo più forte: ma certo egli non si riduce ad esaltatore dell'autoritarismo e della forza politica bruta, che repugnano al suo senso dell'intelligenza e della civiltà. Egli difende le libertà civili: ma non manca di conoscere i limiti che pur esse debbono incontrare per riguardo ad altri interessi collettivi. E via dicendo.

Ma il punto in questione è se codesta filosofia giustifichi se stessa sul fondamento della tesi scettica. E, a guardare bene, essa non par proprio poterlo.

Innanzitutto chi parte dallo scetticismo assoluto mantiene a capo della conoscenza e della prassi, del suo descrivere e valutare, un principio di scelta arbitraria: qualunque sua successiva affermazione di fatti o valori egli dovrà a rigore riconoscere, in base alla tesi scettica, affermazione particolare e non superiore in intrinseco a qualunque altra che piaccia ad altri, o a lui in altro momento, di fare. Lo scetticismo teoretico e pratico eleva a legge, nel discorso mentale di chi lo accoglie, l'arbitrio, la immediata inclinazione: ma questi posson con pari legittimità tener fermi e sviluppare gli aspetti del finito e dell'infinito nel mondo della prassi, come il contrario; possono avviare verso un equilibrio di valori, come alla rottura d'esso; e via dicendo.

Ma c'è poi un pericolo riposto nella tesi scettica. Essa sembra a rigore indifferente verso qualsivoglia scelta di valori. A lungo andare, peraltro, essa opera contro ogni visione d'equilibrio. Essa autorizza a proceder secondo la tangente della propria inclinazione; ma più si radica la coscienza di questa autorizzazione, più cresce l'abito a riguardare ultimamente arbitrario

ogni partito, ogni corso di pensiero e d'azione, e più si affievolisce nell'uomo la capacità a controllare l'impulso e s'avvilisce ogni seria coscienza morale, la quale abbisogna, per affermarsi, che non si creda che ogni valore è solo il riflesso di una disposizione contingente e transitoria. Se opera negli animi senza contrasti, avendo schiacciato ogni contraria ispirazione filosofica, la tesi scettica tende a lungo andare a favorire il brutale attivismo, il prevalere dei momenti men alti della realtà umana.

Per togliere la precarietà della sua coscienza filosofico-etica e per conferirle quella saldezza che le consenta di imporsi di contro a teorie e ideali opposti, Holmes dovrebbe ravvisare nell'uomo la capacità sicura di riconoscer se stesso finito di fronte all'infinito: e quindi dovrebbe riconoscer in lui una scintilla di infinitezza. Ma ciò implicherebbe passar oltre quel naturalismo cui egli è invece strettamente e irriducibilmente fedele.

Ma c'è di più. Già nello stesso Holmes si palesano, a guardare bene, alcune conseguenze negative di quelle che abbiano ora denunciato potenziali della scepsi. Il suo naturalismo, che si impianta sulla sua scepsi — tutt'assieme riflesso e giustificazione di essa — imprime al suo mondo filosofico-etico alcuni tratti caratteristici che limitano quella sensibilità pei valori e quella tendenza all'equilibrio che sopra avevamo detto essere di lui.

Non può dirsi infatti umanamente piena e compiuta una visione come quella di Holmes ove manchi — concessi pure i rimanenti valori — un vero palpito morale, un palpito che sappia affratellare e accomunare di fronte alle inevitabili sofferenze della vita e in ideali sentiti non come un mero potenziarsi della vitalità. Neppure può dirsi che Holmes raggiunga sempre un vero, pieno equilibrio. Tra i concorrenti valori e interessi l'equilibrio si ottiene con l'esatta ponderazione delle quantità, col disegno di una equa linea di conciliazione. Son questioni di misura. Ma Holmes, col suo intenso subordinare l'individuo alla specie, con la sua prontezza a dar via libera alla forza che riesce

ad affermarsi, sembra porsi, per principio, già in parte al di là di quella linea.

È difficile sottrarsi all'impulso di ricercare nell'opera giuridica che abbiamo sopra esposta i riflessi negativi di queste mancanze, così come vi abbiamo trovato i segni positivi che quella stessa impostazione filosofica vi ha impressi.

È stato notato ⁽¹⁷⁷⁾, per esempio, che le concezioni di Holmes relative alla Common Law hanno lasciato, nel complesso, minore impronta nella scienza del diritto americana di quella lasciata dalle interpretazioni relative al diritto costituzionale; e si è voluto trovar spiegazione di ciò nel fatto che Holmes ha voluto tenere lontano dai suoi ragionamenti ogni influsso « morale ». Il fatto è che nel sistema di Holmes la socialità cui egli tien fermo lo sguardo consiste semplicemente nel sacrificio inesorabile degli interessi dell'individuo che non sappia assurgere a un certo grado di condotta civile. Holmes segue il filo logico di questa idea, specie nel campo della responsabilità, con un rigore e un'assolutezza che lo portano a risultati talvolta disumanamente duri, che hanno ricevuto dure critiche ⁽¹⁷⁸⁾. La sociali-

⁽¹⁷⁷⁾ L'osservazione è di FULLER, *op. cit.*, pag. 97. Concorde parzialmente LERNER, *op. cit.*, pag. 362.

⁽¹⁷⁸⁾ Citiamo due tra i casi più discussi nel campo del diritto civile.

United Zinc Co. v. Britt. Si trattava di stabilire se il proprietario di un fondo fosse responsabile civilmente per la morte di due bimbi che, penetrati nel fondo, avevan fatto un bagno in una piscina lasciata colma d'acqua avvelenata. Holmes motivò la decisione della Corte Suprema (1922): la quale stabiliva la mancanza di responsabilità. A fondamento della decisione Hobbes pone che un incapace, quando penetra senza permesso nel fondo altrui, non è di per sé meno versante in illecito di un adulto; che il proprietario non è di principio tenuto per quanto, senza suo dolo, può accadere a chi si introduce abusivamente nel fondo; che il principio che il lasciar nel fondo esposti alla vista di bambini cose che facilmente ve li attraggono equivale a un « invito implicito », è principio da applicarsi con « grande cautela ». Qui si manifesta la generica repugnanza di Holmes a dar peso alle condizioni e inclinazioni particolari dell'individuo e la sua tendenza a voler rispettati da tutti, rigidamente e obiettivamente, gli *standards* di condotta che la comunità giudica necessari a una convivenza civile (*M. and F.*, pag. 201 ss., con l'indicazione delle varie critiche alla decisione. Vedi anche REUSCHLEIN, *op. cit.*, pag. 100).

Baltimore and Ohio Railroad Co. v. Goodman. Qui Holmes fa applica-

tà di Holmes era in verità di tipo darwiniano: che sollecita senza pietà verso modelli di condotta convenienti al gruppo, ma non stringe veri legami, nè istituisce una cooperazione tra individui. Il giurista che leggeva Holmes propugnante gli interessi sociali di fronte a quelli dell'individuo, non doveva poi troppo indagare sul suo modo di intenderli: perchè l'epoca si avviava a misurarli con criteri spesso diversi dai suoi, e per esempio avrebbe badato ad attuare nel diritto certi valori di solidarietà che Holmes invece sembra ignorare.

zione della sua teoria relativa alle questioni di *negligence*, cui accennammo sopra a nota 83. Il caso concerneva la responsabilità civile di una compagnia ferroviaria per l'uccisione colposa di un automobilista cagionata da investimento di treno, a un incrocio incustodito di strada e binario ferroviario. La difesa della compagnia adduceva il concorso di colpa, il qual concorso, in *Common Law*, esclude totalmente l'esigibilità del risarcimento. Per valutare l'esistenza del concorso Holmes — che esprime l'opinione della Corte (1927) — pone, secondo la sua teoria, un modello preciso di condotta prudente: l'automobilista deve, a un incrocio ferroviario, fermarsi, se del caso scendere, constatare la libera via, e solo allora attraversare. Raffrontata a questo modello, la condotta in questione, seppur per ogni altro rispetto prudente, si palesava viziata di negligenza. A porre un modello di condotta così rigido e a pervenire a un giudizio così draconiano Holmes era sollecitato da vari aspetti del suo modo di vedere in materia di responsabilità e negligenza: dalla sua propensione a definire con nettezza e in astratto gli *standards* di condotta, sottraendoli all'incertezza della definizione caso per caso delle giurie; dall'inflessibile pretesa sua che il singolo si attenga strettamente a quegli *standards* o ne sopporti le conseguenze; ecc. Qui si palesano rigidità e durezza nella concezione holmesiana dei rapporti tra consociati e delle correlative responsabilità: rigidità e durezza che contrastano, se non altro, con quella tendenza alla « individualizzazione » nel diritto che Pound ha indicato propria del nostro secolo (*M. and F.*, pag. 205, con la nota delle varie, concordi critiche alla decisione. La giurisprudenza della Corte Suprema ha per questo punto superato, in seguito, i criteri rigidi di Holmes, adeguandosi a uno stile più « individualizzante »).

Due appunti marginali. In mezzo al coro delle critiche, Pollock giudicò favorevolmente queste decisioni di Holmes (vedi il suo articolo nel numero della *Harvard L. R.* del 1931, dedicato a Holmes, sopra citato; e vedi il molto perplesso giudizio di Cardozo sul giudizio favorevole di Pollock, in *Carozo, Selected Writings*, New York, 1947, cit., pag. 102). Con questi *rulings* Holmes in pratica contravveniva al suo atteggiamento non favorevole a una « *Common Law* federale » (vedi nota 169): poichè sovrapponeva la sua interpretazione del diritto comune a quella ben diversa prevalente negli stati la cui legge avrebbe dovuto essere applicata nei due casi.

Quanto alle interpretazioni costituzionali, non è difficile riportare a un vizio che ha la medesima ultima origine alcune per esempio che han sollevato critiche: e valga per tutte il ricordato caso *Buck v. Bell*.

In questi ultimi anni anche in America, in occasione della rinascita di una corrente di idealismo e di un nuovo giusnaturalismo, s'è cominciato, superando quello che quasi era diventato il mito Holmes, ad avvertire i limiti insiti nel pensiero di lui e le ultime origini d'essi ⁽¹⁷⁹⁾. In verità Holmes, alle soglie del secolo ventesimo, ha abbozzato le principali tendenze che, con frutto, il pensiero americano avrebbe sviluppato negli anni successivi, e ha indicato punti di partenza per felici ulteriori svolgimenti. Egli propugna, nel campo che fu il suo, — non bisogna dimenticare — il superamento degli ideali astratti e del pensiero astratto, del troppo facile e romantico fingersi una realtà che non è, e vivere su essa: alle quali cose assai indulgeva la mentalità americana precedente. Ma al tempo stesso egli con la sua scepsti ha in certo modo anticipato un'altra tendenza di diversa qualità, che farà la sua comparsa nel pensiero filosofico giuridico americano di questo secolo e che, spingendosi in taluno molto innanzi — molto più innanzi, certo, che non nel moderato Holmes — per le vie che le si aprivano di fronte, costituisce, a nostro avviso, il lato d'ombra di quel pensiero. Per questi motivi ci sembra che non a torto Holmes sia stato elevato a simbolo di tutta intera la recente fase della filosofia del diritto in America.

(179) Cito alcune tra le critiche, oltre quella, cui si è incidentalmente accennato, di Fuller: Mc KINNON, *The Secret of Mr. Justice Holmes*, in « American Bar Ass. Journ. », 1950, pag. 261, 345; LUCEY, *Natural Law and American Legal Realism: Their Respective Contribution to a Theory of Law in a Democratic Society*, in « Geo. Law Journ. », vol. 30, pag. 493 ss.; J. C. FORD, *The Fundamentals of Holmes Juristic Philosophy*, citato sopra. Per una risposta alle critiche: HOWE, *The Positivism of Mr. Justice Holmes*, in « Harvard Law Rev. », vol. 64, 1950, pag. 118, e WHITE, *La rivolta contro il formalismo*, cit., Appendice.

GIOVANNI CONSO

*Professore straordinario di procedura penale
nell'Università di Urbino*

LE MODIFICHE AL CODICE DI PROCEDURA PENALE (*)

(*) Questo articolo è stato scritto per *Il diritto dell'economia*, 1956.

1. Un primo consuntivo delle reazioni provocate dalla recente riforma al codice di procedura penale, estrinsecatasi nella Legge 18-6-1955, n. 517, e completata dai Decreti Presidenziali 8-8-1955, n. 666, e 25-10-1955, n. 932, rivela identità di vedute per lo meno su di un punto: sia da chi ha mostrato di apprezzare nel complesso l'opera di revisione sia da chi l'ha considerata sfavorevolmente non si è mancato di giudicare come troppo rapido il ritmo impresso, nella fase conclusiva, all'elaborazione delle nuove norme. Vedremo, più innanzi, in qual modo la fretta di concludere abbia influito negativamente sui risultati avuti di mira dal legislatore, pregiudicandoli in più o meno buona parte.

Le deficienze di coordinamento, implicite in qualunque riforma a carattere non complessivo e, quindi, non organico, ma semplicemente « novellistico », traspaiono qui a svariate riprese anche *prima facie*. Alle più grossolane si è posto frettoloso rimedio tramite i decreti di coordinamento, snaturando in parte la funzione di questi con l'inserirvi vere e proprie disposizioni riformatrici. Del resto, la stessa emanazione delle norme di coordinamento in due riprese, senza nemmeno la cura di far coincidere le date di entrata in vigore dei tre provvedimenti legislativi, oltre a creare delicati problemi di diritto intertemporale, ha confermato quanto affannosa sia stata la messa a punto di un complesso di innovazioni pur tanto importanti e, quasi a beffardo contrasto, da lungo tempo allo studio.

Motivi di carattere del tutto contingente hanno giocato in proposito un ruolo decisivo: accanto a quelli già prospettati da più parti, non va dimenticata l'esigenza di evitare il pericolo di un ennesimo rinvio della riforma a causa del voto di sfiducia e conseguenti dimissioni del Governo Scelba, il cui Ministro Guardasigilli sen. De Pietro era appunto l'autore del progetto

in corso di approvazione da parte delle Camere. Prova ne sia che il progetto, dopo un esame laborioso da parte della Camera dei Deputati (Commissione III) nel periodo 20 marzo-27 maggio, venne portato il 10 giugno al Senato (Commissione II) che ne concluse l'approvazione in soli cinque giorni. Niente di strano, dunque, che un sì rapido epilogo abbia impedito di scorgere le non poche discrepanze rimaste nel progetto, tanto più dopo le varianti apportate, in sede di votazione, dalla Commissione della Camera dei Deputati.

2. Se questa è la storia dell'epilogo, assai indietro bisogna risalire per rintracciare le origini del lavoro legislativo sfociato nel provvedimento del 18 giugno 1955. Precisamente al 2 gennaio 1945, giorno in cui venne istituita una commissione ministeriale, denominata appunto Commissione per la modifica del Codice di Procedura Penale. Dapprima, la Commissione si orientò nel senso di un'integrale rinnovazione, poi, per più celermente pervenire al soddisfacimento delle istanze maggiormente sentite, l'impostazione mutò, spostando l'obiettivo su di una riforma parziale. L'opera della Commissione culminò nella redazione di un progetto, rimesso al Ministro Guardasigilli nell'agosto 1949, e da questo sottoposto all'esame delle Corti di Appello, delle Università e dei Consigli Forensi. Tale progetto fu poi riprodotto pressochè integralmente in una proposta dei deputati Leone, Riccio, Bellavista e Amatucci annunciata il 13 maggio 1952. Poco tempo dopo, il 13 novembre 1952, il Ministro Guardasigilli Zoli presentava un progetto-stralcio, che limitava ancor più l'ambito della riforma, mirando soltanto alle modifiche più impellenti, anzi alle modifiche ritenute indilazionabili.

I due disegni legislativi, insieme ad altri di iniziativa parlamentare, furono sottoposti, in vista di un coordinamento, ad un comitato parlamentare che, d'intesa con il Governo, redasse un progetto definitivo: questo, benchè approvato dalla Camera dei Deputati, decadde per la successiva fine della legislatura.

Nell'intento di riparare al nuovo intralcio, gli on. Leone, Riccio e Amatucci presentavano, il 27 luglio 1953, un disegno di legge, il cui contenuto coincideva esattamente con il testo approvato nella seduta del 23 marzo; ma una nuova stasi veniva a paralizzare l'intento dei proponenti, sinchè, nella seduta del 3 agosto 1954, il Guardasigilli sen. De Pietro presentava un nuovo progetto, in gran parte coincidente con quello di iniziativa parlamentare. La discussione abbinata dei due disegni ebbe inizio alla Camera dei Deputati (III Commissione, in sede legislativa) nella seduta del 25 marzo 1955. Del suo epilogo già si è detto.

3. Gli articoli contemplati dalla Legge ammontano a 129, undici dei quali del tutto nuovi rispetto alla legislazione precedente. Pur tenuto conto che per taluni dei 118 articoli modificati l'innovazione è valsa semplicemente ad eliminare incongruenze determinate da dimenticanze anteriori (si veda, ad es., l'abrogazione dell'ultimo comma dell'art. 40, già superato dalla Legge sul Tribunale dei Minorenni, o la modifica del III comma dell'art. 153, al fine di un adeguamento con la Legge sulle Corti di Assise, o addirittura l'art. 6, ed altri, in cui la dizione « Procuratore del Re » è stata sostituita con la dizione « Procuratore della Repubblica »), la portata della riforma appare massiccia, tanto più che non si debbono dimenticare quegli altri articoli il cui testo è stato modificato ad opera dei due decreti di coordinamento.

Riassumiamo in un rapido scorcio le novità di rilievo seguendo l'ordine che le materie relative occupano nel codice: deducibilità dell'incompetenza per materia in ogni stato e grado del procedimento; rimessione dei processi riguardanti magistrati; più estese possibilità per proporre la costituzione di parte civile, l'opposizione a tale costituzione, la citazione e l'intervento del responsabile civile, l'istanza di esclusione del responsabile civile; più ampie garanzie contro l'abbandono della

difesa dell'imputato; obbligo di motivare tutte le sentenze e tutte le ordinanze, oltre a numerosi decreti; maggiori cautele per le notificazioni all'imputato; ritorno all'istituto della restituzione in termini; ripristino delle nullità assolute; previsione del ricorso per cassazione nei confronti dei provvedimenti sulla libertà personale e delle sentenze non altrimenti impugnabili; obbligo di notificare all'imputato l'impugnazione del P. M.; possibilità anche per l'imputato di presentare la dichiarazione di impugnazione per telegrafo o per raccomandata e, sia per l'imputato che per il P. M., di spedire i motivi mediante raccomandata; accentuazione per la polizia giudiziaria del vincolo di subordinazione all'autorità giudiziaria con particolare riguardo al fermo; riduzione dei casi per cui è previsto il mandato di cattura obbligatorio e dei casi per cui è previsto il mandato di cattura facoltativo; introduzione di limiti massimi alla durata della custodia preventiva; riordinamento delle norme in tema di scarcerazione e di libertà provvisoria, con aumentate garanzie per l'imputato; assistenza dei difensori ad alcuni atti istruttori; estensione dell'obbligo del segreto istruttorio; obbligatorietà della perizia; ricusabilità del perito; maggior rilievo alla figura del consulente tecnico; aumento dei casi in cui la sentenza istruttoria di non doversi procedere è impugnabile da parte dell'imputato e dei casi in cui l'imputazione deve essergli contestata nel corso dell'istruzione; piena impugnabilità della sentenza predibattimentale; varianti all'ordine della discussione finale nel dibattimento di primo grado, di appello e di cassazione; aumentata possibilità di appello contro le sentenze dibattimentali; ammissibilità del ricorso per cassazione da parte dell'imputato anche contro la sentenza di proscioglimento; impugnabilità in qualunque caso della sentenza pronunciata dal giudice di rinvio per revisione; limitazione delle iscrizioni e aumento delle cancellazioni nel casellario giudiziale.

La maggior parte delle suddette innovazioni si ritrovano proposte già nei progetti precedenti al progetto De Pietro. Ci

limiteremo a sottolineare le novità introdotte attraverso quest'ultimo (accentuazione del vincolo di subordinazione ed aumento delle sanzioni a carico degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria; estensione dell'obbligo del segreto istruttorio; equiparazione dell'istruzione sommaria all'istruzione formale per quanto riguarda l'aumento dei casi in cui la sentenza di non doversi procedere è impugnabile dall'imputato e dei casi in cui l'imputazione deve essergli contestata nel corso dell'istruttoria; impugnabilità in qualunque caso della sentenza pronunciata in sede di rinvio per revisione; modifiche in tema di casellario giudiziale) e le novità inserite nel corso della discussione finale davanti alla Commissione della Camera dei Deputati (ripristino dell'istituto della restituzione in termini; spedizione per raccomandata o per telegramma della dichiarazione di impugnazione anche per l'imputato e spedizione per raccomandata dei motivi sia per l'imputato che per il P.M.; ricorso per cassazione contro l'ordine di cattura; introduzione dell'art. 277-bis; varianti nell'ordine della discussione dibattimentale; eliminazione della manifesta infondatezza dei motivi come causa di inammissibilità del ricorso). In sede di votazione sono stati ulteriormente ridotti i limiti massimi della carcerazione preventiva e i casi di mandato di cattura obbligatorio mentre, in analogia al progetto De Pietro, sono stati aumentati i casi di appello.

4. Considerata nel suo complesso, la riforma appare preordinata a realizzare l'adeguamento del nostro processo penale ai principi sanciti nella Costituzione Repubblicana, specialmente per quanto riguarda il rafforzamento dei diritti dello imputato e della sua difesa, diritti che il codice del 1930 aveva gravemente sacrificato. In particolare, il legislatore del 18 giugno ha preso in considerazione i principi costituzionali formulati negli artt. 13, 14, 15, 24 Il comma, 25, 111 I e II comma.

Quanto alla valutazione dei risultati raggiunti, le opinioni sino ad oggi formulate si sono rivelate discordi; per taluni la opera di adeguamento sarebbe stata troppo scarsa, per altri ad-

dirittura eccessiva, per i più abbastanza soddisfacente. Comunque, in misura maggiore o minore a seconda dei punti di vista ora accennati, il legislatore è venuto incontro ad una delle due esigenze fondamentali che da tempo reclamavano soddisfazione per un miglior corso della giustizia penale: l'esigenza, appunto, che il codice di procedura penale, emanato in un'epoca ispirata a ben precisi principi politici, venisse ad armonizzarsi con la ben diversa impostazione assunta nel dopoguerra dallo Stato italiano ed affermata attraverso la formulazione delle norme costituzionali del 1948.

È stata, invece, completamente pretermessa, anzi compromessa, l'altra più sentita esigenza di riforma, cioè lo snellimento e l'ammodernamento dell'attività giurisdizionale. E, se sul piano dell'ammodernamento nulla si è fatto, sul piano dello snellimento la situazione è ulteriormente peggiorata. La riforma del 18 giugno 1955 ha allungato in definitiva la vita del processo penale. Molto probabilmente (anche se si sarebbero almeno potuti aumentare i casi sottoponibili a giudizio direttissimo) è questo il prezzo che si deve pagare ogniqualvolta si vogliono meglio garantire gli interessi ed i diritti delle parti private in un processo di tipo misto. In un sistema del genere è assai difficile trovare il modo di conciliare, soddisfacendole entrambe, l'esigenza che l'amministrazione della giustizia si svolga celermente nell'interesse generale, nonché nell'interesse della parte che ha ragione, e l'esigenza che ogni soggetto processuale, soprattutto l'imputato ed il suo difensore, sia posto in grado di provvedere nel modo più completo all'esercizio delle proprie funzioni e alla tutela dei propri interessi.

L'inderogabilità della competenza per materia, il ripristino delle nullità assolute con la conseguenza di dover riprendere il procedimento dal punto in cui si è verificata la nullità, le maggiori cautele per la regolarità delle notificazioni, il parziale intervento dei difensori nell'istruttoria, il sensibile aumento dell'impugnabilità oggettiva e soggettiva, l'ampliamento

dei casi di sospensione e di rinvio, ecc., sono tutte forme di maggiore garanzia (alcune, come le nullità assolute connesse con la costituzione del giudice e la competenza per materia, vellevoli per tutti i soggetti del processo; altre, come le norme relative all'intervento del difensore, per taluni di questi soggetti; altre infine per il solo imputato) che implicano necessariamente più estese formalità, più frequenti interruzioni, più intensi annullamenti.

Poichè, purtroppo, il grande male che inquina il processo penale e che, con il processo, mette in crisi tutto il nostro sistema penale, è proprio il cammino lunghissimo che separa la *notitia criminis* dal formarsi del giudicato con conseguente cumulo di lavoro per gli organi giurisdizionali, non ci si può certo dichiarare soddisfatti di una riforma che non si è per nulla preoccupata di un sì nefasto fenomeno. A questo punto, diventa decisivo valutare sin dove si sia realizzato il coordinamento con i principi costituzionali. È evidente che, di fronte al completo sacrificio dell'esigenza di celerità processuale, *soltanto la constatazione di un effettivo adeguamento* ai suddetti principi potrebbe evitare una conclusione complessivamente negativa sulla opera di riforma.

5. Se in tema di intervento dei difensori nell'istruzione formale si è compiuto un notevole passo con l'attribuire loro il diritto di assistere agli esperimenti giudiziari, alle perizie, alle perquisizioni domiciliari e alle ricognizioni, nonchè il diritto di prendere immediatamente visione dei processi verbali relativi all'interrogatorio dell'imputato, ai sequestri, alle ispezioni e alle perquisizioni personali; se in tema di perizia e consulenza tecnica rimarchevoli garanzie sono state predisposte a favore delle parti, dall'obbligatorietà della perizia alla ricusabilità del perito, dalla possibilità di immediata nomina dei consulenti tecnici al loro diritto di assistere alla perizia e avanzare istanze, osservazioni o riserve, da un più ampio intervento dei

consulenti tecnici nel dibattimento all'ammissibilità di una loro discussione con i periti; se in tema di libertà personale dell'imputato si è andati molto innanzi — e talora sin troppo — sia riducendo notevolmente non solo i casi di mandato di cattura obbligatorio ma anche i casi di mandato di cattura facoltativo, sia sottoponendo a termini massimi la durata della custodia preventiva, sia ampliando la sfera delle impugnazioni, assai poco si è fatto a proposito dei rapporti tra polizia giudiziaria ed autorità giudiziaria. Eppure sul punto le proposte erano state tante e talune assai caldeggiate.

Il problema che si prospetta in materia è senza dubbio delicatissimo, implicando da un lato la necessità di conservare alla polizia giudiziaria una qualche iniziativa, non potendosi materialmente pretendere che l'autorità giudiziaria sia presente ovunque, in qualsiasi momento, e dall'altro la preoccupazione di prevenire gli abusi nell'esercizio di tale iniziativa. Ovviamente, il problema non può risolversi che attraverso il controllo, più o meno intenso, più o meno immediato, da parte dell'autorità giudiziaria sulla attività della polizia giudiziaria.

Secondo il codice 1930, tale controllo si presentava, invero, alquanto limitato. L'art. 220 disponeva sì « gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria esercitano le loro attribuzioni sotto la direzione e alla dipendenza del Procuratore Generale presso la Corte d'Appello e del Procuratore della Repubblica » ma subito aggiungeva « osservate le disposizioni che nei rispettivi ordinamenti ne regolano i rapporti interni di dipendenza gerarchica ». Anche in relazione all'art. 109 della Costituzione (« l'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria »), si era da più parti venuta prospettando l'opportunità di rafforzare, anzi di rendere effettiva e immediata, la dipendenza della polizia giudiziaria dall'autorità giudiziaria. A ciò avevano appunto mirato le proposte di costituire la prima in un corpo autonomo, alle dirette ed esclusive dipendenze della seconda, o per lo meno di istituire presso ogni tribunale nu-

dei specializzati di polizia giudiziaria, anch'essi alle dipendenze dirette ed effettive dell'autorità giudiziaria.

Il legislatore del 18 giugno 1955 si è, invece, soffermato su una posizione intermedia, di duplice dipendenza della polizia giudiziaria dall'autorità di polizia e dall'autorità giudiziaria, solo stabilendo in più rispetto al legislatore del 1930, alcune garanzie di inamovibilità a favore degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria nel senso che essi non possono essere promossi senza il parere favorevole del Procuratore Generale presso la Corte d'Appello corrispondente. Si è, cioè, resa effettiva la duplicità di dipendenze: l'autorità giudiziaria e l'autorità di polizia devono essere d'accordo per promuovere, come pure devono essere d'accordo per allontanare dalla sede o privare dell'esercizio delle funzioni di polizia giudiziaria l'ufficiale più elevato in grado di ogni sede giudiziaria. Sono state, inoltre, accresciute le sanzioni disciplinari comminabili dal Procuratore Generale agli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria. Ma che succede degli atti indebitamente compiuti da costoro?

È troppo evidente che solo attraverso l'invalidità o, comunque, l'inefficacia di tali atti è possibile garantire in modo effettivo chi si trova a subirli. Purtroppo, la legge del 18 giugno si è ben poco preoccupata di ciò limitandosi a sottoporre alla convalida dell'autorità giudiziaria, convalida da richiedersi entro 48 ore dal compimento dell'atto, le perquisizioni personali, le perquisizioni domiciliari, i fermi di polizia e a subordinare alla previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria l'intercettazione e la cognizione delle comunicazioni telefoniche. Niente altro. In mancanza di una espressa previsione di nullità, rimane alla mercè della polizia giudiziaria l'osservanza delle disposizioni che ne regolano gli altri poteri, primi fra tutte l'art. 225, secondo cui solo « in caso di flagranza e quando vi è urgenza di raccogliere le prove del reato o di conservarne le tracce » gli ufficiali di polizia giudiziaria « possono procedere a sommario interrogatorio dell'arrestato, a sommarie informazioni testimo-

niali e ai necessari atti di ricognizione, ispezione o confronto », e l'art. 227, secondo cui « gli ufficiali di polizia giudiziaria, terminate le loro operazioni, devono trasmettere immediatamente al Procuratore della Repubblica o al Pretore gli atti compilati ».

Eppure voci autorevoli e molteplici avevano chiesto che fosse stabilito ben altro: ad esempio, che la polizia non potesse procedere in nessun caso e per nessuna ragione ad interrogatori, confronti e ricognizioni, o che, almeno, agli interrogatori, alle ricognizioni e ai confronti si potesse procedere soltanto negli uffici giudiziari; che degli atti compiuti dalla polizia giudiziaria in difetto di assoluta necessità non dovesse tenersi conto a pena di nullità; che i verbali degli atti di polizia giudiziaria non dovessero essere trasmessi al giudice del dibattimento o addirittura che per essi non si potesse redigere processo verbale. Insomma, per quanto attiene alla polizia giudiziaria, la riforma è ancora da cominciare.

Con questo non si creda che quanto è stato realizzato in tema di intervento della difesa nell'istruttoria, di perizia e di libertà personale dell'imputato, sia immune da critiche e insuscettibile di ulteriori passi avanti. Sul primo punto, ad esempio, si era da più parti richiesta la presenza del difensore all'interrogatorio dell'imputato; noi ci limitiamo ad osservare quanto pericoloso sia il disposto del V comma dell'art. 304-*quater*, secondo cui, per gravi motivi, il giudice può disporre che « il deposito del processo verbale dell'interrogatorio dell'imputato sia ritardato », con il che, non prospettandosi nemmeno un limite al ritardo, si svuota il principio formulato nei precedenti commi dello stesso articolo.

In tema di perizia, si è respinta la tesi che, attraverso la abrogazione del II comma dell'art. 314, avrebbe voluto ammettere anche le perizie volte a stabilire le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche; noi ci limitiamo ad osservare quanto incoerente con la linea seguita dalla riforma sia l'aver anticipato dal sesto all'ottavo giorno antecedente al dibattimen-

to il termine utile per depositare in cancelleria le osservazioni del consulente tecnico.

A proposito della libertà personale, non ci si è preoccupati della proposta, invero giustificata, diretta ad ottenere termini massimi per la custodia preventiva pure quando questa si protragga dopo l'istruzione; noi ci limitiamo ad osservare quanto contrastante, con l'intento di ridurre al minimo i casi di mandato di cattura obbligatorio e di attribuire all'autorità giudiziaria larghissimi poteri in materia di libertà provvisoria, sia la modifica del II comma dell'art. 277, almeno se la si vuol intendere, come sta intendendola ora la Cassazione (opinione che non riteniamo però di condividere), nel senso di escludere la libertà provvisoria per tutti quei reati nei cui confronti l'obbligatorietà del mandato di cattura è stabilita non dal codice ma da leggi speciali anteriori alla riforma, tale, fra le altre, la Legge Fallimentare. Con il che si preclude l'applicazione di un beneficio tanto importante a casi che, sino all'entrata in vigore della Legge 18 giugno 1955, chiaramente lo consentivano.

6. Di altri mancati coordinamenti, sfociati talora in vere e proprie contraddizioni, è appena il caso di far cenno in questa sede: chi voglia rendersi conto di qualche grosso caso, provi a conciliare in modo organico il II comma dell'art. 34 con il I dell'art. 36, oppure, sempre in tema di incompetenza per materia, constati come l'abrogazione del III comma dell'art. 34, diretta a garantire il grado di appello anche nell'ipotesi in cui un reato sia stato giudicato in primo grado da un giudice di competenza superiore, sia stata dimenticata in sede di art. 435, relativo ai reati commessi in udienza, oppure raffronti gli artt. 376, 387 III comma e 402 II comma che per situazioni che meriterebbero analogo trattamento (diritti dell'imputato prosciolti in istruttoria relativamente alla contestazione dell'accusa, all'impugnazione e alla riapertura dell'istruzione) contemplano ora talune ora talaltre formule di proscioglimento, oppure si prospetti i problemi che nascono dall'impossibilità di applicare *sic*

et simpliciter il regime delle altre nullità alle nullità inerenti alla notificazione delle sentenze e che procurano gravi, ripetuti imbarazzi alla nostra giurisprudenza.

Più che nelle proposte non attuate e nelle istanze non accolte (ricordiamo, oltre quelle già accennate nelle pagine precedenti, l'abolizione del proscioglimento per insufficienza di prove in istruttoria, l'allargamento delle ipotesi di revisione, la riparazione pecuniaria alle vittime di errori giudiziari, non senza notare, però, che è sempre possibile criticare per questa o quell'omissione qualunque riformatore e, inoltre, che una o più omissioni non devono far dimenticare le modifiche meritevoli di approvazione) è qui, in questa mancanza di rifinitura, che ci sembra individuabile il punto di maggior debolezza della recente parziale ricostruzione.

In proposito, è assai significativo che le poche modifiche che si presentano come decisamente criticabili e, quindi, trattandosi di peggioramenti, senz'altro deprecabili, si ritrovino proprio tra quelle inserite all'ultimo momento, durante la discussione e votazione in sede di Commissione della Camera dei Deputati: alludiamo alle disposizioni che hanno tolto la priorità di parola all'impugnante nella discussione in appello e in cassazione, che hanno subordinato l'ammissibilità dell'impugnazione del P.M. ad un comportamento (notificazione all'imputato) del cancelliere del giudice che ha emanato il provvedimento, che, invece di abolire, hanno vieppiù ampliato la facoltà di presentare l'impugnazione e di spedire i motivi coi mezzi del telegrafo e della posta raccomandata, dando così adito, in ogni caso di mancata impugnazione o di mancata spedizione di motivi, ad incertezze, teoricamente imperiture, circa il formarsi del giudicato.

La fretta, dunque, ha talmente accresciuto le « voci » negative nel bilancio della riforma da farci temere che, al tirar delle somme, esso finisca con il traboccare dalla parte del passivo.

ELIO FAZZALARI

*Professore inc. di diritto processuale civile
nell'Università di Urbino*

NOTE IN TEMA DI DIRITTO E PROCESSO

INTRODUZIONE

Recenti, fondamentali contributi ⁽¹⁾ ripropongono, a me sembra in maniera perentoria, l'argomento dei rapporti fra diritto (sostanziale) e processo (civile).

Si pone, innanzitutto, una questione di fondo, la quale riguarda la esistenza medesima di uno dei termini del rapporto; meglio, la possibilità di distinguere le due sfere (quella sostanziale e quella processuale) e di coordinarle.

Infatti, com'è noto, a fronte della impostazione per così dire classica ⁽²⁾, la quale distingue fra i due mondi (quello del di-

(1) ALLORIO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, pag. 247 e segg.; *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, in *Jus*, 1955, pag. 154 e segg.; *Osservazioni critiche sulla sanzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, pag. 1 e segg.; *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, pag. 1 e segg.; GARBACNATI, *Azione e interesse*, in *Jus*, 1955, pag. 316 e segg.; LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, II, Padova 1950, pag. 427 e segg.; *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano 1955, pag. 4 e segg., 31 e segg.; MICHELI, *Giurisdizione e azione (premesse critiche allo studio dell'azione nel processo civile)*, in *Riv. dir. proc.* 1956, pag. 107 e segg.; PUGLIESE, « *Res corporales* » e « *res incorporales* » e il problema del diritto soggettivo, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, III, Napoli 1953, pag. 323 e segg.; ROMANO Salvatore, *Aspetti soggettivi dei diritti sulle cose*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, pag. 1009 e segg.; *Ordinamenti giuridici privati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, pag. 249 e segg.; *Autonomia privata*, *ivi*, 1956, pag. 801 e segg.; e ora *Autonomia privata (appunti)*, Milano 1957; SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova 1957, pag. 95 e segg.; *Il concetto di parte*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, pag. 68 e segg.; SEGNÍ, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Commentario Scialoja-Branca*, VI, Bologna-Roma 1953, pagg. 226 e segg.

(2) Le citazioni possono sembrare superflue. Comunque, da noi, sulla scorta dell'insegnamento chiovendiano (*L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma 1930, pag. 3 e segg.; *Principi di diritto processuale civile*, Napoli 1923, pag. 60 e segg.; *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli 1940, pag. 1 e segg.); REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano 1936, pag. 7 e segg.; *Diritto processuale civile*, I, Milano 1952,

ritto sostanziale, regolato dalle norme di diritto privato e operante attraverso la condotta dei privati; e quello del processo, regolato dalle norme processuali — *rectius*: giurisdizionali — e operante attraverso l'iniziativa del privato e l'attività del giudice) e configura il rapporto fra di essi come complementarietà del secondo rispetto al primo, si riaffaccia di tanto in tanto una tendenza monistica che nega la distinzione e tende, in prevalenza, a ridurre il diritto al momento della tutela giurisdizionale, l'ordinamento al processo.

Per quanto mi sembra e cercherò di spiegare, questa tendenza costituisce un ramo non valido e non vitale del moderno pensiero giuridico. I suoi esponenti sono, da noi (e non soltanto da noi), una netta minoranza rispetto a coloro che rivendicano la distinzione fra diritto e processo. Ma ciò non toglie che si tratti di voci assai autorevoli, espresse in costruzioni sistematiche di pregio: dove si coglie l'ansia di rivivere tutti i fenomeni, di « rimettere tutto in gioco », che è il destino e il tormento del processualista (*).

Nè è senza significato che i contributi, dei quali ho fatto cenno in apertura, sopravvengano a cinquant'anni di distanza dal saggio chiovendiano sull'azione (che costituisce certo l'atto

pag. 7 e segg.; SECNI, *op. loc. cit.*; LERMAN, *op. loc. cit.*; BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma 1936, pag. 3 e segg.; RASELLI, *Il potere discrezionale del giudice civile*, Padova 1927, pag. 201 e segg.; ROCCO UGO, *L'autorità della cosa giudicata*, Roma 1917, pag. 116; *Corso di teoria e pratica del processo civile*, Napoli 1951, I, pag. 11 e segg.; ROCCO ALFREDO, *La sentenza civile*, Torino 1906, pag. 133 e segg.; ZANUCCHI, *Il nuovo diritto processuale civile*, I, Milano 1943, pag. 4 e segg.; MAJORCA, *L'oggetto dei diritti*, Milano 1939, pag. 156. Sul piano della speculazione filosofica, v. la classica opera del LOPEZ DE OÑATE (*La certezza del diritto*, Roma 1950, pag. 83 e segg.). Per la dottrina in lingua tedesca, v. per tutti: WACH (*Handbuch des Zivilprozessrechts*, Leipzig 1885, I); HELLWIG (*System des deutschen Zivilprozessrechts*, I, Leipzig 1906); WEISSMANN (*Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, I, Stuttgart 1903); OERTMANN (*Grundriss des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig 1927); SCHÜNKE (*Zivilprozessrecht*, Karlsruhe 1949).

(*) CAPOCRASSI, *Intorno al processo (ricordando Chioventa)*, in *Riv. intern. filosofia del diritto*, 1938, pag. 254.

di nascita della scuola italiana ⁽⁴⁾ e in cui il dualismo fra diritto e processo è nettamente segnato), e che alcuni di essi siano offerti da chi — come il Satta, come l'Allorio — non si è certo staccato dall'insegnamento del Chiovenda prima di essersi formato sotto di esso e di averlo profondamente vissuto ⁽⁵⁾.

Non basta più, allora, considerare la calma sicurezza che i privatisti ostentano ⁽⁶⁾ di fronte a queste ricorrenti negazioni dell'oggetto del loro lavoro, paghi come essi sono della constatazione che il diritto sostanziale non dev'essere proprio un'ombra proiettata dal processo ⁽⁷⁾ se, a costituirlo, sono dedicate alcune migliaia di articoli di legge. Occorre, piuttosto, risalire all'origine, scoprire i motivi e le implicazioni del filone d'idee fondamentalmente contrarie alla distinzione fra il piano sostanziale e quello processuale, ed articolarne una critica quanto più possibile completa. Ed è questo un compito che spetta al processualista: non soltanto per quella vocazione che il compianto filosofo gli riconosceva, ma anche e soprattutto perchè è suo preciso obbligo ridimensionare il proprio oggetto, restituendo a... Cesare, cioè al diritto sostanziale, quanto gli appartiene.

Ma, una volta risolto questo problema di fondo, una volta rivendicata, cioè, la esistenza della norma sostanziale e la presenza dei due termini « diritto » e « processo », le difficoltà non si

⁽⁴⁾ CHIOVENDA, *L'azione cit.*, pagg. 6 e segg.; V. LIERMAN, *Azione cit.*, pag. 423.

⁽⁵⁾ *La cosa giudicata rispetto ai terzi* (Milano 1937) dell'ALLOISIO offre una teoria dei rapporti fra norma sostanziale e atto giurisdizionale (pag. 23), da ascrivere certamente alla impostazione tradizionale. Quanto al SATTA, è nota la traiettoria percorsa dal suo pensiero: dalla configurazione dell'azione come un potere d'invocar tutela non vincolato al fondamento sostanziale (in *Premesse generali alla dottrina dell'esecuzione forzata*, in *Teoria e pratica del processo*, Roma 1940, pag. 51, 53), alla definizione dell'azione stessa come potere per la tutela del diritto soggettivo (*Ultime tendenze nella teoria dell'azione*, in *Teoria cit.*, pagg. 229 e segg., 249 e segg.), fino alla recentissima riduzione del diritto all'azione, maturata durante lo svolgimento del classico manuale.

⁽⁶⁾ L'unica vivace reazione, indirizzata segnatamente contro le odierne vedute dell'Allorio, è quella del BARBERO (*Polemiche sulla sanzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, pag. 901 e segg.).

⁽⁷⁾ Come voleva il PEKELIS (*Azione*, in *Nuovo Digesto Italiano*, II, pag. 90).

appianano, chè anzi ci si imbatte in questioni altrettanto gravi e discusse. Si tratta, infatti, di accertare se e come il processo si colleghi alla norma sostanziale (privata) preesistente: in che senso, sotto quale forma e nel concorso di quali circostanze questa norma costituisca il presupposto di quella attività.

In quest'ordine di idee, occorre innanzitutto prendere atto che tanto la norma sostanziale quanto quella processuale convergono verso il privato, somministrano, sotto forme e in momenti diversi (la norma sostanziale per prima, quella processuale soltanto ove la prima fallisca), tutela alla posizione del singolo, il quale ne beneficia e, di norma, ne dispone. Prendendo le mosse da tale ovvia constatazione, la questione sopra posta si articola nei due seguenti problemi:

il primo consistente nello stabilire come la norma sostanziale si specifichi in concrete situazioni soggettive, e, segnatamente, come si pervenga allo schema del diritto soggettivo sostanziale, nel quale la norma regolatrice dei rapporti privati ordina il suo contenuto, e che costituisce, secondo molteplici e convergenti indicazioni positive, parametro indispensabile per il compimento delle attività processuali;

quello ulteriore, consistente appunto nello stabilire se e sotto quale riflesso il processo abbia per presupposto il diritto soggettivo.

Anche a questi argomenti si sono di recente applicati molti e notevoli sforzi. Alla messa a fuoco del primo, ch'è quello del diritto soggettivo (sostanziale), i processualisti hanno anzi dato un cospicuo contributo^(*), fornendo con ciò ulteriore conferma della evidente impossibilità (peraltro non sempre avvertita dai cultori del diritto sostanziale) di coerenziare il diritto e il processo senza un previo e reciproco regolamento di confini.

Tuttavia, non mi pare che la più recente dottrina abbia at-

(*) GABBAGNATI, *Diritto soggettivo e potere giuridico*, in *Jus*, 1941, pag. 550 e segg.; 1942, pag. 212 e segg.; ALLONIO, *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale* cit.

tinto sulla nozione (del diritto soggettivo) un minimo di concordia, chè anzi, nel pur lodevole intento di rivedere le basi stesse del problema e di correggere errori tradizionali, essa è spesso pervenuta a risultati che, quale ne sia l'intrinseco pregio, non soltanto sono fra loro divergenti, ma addirittura risultano non ragguagliabili. Basti accennare al dissidio fra chi configura il diritto come posizione attiva ⁽⁹⁾ e chi lo definisce come posizione inattiva ⁽¹⁰⁾; fra chi lo identifica con la posizione soggettiva semplice ⁽¹¹⁾ e chi lo presenta come complesso di posizioni ⁽¹²⁾, o parte di un rapporto ⁽¹³⁾; senza sottolineare per ora le autorevoli vedute che costruiscono il diritto soggettivo sul parametro del processo ⁽¹⁴⁾.

Donde la necessità di affrontare la complessa problematica dell'argomento, nel tentativo di scegliere, fra i filoni delle idee correnti, quelle che sono, o a me sembrano, le più valide.

Quanto, poi, al secondo problema, è noto come i rapporti fra il diritto soggettivo (sostanziale) e il processo vengano studiati da più punti di vista. Per lo più, ci si pone dall'angolo dell'azione (a sua volta intesa di solito come potere o facoltà di iniziare il giudizio): a questa prospettiva tradizionale accordano ancora la loro preferenza recentissimi e pregevoli contributi in argomento ⁽¹⁵⁾. Ma i rapporti *de quibus* sono anche indagati dall'angolo del provvedimento giurisdizionale di merito: di qui muove, ad esempio, il classico insegnamento che coordina la sentenza favorevole all'esistenza del diritto ⁽¹⁶⁾. Un ulteriore punto di vista è quello dell'« oggetto del processo » (*Streitgegenstand*): esso è molto caro alla dottrina tedesca, la quale, oggi

⁽⁹⁾ *Infra*, capitolo secondo, sub 2.

⁽¹⁰⁾ *Ibidem*.

⁽¹¹⁾ *Ibidem*.

⁽¹²⁾ *Infra*, capitolo secondo, sub 3.

⁽¹³⁾ *Infra*, capitolo secondo, sub 4.

⁽¹⁴⁾ *Infra*, capitolo primo, sub 7; capitolo secondo, sub 2.

⁽¹⁵⁾ MICHELLI, *Giurisdizione e azione cit.*; MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, Milano 1955.

⁽¹⁶⁾ CHIOVENDA, *Istituzioni cit.*, I, pag. 161 e segg.

più di prima⁽¹⁷⁾, animatamente discute se il rapporto sostanziale entri oppure no nel tema della controversia e del giudizio civili.

A mio sommo avviso, queste prospettive sono anguste e, per ciò stesso, non feconde. Se non sbaglio, esse non riescono a cogliere tutto il processo, come realtà viva, come serie complessa di attività (la quale ha, sì, fra i suoi componenti l'atto introduttivo, la trattazione del merito, la sentenza, ma non è esaurita da essi), e, quindi, non consentono di approntare schemi e soluzioni che si attaglino a tutto il processo e non soltanto a parte di esso. Così, chi si pone dal punto di vista dell'azione e della domanda (nella quale, secondo le vedute correnti, si tradurrebbe il potere di azione al momento del suo concreto esercizio) da un canto oblitera le altre numerose posizioni di cui le parti (e non soltanto l'attore) sono titolari nel processo, nonché le posizioni di cui è titolare l'ufficio, e il rapporto di mutua implicazione che intercorre fra queste e quelle⁽¹⁸⁾; dall'altro, s'imbatte, per quanto specificatamente attiene al tema dei rapporti col diritto sostanziale, nel dilemma dell'«astrattezza» e «concretezza», che è invece, per le ragioni che esporrò a suo luogo⁽¹⁹⁾, da rifiutare.

Mi pare, perciò, che i rapporti in esame vadano indagati lungo tutto l'arco del processo, cioè con riferimento a tutti gli atti (e le posizioni soggettive) della serie procedurale, e che, previamente, occorra sottolineare il vincolo che unisce nel processo le posizioni dell'attore, delle altre parti, dell'ufficio: il che val dire cogliere il processo nella sua unità e intierezza⁽²⁰⁾.

Questi i motivi e l'iter della indagine. Anche qui si tratta, dunque, non tanto di affrontare questioni nuove (né del resto

(17) V. AA. citt. nel terzo capitolo, nota n. 26.

(18) V. *infra*, capitolo terzo, sub. I.

(19) V. *infra*, capitolo terzo, sub. 10.

(20) Un analogo punto di vista è scelto in epigrafe dal LIERMAN (*Azione cit.*, pag. 429), anche se poi l'A. si limita a considerare la posizione dell'attore.

sarebbe possibile, dal momento che la teoria generale del processo ha il vanto di avere, assai presto e correttamente, enucleato la maggior parte dei suoi problemi), quanto di mettere in ordine, *ut desint vires*, le... tessere del mosaico⁽²¹⁾.

Ovviamente, queste note non vogliono nè possono esaurire il tema dei rapporti fra diritto e processo. Oltre alle questioni sopra enucleate, rimane, infatti, da stabilire se e come l'atto giurisdizionale, prese le mosse dalla esistenza del diritto, su di esso riversi i propri effetti; se, cioè, la sfera sostanziale non costituisca soltanto il presupposto dell'attività giurisdizionale, ma sia anche destinata a riceverne i risultati; se, insomma, l'atto giurisdizionale, lungi dall'esaurire la propria efficacia nel processo, si proietti, fuori di esso, sulle posizioni sostanziali. Il quale problema si pone non soltanto per i risultati dei processi di cognizione, bensì anche per quelli dei processi di esecuzione e cautelari.

Ma a questi ulteriori interrogativi mi propongo di rispondere in un successivo scritto, su di una linea che, per quanto segnatamente concerne l'efficacia della sentenza e la cosa giudicata, mi sono industriato di accennare in un precedente studio⁽²²⁾.

(21) È l'arguta espressione del REBENTI (*Il giudicato in punto di diritto*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, cit., II, pag. 706).

(22) *Cosa giudicata e consuetudine di sfratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, pag. 1304 e segg.

CAPITOLO PRIMO

SOMMARIO: 1. La concezione windscheidiana dell'*actio*. — 2. Segue. — 3. Sue ripercussioni. — 4. ... sugli studi romanistici. — 5. ... in sede di teoria generale. — 6. Le tesi « monistiche » nella dottrina italiana. — 7. Segue. La teoria dell'Allorio. — 8. Segue. La teoria del Satta. — 9. Segue. La teoria del Romano (Salvatore). — 10. Critica. — 11. Segue. — 12. Diritto e processo nell'ordinamento romano. — 13. Diritto e processo nell'ordinamento italiano vigente. — 14. Conclusione.

1. Chi voglia individuare lo stipite comune delle varie correnti che scorgono nel processo il momento in cui la norma si concreta, il punto fermo da cui l'ordinamento si svolge, deve senza dubbio risalire al saggio windscheidiano sull'*actio* ⁽¹⁾.

Vero è che il Windscheid segnò puntualmente i confini della concezione propugnata in quel saggio, riferendola al diritto romano, ed escludendo che essa trovasse rispondenza nell'ordinamento contemporaneo ⁽²⁾; vero è inoltre che, nel proclamare che l'ordinamento romano era un sistema di azioni, egli utilizzava un concetto di azione invischiato col diritto sostanziale ⁽³⁾ e, come vedremo, inficiato di notevole arbitrio; ma tutto questo non ha impedito che quella concezione svolgesse, anche fuori del significato e dei limiti originari, una influenza incalcolabile, non soltanto nell'ambito degli studi romanistici, ma anche e soprattutto in sede di teoria generale: vuoi in ordine ai rapporti fra diritto e processo, vuoi in ordine alla problematica delle situazioni soggettive di diritto sostanziale, dove

⁽¹⁾ WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf 1856.

⁽²⁾ *Op. cit.*, pag. 3.

⁽³⁾ *Op. cit.*, pag. 3 e segg.; 223 e segg.

il pseudoconcetto di « pretesa » ha sempre dato non poco filo da torcere ⁽⁴⁾.

Quando Windscheid licenziò « *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts* », correva l'insegnamento del Savigny ⁽⁵⁾, secondo il quale l'azione è il diritto alla tutela giudiziaria, derivante dalla violazione di un altro diritto. Tale impostazione, in sè esatta, veniva tuttavia accompagnata da svolgimenti non altrettanto accettabili: da un canto, sull'erroneo assunto che l'azione fosse largita anche prima e a prescindere dalla lesione del diritto, si giungeva a distinguere *actio* e *actio iam nata* (a seguito della lesione) ⁽⁶⁾; dall'altro (e proprio perchè si perdeva la cesura, il punto di passaggio fra diritto sostanziale e *actio*, costituito dalla lesione) l'azione veniva configurata come parte, aspetto del diritto sostanziale ⁽⁷⁾.

È agevole constatare, oggi, come la pretesa distinzione fra *actio* e *actio iam nata* fosse del tutto priva di fondamento. Già essa si rivela intimamente contraddittoria nella sua proposizione: assumendo che la facoltà di agire in giudizio insorga (« nasca ») dopo la violazione del diritto, che solo allora l'*actio* si possa considerare « nata », si toglie, in una con ogni importanza pratica, qualsiasi validità logica all'altro termine della distinzione, all'*actio (non iam nata)*. Ma, anche fuori da questo dilemma, non si riesce a trovare il fondamento logico dell'*actio (non iam nata)*, di questa facoltà che si avrebbe prima della violazione,

⁽⁴⁾ V. *infra*, capitolo secondo, sub 2.

⁽⁵⁾ *System des heutigen römischen Rechts*, V, Berlin 1841, par. 204, 205.

⁽⁶⁾ PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig 1888, par. 51. Cfr. anche WÄCHTER, *Württembergisches Privatrecht*, cit. da Windscheid (pag. 2, nota 4).

⁽⁷⁾ PUCHTA, *op. loc. cit.*; ARNDTS, *Trattato delle Pandette* (traduz. it.), Bologna 1878, I, § 36; v. anche BÖCKING (*Pandekten*) e KIRKULFF (*Theorie des gemeinen Civilrechts*) cit. da Windscheid (pag. 2, nota 5). Non era, però, mancato chi sottolineasse il profilo processuale dell'azione e la sua direzione verso lo Stato; HASSE, *Über das Wesen der Actio, ihre Stellung im System des Privatrechts und über den Gegensatz der « in personam und in rem actio »*, in *Rhein. Museum*, VI, 1834, pag. 2 e segg.

ma che avrebbe pur sempre bisogno, per tradursi in atto, del tramite della lesione.

Si tratta, in verità, di una superfetazione, maturata nell'ambito di una errata ricostruzione dell'ordinamento romano, cioè muovendo dall'assunto (che si ritroverà ribadito e sviluppato nella opera del Windscheid) che l'*actio* del diritto classico fosse una posizione sostanziale, largita dal magistrato, segnata in via edittale, a prescindere dalla costanza della lesione. Assunto infondato, come avremo modo di chiarire più oltre ⁽⁸⁾: qui basti rilevare che proprio l'editto pretorio non importava la elargizione immediata (cioè al momento stesso dell'emana-zione dell'editto) della facoltà di agire in giudizio, bensì l'impegno dell'edificante a concedere tale facoltà in futuro ⁽⁹⁾, appunto quando si fosse in concreto verificata la violazione del diritto.

2. Anche Windscheid, mentre assumeva di ragionare in termini di diritto romano, non sfuggì al pericolo, contro cui pretendeva di mettere in guardia ⁽¹⁰⁾, di introdurre nel diritto romano una concezione del suo tempo: errore forse inevitabile ⁽¹¹⁾, tanto più ai tempi del nostro, e di cui vi è traccia, sia

⁽⁸⁾ *Infra*, sub 12.

⁽⁹⁾ Cfr. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano 1939, pagg. 14 e segg.

⁽¹⁰⁾ WINDSCHEID, *op. cit.*, pagg. 1, 2.

⁽¹¹⁾ Le considerazioni del BETTI (*Teoria generale dell'interpretazione*, Milano 1955, pagg. 16, 574, 575; *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *Archivio giuridico* 99 (1928), pag. 129 e segg.: 100 (1928), pag. 27 e segg.) sul carattere prospettico e storicamente condizionato della ricognizione di un diritto storico sembrano sostanzialmente esatte; ma soltanto nel senso che, lo voglia o no, lo storiografo è purtroppo uno specchio storico, che inevitabilmente si pone dal punto di vista del suo tempo e deforma l'esperienza che intende ricostruire. E non, invece, nel senso che lo storico debba deliberatamente applicare al suo oggetto le categorie dommatiche moderne: su questo punto non è senza ragione il vivace dissenso del DE FRANCISCI, *Questioni di metodo*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, Palermo 1936, pag. 1 e segg.. Sul delicato problema v. anche: GROSSO, *Premesse generali al corso di diritto romano*, Torino 1943, pag. 34 e segg.; *I problemi dei diritti reali nella impostazione romana*, Torino 1944, pag. 18; PUGLIESE, *«Res corporales» cit.*, pag. 225 e segg.; GUARINO, *Una teoria generale dell'interpretazione*, in *Labeo*, I, 1955, pag. 301, 306.

pure involontaria, nel titolo della sua opera, non immune certo da contraddizione.

Dalla dommatica contemporanea Windscheid trasse il parametro da applicare al diritto romano. In termini di diritto moderno, egli enucleò, infatti, come posizione sostanziale (e non processuale) la facoltà di imporre la propria volontà in via giudiziaria. Tale posizione egli distinse dal diritto⁽¹²⁾ ma collegò (sempre sul piano sostanziale) ad esso: e così al diritto di credito e a quello in cui si trasformerebbe, per effetto della violazione, il diritto reale⁽¹³⁾; affermò, inoltre, che tale posizione preesiste alla violazione del diritto cui è collegata.

Alla posizione *de qua* Windscheid volle imporre il nome di « pretesa » (*Anspruch*), dando così al termine, per la prima volta, un significato ben individuato⁽¹⁴⁾, per quanto inaccettabile e foriero di ulteriori interminabili complicazioni.

A fronte della « pretesa », infine, Windscheid collocò la posizione processuale, l'agire in giudizio, e ad essa riservò il nome di « azione »⁽¹⁵⁾.

Come si vede, in buona sostanza il grande pandettista restò fermo alle posizioni del suo tempo. Se, da un canto, proprio la parte meno rilevante ed apprezzata della sua opera, cioè gli accenni relativi all'agire in giudizio (di cui peraltro lo stesso Windscheid afferma di non volersi occupare⁽¹⁶⁾), segnano un sensibile progresso, in quanto mettono in risalto l'esistenza di una sfera processuale ben distinta da quella sostanziale, la teoria della pretesa ripropone, con altro nome, quella stessa inaccettabile posizione sostanziale, cioè quella facoltà connessa al diritto e non nascente dalla lesione, presentata, prima del nostro, col nome di *actio* (*non iam nata*) e sotto le mentite spoglie di retaggio del diritto classico.

(12) *Die Actio cit.*, pagg. 223, 224.

(13) *Op. cit.*, pag. 223.

(14) *Op. cit.*, pagg. 3, 228.

(15) *Op. cit.*, pag. 229.

(16) *Op. cit.*, pagg. 229, 230.

Contro il concetto windscheidiano di « pretesa » si appuntano, perciò, le stesse critiche sopra rivolte al malinteso concetto di « *actio* » sostanziale. In particolare, può aggiungersi (ed è rilievo che coinvolge l'origine e tutti gli ulteriori svolgimenti della teoria della « pretesa »), che questa *facoltà di pretendere*: è un *flatus vocis*, quando la si voglia costruire sul piano sostanziale e fuori del processo, dal momento che, fuori del processo, non si reperisce la condotta attiva in cui tale facoltà possa farsi consistere (e, difatti, come vedremo ⁽¹⁷⁾, gli ulteriori e più recenti svolgimenti della teoria della pretesa finiranno col presentarla come una mera posizione inattiva, dirimpeppata dell'obbligo altrui); è un inutile e inammissibile dopione dell'azione quando, nel tentativo di fornirla di un qualsiasi pratico contenuto, la si presenti, come Windscheid fece, come facoltà d'imporsi *in via giudiziaria*.

Utilizzando questi strumenti, imponendo cioè al diritto classico discutibili forme moderne, Windscheid giunse alla convinzione che, a differenza del diritto attuale, l'ordinamento romano facesse perno sulla « pretesa », cioè sulla facoltà di imporre la propria volontà in via giudiziaria (che egli battezzò, in termini di diritto romano e limitatamente ad esso, come « *actio* » ⁽¹⁸⁾); che quindi l'ordinamento romano fosse nient'altro che un sistema di « *Ansprüche* » (*actiones*) ⁽¹⁹⁾.

In definitiva, l'errore fondamentale della teoria windscheidiana consiste nell'aver inserito, nella sfera del diritto sostanziale, una realtà (cioè, come si è visto, la facoltà di chiedere la tutela giurisdizionale) appartenente, invece, alla sfera del processo. Tale inserzione è realizzata, *in termini di diritto moderno*, rompendo arbitrariamente in due il concetto di azione e collocando uno dei tronconi, col nome di « pretesa », sul piano sostanziale; *in termini di diritto romano*, identificando

(17) *Infra*, cap. II, § 2.

(18) *Die Actio*, pag. 3.

(19) *Ibidem*.

l'*actio* con la « pretesa » e imperniando su quest'ultima tutto l'ordinamento.

Questa, non è, del resto, la critica di tempi tecnicamente più progrediti, è bensì la sostanza della lezione del Muther⁽²⁰⁾, tanto più inascoltato del suo contraddittore quanto più acuto e lucido si rivelò il suo pensiero. (Argutamente è stato rilevato⁽²¹⁾ che Windscheid scrisse, poi, le Pandette e Muther no; che l'autorità del messaggio del primo ne risultò dilatata, la verità del messaggio del secondo offuscata).

3. La messa a punto che precede non sembrerà pleonastica a chi consideri le ripercussioni del pensiero windscheidiano, delle quali abbiamo fatto cenno in principio e troveremo traccia, nel corso di questo studio, in diversi settori.

Infatti, dalla parte del diritto civile, la teoria della pretesa è stata motivo di equivoci e di non poche complicazioni nel quadro della sistemazione delle situazioni giuridiche soggettive⁽²²⁾. Dalla parte del diritto processuale, la costruzione del Windscheid, se ha avuto il merito, già sottolineato, di segnare il profilo processuale della vera e propria azione, ha indubbiamente complicato (per non dire che vi abbia dato origine) il problema stesso della azione. Così, affatto isolata dal diritto sostanziale, l'azione windscheidiana (cioè l'agire in giudizio) ha finito assai presto⁽²³⁾ col metter capo alle concezioni più estreme dell'« astrattezza » dell'azione; d'altro canto, la pretesa (cioè la facoltà di pretendere in giudizio), anche se ripudiata come nozione a sè, distinta dall'azione, ha addirittura condotto a configurare l'azione come fenomeno appartenente al diritto

(20) MUTHER, *Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagrecht, der Litiscontestation und der Singularsuccession in Obligationen*, Erlangen 1857, pag. 36 e segg.

(21) Dal PUCLERSE, nella lucida *Introduzione alle opere del Windscheid e del Muther* (in *Polemica intorno all'actio*, Firenze 1954, pagg. XXI, XXII).

(22) V. *infra*, cap. II, sub 2.

(23) È del 1877 l'*Einlassungswang und Urtheilnorm* del DEGENKOLB; del 1880 il *Beiträge zur Theorie des Klagerechts* del PLOSZ.

sostanziale, e, dove non è giunta a tanto, ha comunque esercitato notevole suggestione verso un profilo « concreto » dell'azione. Ma anche ciò vedremo meglio in prosieguo.

Sul piano, infine, dei rapporti fra diritto e processo, che è quello che in questo momento più interessa e sul quale ci fermeremo, l'affermazione che tutto l'ordinamento classico si basava sulle facoltà di pretendere la tutela giudiziaria ha esercitato, ora immediatamente, ora mediatamente, un forte impulso verso una *reductio* del diritto all'azione, e, più in generale, del fenomeno giuridico al momento della tutela, dell'ordinamento al processo.

La sensibilità storica di cui Windscheid si mostrò sempre dotato gli suggerì, giova ripeterlo, un netto *distinguo* fra il mondo romano e quello del suo tempo, per il quale ultimo egli ammise e ribadì la dicotomia fra diritto e processo⁽²⁴⁾; così come gl'impose, in prosieguo (e precisamente quando le estreme e inaccettabili conseguenze cui la condusse lo Schultze⁽²⁵⁾ gliene rivelarono la fragilità) un'attenuazione della sua tesi monistica anche relativamente al diritto romano⁽²⁶⁾. Tuttavia, l'originario avvertimento e il seguente *revirement* non hanno impedito che le sue idee, così dichiaratamente legate alla storia, dessero frutti addirittura sul terreno della teoria generale.

Insomma, se non si giungerà a dire che tutte le concezioni che riducono il diritto al processo siano rami dello stesso albero, non si vorrà tuttavia negare che, sia pure nel quadro di impostazioni generali fra loro differenti e attraverso esperienze diversissime, quelle concezioni si colleghino, a volte inconsapevolmente, al filone che mette capo al maestro di Greifswald.

(24) Cfr. *Die Actio cit.*, pag. 3.

(25) SCHULTZE, *Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselziehung*, I, Freiburg und Tübingen, pag. 233 e segg.

(26) WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt am Main 1906 (IX ediz.), pag. 189 e segg.

4. Per cominciare dagli studi romanistici, una corrente assai notevole (anzi prevalente, almeno fino alle più recenti approfondite indagini, soprattutto di scuola italiana ⁽²⁷⁾), discende per via diretta dal Windscheid. La indipendenza del pretore dallo *ius civile* ⁽²⁸⁾, asserita dal nostro e posta a base della costruzione dell'*actio* come posizione sostanziale concessa dal magistrato, doveva condurre alla concezione dello Schultze, secondo la quale lo *ius civile* sarebbe privo di forza vincolante e il primo effettivo comando verrebbe posto in concreto dal magistrato mediante la concessione della formula (intesa come *Rechtszeugungsact*) ⁽²⁹⁾. In altri termini, il magistrato porrebbe il concreto e vincolante comando giuridico (*Rechtsbefehl*), specificazione dell'astratto e non vincolante precetto dello *ius civile* (*Rechtsinhalt*): il che val dire che soltanto nel processo l'ordinamento romano troverebbe il suo *ubi consistam*. L'eccesso di questa drastica riduzione del diritto al processo, affermata ben al di là dei poteri di disposizione del pretore, colpì, come si è detto, lo stesso Windscheid.

Inoltre, la identificazione, da quest'ultimo asserita, fra *actio* e « pretesa » e quindi la collocazione, assai appariscente, della pretesa sul piano sostanziale, doveva inevitabilmente portare allo scolorimento della nozione di diritto soggettivo e alla sua identificazione con la pretesa e, quindi, con l'*actio*. Cosicché, pur rilevando, come contenuto dell'*actio* (cioè della pretesa windscheidiana) un potere relativo alla tutela giudiziaria, si è venuta affermando la proposizione che il diritto romano in genere concedesse piuttosto azioni che non diritti ⁽³⁰⁾, e, correlati-

⁽²⁷⁾ Così dell'ARANCIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1954, pag. 15 e segg., 107 e segg.; BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano 1955, pag. 49 e segg., 67 e segg.; *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia 1920, pag. 5 e segg.; *Diritto romano, parte generale*, Padova 1935, pag. 440 e segg.; PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano 1939, pag. 18 e segg.; 343 e segg.

⁽²⁸⁾ Della quale si fece banditore anche il BRUNZ (*Zur römischen Rechtsgeschichte*, in *Krit. Vierteljahrsschrift*, XI, 1869, pag. 484 e segg.).

⁽²⁹⁾ SCHULTZE, *Privatrecht und Prozess* cit., pag. 233 e segg.

⁽³⁰⁾ Cfr. STORÉ, « *Obligatio, obligare, obligari* », nei *testi della giurispru-*

vamente, si sono venuti riducendo all'*actio* il diritto di credito⁽²¹⁾ e addirittura il diritto reale⁽²²⁾: sino alla configurazione (in verità isolata⁽²³⁾) dell'*actio* come la più elementare espressione di diritto sostanziale, e cioè come manifestazione della libertà individuale.

Vero è che, a fianco di questo indirizzo, si è svolta un'altrettanto notevole corrente romanistica (dal Muther⁽²⁴⁾ al Bekker⁽²⁵⁾, al Siber⁽²⁶⁾, al Betti⁽²⁷⁾, all'Arangio-Ruiz⁽²⁸⁾, sino all'ormai classico « *Actio e diritto soggettivo* » del Pugliese⁽²⁹⁾), la quale ha rettamente distinto fra diritto e azione, rivendicando a quest'ultima l'autonomo profilo processuale.

Tuttavia, la riduzione del diritto al momento della tutela giudiziaria, operata dall'indirizzo in discorso relativamente all'ordinamento romano, sfociava, intanto, in una seducente costruzione di teoria generale: dico della concezione del Binder⁽⁴⁰⁾. Per il quale il diritto consiste nella tutela giurisdizionale; l'ordinamento s'incetra quindi in tale tutela e funziona proteggen-

denza classica e del tempo di Diocleziano, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, Milano 1930, III, pag. 517 e segg.; BIONDI, *Diritto e processo nella legislazione giustiniana*, in *Conferenza per il XIV centenario delle Pandette*, Milano 1931, pag. 135 e segg.; GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin 1925, pag. 81 e segg.; 153 e segg.

(21) Cfr. RABEL, *Grundzüge des römischen Rechts*, in *Encyclopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung*, I, 1915 (VII ediz.), pag. 455; WLASSAK, *Actio*, in *Real Encyclopädie der Klass. Altertumswissenschaft*, I, col. 303 e segg.; SEGRÉ, *op. loc. cit.*; FRESSE, *Der obrigkeitliche und der processuale Zwang im römischen Recht*, in *Atti del congresso intern. di dir. rom.*, II, Pavia 1935, pag. 441 e segg.

(22) Cfr. WENGER, *Praetor und Formel*, München 1926, pag. 12.

(23) La sostiene il BIONDI, *Diritto e processo cit.*, pag. 131 e segg.; *Prospettive romanistiche*, in *Public. Univ. Catt. Sacro Cuore*, XXXVII, Milano 1933, pag. 31 e segg.

(24) *Op. loc. cit.*

(25) *Über das Verhältnis von « Actio » zu « Obligatio »*, in *Zeitschr. für Rechtsgeschichte*, IX, 1879, pag. 365 e segg.

(26) *Römischen Privatrecht*, Berlin 1928, pag. 15.

(27) *Opp. loc. cit.*

(28) *Opp. loc. cit.*

(29) *Cit. nella nota n. 27.*

(40) *Prozess und Rechts*, Leipzig 1927.

do, mediante il processo, certi interessi che, prima del processo e a prescindere da esso, non avrebbero giuridica rilevanza ⁽⁴¹⁾.

Assunta come teoria generale, cioè come teoria che si pretende valida sul piano formale, a prescindere dal riferimento ad un dato ordinamento concreto, la concezione del Binder va incontro non soltanto alle critiche che si possono muovere (e che in appresso approfondiremo) all'indirizzo romanistico di cui rappresenta lo sbocco, ma anche alle obiezioni che svolgeremo più avanti circa la possibilità di presentare i rapporti fra diritto e processo *sub specie aeternitatis* ⁽⁴²⁾.

5. Ma, portato il discorso sulle costruzioni di teoria generale, occorre intanto dare qui conto di come dal pensiero windscheidiano, e a fianco del suo svolgimento nel campo romanistico, si sia sviluppata, proprio sul piano di quella teoria, una serie di vedute che, sia pure sotto diversi profili, riducono l'ordinamento alla tutela giurisdizionale, il diritto al processo.

Infatti, quasi contemporaneamente all'opera dello Schultze, e in concomitanza con essa, anche il Bülow ⁽⁴³⁾ assunse che la norma si concreta nel processo; nel senso che spetta al giudice di specificare e rendere operante nel caso concreto l'astratto precetto della norma sostanziale. Vedremo a suo luogo quali obiezioni si debbano muovere a questo modo di vedere e come sia logicamente impossibile conciliare la natura stessa della reazione giurisdizionale con l'asserita carenza, prima della specificazione operata dal giudice, di un comando sostanziale già specificato ed efficace in concreto fra le parti. Basti per ora osservare che, riducendo il compito del giudice alla posizione in concreto del comando sostanziale dettato in astratto dalla legge, non si tiene conto della varietà delle misure giurisdizionali, alcune delle qua-

⁽⁴¹⁾ *Op. cit.*, pag. 39 e segg.

⁽⁴²⁾ *Infr.*, sub II.

⁽⁴³⁾ *Gesetz und Richteramt*, Leipzig 1885, pagg. 58 e segg.; *Klage und Urteil*, in *Zeitschrift für Civilprozess*, XXI, 1903, pag. 265 e segg.

li (si pensi alla sentenza costitutiva, ai provvedimenti cautelari, all'esecuzione forzata) non costituiscono di certo la mera ripetizione del comando posto dalla norma sostanziale, e non possono quindi presentarsi come accertamento e specificazione di questo ultimo ⁽⁴⁴⁾.

La dottrina bülowiana contiene, sia pure *in nuce*, la rappresentazione del processo di formazione graduale dell'ordinamento, che sarà poi propugnato come verità formale dalla scuola di Vienna ⁽⁴⁵⁾. Ovviamente, nel passaggio dall'angolo visuale della pandettistica (in cui manca la riduzione dell'ordinamento ad unità, perchè lo Stato sta fuori delle norme e le impone) a quello della dottrina normativa (la quale ha il merito di essersi posta per prima il problema dell'unità dell'ordinamento), il pensiero del Bülow e dei suoi epigoni ⁽⁴⁶⁾ subisce due ordini di sostanziali adattamenti. Nell'opera del Kelsen, infatti, da una parte, quel processo di formazione graduale, inserito nella visione unitaria dell'ordinamento (cioè nella sua dottrina generale dello Stato), risulta dilatato: non rappresenta più il rapporto fra la legge e la sentenza, bensì quello, più ricco e complesso, fra la *Grundnorm* e le norme poste, scendendo per li rami, dagli organi dello Stato, e quindi non soltanto dal giudice mediante la sentenza, ma financo dal privato (assunto come organo statale) mediante il negozio ⁽⁴⁷⁾. Dall'altra parte, e per quanto più particolarmente attiene ai rapporti fra diritto e processo, il Kelsen riserva anch'egli una posizione di preminenza al momento giurisdizionale, ma ciò fa rinunciando addirittura alla norma sostanziale: lo stato non regolerebbe direttamente i rapporti *inter privatos*, non porrebbe, innanzitutto, ai privati la norma sostan-

⁽⁴⁴⁾ V. anche, in argomento, le interessanti osservazioni critiche del MANBIOLI, *L'azione esecutiva*, Milano 1955, pag. 124, nota 19.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. MEUKL, *Die Lehre von der Rechtskraft*, 1923, pag. 166 e segg.; KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925, pag. 223 e segg.; e anche in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, VII, pag. 233 e segg.

⁽⁴⁷⁾ KELSEN, *Lineamenti di una teoria generale dello Stato*, Roma 1932.

⁽⁴⁸⁾ Tra cui il DANZ, *Einführung in die Rechtsprechung*, 1912, pag. 76.

ziale, ma si limiterebbe a infliggere le sanzioni, a porre cioè per i giudici le norme che regolano le sanzioni, ottenendo così dai privati, ma solo per via indiretta, il rispetto di certi canoni di condotta meramente sociali e non giuridici ⁽⁴⁸⁾.

Già altrove ⁽⁴⁹⁾ ho sottolineato l'errore che sta alla radice della costruzione kelseniana e della dottrina « pura » del diritto. Vedremo più innanzi che, in particolare, la teoria della « *motivazione indiretta* » è inficiata da un insanabile vizio logico. Ma, per ora, preme di stabilire in che misura e attraverso quali mediazioni queste idee fondamentali (relative ai rapporti fra diritto e processo e recanti, in buona sostanza, la negazione del momento sostanziale e la riduzione dell'ordinamento al momento della tutela) abbiano trovato autorevoli voci anche da noi.

6. In proposito, giova preliminarmente avvertire che la riduzione del mondo sostanziale al processo non è espressa da noi in maniera esplicita e recisa, se non nello isolato tentativo del Pekelis ⁽⁵⁰⁾ e nelle più piene e recenti pagine dell'Allorio. In altre fonti, vi è forse minore coscienza o intenzione di approdare al lido dove tutto è processo e dove si perdono i contorni per non dire la costanza stessa del diritto sostanziale. Tuttavia, alla constatazione di questo risultato, a volte non dichiarato o non voluto, l'osservatore è tratto dalla logica stessa di certe costruzioni.

Il pensiero di Bülow è la remota matrice di quello del Calamandrei ⁽⁵¹⁾ e del Carnelutti ⁽⁵²⁾ (ai quali va aggiunto, più

⁽⁴⁸⁾ Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (traduz. it. di Reine Rechtslehre Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Milano 1952, pagg. 15, 19 e segg., 59.

⁽⁴⁹⁾ Ne *La giurisdizione volontaria (profilo sistematico)*, Padova 1953, pagg. 14, 15.

⁽⁵⁰⁾ *Op. cit.*, pag. 98.

⁽⁵¹⁾ V. *La genesi logica della sentenza civile*, in *Studi sul processo civile*, pag. 1 e segg.; *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, pag. 116 e segg.

⁽⁵²⁾ V. *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Roma 1956, pag. 75 e segg.;

recente, il Vocino⁽⁵³⁾). Due ingegni di predilezioni tanto diverse, i quali s'incontrano nella convinzione che il giudice specifichi la norma sostanziale, ponga, cioè, in concreto l'astratto imperativo contenuto nella legge. Ancor qui, nell'intento di spiegare il rapporto fra la norma e l'atto giurisdizionale, si finisce col relegare la prima in un astratto limbo, col non riconoscerle una specifica e concreta operatività *inter privatos* all'insorgere delle fattispecie concrete e prima del provvedimento giurisdizionale, e, quindi, in buona sostanza, col negarne la esistenza (almeno nei termini di regolamento della condotta, operante prima e a prescindere dal processo, in cui tale esistenza viene di solito considerata).

Tali estreme conseguenze contraddicono, peraltro, la natura stessa della giurisdizione, la quale — come, sotto vari profili, anche quei maestri ritengono⁽⁵⁴⁾ — non può intervenire se non su situazioni sostanziali già operanti e svolgentisi in concreto; e, forse, come si accennava in principio, non sono nemmeno chiaramente presenti al pensiero dei nostri. Basti considerare che, mentre la riduzione del diritto al processo chiamerebbe, di forza propria, la configurazione dell'azione come posizione di preminenza del soggetto per la tutela dei suoi interessi, cioè dell'azione «concreta» (e su questa linea si svolgono, come vedremo, il pensiero del Pekelis e ora anche quello del Satta⁽⁵⁵⁾), proprio il Carnelutti è il più reciso assertore dell'«astrattezza», cioè dell'azione come funzione pubblica, rivolta ad un qualsiasi risultato giurisdizionale⁽⁵⁶⁾.

Nell'ordine di idee qui discusso si svolge anche un motivo

pag. 75 e segg.; *Sistema di diritto processuale civile*, Padova 1936, pag. 270 e segg.; *Lezioni*, IV, Padova 1933 pag. 419 e segg.

(53) V. Sulla cosiddetta attuazione della legge nel processo di cognizione, in *Scritti giuridici in onore di Enrico Rodenti*, II, Milano 1951, pag. 612.

(54) CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova 1941, pag. 25 e segg.; CARNELUTTI, *Istituzioni cit.*, pag. 2 e segg.; 5 e segg.; *Sistema cit.*, I, pag. 14 e segg.

(55) *Infra*, sub 8.

(56) CARNELUTTI, *Sistema cit.*, I, pag. 383 e segg.

dominante dell'opera del Capograssi⁽⁵⁷⁾: anche per il quale è il giudice che traduce in *ordo* concreto l'astratto *jussus* della norma⁽⁵⁸⁾. Naturalmente il *pathos* che pervade tutta l'opera di questo filosofo conferisce ai motivi in discorso, da lui ripensati *sub specie aeternitatis*, accenti molto originali e spiega la influenza che essi hanno svolto e svolgono sul pensiero di molti giuristi: mi pare, tuttavia (l'ho già accennato e lo chiarirò in seguito) che i rapporti fra norma e processo non possano essere presentati in termini di assoluto e che una tale rappresentazione debba quindi cedere il passo e sia destinata a soccombere di fronte a contrarie inoppugnabili constatazioni di diritto positivo.

Anche la teoria del Pekelis⁽⁵⁹⁾ non è rimasta, come vedremo, priva di influenza sulla corrente di pensiero che stiamo esaminando: essa deve all'acutezza del contenuto e alla succosità della forma l'attenzione che si è guadagnata, al di là degli intrinseci pregi. Il maggiore dei quali consiste in ciò che il Pekelis è stato estremamente conscio della posizione che assumeva: la sua è, da noi, la prima negazione dichiarata e recisa della sfera sostanziale. Questa sarebbe niente più che un'« ombra » proiettata dal processo: tutto l'ordinamento si ridurrebbe al momento sanzionatorio in cui lo Stato, mosso dall'azione del cittadino, a sua volta agisce contro il violatore⁽⁶⁰⁾; il soggetto privato, perduta l'azione diretta, cioè la facoltà di autotutela, non avrebbe ormai che l'azione verso lo Stato, come diritto a pretendere l'applicazione di sanzioni⁽⁶¹⁾; l'azione verso lo Stato sarebbe l'unica apprezzabile posizione soggettiva di un ordinamento moderno, dal quale risulterebbe bandito il diritto soggettivo, anch'esso vuota e mera apparenza.

Malgrado gli spunti originali (specie in ordine alla spiega-

⁽⁵⁷⁾ *Op. cit.* pag. 253 e segg.; *Giudizio, processo, scienza, verità*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1950, pag. 7.

⁽⁵⁸⁾ *Intorno al processo cit.*, pag. 262.

⁽⁵⁹⁾ *Op. cit.*, pag. 96 e segg.

⁽⁶⁰⁾ *Ivi*, pag. 101.

⁽⁶¹⁾ *Ivi*, pag. 96.

zione storica della formazione dell'azione verso lo Stato, negli Stati di diritto ⁽⁶²⁾, non v'è chi non colga, *ictu oculi*, l'origine e le implicazioni di una così tagliente teoria. La ispirano, in particolare, le idee del Binder e, più ancora, quelle del Kelsen (specie per la riduzione di tutto il fenomeno giuridico al momento sanzionatorio); per non sottolineare la reminiscenza di certi più audaci profili romanistici del Biondi ⁽⁶³⁾.

7. Senza dubbio più ricche e mature sono le recenti vedute dell'Allorio: le quali hanno innanzitutto il merito di richiamare, per la varietà e complessità del loro svolgimento, una più fervida attenzione sulla tendenza panprocessualistica, e quindi su di un punto centrale dei nostri studi.

La tesi dell'Allorio ⁽⁶⁴⁾, è molto netta: l'ordinamento statale («autoritario», nel linguaggio del nostro) s'incentra nel momento giurisdizionale; i giudici e non i privati sono destinatari delle norme.

Anche qui il richiamo al Kelsen è di rigore: ed ognuno sa, del resto, la grande parte avuta dalla dottrina normativa sugli sviluppi del pensiero dell'Allorio ⁽⁶⁵⁾. La concezione *de qua* è, quindi, innanzitutto coinvolta, insieme con le altre vedute di tipo kelseniano, in osservazioni più generali che saranno svolte in prosieguo. Qui si vogliono soltanto rilevare alcune non marginali peculiarità e alcuni contrasti presenti nell'opera alloriana.

L'Allorio ancora il momento giurisdizionale all'accertamento ⁽⁶⁶⁾, ripudiando la teoria kelseniana per la parte di essa che, come si è visto, fa perno sulla sanzione. In proposito, si potrebbe

⁽⁶²⁾ *Ivi*, pag. 101 e segg.

⁽⁶³⁾ *Diritto e processo cit.*, pag. 131 e segg.

⁽⁶⁴⁾ *Penalità degli ordinamenti giuridici cit.*

⁽⁶⁵⁾ Cfr. dal non più recentissimo *Saggio polemico sulla giurisdizione colonaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1948, pag. 487 e segg., all'ultimo *Nuove riflessioni critiche cit.*, specialmente nelle pagg. 62, 63.

⁽⁶⁶⁾ *Saggio polemico cit.*, pag. 500; *Osservazioni critiche sulla sanzione cit.*, pag. 9; *Nuove riflessioni cit.*, pag. 2, 67.

innanzitutto rilevare che non è legittimo proscrivere la sanzione dal sistema sul riflesso, in sè giusto, che sul piano formale non si possono distinguere dalle altre le norme sanzionatorie⁽⁴⁷⁾: in verità, per individuare i destinatari e legare la giurisdizione allo accertamento, lo stesso Allorio deve abbandonare il piano formale e porsi su quello del contenuto delle norme; ma, sul piano del contenuto, sanzione e accertamento hanno, in ipotesi, lo stesso diritto di cittadinanza, salvo, beninteso, la necessità di stabilire, sempre dalla parte del contenuto, se debba prevalere l'una o l'altro. Ma questi rilievi s'inseriscono in una più radicale critica, che qui non desidero svolgere, e che riguarda la confusione (presente in molte di queste teorie che aspirano all'assolutezza) fra il piano formale e quello contenutistico, nonchè la impossibilità di presentare, *sub specie aeternitatis*, realtà astratte dal contenuto delle norme e, perciò, necessariamente legate alla vita, a volte effimera, della norma positiva.

A parte ciò, la limitazione del momento giurisdizionale allo accertamento oblitera, come già si rilevava a proposito del pensiero bülowiano, la molteplicità di misure giurisdizionali somministrate dallo Stato moderno, e costringe a recidere almeno uno dei rami principali della giurisdizione, l'esecuzione forzata⁽⁴⁸⁾.

Un contrasto non facilmente sanabile è, poi, quello che si riscontra fra l'assioma che le norme si rivolgano ai giudici e la ammissione della esistenza di poteri di privati: serie dei quali costituirebbero il diritto soggettivo⁽⁴⁹⁾. Se non prendo abbaglio,

(47) Osservazioni critiche cit., pag. 15, 16.

(48) Saggio cit., pag. 510 e segg. Ma, come ho altrove rilevato (*Cosa giudicata e convalida di sfratto* cit., pag. 1321, nota), la esecuzione forzata presenta i caratteri della giurisdizionalità, quali è dato rilevare *ex positivo iure* (op. cit., pag. 1306, 1307): se questo è vero, non mi sembra pertinente il rimprovero (che l'ALTORIO — in *Osservazioni critiche*, cit., pag. 11 — rivolge al MANDRIOLI: del quale ultimo v. in argomento *Appunti sulla sanzione e sua attuazione giurisdizionale*, in *Jus*, 1956, pag. 2 segg. dell'estratto) di voler difendere aprioristicamente il carattere giurisdizionale del processo esecutivo; e, resta, invece, fermo e difficilmente superabile l'ostacolo che incontra la costruzione dell'insigne autore.

(49) Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento cit., pag. 161 e segg.

questa configurazione del diritto soggettivo non soltanto non quadra con quell'assioma, dal momento che postula l'esistenza di posizioni di privati, certamente giuridiche e perciò conferite dalle norme, e quindi la destinazione di queste ultime, o di una parte di esse, ai privati; ma, a prescindere da ciò, nemmeno si concilia con la riduzione del diritto (e quanto meno del diritto privato) al momento giurisdizionale: coerenza alla quale esigerebbe che s'individuasse, come sola posizione soggettiva del privato, l'azione verso lo Stato (così il Pekelis) e non una serie di poteri, molti dei quali non rivolti allo Stato, ma fonti di rapporti intersubiettivi (⁷⁰).

Mi sembra, inoltre, che la configurazione alloriana del diritto soggettivo non vada esente da critica anche sotto un diverso profilo. Non risultando un criterio che unisca fra loro — all'interno e a prescindere dal processo — i poteri costituenti la costellazione « diritto », l'individuazione di questa viene legata all'accertamento, nel senso che vi sarebbe diritto soggettivo — cioè più poteri costituirebbero un diritto soggettivo — solo là dove la legge largisce la possibilità dell'accertamento giurisdizionale (⁷¹). Con ciò, l'Allorio cerca ovviamente di ricondurre nell'alveo della visione panprocessualistica la propria costruzione del diritto soggettivo (che da quell'alveo, come sopra rilevato, irrimediabilmente fuoriesce). Ma, come è già stato acutamente rilevato (⁷²), la tesi in esame postula la esistenza delle sole azioni nominate (il non folto gruppo delle quali potrebbe appunto essere assunto come *prius* logico rispetto al diritto), e oblitera la configurazione, *ex positivo iure*, dell'azione come mezzo di tutela generale del diritto soggettivo, e la conseguente constatazione che non è la

(⁷⁰) Così il potere di disposizione, quello di costituzione in mora, indicati dallo stesso ALLORIO (*Teoria cit.*, pagg. 161, 162).

(⁷¹) *Per una teoria cit.*, pag. 165.

(⁷²) PUGLIESE, *Facoltà e proprietà temporanea nella struttura dell'usufrutto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, pag. 461, nota.

azione il parametro del diritto, ma il diritto è presupposto della azione ⁽⁷²⁾.

3. L'attuale pensiero del Satta ⁽⁷⁴⁾ merita un posto a sè, segnatamente per l'instancabile ricerca, cui esso muove, della concreta esperienza giuridica ⁽⁷³⁾: la stessa ansia che pervade gli studi del Capograssi, non a caso qui evocato e spesso richiamato nelle pagine sattiane ⁽⁷⁴⁾. In queste ultime sembrano confluire i motivi essenziali della corrente fin qui ripercorsa. La visione dell'ordinamento, nella quale il giudice concreta il precetto astratto, il giudizio specifica e rende operante la norma, richiama, sì, il messaggio bülowiano, ma sembra piuttosto filtrata attraverso le meditazioni del compianto filosofo italiano. Si aggiunga che, pur discorrendo di «giudizio», nella sostanza il Satta non incorre nell'errore di limitare la giurisdizione all'accertamento, giacchè sotto la insegna del giudizio esplicitamente ricomprende anche le altre attività giurisdizionali ⁽⁷⁵⁾.

D'altro canto, la configurazione dell'azione come perno della posizione del soggetto nel sistema e il conseguente scolorimento della nozione di diritto soggettivo, addirittura negato come momento di protezione giuridica e soppiantato dal concreto interesse materiale (destinato ad avere tutela solo nel processo e quindi per il tramite dell'azione), richiamano i motivi fondamentali del Binder e, più, specificatamente, l'acuta applicazione fattane in Italia dal Pekelis ⁽⁷⁶⁾. Tali motivi costituiscono, del resto, altrettante conferme e coerenti corollari del passaggio del maestro

⁽⁷²⁾ Cfr. PUGLIESE, *op. loc. cit.*; e già in *Introduzione cit.*, pag. XXX; LIEMAN, *L'azione cit.*, pag. 439.

⁽⁷³⁾ *Diritto processuale civile cit.*, pag. 96 e segg.; *Il concetto di parte cit.*, pag. 68 e segg.

⁽⁷⁴⁾ V. la prefazione alla quinta edizione del *Diritto processuale cit.*; nonché *Il concetto di parte cit.*, pag. 72.

⁽⁷⁵⁾ *Diritto processuale civ.*, pag. 8, nota.

⁽⁷⁶⁾ *Ici*, pag. 7, nota.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. il richiamo al Pekelis contenuto nel *Diritto processuale cit.*, pag. 99. V. anche *Il concetto di parte cit.*, *loc. cit.*

genovese nella schiera di coloro che scorgono nel processo la chiave di volta dell'ordinamento giuridico.

Ancora qui, prescindendo per ora da obiezioni più essenziali⁽⁷⁹⁾, vien fatto di osservare subito che la negazione del diritto soggettivo quale prima cernita della congerie di interessi materiali concreti e prima forma di protezione di interessi prescelti (precedente e indipendente dall'azione) impone, per la determinazione di quali, nella ressa di concreti interessi, debbano avere tutela nel processo, la necessità di rifarsi al parametro delle azioni nominate. A meno che non si voglia ammettere, come non si può, che l'azione e il giudizio siano strumenti per la difesa di qualsiasi interesse.

9. Necessario è, infine, considerare, sempre dall'angolo in cui ci siamo posti, la recente originale costruzione del diritto privato proposta da Salvatore Romano⁽⁸⁰⁾. Utilizzando, con molta finezza, il principio della pluralità degli ordinamenti, egli assegna ai privati il compito di regolare i loro rapporti, di porre il loro diritto, di creare, insomma, la pluralità degli ordinamenti giuridici privati; mentre riserva allo Stato il compito di tutela di quel diritto privato⁽⁸¹⁾. Dal che si trae, per quanto qui interessa, la riduzione dell'ordinamento statale al momento della tutela giurisdizionale.

È peraltro interessante notare che, pur confluendo sotto questo profilo e forse inconsapevolmente, nell'alveo aperto dal pensiero kelseniano (che limita appunto l'attività dello Stato all'applicazione di sanzioni), il contributo del Romano ne costituisce anche il superamento: infatti, il Kelsen esclude le norme regolatrici delle condotte dei privati dal novero di quelle statuali

(79) *Infra*, sub 10 e 11.

(80) V. *opp. cit.* nella nota n. 1 dell'Introduzione.

(81) Romano Salvatore, *Aspetti soggettivi cit.*, pag. 1020; *Ordinamenti giuridici cit.*, pag. 260 e segg.; *Autonomia cit.*, pag. 825 e segg. Una tesi analoga risulta già sostenuta dal CESARINI SCONZA (*Il diritto dei privati*, in *Riv. it. scienze giuridiche* 1929, pag. 43 e segg.).

ed è, quindi, costretto a negarne la giuridicità e a relegarle fra le norme sociali ⁽⁵²⁾, dal momento che fuori dell'ordinamento statale egli non vede diritto; il Romano, invece, può escludere quelle norme dall'ordinamento statale e rivendicarne ugualmente la giuridicità, in virtù della loro appartenenza agli ordinamenti giuridici privati.

Tuttavia, a parte le obiezioni che si possono muovere alla costruzione del Romano per quanto concerne la configurazione della pluralità degli ordinamenti privati ⁽⁵³⁾, anche la di lui distinzione fra una sfera sostanziale creata dai privati e una sfera di protezione giudiziaria somministrata dallo Stato non è accettabile, perchè, come vedremo, non corrisponde alla realtà positiva.

10. Nello *excursus* che precede si è cercato di rilevare man mano certe incertezze e contraddizioni che affiorano, *ab intus*, dalle teorie in discorso: a me sembra, infatti, che già una critica immanente, che si ponga cioè sul piano e ragioni nei termini che son propri delle vedute *de quibus*, consenta di coglierne i limiti.

Tale ordine di osservazioni mi pare si possa riepilogare e ribadire come segue.

La corrente per così dire kelseniana, la quale nega la esistenza nell'ordinamento statale della norma sostanziale, quale regola di condotta indirizzata ai privati, e fa ruotare l'ordinamento statale sul perno della sanzione, mi sembra inficiata da una intima contraddizione: il concetto stesso di sanzione postula, infatti, per imprescindibile necessità logica, la violazione di una norma primaria. È logicamente impossibile porre, da un canto, la condotta sanzionata fuori dell'ordinamento statale, indifferente per quest'ultimo (cioè da esso non valutata), e, dall'altro, invece, applicare la sanzione: non si può considerare indifferente (per lo ordinamento statale) l'attività del danneggiatore e im-

⁽⁵²⁾ Kelsen, *Teoria generale cit.*, *loc. cit.*

⁽⁵³⁾ V. *infra*, sub 14.

porgli il risarcimento; così come non si può considerare indifferente l'omicidio e poi punire il reo.

E, difatti, ove si porga orecchio al dibattito che si svolge, fra i suoi cultori, intorno ad un diritto statale positivamente sanzionatorio qual'è il diritto penale⁽⁸⁴⁾, si constata come nessuno neghi la esistenza di un precetto primario, operante prima e a prescindere dalla sanzione (*nullum crimen sine praevia lege poenali*), e come si faccia soltanto questione se tale precetto sia implicito nella stessa norma sanzionatoria, debba trarsi da essa⁽⁸⁵⁾, e sia piuttosto contenuto in altre separate norme⁽⁸⁶⁾.

Al limite, dunque, e ammettendo di restare sul suo piano, la teoria kelseniana della «motivazione indiretta» non potrebbe mai accettarsi nei termini in cui essa è proposta, e cioè come negazione della esistenza e rilevanza per l'ordinamento statale di un precetto primario; bensì soltanto nel senso (diverso da quello propugnato dal Kelsen e dai suoi seguaci) che la norma sanzionatoria, mentre regola immediatamente la sanzione, somministra per implicito la indispensabile previa valutazione del comportamento sanzionato.

Fuori di questi limiti, non si scampa alla constatata contraddizione, neppure ammettendo, sì, l'esistenza di norme di valutazione della condotta, ma confinandole fuori dell'ordinamento statale, come norme sociali o come norme rilevanti per ordinamenti diversi da quello statale. Occorre sempre ammettere, in

(84) Cfr. CRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, I, Milano 1947, pag. 233 e segg.; CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, pagg. 57, 82, 89; RANIERI, *Manuale di diritto penale italiano*, Padova 1956; BINDING, *Die Normen und ihre Ubertretung*, 1916, pagg. 58, 73; BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen 1916, pagg. 31, 115; *Methodik der Gesetzgebung*, Berlin 1122, pag. 30; BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, I, Leipzig 1894, § 4; KOHLER, *Deutsches Strafrecht*, Lipsia 1917, pag. 94. Contra: MANZINI, *Trattato*, I, Torino 1926, pag. 56; Rocco Arturo, *Sul cosiddetto carattere sanzionatorio del diritto penale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1910, IV, col. 53 e segg.; Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen 1911, pagg. 270, 330; FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit*, Monaco 1911, pag. 115.

(85) CRISPIGNI, *op. cit.*, pagg. 234, 235; DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova 1930, pag. 30.

(86) BINDING, *op. loc. cit.*

più, che tali norme siano ricondotte nell'ambito dell'ordinamento che irroga la sanzione, che esse abbiano rilevanza e vigore in tale ordinamento; che quest'ultimo insomma le recepisca: il che val dire ammettere, in senso all'ordinamento statutale, la norma sostanziale primaria.

Lo stesso discorso deve ripetersi anche per chi, come l'Allorio, mentre da un canto nega anch'egli che la norma statutale s'indirizzi ai privati e operi immediatamente nei loro rapporti, e incentra l'ordinamento sulla giurisdizione, dall'altro, come si è detto, non utilizza, per la definizione di quest'ultima, il concetto di sanzione e fonda la giurisdizione sull'accertamento⁽⁸⁷⁾.

Invero, lo stesso A. finisce con l'ammettere che l'accertamento (in cui la giurisdizione consisterebbe) non è un mero esercizio accademico, ma costituisce una reazione dell'ordinamento (« se esiste un contratto », esemplifica testualmente l'Allorio, « per il quale è prevista da parte di A una prestazione a B, e A, colpevolmente, non effettua la prestazione, il giudice, « sulla richiesta di B, condannerà A al risarcimento dei danni »⁽⁸⁸⁾): con la conseguenza che, una volta riconosciuto (come la fine sensibilità dell'Allorio gl'imponeva di fare) che tale è il meccanismo della norma secondaria (o giurisdizionale: per il nostro, « statutale » *tout-court*), non si può sfuggire, neppure qui, alla constatazione della necessità di una norma primaria, esplicita o implicita, alla quale ragguagliare il comportamento presupposto della reazione.

Quanto, poi, alla corrente che, in senso latissimo, chiameremmo bülowiana, essa nega, è vero, che la norma sostanziale si ponga come specifico e operante regolamento di concreti rapporti *inter privatos*, prima e a prescindere dal processo; e relega quella norma in un astratto empireo, dal quale soltanto la sentenza del giudice potrebbe trarla, specificandola e ponendola, come concreto precetto, nelle singole specie. Tuttavia, anche tale

(87) V. *Opp. locc. cit.* nella precedente nota n. 65.

(88) *Osservazioni critiche*, cit., pag. 20.

corrente ammette, anzi assume che presupposto dell'entrata in funzione del magistrato è la disobbedienza, la violazione dell'ordine prestabilito ⁽⁷⁸⁾.

Ma se questo è, riemerge ancor qui la contraddizione sopra rilevata: infatti, la disobbedienza postula un comando già efficace in concreto, che già si imponga cioè ad un determinato soggetto. Perchè sia configurabile la violazione dell'ordine, occorre che questo funzioni, prima e a prescindere dall'opera del magistrato, nel concreto rapporto, come regola di condotta specificata ed operante.

Senza contare che questo meccanismo di specificazione della norma astratta ad opera del giudice non è neppure ipotizzabile quante volte il giudice non replichi, in concreto, il comando posto dalla norma e disobbedito, ma ponga, invece, a sua volta altri comandi (così, ad es., la violazione dell'obbligo di fedeltà coniugale mette capo al comando col quale il giudice dispone la separazione dei coniugi; l'inadempimento dell'obbligo contrattuale sfocia nella risoluzione del sinallagma).

11. Senonchè, a parte la critica immanente fin qui svolta, alle teorie in discorso si deve, a mio avviso, muovere una obiezione fondamentale, che, se non vado errato, le colpisce tutte alla radice.

Gli è che tali teorie, lungi dall'avere una qualsiasi validità sul piano formale (sul quale specialmente alcune di esse pretendono di porsi ⁽⁷⁹⁾), non trovano fondamento neppure sul piano positivo, perchè non corrispondono ai dati offerti dagli ordinamenti moderni, e segnatamente dal nostro.

Esse cadono, infatti, nell'errore di cui il più classico esempio è costituito dalla dottrina della scuola di Vienna ⁽⁸¹⁾: errore

⁽⁷⁸⁾ Cfr. CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., I, pag. 5 e segg.; *Sistema*, cit., I, pag. 14 e segg.; CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., pag. 26; SATTA, *Diritto processuale*, cit., pag. 7; CAPOGHIANI, *opp. locc. cit.*

⁽⁷⁹⁾ Mi riferisco segnatamente alla teoria del KELSEN (*opp. locc. cit.*).

⁽⁸¹⁾ Su questo punto, v. anche *La giurisdizione volontaria* cit., pag. 14 nota.

consistente nel rifiutare, da un canto, il riferimento ad un dato ordine positivo, nell'intento di muovere alla ricerca di verità assolute; e nell'usare, dall'altro, per questa ricerca, mezzi inadeguati, perchè non reperiti sul piano formale, ma liberamente astratti dal contenuto di singoli ordinamenti positivi. Donde la immane conseguenza, sopra lamentata, che esse non trovano il loro suggello sul piano assoluto delle forme, nè trovano l'*ubi consistam* su quello relativo del contenuto: sul quale ultimo è innanzitutto richiesta la deliberata e cosciente scelta (dell'ordinamento positivo, storico o vigente, al quale riferirsi) che queste teorie si rifiutano di compiere.

Di questo errore occorre, qui, rendersi conto più approfonditamente. Non mi sembra dubbio, innanzitutto, che sul piano delle forme assolute e costanti dell'esperienza giuridica, non è dato distinguere norme primarie e norme sanzionatorie, norme sostanziali e norme giurisdizionali, precetti e sanzioni⁽⁷²⁾. Per operare tale distinzione, occorre contemplare il contenuto delle norme e delle condotte regolate, occorre cioè passare sul piano del contenuto, riferirsi ad un singolo ordinamento positivo. Solo su questo terreno si possono scorgere norme e condotte primarie e, se ci sono, norme e condotte secondarie, concernenti cioè meccanismi che entrano in funzione in ausilio delle prime: riconoscibili per il loro contenuto (sanzioni in senso stretto⁽⁷³⁾) oppure per la loro posizione vicaria rispetto alle norme primarie, consistente nell'avere queste ultime come proprio presupposto. Solo su questo terreno, e cioè sul terreno del contenuto delle norme di un ordinamento positivo prescelto, si può porre e risolvere la questione se esistano soltanto norme sanzionatorie o soltanto norme primarie (sostanziali), o norme primarie e norme sanzionatorie.

(72) In ciò concordo — come ho rilevato — con F'ALLOBBIO (*Osservazioni critiche*, cit., pag. 15, 16).

(73) V. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma 1951, pag. 28; CANDIAN, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, Milano 1949, pag. 7; e, ancora, ALLOBBIO, *Osservazioni critiche*, cit., loc. cit.

Questa ripetizione di familiari criteri di metodo non sembrerà un fuor d'opera all'accorto lettore sol che egli consideri come non poche delle correnti costruzioni di teoria generale sono inficiate dalla confusione fra i due piani: fra quello proprio della speculazione la quale ha il compito di forgiare le forme costanti del diritto⁽²⁴⁾, e quello della dommatica cui spetta di conoscere ed ordinare i molteplici e mutevoli contenuti di un dato ordinamento⁽²⁵⁾. Come la speculazione deve prescindere da quei contenuti, così la dogmatica non può pretendere di astrarre da essi delle nozioni formali.

Donde l'insuccesso cui sono destinati i tentativi di attingere nozioni formali utilizzando, più o meno consapevolmente, i dati di questo o di quello o, più spesso, di svariati ordinamenti positivi. Si pensi alle definizioni pseudoformali, secondo cui sarebbe *giuridica* la norma munita di *sanzione* (intesa quest'ultima da alcuni in senso stretto⁽²⁶⁾, da altri in senso più lato⁽²⁷⁾, da altri addirittura, genericamente, come possibilità di reazione latente nell'ordinamento, o come notazione d'illiceità⁽²⁸⁾). Si pensi, inoltre, alla definizione dell'ordinamento e alla rivendicazione della sua unità fondate sulle risultanze di uno o più ordinamenti positivi⁽²⁹⁾.

(24) Cfr. CAMMARATA, *Limiti fra formalismo e dommatica*, Catania 1936, pagg. 36, 51, 52; ma già in *La positività del diritto e il valore pratico della norma di condotta*, in *Studi filosofico-giuridici dedicati a Del Vecchio*, Modena 1930, I, pag. 45 e segg.

(25) Cfr. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano 1941, pag. 63; sulla strumentalità della dommatica v. anche ASCARELLI, *L'idea del codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in *Saggi giuridici*, Milano 1949, pagg. 72, 73.

(26) JHERING, *Der Zweck im Recht*, Leipzig 1893; CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma 1951, pag. 31 e segg.; KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925, pag. 47; DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*, Milano 1948, pag. 219 e segg.

(27) JELLINEK G., *La dottrina generale dello Stato* (traduz. it.), Milano 1921, I, pagg. 605-611.

(28) ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze 1945, pag. 24; LEVI, *Teoria generale del diritto*, Padova 1950, pag. 164; MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano 1940, pag. 10 e segg.

(29) Mi riferisco segnatamente alla *Stufenbautheorie* (cfr. KELSEN, *Allgemeine*

Invero, come ho cercato di chiarire in altra sede (alla quale mi permetto di rimandare il paziente lettore ⁽¹⁰⁰⁾), sul piano formale la giuridicità della norma consiste nel suo porsi come canone esclusivo di valutazione della condotta, cioè come termine della dialettica: *regola esclusiva* (i.e. assunta come tale) — *atto regolato*, in cui sta e si esaurisce la considerazione dell'esperienza *sub specie iuris* ⁽¹⁰¹⁾. (Non sul piano delle forme costanti, invece, ma solo in contingenti manifestazioni storiche, cioè in concreti ordinamenti positivi, è dato talvolta di rilevare un sistema di coazione a salvaguardia di certe leggi; sistema peraltro consistente, a sua volta, in norme la cui giuridicità non si può

Staatslehre, cit., pag. 233 e segg.; *La dottrina pura*, cit., pag. 81 e segg.). Vedi *infra*, nel testo.

⁽¹⁰⁰⁾ *La giurisdizione volontaria*, cit., pag. 8 e segg., nota n. 9.

⁽¹⁰¹⁾ Come ho rilevato (*La giurisdizione*, cit., *loc. cit.*), ancor prima che di fronte alle norme, il giurista si trova di fronte ad un'altra realtà, cioè di fronte ai fenomeni elementari in cui la esperienza si pone e si risolve: le concrete condotte (consistenti in azioni materiali: un omicidio, l'abbattimento di un albero; o da manifestazioni di volontà — intesa la locuzione nel suo significato empirico e non come definizione tecnica del negozio giuridico —; lo stato che ingiunge alcunchè ai cittadini, un padre che permette alcunchè al figlio).

Orbene, è chiaro che il concreto comportamento, costituente il fenomeno elementare che si offre alla rilevazione, si presenta senza attributi, cioè non come esperienza giuridica, ma come esperienza *tout court*; e che, perciò, il dommatico non può assumerlo ad oggetto del suo lavoro, se non dopo che ad esso siano state applicate le forme della valutazione giuridica, che esso si sia posto come termine operante nella dialettica del diritto: che esso venga, insomma, considerato *sub specie iuris*; in termini volgari, giuridicizzato.

Considerare l'esperienza dal punto di vista giuridico è ovviamente uno dei molteplici modi di considerarla e consiste nell'assumere un comportamento (salvo che nella consuetudine, una manifestazione di volontà: un comando o un permesso) come atto normativo, cioè come atto che pone la regola, e nel raggugliare a tale regola, assunta come esclusiva (i.e. come *forma necessaria di scelta*; CAMMARATA, *opp. loc. cit.*), un altro comportamento, traendo per quest'ultimo la qualifica giuridica che da quella regola gli discende: « lecito », « doveroso », « illecito ».

La definizione della norma come canone di valutazione è ormai accettata da molte autorevoli fonti: v. ALLORIO, *La pluralità*, cit., pag. 254 e segg.; PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Roma 1938, pag. 32 e segg.; ACO, *Scienze giuridiche e diritto internazionale*, Milano 1950, pag. 34, 45; ESPOSITO, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, in *Annali Università Camerino*, IV, 1930, pag. 5 e segg., 12 e segg.; GIULIANO, *La comunità internazionale e il diritto*, Padova 1950, pag. 221 e segg.

dimostrare, nemmeno attraverso una vana *gymnastique à l'infini*: *quis custodiet custodem?*).

Ed ancora e soltanto sul piano formale, e quindi sempre prescindendo dalle contingenti manifestazioni positive, si può enucleare il concetto di ordinamento giuridico: che è l'insieme di condotte che concretano l'esperienza in una data società e in un dato momento storico, considerato *sub specie iuris*, cioè quale complesso di atti che si pongono in termini di *regole esclusive* e di *atti regolati* ⁽¹⁰²⁾. L'intima unità che pervade l'ordinamento, risiede, appunto, nella sua corrispondenza ad una società; nel rapporto di simultanea correlazione (non d'identità) ⁽¹⁰³⁾ fra il

⁽¹⁰²⁾ V. *La giurisdizione*, cit., pag. 12. Nel senso che l'ordinamento sia invece costituito soltanto dalle norme (cioè dalle regole) v., fra gli altri: FERRARA Francesco, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma 1921, pagg. 1-5; BALLADORE PALLIENI, *Diritto costituzionale*, Milano 1953, pagg. 5-6; GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, Leipzig 1895, pag. 19 e segg.; nonché la classica fonte rosminiana (ROSMINI, *Filosofia del diritto*, 1843, II, pagg. 9, 10).

⁽¹⁰³⁾ Da un canto, la ovvia corrispondenza fra ordinamento e società (si tratta della medesima esperienza, costituita appunto dalle concrete condotte) spiega come nella più celebre definizione dell'ordinamento (ROSMINI, *L'ordinamento*, cit., pag. 103 e segg.) sia posto l'accento sull'« istituzione », intesa come organizzazione sociale operata da norme, ma non esaurita in esse. Dall'altro, la necessaria distinzione fra ordinamento e società (distinzione dipendente dai diversi punti di vista in cui quella esperienza viene contemplata: l'uno che, riferendosi agli agenti, la definisce come pluralità di soggetti in stabile relazione fra loro: società; l'altro che, applicando all'esperienza le forme della valutazione giuridica, la presenta come ordinamento giuridico) indica il limite di tale definizione, in quanto essa identifica senz'altro l'ordinamento con la società. I precedenti si trovano in: GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, cit., loc. cit.; THON, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, Weimar 1870, pag. X della prefazione; BEKKER, *Grundbegriffe der Rechts und Missgriffe der Gesetzgebung*, Berlin und Leipzig 1910, pag. 27 e segg.; BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, cit., pag. 29.

D'altra parte, ancora la innegabile simultanea corrispondenza fra ordinamento e società indica l'errore di chi configura l'organizzazione sociale come realtà pre-giuridica (HAURIOU, *Précis de droit administratif*, Paris 1938, pagg. 23, 24; per una esauriente critica del metodo *c.d. realista* — la cui enunciazione si veda nel DUCUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris 1901, pag. 21, 195 e segg. — v. FORTI, *Il realismo nel diritto pubblico*, in *Studi di diritto pubblico*, Roma 1937, pag. 23 e segg.).

Infine, sulla socialità del diritto v., fra gli ultimi: LEVI, *Teoria*, cit., pag. 13 e segg.; CESARINI SPERZA, *Corso di filosofia del diritto*, Roma 1945, pag. 84 e segg.

diritto e la società che esso realizza e che, in cambio, lo individua e distingue.

Si tocca, così, con mano l'errore che inficia la dottrina dello Stato del Kelsen⁽¹⁰⁴⁾ e della sua scuola. Benchè pretenda di attingere l'assolutezza, essa non si pone sul piano formale, ma da molti ordinamenti positivi arbitrariamente astrae (peraltro senza coscienza dei mezzi e dei limiti della comparazione giuridica), ed è allora condannata, nella vana ricerca dell'unità dell'ordinamento, a risalire a quella *Grundnorm* che, assunta come punto fermo da cui lo Stato si svolgerebbe grado a grado, rimane irrimediabilmente fuori dello Stato⁽¹⁰⁵⁾, chiede cioè, senza ricevere risposta, la spiegazione della propria giuridicità.

Inoltre, e con più stretta attinenza al nostro argomento, ci si avvede di quanto sia infondata la preoccupazione che sembra stare al fondo di buona parte delle visioni monistiche di cui ci stiamo occupando (e specialmente di quelle di ispirazione kelseniana): la preoccupazione di salvaguardare l'unità dell'ordinamento mediante la riduzione di esso al momento giurisdizionale e la negazione del momento sostanziale. In verità, temere che, ammettendo la presenza, in seno ad un dato ordinamento, di un insieme di regole sostanziali e di un insieme di norme processuali (complementari rispetto alle prime), si possa compromettere l'unità dell'ordinamento, significa ancora confondere il piano delle forme con quello del contenuto e non rendersi conto che sul primo e non sul secondo quell'unità va cercata e si trova.

12. Esclusa così ogni possibilità di considerare le teorie in discorso *sub specie aeternitatis*, occorre, dunque, riferirsi al contenuto di un dato ordinamento, nel quale soltanto è possibile cogliere la varietà di norme, di attività e di funzioni, della cui esistenza e distinzione è problema; e, intanto, operare la scelta dell'ordinamento positivo cui si voglia far riferimento.

(104) KELSEN, *Hauptprobleme*, cit.; nonché *opp. cit.* nelle note n. 99.

(105) V. in arg. le acute osservazioni del GUARINO Antonio, *L'ordinamento giuridico romano*, Napoli 1956, pag. 274 e segg.

È ovvio che tale scelta debba, almeno per noi, cadere sul nostro ordinamento positivo vigente e che il raffronto con i parametri offerti da quest'ultimo potrà fornire la sola risposta pertinente e definitiva.

Tuttavia, prima di procedere a tale raffronto, non mi pare privo d'interesse fermare l'attenzione — nei limiti consentiti in questa sede — su di un altro ordinamento positivo: dico dell'ordinamento romano, nelle sue varie fasi.

Tale diritto storico, nel cui seno appunto, come si è visto sopra, si vogliono reperire le origini della riduzione dell'ordinamento alla fase giurisdizionale, costituisce, da un canto, il miglior banco di prova di questa pretesa riduzione, e, dall'altro, se non vado errato, somministra la prima conferma della inaccettabilità di essa su di un terreno positivo.

Non c'è dubbio che gli operatori (l'interprete, il magistrato, il giurisperito) abbiano svolto un relevantissimo ruolo nel processo di formazione del diritto romano. Ma si tratta di vedere in che senso e in quali limiti.

Come ognuno sa, già in ordine allo *ius Quiritium* (che costituisce, nella *civitas* romana arcaica, il regolamento dei rapporti nel campo che oggi chiamiamo del diritto privato) si pone il problema dei rapporti fra *mores e iuris interpretatio*: discutendosi se lo *ius Quiritium* fosse costituito da un insieme di consuetudini⁽¹⁰⁶⁾ o se lo venissero man mano creando gli interpreti⁽¹⁰⁷⁾.

(106) V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni*, cit., pag. 22 e segg.; GROSSO, *Premesse generali*, cit., pag. 64 e segg.; GUARINO, *op. cit.*, pag. 44 e segg.; PEROZZI, *Istituzioni*, Firenze 1906, I, pag. 80 e segg.; MITTIS, *Römisches Privatrecht*, I, Leipzig 1908, pagg. 23 e segg.; KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*, München und Leipzig 1912; JÖRS-KUNKEL-WENGER, *Römisches Privatrecht*, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949, § 2 e 13.

Com'è noto, il KASER (*Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*, in ZSS 59, pag. 52 e segg.) esclude la natura consuetudinaria del diritto arcaico e la riporta piuttosto ad un *ürromisches Naturrecht* v.

(107) È la vecchia tesi del SUMNER MAINE (*Ancient Law*, 1811, pag. 2 e segg.), ripresentata, ovviamente con diversi argomenti e con ben altra forza di convinzione, dal DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, I, Milano 1941, pag. 369 e segg.; Sin-

La esistenza di un nucleo di consuetudini governanti i rapporti *inter patres*, non mi pare possa revocarsi in dubbio, dal momento che, per quanto indietro si risalga, la costanza di una società implica pur sempre un insieme di norme in essa operanti e che la rendono tale. Tuttavia, non è senza rilievo che, a petto di questo nucleo di norme, stia il *pontifex* ⁽¹⁰⁸⁾, depositario della loro conoscenza in una società primitiva in cui diritto e religione, quali che effettivamente siano i rapporti fra essi, si implicano e condizionano a vicenda ⁽¹⁰⁹⁾. L'interprete applica quelle consuetudini nel caso concreto; ma, senza dubbio, sente anche viva l'esigenza del suo tempo, i graduali mutamenti della società in cui opera: ed è, quindi, portato ad applicare al caso concreto, a considerare come in esso già operante, la regola che non è ancora una consuetudine (che cioè non è ancora munita della *opinio iuris et necessitatis*), ma che si avvia a diventarlo.

Sul piano pratico, è vero, dunque, che l'interprete affretta la maturazione di nuove consuetudini: non che egli imponga nuove norme; sibbene fa sì che consuetudini *in fieri* si consolidino, in quanto la sua dichiarazione induce e consolida, appunto, quella *opinio iuris*. Ma da questo a dire che l'interprete crea il diritto mi pare ci passi: lungi dal porre una nuova norma per tutti e per il futuro, egli non la pone *ex novo* nemmeno nel

tesi storica del diritto romano, Roma 1948, pag. 138 e segg.; *Arcana Imperii*, Milano 1947-1948, pag. 137 e segg. Per i più recenti sviluppi v. KASER, in *Jura*, 1950, I, pag. 427 e segg.; *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, in *Labeo*, 1955, I, pag. 313 e segg.; e specialmente GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma 1955, pag. 25 e segg.

^(108,109) Sull'etimologia di *fas* e *ius* e sui loro rapporti v.: ORESTANO, *Dal ius al fas*, in *Bollettino Istituto Diritto Romano*, 1940 (46), pag. 194 e segg.; DE FRANCISCI, *Storia*, cit., I, pag. 376 e segg.; GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., loc. cit.; BEDUSCHI, *Osservazioni sulle nozioni originali di fas e ius*, in *Rivista Italiana Scienze Giuridiche* (N.S.), 1935; GUARINO ANTONIO, *op. cit.*, pag. 39 e segg.; DE MARTINO, *La giurisprudenza in diritto romano*, Padova 1937, pagg. 3 e segg.; WALDE-HOFFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg 1930, *sub voce*; EMONT-MILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris 1951, *sub voce*.

caso concreto, in quanto si limita a riconoscerla e dichiararla come già operante nella specie. Per definizione, la sua è opera di storico e non di legislatore.

Questa (che il *dictum* dell'interprete fosse inteso e debba intendersi come atto ricognitivo e non creativo) non è, del resto, convinzione dei nostri giorni, avvezzi a più sottili analisi⁽¹¹⁰⁾. Se non possiamo pretendere che i Romani si esprimessero come noi, dobbiamo, però, constatare che, quando applicarono la loro riflessione allo *ius Quiritium*, non esitarono a presentarlo come un insieme di *mores*, cioè di norme formatesi spontaneamente e gradualmente, e non per imposizione⁽¹¹¹⁾: segno manifestò che l'opera dell'interprete veniva da essi considerata come mera ricognizione di consuetudini e non come creazione di norme.

Sempre in tema di rapporti fra diritto e *interpretatio* nell'ordinamento arcaico romano, il discorso non cambia ove si badi più puntualmente all'*agere*: cioè al momento in cui l'interprete interviene per convalidare, indirizzare, controllare l'azione del privato, la di lui reazione all'illecito⁽¹¹²⁾. La combinata attività del privato che reagisce all'illecito (che attua cioè l'autotutela) e del sacerdote che lo assiste implica, infatti, il *prius* della norma sostanziale: anche qui ammettere la reazione del privato significa ammettere la previa esistenza di una norma (sostanziale), già operante e, poscia, violata nel caso concreto.

Altrettanto deve dirsi quando si guardi al rapporto fra diritto sostanziale e *iurisdictio*. E ciò, vuoi che questa funzione si distingua dall'*interpretatio* come quella che non consiste solo nel ragguagliare il caso concreto al diritto, ma anche nell'ema-

(110) Cfr. PUGLIESE, *Introduzione*, cit., pag. XXVI.

(111) GUARINO, *op. cit.*, pag. 45.

(112) Cfr. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, cit., pag. 31 e segg., e AA. *lvi cit.*; GUARINO, *op. cit.*, pag. 72; *Il diritto e l'azione nella esperienza romana*, in *Studi in onore di Aranzio-Ruiz*, I, Napoli 1953, pag. 309 e segg.. Isolata è rimasta l'opinione del BIONDI, secondo cui l'*actio* non sarebbe altro che attività giuridicamente rilevante, in qualsiasi direzione si svolga (v. *op. loc. cit.* nella nota n. 33).

nazione della sentenza in una controversia (e si appoggi quindi all'*imperium* del rex) ⁽¹¹²⁾, vuoi che la si assimili alla *interpretatio* ⁽¹¹³⁾, almeno per la parte in cui quest'ultima riguarda l'*agere* (e, in tale ipotesi, sia che si assegni alla *iurisdictio* una puntuale data di nascita ⁽¹¹⁴⁾, sia che la si consideri come una istituzione arcaica, spontaneamente derivata dalla autorità del rex e poscia trasmessa al pretore ⁽¹¹⁵⁾).

La successiva comparsa delle leggi c.d. ottriate ⁽¹¹⁶⁾, frutto della evoluzione democratica che, verso la fine del VI sec., andò trasformando la *civitas* in *res publica*, offre ulteriore conferma della presenza, nell'ordinamento romano, di norme sostanziali. Per quanto si discuta ⁽¹¹⁷⁾, pare certo che le XII tavole, cristallizzazione di consuetudini operata da patrizi, contenessero un nucleo di norme di diritto privato, come quelle regolanti alcuni negozi fra patrizi e plebei ⁽¹¹⁸⁾: al diritto sostanziale costituito

⁽¹¹²⁾ WENGER, *Institutionem des römischen Zivilprozessrecht*, München 1925, pag. 38 e segg.; DÜLL, *Der Gütegedanke in römischen Zivilprozessrecht*, München 1931, pag. 22 e segg.; contra: LAURIA, *Jurisdictio*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, II, pag. 481 e segg.

⁽¹¹³⁾ KARLOWA, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legislationen*, Berlin 1872, pag. 180 e segg.

⁽¹¹⁴⁾ DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit.; PUGLIESE, *Lezioni sul processo civile romano. Il processo formulare*, Milano-Venezia, 1945-1946, pag. 6 e segg.

⁽¹¹⁵⁾ GUARINO, *op. cit.*, pagg. 74-75.

⁽¹¹⁶⁾ Sul problema delle « dodici tavole » v.: BAYERA, *Contributo critico alla storia della Lex XII Tabularum*, in *Studi in onore di Silvio Perozzi*, Palermo 1925, pag. 3 e segg.; TAÜBLER, *Untersuchungen zur Geschichte des Dezemvirats und der Zwölf Tafeln*, 1921; COLEMAN-NORTON, *The Twelve Tables*, 1950. Com'è noto, l'opinione tradizionale (storicità dei decemviri e della loro opera legislativa) è stata oggetto di serie critiche (specie da parte del CONREWALL LEWIS, *Untersuchungen über die Glaubwürdigkeit der altrömischen Geschichte* (traduz. tedesca dall'inglese), Hannover 1858-1863; del PAIS, *Storia critica di Roma*, II, Roma 1915, pagg. 203-301; del LAMBERT, *La question de l'authenticité des XII tables et les Annales Maximi*, in *Nouvelle Revue Historique de droit français et étranger*, XXVI, 1902, pag. 247 e segg.; *L'histoire traditionnelle des XII tables et les critères d'inauthenticité des traditions en usage dans l'école de Mommsen*, in *Mélanges Appleton*, Liège 1903), ma anche di valide difese (v. BAYERA, *op. loc.*, cit.; DE FRANCISCI, *Storia*, cit., I, pag. 257 e segg.; GIRARD, *L'histoire des XII tables*, in *Nouvelle revue*, cit., XXVI, 1902, pag. 301 e segg.).

⁽¹¹⁷⁾ DE FRANCISCI, *Storia*, cit., pag. 287 e segg. AA. *ivi* cit.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. GUARINO, *op. cit.*, pagg. 94, 95.

dalle consuetudini, si aggiunge, dunque, un altro nucleo. Senza contare che anche la parte più notevole delle XII tavole, la quale si limita a disporre sanzioni, presuppone, per imprescindibile esigenza logica, la previa valutazione della condotta (cui le sanzioni vengono applicate) e la sua inserzione nell'ordinamento.

Altrettanto deve ripetersi per le leggi comiziali che, a partire dalla metà del IV sec., vanno a costituire lo *ius publicum* (nell'accezione romana): nel ristretto ambito in cui incidono sul diritto che noi chiamiamo privato⁽¹²⁰⁾, esse apportano all'ordinamento nuove norme sostanziali.

Passando, poi, al periodo pre-classico, e a partire dalla fine del III sec., si assiste all'imponente fenomeno della formazione dello *ius honorarium*: il quale costituisce, come ognuno sa, il polo di attrazione di tutte le tesi che sostengono la riduzione dello ordinamento romano al processo. Senonchè, mi pare si debba escludere che lo *ius honorarium* sia un diritto meramente sanzionatorio, scompagnato da un piano sostanziale. Quale che sia la trasformazione subita dalla reazione all'illecito (ora svolgentesi ad opera o, almeno, sotto l'egida dello Stato)⁽¹²¹⁾, comunque, cioè, venga presentato in questo momento storico il rapporto fra l'azione del privato e il processo (si configuri ancora l'azione come un potere che si svolge fino all'esecuzione⁽¹²²⁾; oppure che metta capo alla *litis contestatio*⁽¹²³⁾), non c'è dubbio che quella reazione afferisca ad un precetto (sostanziale) che si considera già operante fra le parti e violato da una di esse.

Si tratterà del precetto dello *ius civile* (costituito dal vecchio *ius Quiritium* e dalle successive integrazioni), quante volte il

⁽¹²⁰⁾ V. l'elenco redatto dal ROTONDI (Giovanni), *Scritti giuridici*, I, Milano 1922, pag. 5.

⁽¹²¹⁾ PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, pag. 325 e segg.; 343 e segg.

⁽¹²²⁾ Così PUGLIESE, *op. cit.*, pag. 412 e segg.

⁽¹²³⁾ V. BEKKER, *Über das Verhältnis*, cit., pag. 371; ma già HASSE, *Über das Wesen der Actio, ihre Stellung in System des Privatrechts und über den Gegensatz der in personam und in rem actio cit.*, pag. 10 e segg.; MÜLLER, *op. cit.*, pag. 40.

pretore conceda l'*actio* a seguito della violazione di esso. (Di più: com'è stato acutamente osservato⁽¹²⁴⁾, anche quando il pretore inibisce la reazione, negando l'*actio*, il precetto dello *ius civile* rimane valido ed efficace in concreto).

Ma anche quando concede l'*actio* fuori dell'ambito dello *ius civile*, il pretore non può non presupporre un precetto sostanziale e la sua violazione, cui connettere appunto la reazione. Piuttosto, anche del pretore, e soprattutto di lui, si deve dire che, aperto alle esigenze del suo tempo (vieppiù cospicue per l'intervenuta evoluzione politica e sociale, e costituenti l'*humus* della sua equità⁽¹²⁵⁾), egli è portato a considerare e a dichiarare come norme già operanti nel caso concreto quelle che sono ancora consuetudini *in fieri*, punti d'incontro, labili e non ancora consolidati, della società in movimento. Se, dal punto di vista pratico, si può quindi parlare di una vera e propria rivelazione della norma da parte del magistrato, dal punto di vista logico e giuridico deve tenersi per fermo che anche egli si limita a fare opera di storico, assumendo la pregressa esistenza e operatività di una norma sostanziale.

Affermare che il decreto del pretore non crea diritto sostanziale (nè nel caso concreto, nè tanto meno, per il futuro e per la generalità⁽¹²⁶⁾), non significa certo sottovalutare la innegabile, determinante influenza delle decisioni del pretore sulla formazione di un diritto sostanziale nuovo rispetto allo *ius civile*; significa soltanto offrire, di tale influenza, un profilo che è, o a me sembra, più proprio. Gli è che il pretore affretta, con la sua opera, l'avvento della *opinio iuris atque necessitatis* intorno a condotte e rapporti consentanei ai nuovi tempi, affretta, cioè, la maturazione di nuove e più adatte consuetudini.

Quanto poi all'editto, anche ad esso va negata, malgrado

(124) PUGLIESE, *Introduzione*, cit., pag. XXVI.

(125) Cfr. PUGLIESE, *Actio*, cit., pag. 105.

(126) GUARINO, *op. cit.*, pag. 143. Sul valore « creativo » dell'atto magistrale, nell'ambito dello *ius honorarium* v. le osservazioni del PUGLIESE, *Actio*, cit., pag. 132 e segg.; *Introduzione*, cit., pagg. XXIX, XXX.

la forma astratta, l'efficacia di fonte di diritto per la generalità: vincolante che sia per l'edicante ⁽¹²⁷⁾, esso non è costituzionalmente legge ⁽¹²⁸⁾. Ma anche e specialmente l'editto è fonte di nuove consuetudini sostanziali; sotto due profili: in quanto ingenera o, quanto meno, consolida la consuetudine di tenere la condotta da considerarsi « lecita » o « doverosa » alla stregua della sanzione concessa dal pretore; e in quanto gradatamente ingenera addirittura la convinzione che quella condotta sia autorizzata o imposta dal pretore, e quindi dà origine alla consuetudine (che oggi diremmo costituzionale) di attribuire valore di legge all'editto stesso. (In tale ormai recepita convinzione, maturerà e sarà poscia attuata la codificazione dell'editto ⁽¹²⁹⁾).

In quest'ordine di idee, non è senza significato che il pensiero giuridico romano abbia preso a considerare il complesso di regole nuove come *ius honorarium* soltanto più tardi ⁽¹³⁰⁾, e cioè appunto quando si è trovato di fronte al consolidamento di nuove consuetudini.

A fianco del magistrato opera la giurisprudenza: se nei tempi arcaici l'interprete ha — come abbiamo visto — esercitato un ruolo essenziale nel processo di formazione dei *mores*, ora la giurisprudenza continua ad influire sensibilmente su quel processo, sollecitando, avallando, traendo a conseguenza l'opera del magistrato.

⁽¹²⁷⁾ Così WLASSAK, *Edict und Klageform*, Jena 1892, pag. 63; LEVY-BRUHL, *La « denegatio actionis » sous la procédure formulaire*, in *Travaux et mémoires de l'Univ. de Lille*, 1924, pag. 70; DE FRANCISCI, *Storia*, cit., II, 1, pag. 277; DE MARTINO, *op. cit.*, pag. 71 e segg. *Contra*: BIONDI, *Diritto e processo*, pag. 147 e segg.; GUARINO, *op. cit.*, pag. 144.

⁽¹²⁸⁾ Cfr. DE FRANCISCI, *Storia*, cit., II, 1, pagg. 302, 303.

⁽¹²⁹⁾ V. per tutti KASER, *Zum Ediktsstil*, in *Festschrift für Schultz*, 1951, pag. 21 e segg.; PRINGSHEIM, *Zur Bezeichnung des Hadrianischen Edictels als edictum perpetuum*, in *Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel*, pag. 1 segg. Isolata è l'opinione del GUARINO (*L'esaurimento del « ius honorarium » e la pretesa codificazione dell'editto*, in *Studi in memoria di Albertario*, Milano 1953, I, pag. 627 e segg.), secondo la quale l'editto non sarebbe stato mai codificato.

⁽¹³⁰⁾ Cfr. WLASSAK, *Römische Prozessgesetze*, II, Leipzig 1888-1891, pag. 125; DE FRANCISCI, *op. loc. ult. cit.*

Durante il periodo classico, lo stesso fenomeno, per cui la autorità dell'edicante ingenera l'*opinio iuris et necessitatis*, si verifica, e con maggiore intensità, per gli atti del principe. A fianco delle vere e proprie leggi (*leges rogatae* ⁽¹³¹⁾), non solo gli editti, ma anche molti atti affatto privi di generalità ed astrattezza finiscono con l'esser considerati fonti di diritto in ragione dell'*auctoritas* del principe: finchè si perviene al principio, che ancor qui chiameremmo costituzionale, del « *quod principi placuit legis habet vigorem* » ⁽¹³²⁾ (principio che gli stessi imperatori sentirono, poi, il bisogno di mitigare, negando ai rescritti efficacia generale).

Mentre si compie la evoluzione costituzionale per cui la volontà del principe diventa, *tout court*, legge (e, per volere del principe, autorità di norme acquistano anche i *responsa* giurisprudenziali ⁽¹³³⁾), la distinzione fra diritto sostanziale e processo si fa sempre più evidente. Da una parte si allarga la materia del diritto privato: la arricchiscono leggi comiziali, prima, e, poi, senatoconsulti e costituzioni imperiali; la legge (sostanziale) dello stato entra financo nella cerchia della famiglia, già roccaforte della più evidente autonomia (per cui non a torto la famiglia agnatzia poteva ritenersi, prima d'ora, un ordinamento nell'ordinamento statale ⁽¹³⁴⁾). Dall'altra parte, e di fronte alle norme sostanziali, s'instaura il nuovo ordine processuale: la *cognitio extra ordinem*, che prende il posto della procedura formulare (già formidabile strumento nelle mani del pretore).

⁽¹³¹⁾ V. in arg. ROTONDI, *Leges publicae populi romani*, Milano 1912; KÜLLER, *Geschichte des römischen Rechts*, Leipzig 1925, pag. 237 e segg.

⁽¹³²⁾ Cfr. ORESTANO, *Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali*, Roma 1937, pag. 31 e segg.; *Gli editti imperiali*, in *Bollettino istituto diritto romano*, XLIV (1936-37), pag. 219 e segg.

⁽¹³³⁾ Una ipotesi non accettata è quella del DE VISSCHER (*Le ius publicae respondendi*, in *Revue historique de droit français et étranger*, XVI, 1936, pag. 615), secondo la quale i *responsa* venivano addirittura sottoposti al principe perchè vi apponesse la sua *auctoritas*.

⁽¹³⁴⁾ Cfr. DI MARZO, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1939, pag. 149 e segg.; DE FRANCISCI, *Storia*, cit., I, pag. 139 e segg.; MALINOWSKI, *Soziologie der Familie*, in *Die Geisteswissenschaften*, I, 1914, fasc. 32 e segg.

Durante il periodo post-classico, il processo di monopolizzazione delle fonti del diritto da parte del monarca si completa. Si assiste, allora, al massimo sforzo di conservazione dell'imponente patrimonio giuridico, mediante un'opera di ricognizione e ricezione, prima lasciata a dottrinari, poscia avocata e attuata dal monarca (fino alle raccolte giustinianee).

Per quanto qui interessa, e com'è noto, le codificazioni fanno larghissimo posto alle regole sostanziali, le quali ormai governano tutto il diritto privato (la famiglia, per stare all'esempio più cospicuo, viene ora modellata dalla norma sul vincolo naturale e non su quello agnatizio). Nessun dubbio, quindi, intorno alla netta demarcazione fra la sfera sostanziale e quella del processo.

In definitiva, mi pare che anche nell'ordinamento romano si riscontri sempre la distinzione fra diritto e processo. A parte la costanza di fonti scritte (in sparuto numero, dapprima: leggi ottriate, leggi comiziali; poscia numerosissime: *senatus consulta*, *constitutiones*; e infine assorbenti: codificazioni) che, senza dubbio, contengono norme di diritto sostanziale, cioè dettano direttamente regole di condotta per i soggetti privati; a parte queste fonti, dicevo, nell'ordinamento romano il diritto sostanziale è presente anche e, durante un lunghissimo periodo, soprattutto attraverso consuetudini, cioè attraverso l'adesione dei soggetti, nello svolgimento dei loro traffici, a determinati canoni di comportamento.

Come l'interprete prima, il giurisperito poi, e particolarmente il magistrato (per quanto attiene allo *ius honorarium*) abbiano in pratica influito sulla formazione di queste consuetudini, enucleando quei canoni dalla coscienza del loro tempo, si è sopra cercato di spiegare. Ma, si ripete, l'influenza del giudicante (e non la sua soltanto) non autorizza a concludere nè che il diritto romano regolasse soltanto le sanzioni, senza fornire il previo indefettibile regolamento delle condotte dei cittadini;

nè che, rispetto alla norma sostanziale, il giudice svolgesse opera di legislatore anzichè quella sua propria di storico.

Del resto, ma senza mai assumere che l'operatore divenga fonte di diritto, nessuno nega che, fino ai tempi in cui lo stato moderno si è imposto con le codificazioni ed ha ridotto al minimo l'ambito della consuetudine, si sono svolti cicli di formazione e trasformazione del diritto sostanziale in cui il giudice e, in genere, l'operatore hanno avuto una funzione assai importante. Già al massimo sforzo di accentramento del monarca romano fa riscontro la forza centrifuga consistente nella formazione di consuetudini locali, generate dalle esigenze delle singole società provinciali e consolidate dalla pratica⁽¹²⁵⁾. In prosieguo, giudice, giurisperito, notaio financo, solleciti verso i bisogni del loro tempo, contribuiscono alle modificazioni consuetudinarie del diritto vigente; quindi, nuove codificazioni cercano di riordinare e bloccare le consuetudini; ma nuove esigenze, interpretate dalla pratica, aprono la via a consuetudini nuove; e così via.

13. Imperniando finalmente l'indagine sull'ordinamento statutale italiano vigente, chi non voglia chiudere gli occhi di fronte alla realtà vi scorge la più immediata ed esplicita smentita delle visioni monistiche fin qui in esame.

Basta infatti rifarsi ai paradigmi normativi delle condotte regolate (*rectius*: valutate) nel nostro ordinamento, per constatare come non siano previsti e disciplinati soltanto comportamenti di organi pubblici consistenti in sanzioni o in giudizi, bensì anche e innanzitutto comportamenti di organi non statuali, dello più svariato contenuto: in termini froebeliani, il godimento della *res*, il testamento, il pagamento della somma e, seguitando, tutta la miriade degli atti privati.

Risulta inoltre, a chi rilevi obiettivamente i fenomeni, che le norme regolatrici dei comportamenti privati entrano in fun-

⁽¹²⁵⁾ CALASSO, *Medio Evo del diritto*, I, *Le fonti*, Milano 1954, pag. 181 e segg.

zione nel caso concreto, si specificano in concrete valutazioni di concrete condotte, non al sopravvenire della sentenza, bensì all'insorgere di fattispecie che sono fissate dalle norme stesse e che consistono in fatti o atti (meri o negoziali) del più vario contenuto.

Nel caleidoscopio dell'ordinamento positivo si possono ovviamente distinguere: norme che regolano l'attività privata; norme che regolano l'attività di organi pubblici (del legislatore, dell'amministratore, etc. : insomma degli organi statuali, in senso stretto e non nella latissima e inaccettabile accezione kelseniana⁽¹²⁶⁾); norme che regolano l'attività giurisdizionale.

Queste ultime presuppongono l'esistenza e l'operatività in concreto delle norme sostanziali; entrano in funzione là dove la norma sostanziale, specificatasi in concreto comando all'insorgere della fattispecie, non è stata rispettata. Non è il momento di indagare più a fondo il rapporto che intercorre fra i due tipi di norme; perchè a ciò saranno dedicate le altre parti di questa indagine. Per ora preme soltanto constatare che, nel nostro diritto, sfera sostanziale e sfera processuale coesistono, che quella, anzi, costituisce, rispetto a questa, un *prius* logico: donde le definizioni del processo come meccanismo che attua o che garantisce o che accerta o che sanziona le norme sostanziali operanti *inter privatos*. Checchè debba concludersi circa l'adeguatezza di questa o di quella delle definizioni *de quibus*⁽¹²⁷⁾, va sottolineato che esse intendono appunto rilevare, sia pure con approssimative metafore, la constatazione positiva che il processo presuppone il diritto sostanziale: e non mi pare, perciò, sia fondata l'accusa di vuoto teleologismo, che ad esse viene rivolta da chi⁽¹²⁸⁾ pretende di ridurre l'ordinamento statale al processo, e mediante la quale si vorrebbe respingerle in blocco.

Volendo tradurre siffatti rilievi nei convenzionali termini dei

(126) V. *retro*, nota n. 47.

(127) Sulla portata e i limiti di queste definizioni mi permetto di rimandare alla mia *Giurisdizione volontaria*, cit., pag. 161 e segg.

(128) Come l'ALLONIO, *Nuove riflessioni*, cit., pag. 63 e segg.

« destinatari », si dovrà ammettere che « destinatari » delle nostre norme statuali non sono soltanto i giudici; che, piuttosto, vi sono norme che s'indirizzano ad essi (le norme processuali, *rectius*: giurisdizionali); ma, anche e previamente, norme che s'indirizzano ai privati e norme che s'indirizzano ad altri organi pubblici.

Ma la distinzione delle norme statuali sotto il profilo dei soggetti alle quali esse si riferiscono va presentata in più esatti termini. Ognuno sa, infatti, come la nozione di « destinatario » della norma sia legata alla premessa imperativistica⁽¹³⁹⁾ e con essa sia posta in crisi⁽¹⁴⁰⁾ da quanti (e sono ormai molti⁽¹⁴¹⁾) correttamente configurano la norma piuttosto come canone di valutazione che come comando: talchè di « destinatari » può ora parlarsi soltanto per metafora. Tuttavia, non c'è dubbio che il problema della posizione del soggetto rispetto alla norma permane e non può essere proscritto come un pseudoproblema, in base all'infondato assunto che ogni norma si rivolga a tutti i soggetti⁽¹⁴²⁾.

(139,140) « Das Gesamte Recht einer Gemeinschaft ist nichts als ein complex von Imperativen »: THON, *op. cit.*, pag. 8. Da noi v. per tutti: CARNELUTTI, *Teoria*, cit., pag. 38. Senonchè, come già altrove ho rilevato, se si cerca una nozione costante e invariabile dalla norma giuridica (e tale gl'imperativisti pretendono sia quella da loro offerta), bisogna far ricorso al punto di vista formale, ch'è il solo che possa fornirla. Sarà allora agevole rendersi conto che gl'imperativisti da un canto non possono, come si è detto, rifarsi alla sanzione per arrivare alla giuridicità, e, dall'altra, ove pure spieghino accortamente il rapporto comando-atto comandato riconducendo la norma a motivo della volontà del destinatario del comando, devono fare i conti con la consuetudine. Vero è che quest'ultima, negli ordinamenti statuali moderni, è riconducibile al comando generale che la recepisce e le dà vigore (*Gestattungstheorie*). Senonchè, la consuetudine pretende anche una spiegazione come fonte autonoma di diritto: spiegazione che non potrebbe fornirsi sostenendo che la consuetudine è obbedita come se fosse un comando (cfr. Rocco U., *Sulla esistenza del problema dei destinatari delle norme giuridiche*, in *Studi in onore di Redenti*, cit., II, pag. 277). Invece, posta la necessaria distinzione fra la norma (canone di valutazione) e l'atto che la pone (atto normativo), è agevole rilevare che, mentre nella maggior parte dei casi la regola da assumere come canone esclusivo di valutazione si trae da una volizione, nella consuetudine la regola si trae, invece, da una serie continua e costante di comportamenti omologhi, la quale serie ovviamente non costituisce una volizione.

(141) V. AA. cit. nella precedente nota n. 101.

(142) ROMANO SANTI, *Frammenti di un dizionario giuridico*, voce *Norme giu-*

La verità è, invece, che ogni attività, quale risulta in astratto prevista e valutata dalla norma, ha il proprio soggetto, pure indicato dalla norma; che, in altri termini, ogni norma, descrivendo un comportamento per collegarvi la valutazione, indica ovviamente fra gli altri elementi tipici di esso (contenuto, oggetto, causa, forma) anche e innanzitutto il soggetto (dove la possibilità logica d'imputare a questo soggetto la valutazione del comportamento, configurando così, per via di astrazione, le posizioni soggettive: facoltà, potere, dovere: ma su ciò *infra* ⁽¹⁴³⁾).

Sotto questo riflesso, riferendosi cioè, come si deve, al paradigma normativo della condotta e al soggetto in esso descritto, non può non ammettersi che ogni norma individui un determinato soggetto. Dalla costanza di questa indicazione astratta e tipica si trae che ogni norma riguarda una certa categoria di soggetti (quelli che vengono a trovarsi, in concreto, nelle condizioni descritte dalla norma), la quale può anche coincidere, ma non coincide sempre e necessariamente con la generalità dei soggetti. In questi più corretti termini, si potrà allora concludere che vi sono, nel nostro ordinamento, norme le quali indicano, come soggetto delle condotte da esse descritte e valutate, il giudice; altre norme che indicano il privato; altre norme ancora che indicano il legislatore, la pubblica amministrazione e così via.

Dal che riceve, poi, conforto l'avviso, già manifestato, secondo il quale non è possibile ritenere che la norma di diritto privato s'indirizzi al privato e, al tempo stesso, al giudice che deve garantirne il funzionamento; ritenere cioè che la norma *de qua* regoli, al tempo stesso, la condotta del privato e la sanzione ⁽¹⁴⁴⁾. Questo modo di vedere, non valido, come rilevammo,

ridiche (destinatari delle), Milano 1947, pag. 143. *Contra*: Rocco Ugo, *Sulla esistenza*, cit., pag. 234 e segg.

⁽¹⁴³⁾ V. Capitolo secondo, sub I.

⁽¹⁴⁴⁾ È questo, invece, come ognuno sa, il pensiero fondamentale del Goldschmidt (*Zivilprozessrecht*, Berlin 1932, I, pag. 5). Ma v. anche Kire, *Doppelwirkungen in Recht*, in *Festschr. für Martiz*, 1911, pag. 212 e segg.; Niese, *Doppel-funktionelle Prozesshandlungen*, Göttingen 1950, pag. 105. Nello stesso inaccettabile

in assoluto, non è neppure accettabile in connessione al dato ordinamento. Vi sono in questo, è vero, delle norme che regolano attività volte a garantire la pratica attuazione delle norme sostanziali; ma si tratta di norme distinte da queste ultime (dalle norme cioè che regolano la condotta dei privati, che si rivolgono per così dire ad essi); si tratta di norme che regolano l'attività dei giudici, che si rivolgono ai giudici. Non solo: ma non è neppure vero, nel nostro diritto positivo, che il meccanismo di garanzia sia previsto e si metta in moto per tutte le norme sostanziali; per cui l'affermazione che, almeno nel concreto ordinamento, la norma sostanziale sia assistita dalla sanzione, dal giudizio, insomma dalla garanzia giurisdizionale, deve accogliersi con beneficio d'inventario e solo in linea di larga massima.

14. In conclusione, all'interno del nostro ordinamento si riscontra il « dualismo » fra diritto e processo. Ed è questa l'unica risposta valida, perchè è la risposta del solo legittimato a profferirla: l'ordinamento positivo prescelto.

Del resto (e per quanto il rilievo sia superfluo, in conseguenza della scelta da noi operata), a tale conclusione dovrebbe pervenire anche chi si riferisse ad altri ordinamenti statuali vigenti, e precisamente a quelli che, come il nostro, sono proceduti per via di codificazioni e, mediante le stesse, hanno operato ancora più nettamente la distinzione fra il diritto sostanziale (privato) e quello processuale.

Non è, poi, nemmeno il caso di ripetere che il constatato dualismo non chiama in causa l'unità dell'ordinamento, la quale si coglie, come si è visto, su tutt'altro piano.

Piuttosto, accertata la statualità del diritto privato, è agevole infine segnare la portata e i limiti della c.d. *autonomia pri-*

ordine di idee, v. ora da noi: BAZZANO, *Polemiche sulla sanzione*, cit., pag. 902 e segg.; BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, in *Ius*, 1955, pag. 223 e segg.; MANONIOLI, *Azione esecutiva*, cit., pag. 220 e segg.; *Appunti sulla sanzione e sua attuazione giurisdizionale*, in *Ius*, 1956, pag. 2 e segg. (dell'estratto). *Contra*: ALLONIO, *Osservazioni critiche*, cit., pag. 2 e segg.

vata. Come ognuno sa, tale autonomia viene spesso rivendicata come creazione del diritto da parte dei privati: dalla opinione, già presente nella corrente pandettistica, secondo la quale la volizione del privato si porrebbe essa stessa come norma rispetto agli atti che costituiscono le sue così dette conseguenze giuridiche, cioè come fonte dei propri effetti⁽¹⁴⁵⁾, fino alla cennata configurazione di una pluralità di ordinamenti giuridici, cioè di altrettante isole di diritto privato extrastatuale⁽¹⁴⁶⁾.

A mio avviso, questi modi di vedere possono trovare una giustificazione solo fuori dell'ambito del diritto statale, cioè considerando le manifestazioni di volontà dei privati fuori del rapporto con la legge dello Stato. Nessuno nega, infatti, che fuori di questo rapporto, la volizione del privato, assunta essa stessa come autonomo atto normativo, svolga la propria autonoma efficacia, ch'è quella di porsi come regola dell'altrui condotta: che, ad esempio, anche dove l'ordinamento statale determina l'efficacia del contratto, questo ha una sua propria forza vincolante, a prescindere dal crisma della legge⁽¹⁴⁷⁾. Su questo piano e lungo questa strada si può anche giungere ad enucleare degli ordina-

(145) Cfr. ZITELMANN, *Irrtum*, cit., pag. 115 e segg.; BIEBLING, *Juristische Prinzipienlehre*, cit., pag. 117 e segg.; STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova 1947, pag. XVI, 1 e segg.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Padova 1943, I, pag. 205. Per un non convincente diverso significato di autonomia con limiti, come soluzione intermedia, v. SCOGNAMICIAO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli 1951, pag. 151 e segg.

(146) ROMANO Salvatore, *op. loc. cit.*

(147) Infatti, come già altrove ho rilevato (*La giurisdizione volontaria*, pag. 18 e segg.), di fronte alla questione se l'atto di volontà crei esso stesso i propri effetti, oppure se questi siano imposti da un'altra norma; se, in più correnti termini, l'atto di volontà si ponga come norma rispetto agli atti che costituiscono le sue cosiddette conseguenze giuridiche o se piuttosto tali atti siano regolati da altra norma, rispetto alla quale l'atto giuochi il ruolo di fattispecie, occorre innanzitutto distinguere a seconda che si voglia assumere l'atto *de quo* come norma, cioè avulso dalla relazione con altra norma, oppure in rapporto con quest'ultima; nel primo caso, la questione in parola si risolve sul piano formale, nel senso che l'atto, preso come norma, non può che essere fonte autonoma di diritto; nel secondo caso, la questione si sposta sul terreno del contenuto, va, cioè, risolta in un senso o nell'altro a seconda che le norme cui l'atto è raggugliato si limitino a comandarlo od autorizzarlo, oppure ne regolino anche gli effetti.

menti giuridici privati; sebbene su ciò nutrirei qualche dubbio: infatti, la recentissima impostazione del Romano mi pare postuli una nozione di ordinamento molto angusta (al limite, da un contratto nascerebbe un... ordinamento) e finisca con l'oblitterare proprio quella indefettibile correlazione dell'ordinamento con la società, che constitui l'idea centrale del grande maestro palermitano ⁽¹⁴⁸⁾.

Chi, invece, scelga di porsi dal punto di vista dell'ordinamento statale, si avvede subito che esso non si limita a riconoscere questo diritto dei privati o, addirittura, questi ordinamenti giuridici privati; ma fa qualche cosa di più e di diverso, in quanto regola con le proprie norme l'attività dei privati e ne determina l'efficacia ⁽¹⁴⁹⁾. Vero è che, nel regolare gli effetti della manifestazione di volontà dei privati, la norma statale spesso rimanda al contenuto della volizione medesima; senonchè, quale che sia la misura in cui tale meccanismo si attua, in esso l'atto di volontà del privato, oggetto del rinvio ricettizio, perde i propri attributi di norma rispetto alla legge statale recipiente, che sola

⁽¹⁴⁸⁾ Sulla relatività dell'« autonomia » privata v. VASSALLI Filippo, in *Studi in onore di A. Cicu*, II, Milano 1951, pag. 481 e segg.; ROMANO Santi, *op. loc. cit.* nella precedente nota n. 101.

⁽¹⁴⁹⁾ Anche questa è una constatazione *ex positivo iure*, il che val dire che essa è riferita all'ordinamento statale vigente (sebbene sia valida per la maggior parte degli ordinamenti statuali moderni). Il limite della teoria dominante (la quale correttamente ritiene che gli effetti sono prodotti dalla norma e non dal negozio: cfr. fra i molti, BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, Torino 1943, pagg. 41, 63; BARRERO, *Sistema del diritto civile*, I, Milano 1949, pagg. 297, 298; *Contributo alla teoria della condizione*, Milano 1937, nota 14; TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano 1940, pag. 51) consiste appunto nel considerare l'efficacia eteronoma come dato logico costante, anzicchè come dato storico, cioè di diritto positivo.

Le vedute del Kelsen (*op. loc., cit.*), il quale configura il comando inferiore unicamente come atto comandato o autorizzato da quello superiore, per cui il primo e non il secondo regola la propria efficacia, e del MANICK (*Das rechtswirksame Verhalten*, Berlin 1939, pag. 85 e segg.), che sostiene l'autocreazione degli effetti (*Selbgestaltung*), previa autorizzazione della legge (nello stesso ordine d'idee è CARROTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli s.d., pag. 61, 62), non corrispondono, invece, al diritto positivo.

li detiene e li conserva: così come accade quando la norma dello stato straniero è recepita dalla legge interna ⁽¹⁵⁰⁾.

Solo in questo senso (che il privato fornisca alla norma statale tutto o parte del suo contenuto, cioè modi e termini che quella norma, ed essa sola, s'incarica poi d'imporre ed, in effetti, impone) potrebbe parlarsi di autonomia privata. Ma — mi sembra — con non eccessiva proprietà: la nozione di « *autonomia* », infatti, meglio si attaglia per contraddistinguere il rapporto fra due ordinamenti, per cui uno di essi risulta appunto dotato di autonomia, in quanto l'altro lo riconosce e gli consente di svolgersi ed attuarsi come autonoma fonte di diritto ⁽¹⁵¹⁾.

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. *La giurisdizione volontaria*, pag. 20 nota.

⁽¹⁵¹⁾ ROMANO SANTI, *Ordinamento*, cit., pag. 122 e segg.; GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano 1950, pag. 164 e segg.; SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1952, pag. 27.

CAPITOLO SECONDO

SOMMARIO: 1. Le posizioni soggettive. — 2. Le teorie correnti sul diritto soggettivo. — 3. Segue. — 4. Diritto soggettivo e rapporto giuridico. — 5. Impostazione del problema. — 6. Diritto reale. Rilevanza delle facoltà. — 7. Gli obblighi c.d. di astensione. — 8. Segue. — 9. La inerenza. — 10. Conclusione: immediatezza e assolutezza. Unificazione delle posizioni soggettive semplici: critica del parametro dell'interesse. — 11. Altri elementi unificatori. L'oggetto. — 12. Definizioni del diritto soggettivo. — 13. Oggetto del diritto. — 14. Scomponibilità dello schema del diritto soggettivo. — 15. Situazioni composite. Il procedimento. — 16. Riepilogo. Gli schemi offerti dal diritto positivo. — 17. Conferma ed applicazioni. Diritti assoluti. — 18. Segue. Diritti della personalità. Diritto all'integrità della sfera giuridica. — 19. Segue. Diritto di credito. Altri diritti e situazioni composite.

1. Se le considerazioni fin qui svolte sono esatte, e se è da accogliere la conclusione secondo cui diritto e processo costituiscono, nell'ordinamento positivo, sfere distinte e non riducibili ad unità, il primo passo da compiere, nell'indagine intorno ai loro rapporti, consiste — lo si accennava in principio — nello stabilire in che modo la norma sostanziale si specifichi nel diritto soggettivo. Il passo ulteriore consentirà di precisare come il diritto soggettivo si ponga quale presupposto dell'attività giurisdizionale.

In ordine alla specificazione della norma sostanziale in posizioni giuridiche soggettive, il lettore vorrà consentirmi di richiamare innanzitutto quanto ho già avuto modo di rilevare altrove ⁽¹⁾.

(1) *La giurisdizione volontaria*, cit., pag. 79 e segg. Peraltro, su di un tentativo, a mio avviso non del tutto riuscito, di configurare la posizione soggettiva per muovendo dall'assunto alloriano della norma indirizzata al solo giudice, v. *Costanzo, Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino 1956, pag. 64 e segg.

Le posizioni soggettive rappresentano un risultato cui logicamente si perviene enucleando il soggetto dal modello normativo della condotta e imputando a lui la valutazione che la norma connette alla medesima: così, il soggetto del comportamento dalla norma valutato come possibile (*lecito*) risulta investito di un « potere », il soggetto del comportamento valutato come *doveroso* risulta investito di un « dovere » (2).

Potere e dovere costituiscono le posizioni soggettive formali, nel senso che sono attinte direttamente dalle forme dell'esperienza, a prescindere dal contenuto delle condotte valutate. Basandosi, invece, sul contenuto delle condotte, si rileva che il potere e il dovere possono consistere tanto in una attività materiale quanto in un negozio. Il che consente di distinguere due tipi di comportamento possibili e doverosi: mentre per i comportamenti doverosi tale distinzione non viene di solito segnata dall'uso di due termini, il comportamento possibile consistente

(2) Come ha rilevato nello scritto sopra citato non può, quindi, accogliersi la distinzione fra potere (come posizione soggettiva) e comportamento, secondo la quale il primo, invece di essere una derivazione logica del secondo, costituirebbe una forza attiva (di cui sarebbe investito un soggetto dall'ordinamento giuridico: MIELLE, *Principi* cit., pag. 58) distinta dai comportamenti, nei quali essa si estrinsecerebbe senza tuttavia esaurirsi.

Gli è che la norma, lungi dall'erogare siffatta energia, esaurisce il suo ruolo nella valutazione della condotta, dalla quale soltanto il dommatico può ricavare la posizione soggettiva.

Ad ogni descrizione e valutazione astratte (i.e. ad ogni norma) corrisponde una posizione soggettiva che da quella valutazione si trae e in essa si esaurisce. Vero è che, molte volte, la norma descrive e valuta un'attività continuativa o istantanea, ma ripetibile, talchè la valutazione e la relativa posizione soggettiva si attagliano a più comportamenti concreti; ma ciò non consente di postulare la inesauribilità del potere: a parte l'errore di prospettiva che consiste nello scendere dal piano della norma a quello dell'atto concreto, vi sono altrettante norme che descrivono e valutano una attività istantanea e non ripetibile, al cui concreto compimento il potere non può considerarsi sopravvissuto, a meno di non confonderlo con la capacità. La quale ultima non è, poi, nemmeno essa una forza concessa al soggetto dalla norma. Il fatto che, in pratica, alcuni requisiti del soggetto (i requisiti, appunto, di capacità), anziché essere ripetuti nello schema di ogni comportamento, vengono indicati in una unica formula legislativa valevole per tutti i comportamenti (ad esempio, l'art. 2 cod. civ.), non può far ritenere il contrario: tale formula altro non essendo che un frazione da riunire con le altre per la ricostruzione della norma che governa il singolo comportamento.

in attività materiale e la correlativa posizione del soggetto sogliono distinguersi dal *potere* (negoziale: *rechtliches Können*) col nome di *facoltà* (*rechtliches Dürfen*)⁽³⁾.

Facoltà, potere e dovere sono posizioni semplici. *In rerum natura*, cioè nella realtà dell'ordinamento positivo, la posizione semplice può forse⁽⁴⁾ comparire anche da sola (cioè non riunita in costellazione con altre: si pensi, per esempio, alla facoltà di occupare la *res nullius*, al potere di riconoscere il figlio naturale e così via); ma, per lo più, si presenta in aggregati: aggregati di facoltà e/o di poteri, aggregati di facoltà di un soggetto e di obblighi di altri soggetti, e così via.

Come è configurabile, in che cosa consiste, che cosa rappresenta nel quadro di questa realtà il diritto soggettivo?

Alla gravità del problema non poteva che corrispondere una varietà e complessità di soluzioni. Dal novero delle quali scarteremo senz'altro quelle che mirano a minimizzare se non a proscrivere la nozione *de qua* del sistema del diritto sostanziale⁽⁵⁾. Se è vero, e nessuno contesta, che prima del diritto soggettivo sta la norma, che la norma costituisce il fenomeno al quale ogni sforzo dogmatico deve applicarsi, non meno esatto è rilevare non solo che la norma si traduce in situazioni giuridiche soggettive, ma anche e soprattutto che nel nostro ordinamento la norma sostanziale converge verso il privato per erigere intorno a lui quella autonoma e peculiare protezione, che soltanto il diritto soggettivo può contrassegnare.

Porgendo, invece, orecchio alle risposte per così dire positive, cercheremo qui appresso di coglierne i vari motivi e di rappresentare, nei limiti consentiti, l'*iter* che la nozione di di-

(3) Cfr. fra gli altri, GARASCINATI, *Diritto soggettivo e potere giuridico*, in *Ius*, 1942, pagg. 226, 234; MIELLE, *Principi cit.*, pagg. 65, 66.

(4) V. *sub nota* n. 121.

(5) Kelsen, *Teoria generale cit.*, pag. 77 e segg.; *Allgemeine Staatslehre*, pag. 53 e segg.; Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen 1932, pag. 138 e segg.; in *Archiv für die civilistische Praxis*, 122, pag. 176 e segg.; DUCUIT, *L'État cit.*, pag. 136 e segg.; PERKELIS, *op. loc. cit.*

ritto soggettivo ha seguito storicamente e percorre nel momento attuale.

2. Innanzitutto, e per quanto sembri ovvio ripeterlo, va superato il momento in cui il diritto soggettivo è configurato come realtà giusnaturalistica, come creatura solitaria che sta prima delle norme giuridiche sostanziali e segnatamente prescinde dall'ordine positivo dello Stato⁽⁶⁾. È questa la visione prevalente anche nella pandettistica del secolo scorso, e che soltanto una più esatta considerazione dell'oggetto della dogmatica, l'aver cioè prescelto come oggetto d'indagine la norma statale, ha fatto (definitivamente?) tramontare.

Incentrato l'esame sulle norme sostanziali del singolo ordinamento prescelto (giova avvertire che, purtroppo, non sempre la scelta è in tutti cosciente e da tutti dichiarata, e ciò a causa del ricorrente errore, già prima d'ora rilevato, di astrarre dati positivi da ordinamenti diversi), per alcuni il diritto soggettivo è la posizione o l'aggregato di posizioni soggettive attive, cioè che importino per il titolare del diritto la possibilità di compiere alcunchè di giuridicamente rilevante. In questa categoria vanno collocati tutti coloro⁽⁷⁾ che vedono nel diritto un potere

(6) In proposito, si leggano le acute considerazioni del MAJONCA, *L'oggetto dei diritti cit.*, pag. 12 e segg.

(7) Salvo le menzioni e specificazioni di cui appresso, v. ANCELOTTI, *La pretesa giuridica*, Padova 1952, pag. 82; ALESSI, *La crisi attuale della nozione di diritto soggettivo e i suoi possibili riflessi nel campo di diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1953, pag. 312 e segg.; BARBERO, *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.* 1939, IV, pag. 1 e segg.; *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino 1955, pag. 121; BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna 1955, pag. 20; CESARINI SPORZA, *Il diritto soggettivo*, in *Riv. it. scienze giuridiche*, 1947, pag. 181 e segg.; CARNELUTTI, *Teoria generale cit.*, pag. 118; COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano 1929, pag. 18 e segg.; FERRARA Francesco, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma 1921, pag. 321; GARRAGNATI, *Diritto subiettivo cit.*, pag. 96; MANDEIOLI, *Azione cit.*, pag. 9 e segg.; MESSINEO, *Istituzioni di diritto privato*, I, Padova 1941, pag. 4; NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano 1943, pag. 25 e segg.; GIANNINI Massimo Severo, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano 1950, pag. 264 e segg.; NICCOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano 1936, pag. 72; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Roma 1927, vol. I, pag. 80 e segg.; PU-

(salvo che questo potere non sia inteso come potere di promuovere la tutela a difesa della posizione soggettiva sostanziale, nel qual caso si entra in un altro ordine di risposte al nostro interrogativo: v. *infra*).

Senonchè, rispondere che il diritto soggettivo è una posizione attiva e si identifica, quindi, con la possibilità di compiere una attività materiale (facoltà) o con quella di compiere una attività negoziale (potere), significa ovviamente lasciar fuori dell'uscio il diritto di credito, chiaro essendo che la posizione del creditore non è una posizione attiva.

Per superare questa non lieve difficoltà (la stessa che suggerì ai classici di considerare il rapporto di credito sotto il riflesso dell'obbligo anzichè del diritto^(*)) si è portati a ritenere che il diritto soggettivo sia appunto la posizione inattiva di chi è dirimpeaio dell'obbligo altrui, destinatario dell'altrui comportamento doveroso^(?).

Ma anche questa risposta contrasta con le risultanze positive. Vi sono delle figure di diritto soggettivo, contemplate dalla nostra legge, le quali sfuggono a questa definizione: si pensi alla parte attiva del diritto di proprietà, cioè alle facoltà di godimento (delle quali sarà agevole in prosieguo rivendicare la rile-

GIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano 1935, pag. 22 e segg.; ROMANO SANTI, *Frammenti cit.*, voce *Diritti assoluti*, pag. 59 e segg.; SPERDUTI, *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Milano 1944, pagg. 89, 90; VASSALLI Giuliano, *La potestà punitiva*, Torino 1942, pag. 268; WINDSCHEID, *Diritto delle pendette* (trad. it.), Torino 1902, I; BERNATZIK, *Kritische Studien über den Begriff der juristische Person*, in *Archiv für öff. Recht*, 1890, pagg. 169, 223; JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi* (traduz. it.), Milano 1912, pag. 49.

(*) v. PUGLIESE, *Actio cit.*, pag. 73 e segg. In arg. v. anche GUARINO Antonio, *Il diritto e l'azione cit.*, loc. cit.

(?) Sotto questo profilo io stesso inquadravo il diritto soggettivo in un precedente scritto (*La giurisdizione volontaria cit.*, pag. 85 e segg.). Ma vedi già MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, I, Padova 1953, pag. 42 e segg.; PICCARDI, *La distinzione fra diritto e interesse nel campo della giustizia amministrativa*, in *Il Consiglio di Stato, Studi in occasione del centenario*, II, Roma 1932, *risoluzione amministrativa*, Milano 1956, pag. 76 e segg. pag. 141 e segg.; e ora CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giu-*

vanza) e, ove lo si ritenga inserito nello schema del diritto (¹⁰), al potere di disposizione.

Si cerca, allora, di superare altrimenti l'ostacolo del diritto di credito; e cioè si nega che il credito sia un diritto (¹¹), oppure si sostiene che anche il credito è una posizione attiva, mettendolo insieme al diritto reale sotto la nota e non certo felice insegna della « pretesa sostanziale »: il diritto consisterebbe nella pretesa, e questa nella facoltà di pretendere (diritto di credito) o nel potere di escludere (diritto reale) (¹²).

Senonchè, la pura e semplice proscrizione del credito dall'ambito del diritto soggettivo è manifestamente una soluzione di comodo, che, peraltro, contrasta col diritto positivo. A sua volta, la riproposizione del pseudoconcetto di pretesa non è accettabile, per le ragioni che cercammo di chiarire commentando la costruzione windscheidiana, e che si possono così riepilogare: o si conserva alla nozione di pretesa l'elemento fisionomico essenziale che essa aveva nel pensiero del Windscheid, e che consiste nel suo riferimento al processo e alla difesa giudiziaria, e allora la pretesa costituisce un inutile doppione dell'azione e non può essere inserita sul piano sostanziale e presentata come diritto soggettivo; oppure la si spoglia di quella originaria e pregnante caratteristica (di essere indirizzata alla tutela giudiziaria), e allora essa diventa un mero *status vocis*, priva di contenuto attivo. Così, dire che il creditore ha la facoltà di pretendere ha senso soltanto se vuol significare che egli ha la facoltà di pretendere nel processo; prima e a prescindere dal processo, il pretendere non è una facoltà, non è una posizione attiva, ma coincide con la mera aspettativa dell'adempimento dell'obbligo.

Insomma, percorrendo la strada non tanto incerta e vaga, quanto addirittura intransitabile, della « pretesa », s'incontra un

(¹⁰) Ma su ciò *infra*, nella nota n. 107.

(¹¹) È la nota tesi del BARBERO, *Diritto soggettivo cit.*, loc. cit.

(¹²) NATOLI, *op. cit.*, pag. 97; BRANCA, *op. cit.*, pag. 20; VASSALLI Giuliano, *op. loc. cit.*; ANGELOTTI, *op. loc. cit.*

bivio. Imboccando uno dei rami, si perviene ad una nozione di pretesa come posizione inattiva, dirimpettaia dell'obbligo altrui⁽¹²⁾ (la stessa cui altri, come si è visto, riservano il nome di diritto soggettivo): ma ognuno vede l'inconveniente di una siffatta soluzione, il quale consiste non tanto nel fatto che essa snatura l'originaria nozione di pretesa (dal momento che anche questa ultima è arbitraria e inaccettabile), quanto nel fatto che essa accresce la confusione di lingue intorno a questo vuoto nome di « pretesa ».

Imboccando l'altro ramo, ci s'imbatte ineluttabilmente nell'azione, e si finisce col ridurre il diritto soggettivo all'azione⁽¹³⁾. Ora, a parte la necessità, precedentemente dimostrata, di tenere sempre distinta la posizione soggettiva sostanziale da quella processuale, è agevole obiettare che, anche dato e non concesso che si possa mettere l'azione al posto della posizione inattiva che sta dirimpetto all'obbligo altrui, che l'azione possa cioè venir presentata come la carica attiva spettante al creditore, l'azione stessa non può per alcun verso rappresentare o sostituire o assorbire, ai fini della ricostruzione del diritto soggettivo, la facoltà e il potere, cioè le posizioni attive di diritto sostanziale: così la facoltà di godimento e il potere di disposizione non sono in alcun modo riducibili all'azione giudiziaria.

Nè varrebbe, per superare l'obiezione, assumere che le facoltà non abbiano rilevanza giuridica⁽¹⁴⁾ e che tutto si risolva nell'obbligo e nel corrispondente potere di azione, cioè nell'ob-

(12) GARRACINATI, *Diritto soggettivo cit.*, II, pagg. 238, 239; GIANNINI M. S., *Lezioni cit.*, pag. 271; PUGLIESE, *Actio cit.*, pag. 244 e segg.; *Usufrutto, uso, abitazione*, in *Trattato di diritto civile italiano diretto da Filippo Vassalli*, Torino 1954, pag. 44 e segg.; BARDIA, *I diritti assoluti nell'ordinamento internazionale*, Milano 1951, pag. 46 e segg.; CASSETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1952, pag. 626.

(13) È il risultato al quale sostanzialmente pervengono: SATTI, *Diritto processuale cit.*, pag. 96 e segg.; BALLADORE PALLIERI, *Diritto soggettivo e diritto reale*, in *Ius* 1952, pag. 20; ma v. anche ROMANO Salvatore, *Aspetti soggettivi cit.*, pag. 1015 e, alle origini, TRON, *Rechtsnorm cit.*, pag. 225 e segg.

(14) *Infra*, sub 6.

bligato di un soggetto e nel potere di un altro soggetto di fare attuare giurisdizionalmente tale obbligo. Come vedremo, la maggior parte dei diritti reali è costituita innanzitutto di facoltà, e, inoltre, anche chi nega la rilevanza della facoltà, deve poi sempre fare i conti col potere sostanziale, la cui esistenza è davvero insopprimibile.

Alle innegabili difficoltà che incontra la identificazione del diritto soggettivo con la posizione soggettiva semplice (facoltà o potere o posizione dirimpettaia dell'obbligo altrui) non sfugge un altro sottile tentativo⁽¹⁶⁾: il quale fa consistere il diritto soggettivo nella qualificazione di liceità che verrebbe attribuita dalla norma alla facoltà, al potere, al comportamento prescritto, e istituisce i rapporti *diritto-facoltà*, *diritto-potere*, *diritto-comportamento prescritto*⁽¹⁷⁾.

Così ragionando si postula l'esistenza di una doppia qualificazione normativa (e cioè di una prima qualificazione in virtù della quale si attingerebbero le nozioni di facoltà, potere e comportamento prescritto e di una ulteriore per cui facoltà, potere e dovere diventerebbero diritto soggettivo): quasi che vi fossero due norme, l'una che qualifica il comportamento e l'altra che definisce la posizione soggettiva. L'errore è evidente, non potendosi trovar traccia di tale doppia qualificazione nè sul piano formale (dove, come si è visto, si perviene soltanto alle nozioni di facoltà, di potere e di dovere), nè tanto meno sul terreno positivo.

3. Sempre per superare le difficoltà che si frappongono sulla strada della riduzione del diritto soggettivo alla posizione soggettiva semplice (facoltà, potere, posizione dirimpettaia dell'obbligo), altre risposte all'interrogativo che ci occupa si fondano sulla contemplazione degli aggregati di posizioni semplici

⁽¹⁶⁾ GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rassegna diritto pubblico*, 1949, Parte prima, pag. 233 e segg.

⁽¹⁷⁾ *Ivi*, pagg. 246 e segg., 254.

che sono offerti dal nostro ordinamento: il diritto soggettivo viene, allora, presentato come l'insieme di posizioni soggettive semplici (18). Senonchè, di fronte alla necessità di enucleare il *quid* che tenga unite le posizioni semplici nell'aggregato (assunto come diritto soggettivo), che cioè individui e limiti quest'ultimo, taluno nemmeno l'avverte, limitandosi ad asserire che il diritto è la sintesi di quelle posizioni (19); altri, pur ponendosi il problema, non conduce la ricerca (dell'elemento unificatore) sul piano sostanziale, come pur si dovrebbe, ma suggerisce piuttosto un parametro processuale, quale l'assoggettabilità dell'aggregato all'accertamento giurisdizionale (20). Ma, a tacere d'altro, tale parametro è, come si rilevò, inaccettabile, in quanto costringe il diritto soggettivo negli angusti limiti delle azioni nominate.

Altri ancora, sulla scorta della classica definizione jeringhiana, indicano, come elemento unificatore delle posizioni semplici in aggregato, l'interesse (21), inteso come relazione di ofeimità fra un soggetto e un bene: date posizioni semplici sarebbero tenute insieme da ciò che esse sono adibite dal diritto positivo alla tutela di uno stesso interesse; sarebbero cioè unificate dallo scopo comune. Ma, a parte i rilievi che svolgeremo in prosieguo intorno alla inammissibilità di questa impostazione teleologica, è agevole fin d'ora constatare come la imposizione, dall'esterno, di una forma metagiuridica, qual'è l'interesse, lascia insoluto il problema: che consiste pur sempre nella ricerca dell'elemento unificatore all'interno della norma giuridica sostanziale.

A fronte delle definizioni del diritto soggettivo come aggregato di posizioni giuridiche semplici, va subito registrato l'op-

(18) Cfr. GARRAGNATI, *Diritto cit.*, pag. 217 e segg.; PUGLIESE, *Usufrutto cit.*; BARELLI, *op. cit.*, pag. 20, 31; SPERDUTI, *op. cit.*, pag. 77 e segg., 84 e segg. Come si è rilevato (capitolo primo, sub 7), l'ALLOISIO configura il diritto come un aggregato di poteri: v. *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento*, pag. 161 e segg.

(19) BARELLI, *op. loc. cit.*

(20) ALLOISIO, *op. loc. ult. cit.*

(21) Cfr. PUGLIESE, *Usufrutto cit.*, pag. 48; CASSETTA, *op. loc. cit.*

posto avviso, secondo il quale l'insieme di posizioni semplici non è diritto soggettivo: con la conseguenza che il diritto risulta risospinto di bel nuovo verso la posizione soggettiva singola, mentre l'insieme di posizioni semplici viene utilizzato per la costruzione di una incerta nozione di *status* ⁽²²⁾. A questa ultima viene peraltro riservato un ambito di diversa ampiezza, a seconda che si comprendano nell'insieme soltanto le posizioni soggettive semplici di vantaggio (facoltà, poteri ⁽²³⁾), oppure anche i doveri facenti capo al soggetto delle prime (così facoltà, poteri, e doveri del proprietario formerebbero lo *status* nel quale s'identificherebbe la proprietà ⁽²⁴⁾).

Ora non si vuole negare che, nel nostro ordinamento, abbia rilevanza l'insieme di facoltà o di poteri e possa averla anche l'insieme di facoltà, poteri e doveri imputati ad un soggetto: vedremo, anzi, che il primo aggregato gioca un ruolo essenziale nella ricostruzione del diritto soggettivo. Qui si vuole soltanto osservare che è per lo meno assai improprio parlare, a questo proposito, di *status*, dal momento che il significato corrente e prevalente di tale termine è piuttosto quello di qualifica del soggetto, cioè di qualifica che individua, nel paradigma normativo, il soggetto della condotta valutata ⁽²⁵⁾.

4. Mentre le soluzioni fin qui descritte utilizzano correttamente, come unità minime da ricomporre nel quadro del diritto soggettivo, le posizioni semplici astratte dalla norma imputando

⁽²²⁾ BALLADORE-PALLIERI, *Diritto soggettivo* cit., pag. 28 e segg.

⁽²³⁾ Cfr. REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano 1911, pag. 91 e segg.; CARNELUTTI, *Teoria generale* cit., pag. 177; PEROZZI, *Introduzione* cit., pag. 46 e segg.

⁽²⁴⁾ BALLADORE-PALLIERI, *Diritto* cit., loc. cit.. In polemica con lui, BARBERO, *Guerra e pace del diritto soggettivo* in *Ius* 1952, pag. 325 e segg.. V. anche CASSARINO, *Le situazioni giuridiche* cit., pag. 194 e segg.

⁽²⁵⁾ Cfr. PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano 1935, pag. 35; BRUTO, *Negozio giuridico* cit., pag. 6; ALLORIO, *La cosa giudicata* cit., pagg. 297, 301 e segg.; RANELLI, *Del concetto di status e delle sue applicazioni nel diritto processuale*, in *Studi senesi*, 1922-1925; D'ANGELO, *Il concetto giuridico di status*, in *Riv. it. scienze giuridiche* 1938, pag. 251 e segg.; MIELKE, *Principi* cit., pag. 65 e segg.

al soggetto della condotta la valutazione della medesima (e cioè la facoltà, il potere, il dovere), altre assumono come posizione giuridica semplice, come elemento base, il « rapporto giuridico »⁽²⁶⁾.

Quest'ultimo consisterebbe, nella sua più corrente accezione⁽²⁷⁾, nel rapporto di corrispondenza fra le posizioni di due soggetti: così fra il diritto e il dovere, il potere e la soggezione. Con la conseguenza che il ruolo preponderante per la ricostruzione dell'esperienza giuridica sarebbe svolto da tale rapporto e non dal diritto, confinato in uno dei possibili schemi (e cioè nello schema che lo contrappone al dovere).

Malgrado le gloriose origini pandettistiche e l'autorità di chi ancor oggi lo propugna⁽²⁸⁾, questo del rapporto giuridico è uno schema non valevole in assoluto e che non esaurisce, nè si attaglia a tutte le posizioni giuridiche soggettive. Mentre, infatti, è ancora possibile individuare, in corrispondenza del dovere, una posizione inattiva (salvo, poi, designarla col nome di « diritto », di « pretesa », o con un altro termine), non è destinato a successo qualsiasi tentativo di collocare la facoltà e il potere nello schema del rapporto, perchè manca la posizione soggettiva da

(26) Cfr. fra i molti ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino 1949, pag. 177 e segg.; CARNELUTTI, *Teoria generale* cit., pag. 141 e segg.; BETTI, *Negozio giuridico* cit., pag. 7; ENDEMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Berlin 1900, I, pag. 62; ENNECCERUS, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, 1, Marburg 1928, pag. 153.

(27) La quale configura il « rapporto » come relazione fra soggetti dell'ordinamento. Affatto diversa è la nozione secondo la quale il « rapporto giuridico » correrebbe fra il soggetto e la norma (v. Kelsen, *Hauptprobleme* cit., pag. 705; WOLFF Hans, *Juristische Person und Staatsperson*, Berlin 1953, pag. 146; ma già CICALA, *Rapporto giuridico, diritto subjettivo e pretesa*, Torino 1909, pag. 10 e segg.): senonchè, da un canto non sembra corretto forzare la terminologia tradizionale per contraddistinguere una realtà logicamente innegabile (i.e. il rapporto fra la valutazione della condotta e il vero soggetto: sul quale si basano, come si è visto, le posizioni giuridiche soggettive), ma per nessun verso ragguagliabile a quella che suole passare sotto il nome di « rapporto giuridico »; dall'altro, e ai fini della nostra indagine, la nozione kelseniana finisce, appunto, col riportare l'osservatore al parametro delle posizioni giuridiche soggettive semplici, cioè sul terreno delle soluzioni sopra riferite (sub 2 e 3).

(28) ALLARA, *op. loc. cit.*

contrapporre ad essi: la soggezione (peraltro di solito proposta come posizione dirimpettaia del potere e non anche della facoltà) lungi dal costituire una effettiva realtà, altro non è che una metafora ⁽²⁹⁾.

La verità è che, mentre la coppia « diritto (o pretesa)-dovere » (che è poi quella che fu constatata in origine e che suggerì la configurazione del rapporto giuridico) potrebbe essere giustificata dal rapporto di strumentalità che corre fra le due posizioni, in quanto il dovere è strumento per la realizzazione del diritto, facoltà e potere sono posizioni che non hanno bisogno, per realizzarsi, di una correlativa posizione altrui; la soggezione rappresenta, quindi, il risultato di un esercizio puramente esonerativo, qual'è quello della ricerca di simmetria fra posizioni, imposta appunto dal preconcetto del rapporto giuridico.

Non è senza motivo che l'odierno più autorevole assertore del rapporto giuridico tenti di costringere l'esperienza nella coppia « dovere-diritto » ⁽³⁰⁾. Tale limitazione non è, tuttavia, accettabile, perchè non è possibile espungere dal sistema potere e facoltà, a meno di non volere chiudere gli occhi di fronte alla miriade di norme che pongono tali posizioni e non quella di dovere (ma su ciò *infra*, sub 6).

Nè, d'altra parte, la nozione di rapporto giuridico appare più valida e feconda se questo è inteso, anzicchè come rapporto fra soggetti, come rapporto fra soggetto e oggetto ⁽³¹⁾. A parte la constatazione che così si snatura del tutto l'originario significato della nozione in parola, il preteso rapporto fra soggetto e cosa potrebbe, a sua volta, essere semmai applicato alla facoltà (e difatti ad esse è stato applicato, ai fini della ricostruzione del

⁽²⁹⁾ Cfr. *La giurisdizione volontaria cit.*, pag. 88, in nota.

⁽³⁰⁾ ALLARA, *op. loc. cit.*

⁽³¹⁾ ROMANO SANTI, *Dizionario cit.*, pagg. 188 e 189; PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, I, Torino 1910, pag. 193; IHERING, *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht*, Jena 1881-1896, II, pagg. 183, 184; NEUNER, *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse*, Kiel 1866, pag. 9 e segg.

diritto reale ⁽²²⁾), ma non anche alle altre posizioni semplici che l'esperienza sottopone all'osservatore.

5. Se questi sono la portata e i limiti delle soluzioni correnti, il problema del diritto soggettivo esige, come ogni altro, di essere affrontato sul terreno che gli è proprio, il che val dire con coscienza degli strumenti adatti alla sua risoluzione.

Anche la nozione di diritto soggettivo risente, purtroppo, della confusione fra il piano formale e quello del contenuto (del concreto ordinamento positivo); confusione che si spiega, seppur non si giustifichi, proprio con l'attenzione che il diritto soggettivo ha sempre richiamato su di sè, al punto di passare, senza esserlo, come una forma costante della esperienza. Occorre, invece, a mio avviso, tener innanzitutto presente che il diritto soggettivo non è una categoria formale; è, sì, una categoria generale, ma non sul piano della speculazione, bensì su quello della dommatica, e cioè in relazione, indefettibile e indissolubile, col contenuto di un dato ordinamento.

Le posizioni giuridiche soggettive formali (perchè astratte dalle forme costanti in cui la norma giuridica si presenta) sono, infatti, soltanto la facoltà, il potere, il dovere. Si tratta, quindi, di stabilire se e come un dato ordinamento operi la riduzione o unificazione di tali posizioni in schemi (concreti e contingenti come tutte le realtà positive e, tuttavia, contrassegnati da proprie unità e coerenza); e a quali di tali schemi si debba riservare, sempre *ex positivo iure*, il nome di diritto soggettivo.

Per questa indagine, che è ricerca e ricostruzione di categorie positive, mi sembra sia preferibile muovere i passi dalla categoria che si presenta come la più complessa. Dico di quella del diritto « reale »: se assumiamo, per esempio, la definizione della proprietà contenuta nel nostro codice, il diritto reale ap-

⁽²²⁾ ROMANO SANTI, *Dizionario cit.*, voce *Poteri e potestà*, pagg. 188, 189; ROMANO SALVATORE, *Aspetti soggettivi cit.*, pag. 1020; *contra*: PEROZZI, *Istituzioni cit.*, pag. 608.

pare come schema comprensivo vuoi di facoltà (del proprietario), vuoi di doveri, imposti ai consociati, di astenersi da qualsiasi intrusione sul bene oggetto della proprietà.

Evidentemente, ove si sarà riusciti a dare una spiegazione del diritto soggettivo reale, essa rappresenterà un'ipotesi di lavoro da saggiare sulle altre figure di diritto soggettivo concretamente offerte dal nostro sistema⁽³³⁾: al termine del quale esame soltanto si potrà stabilire se quella spiegazione sia valida come categoria generale del dato ordinamento oppure esiga rettifiche e integrazioni.

6. Come ognuno sa, gran parte della dottrina ritiene che il diritto reale si componga delle facoltà del titolare sulla cosa (facendosi poi questione se vi entrino anche i poteri del titolare o se i poteri non possano ridursi a facoltà⁽³⁴⁾); nonchè dei doveri c.d. di astensione degli altri consociati. Donde le caratteristiche che distinguerebbero il diritto reale: l'*immediatezza* e l'*assolutezza*.

Senonchè, da una parte c'è chi assume che il diritto reale non contenga facoltà del titolare (e, in genere, che le facoltà non siano giuridicamente rilevanti), e sia, invece, composto soltanto da quei doveri di astensione⁽³⁵⁾; dall'altra, c'è chi assume il contrario, che cioè soltanto le facoltà del titolare costituiscano il diritto e che non possa comprendersi nel suo ambito l'astensione degli altri soggetti (la quale ultima andrebbe configurata come presidio della personalità del titolare, anzichè del diritto reale)⁽³⁶⁾.

Ora, la rilevanza della facoltà nell'ambito del diritto reale

(33) V. *infra*, sub 17.

(34) Ma su ciò *infra*, nota n. 107.

(35) Cfr. fra gli altri, ALLARA, *Le nozioni fondamentali cit.*, pag. 358 e segg.; PEROZZI, *Istituzioni cit.*, loc. ult. cit.; PUGLIESE, *Actio e diritto soggettivo*, pag. 54, nota, 256 nota; ma vedi ora *Usufrutto cit.*, pag. 46 e segg.

(36) ROMANO SANTI, *Dizionario cit.*, voce *Doveri e obblighi*, pag. 103; GIOUGIANNI, *L'obbligazione*, Milano 1941, pag. 81 e segg.

è negata da quanti pretendono, *in apicibus iuris*, di costringere il fenomeno giuridico nella forma del rapporto diritto-dovere⁽³⁷⁾. Applicando la quale al diritto in discorso, questo non può configurarsi se non come complesso di rapporti costituiti ciascuno da un dovere di astensione del consociato e dal corrispondente diritto del proprietario (o usufruttuario etc.)⁽³⁸⁾. Il godimento della cosa da parte del titolare non costituirebbe una posizione giuridicamente rilevante, ma piuttosto sarebbe una posizione indifferente aggirantesi nello spazio delimitato dagli obblighi di astensione imposti ai consociati⁽³⁹⁾: sarebbe, tutt'al più, un pallido riflesso, l'ombra di tali obblighi⁽⁴⁰⁾.

Si è già rilevato, sul piano formale, come la negazione della facoltà sia un errore, legato alla vecchia premessa imperativistica, secondo cui il diritto sarebbe nient'altro che un insieme di comandi, fonte di doveri (senza contare che, quand'anche tale premessa fosse accolta, e si volesse ancora ritenere che la norma sia una volizione, anzichè un canone di valutazione, niente imporrebbe di tener per certo che tale volizione sia sempre un comando e non possa consistere in un permesso, fonte di facoltà) e come, invece, la facoltà abbia, col potere, pieno diritto di cittadinanza fra le forme costanti del diritto, corrispondendo ad una delle possibili valutazioni normative (lecito, doveroso, illecito)⁽⁴¹⁾.

Ma tale rilievo non può che trovare conferma anche sul piano del contenuto: la negazione della facoltà come posizione

⁽³⁷⁻³⁸⁾ Cfr. ALLARA, *op. loc. cit.*; PEOZZI, *op. loc. cit.*

⁽³⁹⁾ Cfr. FERRARA Francesco, *Trattato cit.*, pag. 332; BALLADORE PALLIERI, *Diritto cit.*, pag. 10; PEOZZI, *Servitù e obbligazione in Scritti giuridici*, II, Milano 1943, pag. 330; DI STASO, *Diritto reale, servitù e obbligazione propter rem*, in *Riv. trim. dir. civ.* 1953, pag. 446.

⁽⁴⁰⁾ GROSSO, *I problemi cit.*, pag. 95; PUGLIESE, *op. loc. ult. cit.*; e ora CORTESE, *op. cit.*, pag. 242. Non mi sembra possibile il tentativo di costringere facoltà e obbligo di astensione nello schema del rapporto giuridico (del quale la prima costituirebbe il lato attivo, e il secondo il lato passivo: così invece UBERTAZZI, *Studi sui diritti reali nell'ordine internazionale*, Milano 1949, pag. 37).

⁽⁴¹⁾ V. *retro*, capitolo primo, sub 11.

giuridicamente rilevante è contraddetta dalle stesse norme positive, molte delle quali appunto, occupandosi di una data condotta (ecco la rilevanza giuridica della condotta stessa), ad essa ricollegano la valutazione di liceità. Con questo non si vuol certo negare che, anche rispetto ad un dato ordinamento, vi siano delle sfere di libertà di fatto, cioè delle condotte che nessuna norma prende in considerazione per descriverne il paradigma e per valutarle come lecite⁽⁴²⁾. Ma questa constatazione non esclude affatto l'altra, che cioè certe condotte siano, invece, prese in considerazione dalla norma sostanziale e da essa protette come facoltà⁽⁴³⁾: così è, per stare al diritto reale, delle condotte in che consiste il godimento della cosa.

Della distinzione fra attività libere, di fatto, e facoltà (cioè condotte normativamente descritte e valutate come lecite) si ha conferma proprio ove si ponga mente alla apposita rete di sicurezza di cui l'ordinamento circonda le facoltà e non anche le attività di fatto. Le libertà di fatto non sono protette immediatamente e direttamente, come posizioni astratte, come astratte possibilità di agire; soltanto quando si traducono in attività concrete, in concrete estrinsecazioni del corpo, esse beneficiano, ma sempre di riflesso, della protezione giuridica di cui è circondata la persona umana, e che consiste nel divieto, imposto alla generalità, di impingere nell'altrui sfera fisica, di impedire o ostacolare l'altrui attività materiale⁽⁴⁴⁾.

Invece, le facoltà, oltre a fruire di riflesso, allorché si traducano in attività concrete, della protezione accordata alla persona, sono immediatamente protette in quanto tali, cioè quali

(42) Cfr. ROMANO SANTI, *Dizionario*, voce *Poteri* cit., pag. 194; ROMANO Salvatore, *Aspetti soggettivi* cit., pag. 1914; NATOLI, *Diritto* cit., pag. 64; CASSARINO, *op. cit.*, pag. 46 e segg.

(43) È l'opinione prevalente: v. GARBAGNATI, *Diritto* cit., pag. 234; PUGLIESE, *Facoltà e proprietà* cit., pag. 445 e segg.; GUARINO Giuseppe, *op. cit.*, pag. 247, nota; CASSARINO, *op. cit.*, pag. 46 e segg.; BARILE, *op. cit.*, pagg. 26, 27, 76; MAJORCA, *op. cit.*, pag. 43, 44; NATOLI, *op. cit.*, pag. 64.

(44) Ma su ciò *infra*, sub 18.

astratte possibilità di agire (di porsi in immediata relazione con la cosa); in altri termini, costituiscono, ancora prima e a prescindere dalla loro traduzione in atto, presupposto del divieto, imposto dalla norma alla generalità degli altri soggetti (i.e. a ciascuno di essi), di non intrudersi nella cosa (oggetto della facoltà): così la legge, non soltanto inibisce di contrastare fisicamente l'ingresso del proprietario nel fondo, ma anche e innanzitutto vieta ai terzi di ingredire nell'altrui immobile⁽⁴⁵⁾.

La distinzione in discorso era, del resto, già presente nel diritto classico, dove si traduceva nella diversa tutela processuale: *actio iniuriarum*, contro l'attentato alla persona (e quindi anche alla persona del titolare della facoltà, nel momento in cui concretamente la esercitava)⁽⁴⁶⁾, e *actio in rem* contro il terzo che, *invito domino*, agisse sulla cosa⁽⁴⁷⁾.

Quanto precede fornisce conferma, seppur ve ne sia bisogno, della rilevanza positiva della facoltà. Questa non può configurarsi come un pallido riflesso del divieto di astensione, in quanto costituisce il *prius* logico di quel divieto, e ne segna i limiti; senza contare che, come è stato acutamente rilevato⁽⁴⁸⁾, non si potrebbe operare la distinzione fra alcuni diritti reali se non sulla base delle facoltà che ne formano il nucleo e quindi postulando la previa rilevanza di queste ultime.

7. Anche l'opposto avviso, secondo cui avrebbero rilevanza, per la costruzione del diritto reale, soltanto le facoltà del titolare e non anche i doveri di astensione, da relegarsi, invece, nell'ambito della difesa della personalità⁽⁴⁹⁾, mi pare re-

(45) V. PUGLIESE, *Usufrutto cit.*, pagg. 56, 57; GROSSO, *Problemi cit.*, pagg. 143, 157; SPERDUTI, *op. cit.*, pag. 87; UBERTAZZI, *op. cit.*, pag. 45.

(46,47) Cfr. GROSSO, *op. cit.*, pag. 143. Sulla distinzione classica fra *actio in rem* e *actio in personam* v. *infra*, nota n. 72.

(48) ROMANO SANTI, *Dizionario cit.*, voce *Doveri e obblighi*, pagg. 101-102; ROMANO SALVATORE, *Aspetti soggettivi cit.*, pag. 1020; BALLADORE PALLIHI, *Diritto cit.*, pag. 12; MAJORCA, *L'oggetto cit.*, pagg. 43, 44.

(49) V. *retro*, nota n. 36.

sistito dalle considerazioni sopra svolte, le quali hanno appunto cercato di chiarire che quei doveri costituiscono presidio peculiare delle facoltà di godimento in quanto tali.

Nè, per negare autonoma rilevanza agli obblighi di astensione dalla cosa, si può ripetere il vecchio sofisma secondo il quale, ammettendo quei doveri di tutti rispetto alla facoltà di uno, si finirebbe per imporre l'astensione financo ai selvaggi⁽²⁰⁾. Invero, la cerchia degli obbligati ad astenersi non è nè indeterminabile nè indeterminata, perchè è costituita da quella dei soggetti dell'ordinamento prescelto⁽²¹⁾, ognuno dei quali, tolto il titolare del diritto, deve appunto astenersi dalla cosa: l'ordinamento degli zulu governerà l'astensione dei suoi sottoposti, l'ordinamento italiano pretende l'astensione soltanto da coloro i quali vengano a cadere sotto la sua sfera d'imperio (e, per ipotesi, dallo stesso povero zulu, se venga in Italia e quivi attenti alla proprietà altrui).

Nè può lasciare perplessi la vastità della cerchia di quanti si trovano ad essere, per così dire, i destinatari del divieto in discorso: anche il divieto di uccidere si rivolge alla generalità dei soggetti; anche di tale divieto il singolo soggetto può non sentire l'immediata presenza e il peso quante volte si dedichi, come di norma, a meno cruenti occupazioni; ma questo divieto gli apparirà, anche in pratica, in tutta la sua possanza, a lui indirizzato e verso di lui immediatamente efficace, quando egli si troverà ad un passo dall'azione criminosa.

Quale sia, poi, la posizione del titolare delle facoltà di godimento rispetto agli altrui obblighi di astensione, se si tratti di altrettante « pretese » (intese come posizioni inattive), pure comprese nell'ambito del diritto reale⁽²²⁾, oppure si tratti di

(20) THON, *Rechtsnorm* cit., pag. 159; BERTI, *Diritto romano*, Padova 1935, pagg. 74, 75 nota. Contro quest'argomento: ROMANO SANTI, *Dizionario cit.*, voce *Doveri e obblighi*, pag. 56.

(21) Cfr. PUGLIESE, *Usufrutto cit.*, pag. 52.

(22) PUGLIESE, *Usufrutto cit.*, pag. 47 e segg.; BABILE, *op. loc. ult. cit.*; SECCUTI, *op. cit.*, sub 12.

un'unica posizione costituente per avventura essa proprio il diritto soggettivo, vedremo più innanzi ⁽²³⁾ quando cercheremo di renderci conto del *quid* che unisce i componenti dell'aggregato che stiamo convenzionalmente chiamando « diritto reale ». Qui basti soltanto rilevare che, come di fronte a qualsiasi obbligo, anche di fronte ai doveri di astensione il titolare non può che stare in posizione inattiva: per conseguenza, il preteso potere di escludere il terzo, che si vorrebbe enucleare come diripettaio di quei doveri, e presentare anzi come nucleo attivo del diritto reale (al posto delle facoltà sulla cosa) ⁽²⁴⁾, non ha diritto di cittadinanza nel sistema sostanziale (quivi esso costituisce una metafora, che richiama quel potere di pretendere in cui consiste la criticata e inaccettabile nozione di « pretesa »), ma può soltanto collocarsi sul piano processuale, dove s'identifica con il potere di promuovere l'attività giurisdizionale e si distingue, per ciò stesso, dal diritto reale.

3. Giova piuttosto fermarsi sul contenuto del c.d. dovere di *astensione* ⁽²⁵⁾.

A mio avviso, l'astensione dalla cosa oggetto dell'altrui facoltà costituisce un dovere per natura sua permanente e di vario contenuto: intendo dire che il paradigma normativo di questo dovere è comprensivo delle condotte necessarie e sufficienti per realizzare la astensione, cioè il rispetto dell'altrui relazione con la cosa; e quindi comprende non soltanto l'omissione consistente nel non intrudersi nella cosa altrui, ma anche la condotta consistente nell'interrompere la intrusione e, ove occorra, nel restituire la cosa.

In proposito, infatti, non direi che l'obbligo di restituzione

⁽²³⁾ V. *infra*, sub 12.

⁽²⁴⁾ Cfr. in particolare DI STASO, *op. cit.*, pag. 448; GNOSCO, *Problemi cit.*, pag. 95.

⁽²⁵⁾ V. in arg. anche CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.* 1915, I, pag. 553; PENOZZI, *Lezioni sulla proprietà*, Bologna 1924-1925, pag. 12; UNZER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Lipsia 1889, I 61.

sia una mera e fallace apparenza, che esso sia il riflesso della *actio jam nata* a seguito della violazione del dovere di astensione⁽²⁶⁾: non mi sembra dubbio, infatti, che, prima e a prescindere dal processo, la norma sostanziale imponga al terzo intruso di interrompere l'intrusione (il che potrà importare il rilascio dell'immobile o la riconsegna del mobile). Si tratta, semmai, di stabilire se tale obbligo sostanziale sia da ricondurre al c.d. dovere di astensione o non sia piuttosto, come da molti si ritiene⁽²⁷⁾, un obbligo distinto.

Ora, che lo spettro d'azione della norma che impone il dovere c.d. di astensione sia abbastanza vasto (e comunque tale da comprendere anche la restituzione)⁽²⁸⁾ sembrerà del tutto logico a chi si ponga non già dal punto di vista delle concrete condotte, dal quale omissione (astensione in senso stretto) e commissione (restituzione) appaiono ovviamente come entità distinte, bensì dal punto di vista della norma e, da questo angolo, costati come la imposizione di un divieto permanente (qual'è quello in discorso) si ripropone al soggetto durante tutto lo svolgimento dell'azione che egli compia in ispregio, e si traduce, ove occorra, anche in imposizione di una condotta restitutoria. A conferma di ciò, mi sembra di notevole pertinenza il richiamo, già da altri acutamente fatto⁽²⁹⁾, al reato permanente, *recitius* alla norma da cui discende la configurazione di tale reato: la quale si pone, appunto, come comando unico e costante, durante tutto l'*iter* della condotta criminosa.

Circa la natura degli obblighi di astensione, vale, poi, la pena di ricordare l'avviso secondo il quale si tratterebbe di un fascio di obbligazioni, costituente esso proprio il diritto reale⁽³⁰⁾.

(26) REDENTI, *Sui trasferimenti delle azioni civili*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1955, pag. 77.

(27) V. GARRAGNATI, *Azione cit.*, pag. 321; ALLONDO, *Per una teoria cit.*, pag. 162; ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova 1955, pag. 95 e segg.; ma v. già WINDScheid, *Actio cit.*, pag. 223.

(28) Così anche PEROZZI, *Servitù e obbligazioni cit.*, pag. 327.

(29) SCHLESINGER, *La petizione di eredità*, Torino 1956, pag. 196.

(30) PEROZZI, *op. ult. cit.*, pag. 326 e segg.

Questa opinione, che parte anch'essa dalla svalutazione dell'elemento attivo del diritto reale, liquidato come una immagine «realistica» priva di effettiva consistenza⁽⁶¹⁾, cancella ogni confine fra diritto reale e obbligazione⁽⁶²⁾. Senonchè, a parte l'esigenza di rivendicare alla facoltà del titolare il posto che le compete nell'ambito del diritto reale, la riduzione di qualsiasi obbligo ad obbligazione non è accettabile, dal momento che l'obbligazione ha un suo parametro positivo nella patrimonialità⁽⁶³⁾. Nè giova osservare che l'obbligazione non potrebbe distinguersi dall'obbligo in ragione della sua patrimonialità, perchè, tutto sommato, ogni obbligo e, quanto meno, ogni violazione di obbligo sono valutabili pecuniariamente⁽⁶⁴⁾: così, si finisce col confondere l'obbligo con la ragione di danno che può conseguire alla sua violazione, e si oblitera, comunque, che all'interprete non è consentito di ripudiare quel parametro ma è, invece, imposto di applicarlo nel senso più stretto, al fine di coerenzare e distinguere, *ex positivo iure*, la categoria delle obbligazioni.

9. La caratteristica dell'assolutezza è contestata anche da chi assume che il titolare abbia di fronte non l'astensione di tutti i consociati, ma l'astensione di determinati soggetti. La tesi è, come ognuno sa, prospettata dal classico saggio dell'Arangio-Ruiz⁽⁶⁵⁾, dove appunto si sostiene che, nelle servitù, sia tenuto all'astensione soltanto il proprietario del fondo servente.

Messi sull'avviso dal rilievo che la limitazione in discorso non si attaglia al diritto di proprietà e segna perciò una inammissibile frattura fra questo e gli altri diritti reali, è agevole

(61) PEROZZI, *Istituzioni*, cit., pag. 608.

(62) PEROZZI, *Servitù e obbligazioni* cit., pag. 329 e segg.. Afferma il carattere meramente storico della distinzione fra diritto reale e diritto di credito anche il GUARINO (Giuseppe), *op. cit.*, pag. 316.

(63) V. per tutti GIORGIANNI, *L'obbligazione* cit., pag. 29 e segg.

(64) PEROZZI, *op. ult. cit.*, pag. 334.

(65) *La struttura dei diritti sulla cosa altrui in diritto romano*, in *Arch. giuridico*, X (1908). *Contra*: PUGLIESE, *L'usufrutto* cit., pag. 57.

rendersi conto che essa è la conseguenza della confusione, spesso ricorrente nella ricostruzione del diritto romano, fra il momento sostanziale e il momento processuale. Non c'è dubbio, infatti, che all'insorgere della violazione da parte di uno dei consociati e, quindi, al momento della proposizione dell'azione contro di lui, un obbligo (quello violato) ed un obbligato (l'attentatore) prendano spicco rispetto agli altri: ma questo non significa nè che, prima della violazione, non ci sia alcun obbligo altrui (e del resto questa contraddittoria illazione per la quale il diritto reale nascerebbe, anche sul piano sostanziale, solo dopo l'attentato, quale posizione corrispondente all'obbligo dell'attentatore⁽⁶⁶⁾, è respinta dallo stesso Arangio⁽⁶⁷⁾), nè che, prima o a prescindere dalla violazione, ci sia solo il dovere di astensione del proprietario servente e non anche quelli dei restanti consociati. Tant'è vero che soggetto all'azione del titolare può essere non soltanto quel proprietario servente, ma qualunque soggetto che, intrudendosi nel fondo servente, abbia ostacolato o turbato l'esercizio del diritto *in re aliena*.

I limiti di efficacia del giudicato, che l'Arangio chiama a sostegno della sua tesi⁽⁶⁸⁾, si spiegano non già restringendo la cerchia dei soggetti tenuti alla astensione, sibbene tenendo presente che nel processo non vengono dedotti tutti gli obblighi di astensione, ma viene dedotto e ribadito l'obbligo che è stato violato, e nei confronti del violatore. Ma su questo punto dovremo soffermarci più innanzi⁽⁶⁹⁾.

La tesi fin qui discussa è ripresa, con acuti sviluppi, da una dottrina più recente, secondo la quale non l'assolutezza, bensì l'*inerenza* sarebbe distintivo del diritto reale, nel senso che il titolare non si porrebbe di fronte agli altri consociati,

(66) Cfr. per tutti HOLD VON FERNEK, *Die Rechtaeidrigkeit* cit., I, pag. 228 e segg.

(67) V. *op. cit.*, pag. 362.

(68) V. *op. cit.*, pagg. 410, 413.

(69) Sub 13; capitolo terzo, sub 1.

ma soltanto di fronte a chi si trovi (o venga a trovarsi) in una relazione giuridica o di fatto con la cosa ⁽⁷⁰⁾.

Mi sembra qui calzante lo stesso ordine di critiche sopra svolte, e così meglio specificate. Secondo la dottrina in parola, l'*inerenza* al bene consiste nel passaggio dell'obbligo da un proprietario all'altro, insieme al fondo servente, cioè nel c.d. diritto di seguito verso tutti i successivi proprietari del fondo servente: il quale profilo distinguerebbe, appunto, il diritto reale limitato, specie quando esso non comprenda un nucleo di facoltà del titolare, ma soltanto obblighi d'altri (e così la servitù negativa dall'obbligazione: per es., la servitù *altius non tollendi* da una obbligazione di pari contenuto). Ora, quando si cerchi di adattare alla proprietà il criterio dell'«inerenza» si scopre la sua vera portata, si individua il piano su cui dev'essere posto e si constata che esso non soppianta la caratteristica dell'assolutezza.

Per raggugliare, infatti, la proprietà all'«inerenza» occorre configurarla come posizione di vantaggio rispetto a chi si ponga in relazione fisica col bene, rispetto, cioè, a colui che, in pratica, s'intrude nel bene. Ma, così facendo, ci si riferisce ancora qui al momento della violazione e del processo. Quando un soggetto, fra la generalità dei terzi tenuti all'astensione, viola il proprio dovere intrudendosi nel bene, egli diviene legittimato passivo rispetto alla reazione del proprietario usurpato: cioè, nel sistema primordiale, rispetto alla reazione fisica (*actio*) del proprietario ⁽⁷¹⁾; nel sistema statale, rispetto all'azione che, pur esercitata verso lo Stato, tiene soggetto il convenuto.

Assolutezza e inerenza non si contraddicono, quindi, (con la conseguenza che la seconda debba prendere il posto della prima), nè si possono confondere. Basta metterle ciascuna sul proprio piano: l'*assolutezza* va collocata sul piano sostanziale

⁽⁷⁰⁾ GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano 1940, pag. 163 e segg.; *Obbligazione cit.*, pag. 100 segg.

⁽⁷¹⁾ V. *retro*, capitolo primo, sub 12.

(ed è costituita dagli obblighi di astensione della generalità dei soggetti); la *inerenza* sta, invece, sul piano processuale, dove rappresenta la direzione dell'azione contro il singolo, determinato soggetto che abbia violato, in concreto, il dovere di astensione. L'*inerenza*, così come intesa dalla dottrina che la propone è, insomma, innegabilmente un contrassegno di realtà, ma dalla parte del processo, al momento della tutela⁽⁷⁵⁾.

10. Insomma, gli altrui doveri di astensione (dalla cosa) sono essenziali, *pari gradu* rispetto alle facoltà del titolare (sulla cosa), ai fini della costruzione del diritto reale.

(75) Da questa constatazione mi pare possano trarsi alcuni corollari. Essa consente di rilevare la portata e i limiti della distinzione classica fra *actio in personam* e *actio in rem*. L'*actio in rem*, come quella *in personam*, è rivolta (né potrebbe essere altrimenti) contro un soggetto (salva la questione se, rispetto ad essa, il convenuto avesse, nel diritto classico, la facoltà di rimanere *indefensus*: v. in arg. PUGLIESE, *Actio* cit., pag. 355 e segg.; BETTI, *Diritto romano* cit., pagg. 456, 552; ARU, *Il processo civile contumaciato*, Roma 1934, pag. 40 e segg.; WLISSAK, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in *Zeitsch. der Sav. Stift.*, 25 (1904), pag. 152 e segg.; WENGER, *Istituzioni* cit., pag. 101 e segg.), e contro un soggetto determinato (*contra*: ALLOISIO, *Per una teoria* cit., pag. 173): giacchè insorgendo al momento della violazione, essa non può che dirigersi contro l'attentatore. La qualificazione dell'*actio* in discorso come « *in rem* » non è, quindi, altro che una metafora per esprimere, appunto, che l'azione investe quello fra i consociati che venga a trovarsi in relazione con la cosa, cioè per sottolineare il profilo della « *inerenza* ».

Inoltre, se non vado errato, è solo sotto il profilo dell'*inerenza* che possono inquadriarsi, nel sistema vigente, l'ipoteca e il pegno (v. in arg.: CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*, Padova 1927, pag. 234; LIERMAN, *Il titolo esecutivo rispetto ai terzi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, I, pag. 146; CARNACINI, *Contributo alla teoria del pignoramento*, Padova 1936, pag. 262 e segg.; RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, Torino 1956; *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, Milano 1956; GOSLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, Milano 1955; *Del pegno*, in *Commentario Scialoja Branca* cit., VI, pag. 251 e segg.; MAIORCA, *Il pegno di cosa futura o di cosa altrui*, Milano 1933; COVIELLO L., *Delle ipoteche*, Napoli 1923; DI STASO, *Natura giuridica dell'ipoteca*, Milano 1953). Non importando più, come in antico, una facoltà sulla cosa (il possesso non è caratteristica necessaria nemmeno per il pegno), questi diritti consistono ormai o nel potere di promuovere la vendita da parte dello Stato (ipoteca), o nel potere di vendere la cosa in forme che realizzano una vera e propria autotutela (pegno): essi, finiscono, perciò, con l'appartenere al momento della tutela (cfr. CARNACINI, *op. cit.*, pag. 263 e A.A. *ivi* cit.), si muovono, appunto, sul piano in cui la « *realtà* » è contrassegnata dall'*inerenza* (e non dall'*assolutezza*).

Occorre, anzi, avvertire come il profilo dell'assolutezza consente d'inquadrare fra i diritti reali quelle situazioni in cui manca un nucleo di facoltà del titolare, e sono soltanto presenti i doveri di astensione della generalità. Dico delle servitù negative: nelle quali, appunto, il titolare del diritto non ha potere sul fondo servente, ma si avvantaggia dell'astensione imposta, relativamente ad esso e a un suo modo di essere, a tutti i consociati⁽⁷³⁾ (fra cui, alla stessa stregua degli altri, il proprietario del fondo servente).

La rilevazione del fenomeno *ex positivo iure* sottopone, dunque, all'interprete un aggregato di posizioni semplici (facoltà del titolare e dovere di astensione dei terzi; oppure soltanto doveri di astensione).

Si tratta, ora, di vedere che cosa tiene unite queste posizioni semplici, che cosa consente di parlare di una unica situazione soggettiva, e come ne scaturisca la nozione di diritto soggettivo (reale).

Si è, già prima d'ora⁽⁷⁴⁾, fatto cenno dell'indirizzo che pone l'interesse alla base del diritto soggettivo: la destinazione delle posizioni semplici componenti allo scopo di tutela di un certo interesse costituirebbe, infatti, l'elemento unificatore e identificatore dell'aggregato.

Contro questo indirizzo si appuntano ovviamente gli strali di quanti negano all'interesse qualsiasi rilevanza ai fini della ricostruzione del fenomeno giuridico⁽⁷⁵⁾. Per stabilire, però, con

(73) Cfr. GROSSO, *Problemi cit.*, pagg. 88, 90; GROSSO-DEJANA, *Le servitù prediali*, in *Trattato diritto civile*, Torino 1955, pag. 47 e segg.; BARASSI, *I diritti reali limitati*, Milano 1947, pag. 24.

(74) V. AA. citt. nella nota n. 21.

(75) Cfr. GARRAGNATI, *Diritto cit.*, II, pag. 223 e segg.; ALLORIO, *Saggio polemico cit.*, pag. 510; *La pluralità cit.*, pag. 251; *Nuove riflessioni cit.*, pag. 63 e segg.; BALLADORE PALLIERI, *Diritto cit.*, pag. 17; CESARINI SPORZA, *Diritto cit.*, pag. 187; BARILE, *op. cit.*, pag. 33; FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria cit.*, pag. 30 e segg.: tutti preceduti ovviamente, dalla serrata critica kelseniana (*Hauptprobleme cit.*, pag. 574 e segg.; *Teoria generale cit.*, pag. 81). Ritengono che l'interesse sia un elemento pregiudiziale, tuttavia con rilevanza, quanto meno indiretta, nell'ambito del diritto: NICOTÒ, *L'adempimento cit.*, Milano 1936, pag. 72

una certa esattezza quale posto possa farsi all'interesse, occorre, secondo me, guardare le cose più da vicino. In tema d'interesse, ci s'imbatte innanzitutto in una non infrequente impostazione metodologica, secondo la quale l'oggetto di quella ricostruzione sarebbe costituito da un elemento per così dire sostanziale: l'interesse, e da un elemento formale: la qualificazione giuridica dell'interesse⁽⁷⁶⁾. Ma qui insorge il primo dissenso, giacché non pare dubbio che oggetto della dottrina giuridica è non già il rapporto fra l'esperienza (cioè la realtà metagiuridica, in cui alligna l'interesse⁽⁷⁷⁾) e la qualificazione giuridica di essa, ma consiste, *tout court*, in questa qualificazione: il che val dire nella norma. Con la conseguenza che qualsiasi elemento di distinzione non può che cercarsi e trovarsi nella norma.

Perciò per identificare nell'interesse l'elemento che tiene uniti in aggregato facoltà e doveri, e distinguere in base ad esso il diritto soggettivo, occorrerebbe che l'interesse fosse presente nel paradigma di ciascuna di quelle condotte componenti l'aggregato. Il che non si verifica.

Come ho rilevato altrove⁽⁷⁸⁾, l'interesse compare nella descrizione normativa della condotta in casi determinati, ad esempio nel modello dell'attività discrezionale (nel quale il contenuto della condotta viene, appunto, indicato mediante la fissazione dell'interesse alla cui tutela l'agente deve ispirarsi⁽⁷⁹⁾); e in questi limiti, quando cioè la norma stessa operi la scelta e indichi un dato interesse canonizzandolo nel paradigma del com-

e segg.: MICHELI, *Per una revisione della nozione di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc.* 1947, I, pag. 13 e segg., 25 e segg.; MANDRIOLI, *Azione cit.*, pagg. 20 e segg.

(76) È la classica impostazione jberinghiana (*L'esprit du droit romain*, Paris 1903, IV, pagg. 1328 e segg.). V. ora, fra gli altri, PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1954, pag. 123 e segg.; MAJONCA, *op. cit.*, pag. 147 e segg.-164; BARNINO, *Diritto soggettivo cit.*, pag. 26 e segg. (il quale peraltro ha, in seguito, finito con l'ammettere che l'interesse è solo il substrato del diritto: v. *Guerra e pace cit.*, pag. 334, nota).

(77) V. *La giurisdizione volontaria cit.*, loc. cit.

(78) *Ivi*, pag. 32.

(79) V. *La giurisdizione volontaria*, pag. 80 e nota.

portamento, è possibile, e anzi si deve, tener conto dell'elemento *de quo* ⁽⁸⁰⁾. Ma vi sono altri e più numerosi casi in cui la descrizione normativa del comportamento non reca l'indicazione dello scopo: si pensi alla descrizione di tutti i doveri a contenuto vincolato, e così dei doveri di astensione *de quibus agitur*. Chi, malgrado ciò, pretende di assegnare uno scopo alla condotta descritta dalla norma, di porla cioè, in ogni caso, in relazione con un interesse, si abbandona all'arbitrio (ch'è proprio di ogni impostazione teleologica) di enucleare, dalla catena degli scopi — mezzo, che è sempre ricollegabile ad un'attività, questo o quello scopo, al di là di qualsiasi indicazione e conferma positiva.

Nè l'ostacolo (consistente nella assenza dell'interesse, quale elemento fisionomico della condotta, nei paradigma di un grandissimo numero di norme) può essere aggirato presentando l'interesse non tanto come *causa* (i.e. come scopo) della condotta descritta e regolata dalla norma, quanto come scopo della norma regolatrice. Da questo punto di vista, assai frequente ed assurto anzi a regola di interpretazione ⁽⁸¹⁾, l'interesse appare come una sorta di scopo del legislatore, come quello che il le-

(80) L'ALLORIO (*Nuove riflessioni cit.*, pag. 56) mi rimprovera la contraddizione consistente, a suo avviso, in ciò che svolgo (ne *La giurisdizione volontaria*, loc. cit.) argomenti antiteleologici e poi ammetto (*ivi*, pag. 31) che «rilevando lo scopo, quando esso sia indicato dalla norma, come uno degli elementi o fisionomici dell'atto, l'osservatore non scivola già sul terreno infido del teleologismo, ma rimane ben legato al punto di vista strettamente ontologico... ch'è «il suo proprio». Se non prendo abbaglio, non c'è alcuna contraddizione. Come già spiegavo nel mio precedente scritto e come ho qui ribadito nel testo, non mi par dubbio che, se — e soltanto quando — il paradigma normativo della condotta indica lo scopo cui l'agente deve ispirarsi (cioè preferisce, per coerenza il contenuto della condotta, ancorarla ad uno scopo, lasciando all'agente possibilità di scelta in relazione ad esso: il che si verifica in tutti i casi di doveri *discrezionali* - v. *La giurisdizione cit.*, pag. 80 e segg.), l'interprete non solo può, ma deve mutuare quello scopo.

(81) Cfr. MAJONCA, *op. cit.*, pagg. 147, 148. Che il parametro dell'interesse possa essere utilizzato per l'interpretazione analogica della norma è ammesso perfino dall'ALLORIO, *Nuove riflessioni*, pag. 64. Lo segue MANDRIOLI, *Azione cit.*, pag. 21.

gislatore avrebbe inteso di tutelare emanando la norma, concedendo cioè una facoltà o un potere o imponendo un dovere.

Ora, a meno di non volere, ancor qui, uscire dall'ambito della norma e delle indicazioni da essa fornite (assumendo uno scopo purchessia), per ragionare di scopo del legislatore occorre pur sempre rifarsi alle norme positive, e precisamente a quelle che regolano la condotta dell'organo legiferante. Ma, rispetto a tali norme, ritorna, *in terminis*, la constatazione sopra compiuta: anche il paradigma normativo della condotta del legislatore non reca sempre (direi, anzi, quasi mai) l'indicazione dell'interesse specifico canonizzato, la cui tutela si possa additare come suo scopo, come scopo dell'emanazione della norma. Gli è che, nel vasto ambito di competenza del legislatore, i pochi limiti sono più spesso segnati, anzichè dall'indicazione dell'interesse da tutelare, addirittura dalla determinazione del contenuto della condotta (quanto meno sotto forma di divieto d'impingere in certe materie e di contraddire certe altre leggi: ad es. quelle costituzionali).

In definitiva, ci si ponga di fronte alla condotta del privato oppure alla condotta del legislatore, si deve rilevare che l'interesse compare soltanto in alcune delle descrizioni normative di tali condotte e che, pertanto, esso non può essere assunto come parametro per la ricostruzione sistematica, e così neanche per la unificazione di più posizioni soggettive semplici in unico aggregato.

11. Rimane, quindi, da indagare se le posizioni soggettive semplici rilevate in ordine al diritto reale non presentino un elemento comune, diverso dall'interesse e sempre rilevabile dal loro paradigma normativo.

Su questo terreno, non mi pare accettabile l'avviso secondo il quale le posizioni semplici sarebbero tenute insieme da ciò che esse discendano da una stessa fonte, siano cioè effetti di una

unica fattispecie⁽⁸²⁾. A parte il rilievo che ad una stessa fattispecie possono venir collegate posizioni eterogenee e non unificabili, può ben darsi che posizioni unificabili fra loro, e che poi in effetti si uniscono, discendano da fattispecie diverse (per es. alcune facoltà trapassano in virtù di un negozio, mentre altre, che vanno ad aggiungersi alle prime, sono trasmesse con un diverso successivo atto).

A mio avviso, invece, il parametro in base al quale si riuniscono le posizioni giuridiche semplici è costituito dall'oggetto⁽⁸³⁾. Più posizioni semplici si collegano e formano insieme una posizione soggettiva complessa quando le condotte, in cui esse consistono, cadono sullo stesso oggetto, hanno in comune l'oggetto: così le facoltà del titolare e i doveri di astensione dei consociati si riuniscono in aggregato, perchè hanno in comune l'oggetto, cioè si svolgono sulla stessa *res*.

È appena il caso di sottolineare che l'oggetto è un elemento fisionomico della condotta, il quale si reperisce nel paradigma della facoltà, del potere, del dovere, insieme agli altri elementi costitutivi (soggetto, volontà, contenuto, forma)⁽⁸⁴⁾.

Come e in che senso l'oggetto comune ad una data serie di posizioni semplici stia, poi, in rapporto col diritto soggettivo si vedrà più innanzi, quando si sarà preliminarmente chiarito il rapporto che corre fra l'aggregato di posizioni semplici e la nozione di diritto. Per ora basta constatare che la comunione di oggetto riunisce le posizioni semplici in aggregato.

Vedremo pure a suo luogo come l'oggetto comune delle posizioni semplici costituenti l'aggregato possa consistere, anzichè in una *res* materiale (com'è per il diritto reale), anche in una cosa immateriale⁽⁸⁵⁾, o addirittura nel corpo umano⁽⁸⁶⁾, e come

(82) Così NATOLI, *Diritto soggettivo* cit., pagg. 104, 126; ma v. già von THUN, *Allgemeine Teil* cit., I, pag. 160.

(83) Sostanzialmente conforme il BARTL, *op. cit.*, pagg. 31, 32, dal quale tuttavia dissento per gli sviluppi ulteriori (v. *infra*, sub 12).

(84) V. *La giurisdizione volontaria* cit., pag. 22.

(85) V. *infra*, sub 17.

(86) V. *infra*, sub 18.

oggetto del potere sia non una cosa, bensì una situazione giuridica (così il potere di trasferire il proprio bene ha per oggetto il diritto di proprietà) ⁽⁸⁷⁾. Giova, anzi, fin d'ora osservare che, sotto questo profilo, una definizione unitaria dell'« oggetto » non può far riferimento alle sole cose materiali (naturalisticamente intese), ma deve comprendere tutte le possibili manifestazioni della realtà, viste come oggetto e assunte come tali dalla norma ⁽⁸⁸⁾: solo con questa avvertenza si può, a proposito dell'oggetto, parlare di « cosa » o di « bene » (termine, questo ultimo, forse preferibile, vuoi perchè è più appropriato rispetto agli oggetti immateriali, vuoi perchè, anche con riferimento alla cosa in senso fisico, coglie meglio la possibilità che essa sia assunta dalla norma in una o in un'altra delle sue possibili utilità) ⁽⁸⁹⁾.

12. Individuato nell'*oggetto* l'elemento unificatore di un insieme di posizioni giuridiche semplici, si tratta ora, sempre limitando il discorso al diritto reale, di stabilire quale relazione corra fra tale aggregato e il diritto soggettivo. In altri termini, dato e concesso che i diritti reali positivamente contemplati non si possono spiegare quando si semplifichi lo schema del diritto soggettivo ⁽⁹⁰⁾, e che la loro costruzione è legata alla identificazione di quegli aggregati, rimane da vedere che cosa effettivamente sia il diritto soggettivo (reale).

In proposito, si è già rilevato l'inammissibilità di una doppia qualificazione della condotta ⁽⁹¹⁾, per cui il diritto soggettivo si presenterebbe come una ulteriore qualificazione delle posizioni soggettive componenti.

⁽⁸⁷⁾ V. *infra*, nota n. 107.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. MAJORCA, *op. cit.*, pag. 15.

⁽⁸⁹⁾ V. del resto la disciplina positiva: art. 810 e segg. cod. civ.. Cfr. BIONDI, *I beni*, in *Trattato di diritto civile*, Torino 1953, pag. 14 e segg.; PINO, *Contributo alla teoria giuridica dei beni*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 1948, pag. 825 e segg.

⁽⁹⁰⁾ Così giustamente ALLORIO, *Per una teoria cit.*, pag. 164.

⁽⁹¹⁾ V. *retro*, sub 2.

Nè si può sostenere che il diritto non sia altro che il collegamento delle posizioni semplici (componenti l'aggregato) con un soggetto, si identifichi cioè con la titolarità di queste posizioni. A parte il rilievo che, in tal modo, si finirebbe col negare la esistenza del diritto soggettivo come situazione giuridica a sè, resterebbe comunque da spiegare come si possano direttamente collegare al titolare del diritto i doveri di astensione, cioè le posizioni soggettive (componenti l'aggregato) di cui sono già titolari altri soggetti. Tale collegamento non può difatti venir realizzato se non per il tramite di una nuova posizione distinta dalle posizioni giuridiche componenti, che possa a sua volta essere imputata ad un soggetto.

Lo stesso rilievo deve farsi in ordine all'avviso secondo il quale il diritto soggettivo consisterebbe *tout court* nell'aggregato delle posizioni semplici, sarebbe l'insieme o, se si preferisce, la sintesi di tali posizioni⁽²²⁾. Ove, infatti, non si distingua la situazione soggettiva « diritto » dalle posizioni semplici e dal loro aggregato, non si può che constatare uno *jato* fra i doveri dei terzi, componenti l'aggregato, e il titolare del diritto.

Vero è che, per superare quest'ostacolo, si sogliono configurare, *vis-à-vis* dei doveri di astensione, altrettante posizioni (inattive) del titolare del diritto e tali posizioni inattive (contrassegnate per lo più con l'improprio nome di « pretese ») si collocano poi nell'aggregato, insieme ai doveri di astensione e alle facoltà del titolare⁽²³⁾. Ma ognuno vede quanto tale costruzione sia faticosa, e come in questa pluralità di « pretese » si finisca col diluire e col perdere l'essenza del diritto soggettivo: giustificata appare, quindi, la perplessità di recente manifestata in argomento proprio da uno dei più acuti assertori di quello schema⁽²⁴⁾.

(22) Cfr. BARILE, *op. loc. cit.*

(23) V. PUGLIESE, *Usufrutto cit.*, pag. 56 e segg.; SPERDUTI, *op. cit.*, pag. 34 e segg.; BARILE, *op. cit.*, pag. 30, 31.

(24) PUGLIESE, « *Res corporales* » *cit.*, pag. 260.

Peraltro, ritenuta la necessità di distinguere fra le posizioni componenti l'aggregato e il diritto soggettivo, la distinzione non può operarsi presentando il diritto come un *prius* rispetto alle posizioni semplici, che ne costituirebbero mere conseguenze⁽⁹³⁾. È agevole, infatti, obiettare che la rilevazione dei fenomeni, non soltanto sul piano delle forme, bensì anche *ex positivo iure* offre innanzitutto, come elementi base, le posizioni soggettive semplici. Invero, pretendere che il diritto venga logicamente prima della facoltà e dei doveri componenti, significa rifarsi alla nozione pregiuridica dell'interesse, identificare il diritto con l'interesse: rispetto al quale soltanto, ma su di un piano che non è quello della dommatica giuridica (non è qui il caso di ripetere gli argomenti già svolti intorno all'interesse e alla sua rilevanza nel sistema), facoltà, poteri, doveri possono configurarsi come una conseguente articolata tutela.

Tutto sommato, mi pare che la soluzione più appropriata (in quanto permette, da un canto, di semplificare lo schema del diritto soggettivo, dilatato oltre misura dalla inserzione delle « pretese », e, dall'altro, di sfuggire agli scogli di un vieto teleologismo), sia quella di considerare il diritto soggettivo come un *posterius* rispetto alle posizioni semplici, un punto di riferimento, che la norma positiva fissa contemplando l'aggregato di quelle posizioni dalla parte del soggetto che, per loro mezzo, è posto in preminenza rispetto al *bene* (cioè rispetto all'oggetto di quelle posizioni).

A questo punto di riferimento segnato dalla norma vanno collegate, senza tuttavia confondersi con esso, le posizioni semplici attraverso le quali si realizza quella preminenza (così le facoltà del titolare e i doveri di astensione dei consociati).

Svolgendo il concetto in termini di situazione del titolare (del diritto), si potrà dire che il diritto, e quello « reale » per primo, è la posizione di preminenza (individuata dalla norma

(93) Cfr. NEUNER, *op. cit.*, pag. 51; *contra*: PUGLIESE, *Usufrutto*, loc. cit.; BARELLI, *op. cit.*, loc. ult. cit.

positiva e che l'interprete dalla norma astrae) rispetto ad un *bene* (nell'accezione tecnica di *oggetto* del comportamento valutato); posizione realizzata mediante le facoltà del titolare e/o i doveri degli altri.

Anche se espresso in termini che richiamano una definizione di diritto soggettivo già prima d'ora proposta⁽²⁶⁾, il risultato qui attinto mi pare si sottragga all'accusa di apriorismo e genericità, ancora di recente rivolta a quella definizione⁽²⁷⁾ e in parte, forse, giustificata da ciò che i suoi proponenti non si sono dati carico di approfondire adeguatamente il rapporto fra i componenti l'aggregato e fra l'aggregato e il diritto.

Nè credo si possa obiettare che la definizione del diritto come preminenza su di un bene, cioè come relazione fra un soggetto e un bene, sia stretta parente di quello che identifica il diritto con l'interesse. Nessuno nega l'esistenza dell'interesse, e che la situazione di vantaggio di un soggetto rispetto ad un bene sia configurabile come un interesse: ma — qui è il punto (e giova ribadirlo, a costo di ripetere) — non sul piano giuridico, bensì su di un piano *lato sensu* economico, comunque metagiuridico.

In altri termini, la relazione *de qua* (fra un soggetto e un bene) potrà costituire un interesse dal punto di vista dell'economia, ma dal punto di vista giuridico essa è *diritto soggettivo*. In verità, tanto poco congruo è, *sub specie iuris*, definire il diritto soggettivo come interesse giuridicamente protetto, quanto sarebbe, sotto il profilo economico, definire l'interesse come... un diritto privo di protezione giuridica!

13. Anticipando i risultati della indagine, e salvi quindi gli sviluppi che seguiranno, mi sembra si possa subito affermare che la nozione di diritto ora offerta non si attagli soltanto ai

(²⁶) GARBAGNATI, *Diritto* cit., pag. 217; MIELE, *Principi* cit., pag. 54 e segg.; BRANCA, *Istituzioni* cit., pag. 20; GIANNINI, *Lezioni* cit., pag. 263.

(²⁷) Dal CASSARINO, *op. cit.*, pag. 97.

diritti reali, bensì costituisca una categoria generale del nostro ordinamento positivo.

Fra l'altro, come vedremo, essa consente di ricomporre (beninteso per quanto riguarda la loro struttura fondamentale e salve le differenze di contenuto) la frattura sempre operata fra diritto reale e diritto di credito: ponendo, infatti, il diritto al di fuori delle posizioni soggettive semplici, come punto di riferimento cui la norma ricollega facoltà, poteri e doveri, non soltanto il diritto di credito, ma anche il diritto reale e qualsiasi diritto è una posizione inattiva che chiama, come strumenti per la sua realizzazione, le posizioni semplici (le facoltà e/o i poteri del titolare e/o i doveri degli altri).

Non basta. Chiarita la nozione di diritto soggettivo, e la posizione vicaria che rispetto ad esso assumono le posizioni semplici, risulta evidente in che senso si possa parlare di *oggetto del diritto* ⁽⁸⁵⁾. Il bene è, innanzitutto e più propriamente, oggetto delle posizioni semplici (facoltà, potere, dovere), rappresenta la parte di realtà (materiale o immateriale) su cui praticamente incidono tali condotte; perciò, solo seguendo l'*iter* attraverso il quale le posizioni semplici sono dalla norma collegate ad un punto di riferimento esterno ad esse (dove siede, sovrano, il titolare del diritto), il bene può essere messo in relazione col diritto stesso ed essere presentato come suo « oggetto » ⁽⁸⁶⁾: ma si tratta ovviamente di una relazione logica che, per tradursi in pratica (per diventare cioè effettiva incidenza sul bene), abbisogna del tramite delle posizioni semplici (e così della facoltà del titolare e/o del dovere del terzo).

Ci si rende, allora, conto dell'errore in cui incorrono quanti

⁽⁸⁵⁾ L'elaborazione dell'« oggetto del diritto » come categoria generale è esigenza man mano più sentita. V., fra gli altri: MAJORCA, *op. cit.*; *La cosa in senso giuridico*, Torino 1937; CARNELUTTI, *Teoria generale*, pag. 186; PUGLIATTI, *Istituti cit.*, pag. 239; NICOLÒ, *L'adempimento cit.*, pag. 77 e segg.; CANNIAN, *Nozioni cit.*, pag. 219; BARASSI, *I diritti reali*, Milano 1943, pag. 116; BARBERO, *Sistema cit.*, I, pag. 204 e segg.; MIELE, *op. cit.*, pag. 93.

⁽⁸⁶⁾ Ciò è di solito avvertito con riferimento al diritto di credito, e non anche al diritto reale: cfr. MAJORCA, *Diritto cit.*, pag. 75.

pretendono di individuare l'oggetto del diritto soggettivo senza passare per il tramite delle posizioni giuridiche semplici. Chi distingue fra oggetto del diritto reale e oggetto del diritto di credito, identificando il primo con la *res* e il secondo con la *prestazione* ⁽¹⁰⁰⁾, trascura che si può parlare di « oggetto del diritto » solo riferendosi: per il *diritto reale*, all'oggetto delle facoltà e dei doveri di astensione, e quindi alla *res*; per il *diritto di credito*, all'oggetto del dovere che, come vedremo, compone tale diritto, e quindi, ancora, alla cosa e non alla prestazione.

Mi sembrano, perciò, nel giusto coloro che escludono ogni differenza di oggetto fra i due tipi di diritto; e precisamente, non già coloro che operano l'unificazione profilando la prestazione come un « bene » ⁽¹⁰¹⁾, sibbene coloro che, in argomento, negano rilievo alla prestazione e lo assegnano alla cosa ⁽¹⁰²⁾.

14. Sempre come corollario della configurazione del diritto soggettivo sopra offerto, mi sembra si debba sottolineare che essa presenta il duplice vantaggio di conservare, da un canto, a ciascuna delle posizioni collegate al diritto la propria autonomia, e di consentire, dall'altro, la riduzione al minimo dell'aggregato di posizioni semplici facenti capo al diritto, senza che si perda la nozione di quest'ultimo.

In altri termini, lo schema secondo il quale il diritto, come

⁽¹⁰⁰⁾ BABILE, *op. loc. cit.*; ALLARA, *Nozioni cit.*, pag. 194; BARRINO, *op. loc. cit.*; POLACCO, *Delle obbligazioni*, Roma 1921, pag. 184. A maggior ragione, non credo accettabile l'opinione del MENCIONI (*L'oggetto dell'obbligazione*, in *Ius*, 1952, pag. 156), secondo il quale l'oggetto dell'obbligazione sarebbe costituito dal suo « scopo ».

⁽¹⁰¹⁾ NICOLÒ, *op. loc. cit.* Nè, per superare la pretesa distinzione fra l'oggetto del diritto reale e quello dell'obbligazione, si può accedere all'opinione del FERRARA (Francesco) (*Trattato cit.*, pag. 440), secondo il quale oggetto del diritto sarebbe sempre la persona dell'obbligato; o mutuare la rinuncia dello STOLFI (Giuseppe) (*Teoria del negozio giuridico*, Padova 1947, pag. 15) che nega la possibilità di configurare l'oggetto nei casi dove non scorge immediatamente la *res*.

⁽¹⁰²⁾ GARRAGNATI, *Diritto cit.*, I, pag. 553; CARNELUTTI, *Diritto e processo cit.*, pag. 229; ROCCO Alfredo, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, in *Riv. dir. comm.* 1910, I, pag. 674.

punto di riferimento fissato dalla norma, si differenzia dalle posizioni soggettive che ad esso fanno capo, consente di scomporre l'aggregato delle posizioni semplici facenti capo al diritto e di formare schemi più semplici, nei quali a quel punto di riferimento (i.e. al diritto soggettivo) facciano capo soltanto alcune o, per avventura, una soltanto delle posizioni componenti l'aggregato: senza che con ciò venga meno il diritto, che si debba rinunciare alla costanza del diritto. Così, enucleando dall'aggregato una delle facoltà o uno dei doveri componenti, e collegandolo al diritto (il che val dire contemplandolo dalla parte del soggetto che ne beneficia, che viene cioè messo dalla norma in posizione di preminenza rispetto al bene oggetto di quella facoltà o di quel dovere), lo schema di quest'ultimo si riduce ai minimi termini, senza perdersi.

Se non sbaglio, questo procedimento logico fornisce, fra l'altro, una esauriente spiegazione della c.d. *elasticità* del diritto del proprietario ⁽¹⁰³⁾. Lo stesso procedimento consente anche, come meglio vedremo in seguito ⁽¹⁰⁴⁾, di dedurre nel processo, anzichè lo schema completo del diritto reale (e quindi il diritto con tutte le facoltà e i doveri facenti capo ad esso), uno schema ridotto. Così, nella revindica, il diritto di proprietà è dedotto in giudizio nello schema più semplice: e precisamente lo schema in cui al diritto risulta collegato il singolo dovere di astensione, cioè il dovere di chi, fra i consociati, si è reso colpevole dell'intrusione nel bene.

È vero che in questo schema (in cui al diritto fa capo un solo dovere, e non i doveri di tutti i consociati) il diritto di proprietà si presenta nella sua direzione *erga... unum* e non *erga omnes*, sotto il profilo della relatività anzichè sotto quello dell'assolutezza: ma questa riduzione, che si pensa impedisca di ritenere che il diritto di proprietà sia dedotto in giudizio e che

⁽¹⁰³⁾ V. per tutti, BARASSI, *La proprietà nel nuovo codice civile*, Milano 1941 pag. 22 e AA. *ivi cit.*

⁽¹⁰⁴⁾ *Infra*, capitolo terzo, sub 3.

suggerisce a molti la configurazione di un diritto (di credito, cioè relativo) alla restituzione della cosa (da dedursi, esso sì, nel giudizio di revindica⁽¹⁰⁵⁾), mi sembra si spieghi puntualmente con la constatazione della scomponibilità del diritto reale in schemi via via più ridotti e semplici.

Sempre a questo proposito, si è già chiarito come il dovere c.d. di astensione facente capo al diritto di proprietà comprenda, nel suo paradigma normativo, tanto il comportamento omissivo quanto il comportamento commissivo⁽¹⁰⁶⁾. Comunque, se, malgrado quel chiarimento, si volesse ancora ritenere che il dovere di por fine alla violazione e di restituire si distingua dall'astensione, tale dovere, lungi dal far capo, come si vorrebbe, ad un nuovo e distinto diritto, dovrebbe pur sempre riportarsi al diritto di proprietà, della cui realizzazione costituirebbe strumento, alla stessa stregua dei doveri di astensione.

15. Prima di saggiare i risultati fin qui raggiunti sulle varie categorie di diritti che, oltre quelli reali, sono offerti dal nostro ordinamento, è forse il caso di accennare che, se il diritto è lo schema in cui più frequentemente le norme positive ordinano le posizioni dei soggetti, dal contenuto delle stesse norme è dato astrarre anche altre combinazioni, di struttura e portata diverse, ma non prive di rilievo.

Limitandoci necessariamente a qualche accenno: già nel campo dei diritti reali (ma, beninteso, non soltanto in esso), è configurabile una situazione composita costituita dal diritto soggettivo e dal potere di disposizione. Se, come riterrei, il potere di disposizione non può rientrare nell'ambito del diritto soggettivo⁽¹⁰⁷⁾, con la conseguenza che diritto e potere

(105) V. AA. citt. nella nota n. 57.

(106) V. retro, sub 8.

(107) Come ognuno sa, questo potere (a volte indicato come « facoltà » di disposizione: v. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale* cit., pag. 89 e segg.; *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1954, pag. 133 e segg.; NAROLI, *Diritto* cit., pag. 126 e segg.), viene, da alcune autorevoli fonti, compreso nell'ambito del

di disposizione costituiscono entità distinte, è, tuttavia, indubbio che essi siano legati da ciò che il diritto soggettivo è presupposto del potere di disposizione, sotto un duplice riflesso: innan-

diritto soggettivo, cioè nell'aggregato di posizioni semplici che ad esso fanno capo (PUGLIATI, *op. loc. cit.*; NATOLI, *ibidem*; RAVÀ, *Introduzione allo studio delle scienze giuridiche*, Padova 1926, pagg. 147, 148, e, ora, anche ALLORIO, *Per una teoria cit.*, pag. 162; v. anche BÜLOW, *Klage und Urteil*, Berlin 1903, pag. 21 e segg.; VON THUN, *Allgemeine Teil cit.*, I, pag. 160), mentre, da altre (v., sulla scorta della notissima opinione del THON, *Rechtsnorm cit.*, pag. 319 e segg.; CHIOVENDA, *Istituzioni cit.*, I, pagg. 268, 269; GARRACINATI, *La sostituzione processuale*, Milano 1942, pagg. 93, 177 (nota); *Azione cit.*, pag. 234; SATTA, *L'esecuzione forzata*, Milano 1937, pag. 32 (nota); ROMANO Salvatore, *Aspetti soggettivi cit.*, pag. 1018; BARASSI, *La proprietà cit.*, pag. 24 e segg.; BARIÈ, *op. cit.*, pag. 34; FEDELE, *Possesso ed esercizio del diritto*, Torino, 1950, pag. 81; ENDEMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, Berlin 1899, pag. 556 e segg.; HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht*, III, Leipzig 1909, pag. 278 e segg.) ne viene escluso, per essere configurato o come una manifestazione della capacità (v. FERRARA Francesco, *Trattato cit.*, I, pag. 327; ÜRTMANN, *Der Dinglichkeitsbegriff in Jhering's Jharb.* XXXI (1892), pag. 651), o come un potere autonomo (così CARIOTA FERRARA, *Negozi sul patrimonio altrui cit.*, pag. 37 e segg.).

A favore dell'inclusione del potere *de quo* nel diritto soggettivo non mi pare valga il richiamo all'art. 332 cod. civ., dal momento che esso si riferisce, per chiari segni, alla disposizione materiale (cfr. ROMANO Salvatore, *Aspetti soggettivi cit.*, pag. 1021) e non a quella giuridica. Senza contare che, a proposito del diritto di usufrutto, la stessa legge opera un netto *distinguo* fra il diritto e la sua disposizione. Ancora: catalogare quest'ultima fra le facoltà di godimento, come la forma estrema di esso (cfr. PUGLIATI, *Esecuzione cit.*, *loc. cit.*), è molto suggestivo, ma non mi pare corrisponda alla realtà: siffatto profilo si taglia, semmai, alla ipotesi, storicamente verificatasi, del potere di trasferimento che si confonde o s'identifica con la facoltà di consegnare la cosa, cioè con la *traditio*; ma non anche al potere di disposizione che, come quello regolato dall'ordinamento attuale, ha per oggetto non già la *res* (oggetto, invece, delle facoltà del titolare e degli altrui doveri di astensione), sibbene cade immediatamente sul diritto.

Nè, infine, è possibile comprendere il potere di disposizione nell'ambito del diritto, sotto il riflesso che esso sarebbe, alla stregua delle facoltà sulla cosa, strumento per la tutela di uno stesso interesse: per tutte le ragioni sopra esposte, l'elemento unificatore dell'aggregato di posizioni soggettive facenti capo al diritto va individuato nell'oggetto che esse hanno in comune, e non in un interesse, più o meno arbitrariamente scelto ed alla cui tutela quelle posizioni si pretendano indirizzate.

La verità è che il potere di disposizione non fa parte del diritto, giacchè lo presuppone, sotto il duplice riflesso indicato nel testo.

Se, da un canto, il potere di disposizione non rientra nell'ambito del diritto, dall'altro esso non può configurarsi come una mera manifestazione di libertà (così, invece, CICALA, *op. cit.*, pag. 514; FERRARA Massimo, *Il potere di disposizione*, Milano 1937, pag. 6) e nemmeno come emanazione della capacità di agire. Vero è che

zitutto, il diritto soggettivo compare nel paradigma normativo del potere come oggetto del medesimo; inoltre, e quante volte il potere spetti al titolare del diritto oggetto della disposizione, il diritto soggettivo incide in quel paradigma anche per altro verso, e cioè in quanto la titolarità del diritto costituisce una qualità individualizzante del soggetto del potere.

Un vincolo analogo è riscontrabile fra il diritto di proprietà e i doveri che incombono al proprietario in quanto tale: ancora qui la titolarità del diritto è la qualità individualizzante del soggetto di quei doveri. Non erroneamente, perciò, è stata configurata un'ulteriore situazione composita in cui risultano uniti quel diritto e quei doveri ⁽¹⁰⁰⁾: alla quale, però, per le ragioni rilevate più sopra, è quanto meno opinabile si possa asse-

l'esercizio di un potere, come concreta manifestazione di volontà, come attività materiale, è protetto alla stregua di qualsiasi attività corporea, come sono protette la libertà di camminare, quella di riunirsi, etc. (v. *infra*, sub 18); ma questo non toglie che il potere negoziale sia riconosciuto e protetto quale posizione astratta, prima e a prescindere dal suo concreto esercizio, dal suo porsi come attività materiale. E, sotto questo profilo, il potere di disposizione non può in alcun modo confondersi con le libertà di fatto.

Quando, poi, s'indaghino i rapporti tra il potere *de quo* e la capacità di agire, occorre tener presente che questa ultima non è nè la fonte nè la sintesi dei poteri negoziali concessi al soggetto maggiorenne. Essa non è altro che una qualità del soggetto di qualsiasi potere, qual'è dato reperire ed astrarre dal paradigma normativo: poichè è una qualità costante (cioè un minimo richiesto per tutti i poteri), lo ordinamento la indica una volta per tutte in una disposizione (l'art. 2 c.c.), la quale, lungi dal costituire la norma da cui discendono tutti i poteri, è soltanto una frazione di norma da riunirsi alle altre frazioni che regolano gli elementi (il contenuto, l'oggetto, la forma, la causa, e, magari, altre qualità del soggetto) di questo o di quest'altro potere (cfr. *La giurisdizione volontaria* cit., pag. 83).

Il potere di disposizione è, dunque, come ogni altro, una autonoma posizione soggettiva, corrisponde cioè ad una condotta descritta e valutata da un'apposita norma. Non basta. Anche il potere di disposizione può essere raccolto con altri in aggregato: si pensi a più poteri di disposizione, di contenuto diverso (così il potere di trasferire, il potere di rinunciare etc.), ma aventi tutti come oggetto il medesimo diritto. E, ancora, anche i poteri di disposizione che cadono sullo stesso oggetto possono essere riferiti ad una posizione di preminenza sul bene (che è qui rappresentato dal diritto oggetto di disposizione), della cui realizzazione essi costituiscono gli strumenti; ed è, quindi, legittimo configurare un vero e proprio *diritto di disporre*.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. BALLADORE PALLIERI, *Diritto* cit., pag. 27, 28.

guare il nome di *status* ⁽¹⁰⁹⁾. Piuttosto non mi pare accettabile l'autorevole avviso secondo il quale la proprietà non sarebbe un diritto, bensì consisterebbe nella situazione composita or ora indicata ⁽¹¹⁰⁾. Innanzitutto e precipuamente, la proprietà è un diritto, è il « diritto di proprietà », al quale si riferiscono le facoltà dominicali e i doveri di astensione; soltanto per metafora, quindi, o, quanto meno, in senso molto improprio, il nome di « proprietà » può contraddistinguere anche la situazione composita in discorso.

Il richiamo al legame consistente in ciò che una posizione soggettiva è presupposto di un'altra suggerisce di far cenno anche dello schema in cui una pluralità di posizioni di un soggetto sono ordinate in sequenza, per modo che ogni posizione componente presuppone quella o quelle che la precedono e condiziona quella o quelle che la seguono: mi riferisco al procedimento ⁽¹¹¹⁾.

Ciò che lega, in questo schema, le posizioni del soggetto (e quindi gli atti concreti in cui esse, una volta esercitate, si traducono) consiste appunto nel vincolo per cui ciascuna è, al tempo stesso, conseguenza della precedente e presupposto della seguente (salvo, beninteso, le implicazioni e limitazioni derivanti dal concorso con le posizioni di altri soggetti ⁽¹¹²⁾), e non

⁽¹⁰⁹⁾ *Ivi*, pag. 29.

⁽¹¹⁰⁾ *Ibidem*.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. l'ormai classico SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano 1941, pag. 35 e segg.; nonché BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1952, pag. 118 e segg.; CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano 1955, pag. 115 e segg.; GALEOTTI, *Osservazioni sul concetto di procedimento giuridico*, in *Ius*, 1955, pag. 502 e segg. Sullo svolgimento della dottrina in lingua tedesca, v.: KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlin 1910, pagg. 272 e segg.; 398 e segg.; JELLINEK W., *Der Gehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen*, Tübingen 1918; KOLHER, *Grundlehren des deutschen und seine Wirkungsrecht*, Stuttgart und Berlin 1936, pag. 244 e segg.; MERKEL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-Berlin 1927, pag. 213; HEARNHATT, *Das Verwaltungsverfahren*, Wien 1932, pag. 8, 10; ANDERSEN, *Ungültige Verwaltungsakte mit besonderer Berücksichtigung der Ungültigkeitsgründe* (traduz. tedesca), Maheim 1927, pag. 143 e segg.

⁽¹¹²⁾ Cfr. BENVENUTI, *op. cit.*, pag. 129. Ma su ciò *infra*, capitolo terzo, sub 1.

già nel fatto che la legge assuma la serie procedurale come unica fattispecie (complessa), cioè come fonte di determinati effetti.

La identificazione fra procedimento e fattispecie complessa, propugnata nel primo stadio di elaborazione del concetto⁽¹¹²⁾ e affiorante ancora in recenti contributi (in cui il procedimento è configurato come « il farsi » della fattispecie⁽¹¹⁴⁾, come l'aspetto dinamico di essa⁽¹¹⁵⁾), mi pare infatti resistita, vuoi dalla constatazione che non sempre, e nemmeno sovente, entrano a far parte della fattispecie tutti gli atti della serie procedurale (accade, anzi, spesso che la legge ne lascia fuori gli atti preparatori: si pensi, ad esempio, al procedimento giurisdizionale⁽¹¹⁶⁾), vuoi soprattutto dal rilievo che procedimento e fattispecie, anche quando involgano la medesima realtà (cioè l'intera serie di atti), costituiscono sempre due differenti maniere di considerarla: ponendosi l'uno dal punto di vista dell'ordinata sequenza in cui le posizioni e gli atti sono collocati; e l'altra dal punto di vista della loro unificazione in ordine a determinati effetti.

La legge positiva contempla, inoltre, aggregati di posizioni ancora più complessi, nel senso che ordina le posizioni soggettive anche in schemi più comprensivi. Si tratta di vasti complessi di posizioni (diritti, doveri, poteri) facenti capo ad un soggetto (cioè soggettivamente connessi): di patrimoni o porzioni di patrimoni, che compaiono, come situazioni unitarie, in alcuni paradigmi normativi. Talvolta, infatti, i complessi *de quibus* fungono da soggetto della condotta descritta e valutata: nel qual caso si

(112) Cfr. FRUJI, *Atto e procedimento amministrativo*, in *Studi cit.*, I, pagg. 455 e segg.; PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano 1935, pag. 184; BODDA, *La conversione degli atti amministrativi*, Milano 1935, pagg. 127 e segg.; JACCARINO, *Studi sulla motivazione (con speciale riguardo agli atti amministrativi)*, Roma 1933, pag. 28; LUCIFREDI, *Inammissibilità di un esercizio ex post della funzione consultiva*, in *Studi in onore di Vacchelli*, Milano 1938, pag. 286; CODACCI-PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano 1939, pag. 59.

(114) BENVENUTI, *op. cit.*, pag. 123.

(115) GALEOTTI, *op. cit.*, pag. 519. V. anche CONSO, *op. cit.*, pag. 121 e segg.

(116) Cfr. ALLODIO, *Diritto processuale tributario*, Milano 1942, pag. 365 e segg., 683; CARNELUTTI, *Sistema*, II, pag. 92; MIELI, *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, 1933, III, pag. 338.

constata che la norma ha addirittura ipostatizzato il patrimonio creando la persona giuridica (così la fondazione, la società di capitale). Tale altra i complessi compaiono, nella descrizione normativa di un comportamento, come oggetto del medesimo: scartando fin d'ora l'avviso che l'*hereditas* costituisca oggetto di facoltà dominicali dell'erede⁽¹¹⁷⁾, si pensi, invece, al diritto che, secondo un'autorevole dottrina⁽¹¹⁸⁾, l'imprenditore avrebbe sull'azienda, intesa appunto come *universitas iurium*. Altre volte ancora, i complessi patrimoniali sono considerati unitariamente dalla norma, ma non come soggetti, nè come oggetti, sibbene come presupposti di compiti e funzioni: si pensi al patrimonio del fallito⁽¹¹⁹⁾, all'eredità giacente⁽¹²⁰⁾.

16. Rimane, dunque, da stabilire se gli schemi, fin qui enucleati conducendo l'indagine sui diritti reali, si attagliano alle altre categorie di diritti offerti dal nostro ordinamento.

La risposta affermativa che, anticipando il risultato, ho più sopra ritenuto di dare abbisogna ora di una dettagliata convalida. Per procurare la quale, mi sembra innanzitutto necessario spogliare gli schemi in discorso di ogni riferimento al contenuto proprio dei diritti reali, e riepilogarli sotto il profilo per così dire formale.

(117) Cfr., per tutti, NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, Milano 1934, pag. 119 e segg.; STOLFI Giuseppe, *Concetto dell'erede*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti* cit., III, pag. 612 segg.

(118) NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, pag. 186 e segg.

(119) Cfr. DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano 1956, pag. 63 e segg.

(120) V. i più recenti BARBERO, *Sistema cit.*, II, pag. 877; BEDARELLI, *L'eredità giacente*, Milano 1948, pag. 93 e segg.; TRIMARCHI, *L'eredità giacente*, Messina 1950, pag. 77 e segg.; CONTURSI LIST, *L'accettazione dell'eredità e la eredità giacente*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1947, pag. 315 e segg. In arg. v. anche FAZZALARI, *Autorizzazione a vendere beni di eredità « separate » e autorizzazione a vendere beni del minore « in potestate »*, in *Giurisprudenza it.*, 1957, IV, pag. 4 e segg. (dell'estratto).

A) Partendo dagli schemi più semplici, si riscontrano:

a) il *diritto* (i.e. la posizione di preminenza rispetto a un bene) *realizzato da una singola facoltà*. (È dubbio se tale schema si presenti *in rerum natura* — a suffragio si potrebbe indicare la facoltà di occupare la *res nullius* —; o se ad esso si pervenga soltanto riducendo logicamente uno schema più complesso — quello del diritto reale, per esempio —, cioè imputando al diritto soltanto una delle facoltà che ad esso fanno capo ⁽¹²¹⁾);

b) il *diritto realizzato da un obbligo altrui*. (Questo è, oltre che uno degli schemi semplici in cui può logicamente ridursi il diritto reale, lo schema in cui si presenta, *in rerum natura*, il diritto di credito);

c) il *diritto realizzato da un potere*. (Abbiamo già visto ⁽¹²²⁾, ad esempio, come sia configurabile il diritto di disporre, cioè la posizione di preminenza rispetto al bene — consistente nella situazione giuridica, oggetto della disposizione —, realizzata da un potere o da più poteri: il potere di trasferire un diritto, il potere di rinunciarvi, etc.).

Mi sembra che la posizione individuata da questi schemi meriti di essere indicata come « diritto semplice ». Gli stessi schemi propongono alcune distinzioni. Quella fra il diritto (semplice) cui si collega una facoltà e il diritto (semplice) cui si collega un potere, da segnare indicando l'un diritto come « *facoltativo* » ⁽¹²³⁾ e l'altro come « *potestativo* » ⁽¹²⁴⁾; nonché quella fra il diritto (semplice) cui è collegata una facoltà e un potere, e quello cui è collegato l'obbligo altrui: sotto il riflesso che il primo implica, come strumento della sua realizzazione, un'atti-

⁽¹²¹⁾ Così, infatti: PUGLIESE, « *Res corporales* » cit., pag. 256; BARRERO, *Sistema* cit., pag. 152.

⁽¹²²⁾ V. *retro*, nota n. 107.

⁽¹²³⁾ ROMANO SANTI, *Dizionario* cit., pag. 193.

⁽¹²⁴⁾ Con ciò rettifico l'opinione espressa ne *La giurisdizione volontaria* cit., pag. 88, nota. Sulla tormentata categoria del diritto *potestativo*: v., a favore, ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, Leipzig 1898, II, pag. 36 e segg.; ENNEC-

vità del titolare, mentre il secondo richiede l'attività di un altro soggetto. Fermo il rilievo, già fatto, che il diritto è una posizione astratta logicamente, e perciò inattiva (o, meglio, una posizione alla quale nemmeno si attagliano gli attributi di « attiva » o « inattiva », che sono propri delle condotte), e riconoscendo quindi la improprietà terminologica, la distinzione in parola non può essere registrata se non assegnando, convenzionalmente, al primo diritto l'attributo di « attivo » e al secondo quello di « inattivo ».

B) Passando agli schemi più complessi, si rilevano:

a) il diritto realizzato da facoltà (del titolare) e da doveri (di tutti i consociati) (ad es. la proprietà);

b) il diritto realizzato soltanto dai doveri (di astensione) di tutti i consociati (tolto, beninteso, il titolare) (ad es. le servitù negative).

A questi schemi mi pare si attagliano il nome di « diritto complesso »⁽¹²³⁾ e le distinzioni seguenti.

Lo schema di cui *sub a*) si distingue da quella di cui *sub b*) in quanto comprende facoltà del titolare: è *attivo*, mentre l'altro è *inattivo*.

Entrambi (il diritto di cui *sub a*) e quello di cui *sub b*) si distinguono, poi, dal diritto realizzato da un singolo dovere (es. il credito), dal momento che ad essi sono collegati i doveri di *tutti* i consociati. Sotto tale profilo, i primi sono diritti « assoluti », il

CERUS, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, Marburg 1889, pag. 600 e segg.; VON THUR, *Der allgemeine Teil* cit., Leipzig 1910, I, pag. 160 e segg.; LEONHARD, *Bürgerliches Recht*, Berlin 1932, pag. 1; MESSINA, *Diritti potestativi*, in *Nuovo Digesto* cit., IV, pag. 872 e segg.; CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., I, pag. 14 e segg.; NICOLÒ, *La vocazione ereditaria* cit., pag. 79 e segg.; CONTRO: ELTZBACHER, *Die Handlungsfähigkeit* cit., I, pag. 104; KOHLER, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Berlin 1904, I, pag. 150 e segg.; MANICK, *Die Privatautonomie*, Berlin 1935, pag. 87 e segg.; CARNELUTTI, *Systema* cit., pag. 54; CICALA, *Rapporto giuridico* cit., pag. 477 e segg.; COVIELLO, *Manuale* cit., pag. 30 e segg.; AULETTA, in *Riv. dir. comm.*, 1939, I, pag. 557.

(123) Cfr. fra gli altri: COVIELLO, *Manuale* cit., pag. 21; MAIORCA, *Proprietà e antigiridicità*, in *Riv. dir. civ.*, 1941, pag. 5 e segg.; NATOLI, *op. cit.*, pag. 72.

secondo è « relativo ». Con quest'ultimo attributo non s'intende già, nè si potrebbe, indicare come caratteristica del tipo la determinatezza dell'obbligo e dell'obbligato, chè anche il dovere di astensione è, come si è visto, determinato e operante per ogni consociato; sibbene sottolineare la non assolutezza, il fatto che il diritto è realizzato con la cooperazione di un solo soggetto (o di alcuni soggetti) e non della generalità dei soggetti.

È, poi, appena il caso di ripetere quanto si è già avuto modo di chiarire: che, cioè, il diritto *complesso* è scomponibile in *ischemi semplici*, in cui, fermo il punto di riferimento fissato dalla norma (i.e. il diritto *soggettivo*), ad esso si imputano non tutte, ma alcune e anche una soltanto delle posizioni *semplici* componenti.

C) Vengono, poi, le *situazioni composite* di cui abbiamo fatto cenno *sub* 15), e che non è cui il caso di rielencare. Si tratta di schemi diversi e ancora più complessi rispetto a quelli del diritto *soggettivo*: insieme di diritti e poteri; di diritti e doveri; di diritti, poteri e doveri; considerati unitariamente dalla norma positiva, perchè legati, non già — come le posizioni *semplici* componenti il diritto — dalla comunione di oggetto, sibbene da altri vincoli di connessione e, al limite, dalla mera connessione *soggettiva*, cioè dall'aver in comune il soggetto (in base a questo parametro è, per esempio, unitariamente considerato il patrimonio del fallito).

L'attributo « *composito* » intende appunto sottolineare vuoi la eterogeneità delle posizioni che compongono gli schemi in discorso, vuoi la varietà dei vincoli che, in seno ad essi, possono unire quelle posizioni.

17. Prendendo finalmente in esame i fenomeni rilevabili fuori del campo dei diritti reali, è forse preferibile muovere i passi dalle figure che più si avvicinano ad essi.

Per cominciare, nello schema del *diritto (complesso) attivo ed assoluto* s'inquadrano perfettamente il diritto su parti del pro-

prio corpo e quelli su beni immateriali (come il nome, la ditta, il marchio, l'opera d'ingegno) ⁽¹²⁶⁾.

Si tratta di diritti *attivi*, perchè ad essi sono collegate facoltà di godimento del bene; ed *assoluti*, perchè sono realizzati anche dai doveri di astensione dal bene (e così dal dovere di non usare il nome altrui), imposti ai consociati.

Il fatto che i diritti in parola rientrano nello schema dei diritti attivi e assoluti spiega come, essendo questo lo schema normale del diritto reale, si sia giunti a pretendere che anch'essi siano diritti reali ⁽¹²⁷⁾. Così come, d'altra parte, il fatto che i diritti alla ditta e al marchio rientrano nello stesso schema del diritto al nome li ha fatti erroneamente trascinare, insieme a questo, nella categoria dei diritti della personalità ⁽¹²⁸⁾.

Nello stesso schema (del diritto complesso, attivo e assoluto), s'inquadrerebbe anche quel diritto soggettivo d'impresa (e cioè il diritto realizzato da facoltà e da doveri di astensione aventi ad oggetto la azienda, intesa come *universitas iurium*), sulla cui esistenza, di recente autorevolmente rivendicata, mi sembra però si debba nutrire qualche dubbio ⁽¹²⁹⁾. E si collocherebbe, del

⁽¹²⁶⁾ Cfr. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano 1956, e AA. *ivi cit.*; FERRARA Francesco, *La teoria giuridica della azienda*, Firenze 1945, pag. 147 e segg.; DE CUPIS, *Il diritto alla identità personale*, Parte prima, Milano 1949, pag. 15 e segg.; DE GREGORIO, *Il contratto di edizione*, Roma 1913, pag. 44 e segg.

⁽¹²⁷⁾ V. per tutti KOHLER, *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Stuttgart 1907, § 3 e 10; DE GREGORIO, *Il contratto di edizione cit.*, loc. cit.

⁽¹²⁸⁾ V. il GIERKE (*Deutsches Privatrecht cit.*, I, pag. 756 e segg.). Per una teoria intermedia che rivendica al diritto d'autore un profilo patrimoniale e uno personale v. per tutti ALLWELD, *Kommentar zu den Gesetzen vom 19 Juni 1901*, München 1902, pag. 22 e segg.; e da noi: PIOLA CASELLI, *Trattato del diritto d'autore*, Napoli-Torino 1927, pag. 58 e segg.; *Diritto d'autore*, Torino 1943, pag. 190 e segg.

⁽¹²⁹⁾ NICOLÒ, *Riflessioni cit.*, loc. cit. Non è qui possibile ripercorrere l'iter delle tormentate nozioni d'« impresa » e di « azienda ». Vorrei soltanto osservare che, scartata la definizione dell'impresa sotto il profilo soggettivo (secondo la quale essa consisterebbe nell'attività professionale dell'imprenditore: FERRARA junior, *La teoria giuridica dell'azienda cit.*, pag. 91; *contra*: NICOLÒ, *Riflessioni cit.*, pag. 183, 184), l'impresa si presenta come un patrimonio autonomo (alla stessa stregua dell'*hereditas*) (così SANTORO PASSARELLI, *L'impresa nel sistema del diritto civile*, in

pari, il diritto dell'erede sul patrimonio del *de cuius*, se la sua esistenza non fosse, non dico dubbia, ma addirittura da escludere (¹²⁰).

18. I c.d. diritti della personalità (¹²¹) mi pare, invece, trovino più esatta collocazione nello schema dei diritti *assoluti*,

Riv. dir. comm., 1912, II, pag. 376 e segg.; BEKKER, *System des heutigen Pandekten Rechts*, Weimar 1886, pag. 42, 43; VALERY, *Maison de commerce et fonds de commerce*, in *Annales de droit commercial*, 1902, pag. 209 e segg.). Tale patrimonio, se da una parte non assurge al rango di « soggetto » (così, invece, ENDEMANN, *Das deutsche Handelsrecht systematisch dargestellt*, Heidelberg 1887), dall'altro non sembra nemmeno degradato ad « oggetto » di diritto (a me parrebbe, infatti, che il trapasso dell'azienda s'inquadri meglio nello schema della successione nel patrimonio che non in quella del trasferimento del diritto sul patrimonio), se non forse nei casi di usufrutto e pegno sull'azienda (sebbene, anche qui, l'indicazione dell'art. 1010 cod. civ. sembrerebbe escludere l'usufrutto sul patrimonio e configurare un usufrutto su singoli beni: v. relazione al codice civ., n. 482; FERRARA JUNIOR, *Teoria cit.*, pag. 62; COVIELLO JUNIOR, *L'usufrutto di un patrimonio e la sua responsabilità per debiti*, Napoli 1936).

Se si nega che il patrimonio *de quo* possa costituire « oggetto » di diritto viene meno la possibilità di distinguere fra impresa e azienda (cfr. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, Milano, pag. 337; non pare, invece, fondata l'opinione del GRECO — *Profilo dell'impresa economica nel nuovo codice civile*, in *Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino*, 77 (1942), pag. 48 e segg. (dell'estratto) — secondo la quale l'impresa sarebbe l'organizzazione delle persone e l'azienda quella dei beni); se lo si ammette, l'azienda si presenta appunto come una *universitas*: insorgendo a questo punto il dilemma se si tratti di una *universitas facti* (v., fra gli altri, VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, III, Milano 1929, pag. 4 e segg.; NAVARRINI, *Studi sull'azienda commerciale*, in *Archivio giuridico*, 1901, pag. 7 e segg.), o, come sembra più corretto, di una *universitas juris* (v. fra gli altri NICOLÒ, *op. loc. cit.*; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale cit.*, I, pagg. 184, 185), e potendosi giungere, nel vano tentativo di superarlo, alla inaccettabili teorie atomistiche (v. SCIALOJA, in *Foro it.*, 1883, I, col. 705 e segg.; BARASSI, in *Foro it.*, 1914, col. 316 e segg.).

(¹²⁰) V. nota n. 117.

(¹²¹) V. in arg. FERRARA FRANCESCO, *Trattato, cit.*, pag. 339; DEGNI, *Le persone fisiche*, in *Trattato di diritto civile*, Torino 1939, pag. 162 e segg.; DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano 1942; FERRARA LUIGI, *Istituzioni di diritto privato*, I, Torino, 1939, pag. 142 e segg.; SANTORO-PASSARELLI, *Istituzioni di diritto civile*, Napoli 1945, pag. 29 e segg.; NATOLI, *op. cit.*, pag. 77; BARILE, *op. cit.*, pag. 46 e segg.; GALDEOTTI, *La libertà personale*, *Studio di diritto costituzionale italiano e comparato*, in *Studi urbinati*, N.S., V, 1952-53, pag. 10 e segg. V., naturalmente, anche il fondatore della categoria, GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, Leipzig 1895, I, pag. 702 e segg.; nonché RESELBENCER, *Pandekten*, Leipzig 1893, § 50; KOHLER, *Das Autorrecht*

ma *inattivi*. Così, il diritto all'integrità del corpo è realizzato dai doveri di astensione, imposti a tutti i consociati ed aventi ad oggetto l'altrui sfera fisica. Ne risultano protetti non soltanto il corpo umano, ma tutte le attività corporali, nell'atto stesso del loro compimento: e quindi, sia le attività che costituiscono concreto esercizio di facoltà o di poteri (già concessi al soggetto da altra norma: ad es. la attività consistente nel coltivare il proprio fondo, nell'esprimere la propria volontà negoziale), sia le attività che non rappresentano l'esercizio di posizioni già riconosciute in astratto, che siano cioè manifestazioni della libertà di fatto, giuridicamente indifferenti⁽¹²²⁾; sia, infine, le attività civilmente illecite.

Il diritto *de quo* deve, a mio avviso, considerarsi *inattivo*, non perchè non possano configurarsi in astratto facoltà (del soggetto titolare) sul proprio corpo⁽¹²³⁾, ma perchè, in effetti, lo schema di questo diritto presenta, come strumento della sua realizzazione, soltanto gli altrui doveri⁽¹²⁴⁾: come è dato desumere appunto dalla constatazione che qui, a differenza che nei diritti

Eine zivilistische Abhandlung, zugleich ein Beitrag zur Lehre von Eigentum, vom Miteigentum, vom Rechtsgeschäft und vom Individualrecht, JÜRGEN, *Jahrb.*, vol. XVIII (N.S., VI), pag. 129 e segg.; *Die Idee des geistigen Eigentums*, *Archiv für die civil Praxis*, LXXXII, pag. 156 e segg.; *Das Individualrecht als Namensrecht*, *Arch. für bürgerl. Recht*, V, pag. 110).

(122) Per la distinzione fra facoltà, potere e libertà di fatto, v. *retro*, sub 6.

(123) L'opinione secondo la quale il corpo non può essere « oggetto » è ormai ripudiata. Su ciò v., fra gli altri, CARNELUTTI, *op. loc. cit.*; DEGNI, *op. cit.*, pag. 187; GALEOTTI, *op. loc. cit.* Nega ancora che il corpo possa essere « oggetto » il SANTOMO PASSABELLI, *op. loc. cit.* I doveri di astensione che, a mio avviso, costituiscono gli strumenti per la realizzazione dei diritti della personalità hanno, appunto, per « oggetto » il corpo umano e le sue manifestazioni.

(124) Cfr. BARILE, *op. cit.*, pag. 46. Scorgono, invece, in questi diritti il profilo del « godimento », da parte del soggetto, sul proprio corpo: CARNELUTTI, *op. loc. cit.*; NATOLI, *op. loc. cit.*; GALEOTTI, *op. loc. cit.* Altri configurano come bene oggetto di godimento la vita, l'integrità, la libertà l'onore (così DEGNI, *op. cit.*, pag. 162; DE CUPIS, *I diritti della personalità cit.*, pag. 31 e segg.; *Il diritto alla identità personale cit.*, pag. 13 e segg.). Invero, la vita, la libertà, l'onore non sono *res*, ma interessi, costituiscono il presupposto (ma non sul piano giuridico) del diritto, e non il suo oggetto; e come interessi tutelati li presenta, infatti, un'auto-revoluzionaria dottrina (PUGLIATTI, *Gli istituti cit.*, loc. cit.): i motivi di dissenso da

reali, la norma non fa corrispondere i doveri di astensione alle facoltà del titolare, sibbene ad ogni e qualsiasi attività della persona, prescindendo dalla valutazione giuridica di essa.

Nè si potrebbe dedurre dalla costanza dei doveri di astensione la qualifica di liceità per gli atti materiali che essi proteggono⁽¹²⁵⁾: a parte il rilievo, già compiuto⁽¹²⁶⁾, che la facoltà non è, come alcuni pretendono⁽¹²⁷⁾, lo spazio lasciato in bianco dalle altrui astensioni, sibbene la conseguenza di una espressa valutazione normativa, si finirebbe per largire l'attributo di liceità anche ad atti che, pur coperti nel loro concreto svolgimento dalle astensioni *de quibus*, sono da considerare illeciti alla stregua di altra norma che espressamente li valuta.

Assoluto e inattivo è anche, ed a maggior ragione, il diritto alla integrità morale (o all'onore)⁽¹²⁸⁾. Anch'esso è realizzato mediante divieti imposti alla generalità dei soggetti e, ovviamente, senza concessione di facoltà al titolare.

Fra i diritti *inattivi assoluti* ritengo, infine, si debba riconoscere un posto a quel diritto all'integrità della propria sfera giuridica, che già altrove ho cercato di enucleare⁽¹²⁹⁾. Se non prendo abbaglio, si tratta del diritto realizzato attraverso l'imposizione alla generalità dei cittadini (i.e. a ciascuno di essi) del dovere di non contestare l'altrui patrimonio, negando l'esistenza di una posizione giuridica altrui che esista, o affermando la esistenza di una inesistente altrui posizione (e s'intende qui per

questa configurazione che applica al diritto il parametro dell'interesse sono esposti *retro*, sub 10.

⁽¹²⁵⁾ Non mi pare quindi si possano elevare al rango di diritto le libertà di fatto (come quella di desambulare, di riunirsi con altri etc.). *Contra*: GALZOTTI, *op. cit.*, pag. 15.

⁽¹²⁶⁾ V. *retro*, sub 6.

⁽¹²⁷⁾ V. *retro*, nota n. 39.

⁽¹²⁸⁾ Solitamente collocato a fianco del diritto all'integrità fisica: v. BARBERO, *op. cit.*, pag. 149; DEGENI, *op. cit.*, pag. 209; BRANCA, *op. cit.*, pag. 122.

⁽¹²⁹⁾ V. la mia *Cosa giudicata e consolidata di sfrutto cit.*, pag. 1313 e segg.; *La giurisdizione volontaria*, pagg. 131, 132. Un fugace accenno al diritto all'integrità del proprio patrimonio è fatto dall'INVERA (*Interesse e azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, I, pag. 336), contro il quale si pronuncia il GARBAGNATI, *Azione cit.*, pag. 323.

patrimonio l'*universum ius*, cioè il complesso delle posizioni giuridiche facenti capo ad un soggetto, e quindi anche delle posizioni non apprezzabili pecuniariamente).

Il diritto in discorso mi pare abbia cittadinanza nel nostro ordinamento alla stessa stregua e sullo stesso fondamento del diritto all'integrità morale, da tutti ammesso. Storicamente, anzi, l'integrità della sfera giuridica della persona si accompagna a quella della sfera morale, ricevendo con essa la medesima tutela: nella rozza forma somministrata dai giudizi di giattanza⁽¹⁴⁰⁾.

Pur non pretendendo che il pensiero giuridico del tempo individuasse con chiarezza le posizioni sostanziali da porre a fondamento di tale tutela, è agevole, infatti, constatare che i giudizi provocatori (si facciano derivare dalla *lex diffamari*, ch'era il rimedio per respingere la contestazione di una particolare posizione giuridica, lo stato d'ingenuo⁽¹⁴¹⁾, o piuttosto dalle ordalie germaniche⁽¹⁴²⁾) erano apprestati contro le millanterie che colpissero vuoi l'onore, vuoi l'*integrità del patrimonio altrui*; miravano cioè a reprimere, mediante l'imposizione del perpetuo silenzio, il vanto che intaccasse la sfera morale della persona o anche la sua *sfera giuridica*⁽¹⁴³⁾.

Ancora. Come ognuno sa, proscritti dal rito dello stato italiano i giudizi provocatori (che pure erano sopravvissuti nei codici lombardo-veneto, estense, pontificio e sardo) e prima che si arrivasse ad ammettere il giudizio di accertamento, si è tuttavia continuato a colpire la infondata contestazione dell'altrui sfera giuridica, somministrando il risarcimento a' sensi dell'art. 1153 del vecchio codice civile: il che presuppone, per imprescindibile necessità logica, la presenza nel-

(140) V. in arg. CHIOVENDA, *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1933, pag. 3 e segg.; MENESTRINA, *Giudizio di giattanza*, in *Nuovo Digesto Italiano*, VI, *sub voce*; OLIVIERI, *Giudizio di giattanza*, in *Digesto italiano*, *sub voce*.

(141) Cfr. OLIVIERI, *op. cit.*, pag. 236.

(142) Cfr. MENESTRINA, *op. cit.*, pag. 260.

(143) OLIVIERI, *op. loc. cit.*; MENESTRINA, *op. loc. cit.*

l'ordinamento del dovere di non contestare l'altrui patrimonio (e della sua violazione), cui connettere la sanzione.

Senonchè, ammesso in prosieguo il giudizio di mero accertamento⁽¹⁴⁴⁾, la elaborazione dommatica di esso, anzichè raggiungere l'ultimo strato e mettere in luce il dovere in parola e il corrispondente diritto, si è arrestata, nella ricerca del presupposto sostanziale, alla singola posizione oggetto di contestazione: con la conseguenza che la dottrina, mentre ha potuto additare come *prius* dell'accertamento positivo il diritto contestato, si è, invece, rassegnata ad ammettere che l'accertamento negativo non presuppone un diritto, pervenendo infine alla conclusione che quella di accertamento è un'azione mera⁽¹⁴⁵⁾.

Come già altrove ho rilevato⁽¹⁴⁶⁾, mi pare invece che, individuando il presupposto sostanziale dell'accertamento nel dovere di non contestare l'altrui patrimonio (mediante la negazione di un'altrui esistente posizione o l'affermazione di una posizione che non esiste) e nel corrispondente diritto, si elimini la frattura e si compongano sotto un profilo unitario tanto l'accertamento positivo quanto quello negativo.

19. Il diritto di credito s'inquadra, invece, come si è già accennato, nello schema del diritto *inattivo* e *relativo*: *inattivo*, perchè la norma vi collega soltanto l'obbligo altrui; *relativo*, nel senso, sopra chiarito, che l'obbligo, strumento della realizzazione del credito, incombe ad uno o ad alcuni soggetti (obbligazioni divisibili, indivisibili, solidali) e non a tutti i consociati. Il diritto in discorso è, poi, semplice o complesso, a seconda che vi mettano capo uno o più obblighi altrui.

In argomento, è appena il caso di avvertire che il potere di

(144) Sul relativo svolgimento v. CHIOVENDA, *op. loc. cit.*; *Istituzioni cit.*, I, pag. 193 e segg.

(145) Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni cit.*, pag. 207 e segg.; SECNI, *La sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Riv. dir. comm.* 1938, I, pag. 252; CALAMANDREI, *Istituzioni cit.*, I, pag. 47; BETTI, *Diritto processuale cit.*, pag. 80.

(146) *Cosa giudicata cit.*, loc. cit.

disposizione (del credito), la facoltà di messa in mora e qualsiasi altra posizione attiva spettante al soggetto nella sua qualità di titolare del diritto di credito non entrano già nello schema di quest'ultimo⁽¹⁴⁷⁾, ma concorrono a costituire, insieme al diritto, un più vasto aggregato: cioè una situazione composita (del tipo di quella formata dal diritto reale e dal diritto di disporre) contrassegnata, non già — come il diritto soggettivo — dalla comunione di oggetto, sibbene dal vincolo che lega le posizioni componenti per essere l'una presupposto dell'altra.

Diritti *inattivi e relativi* sono, poi, quelli nascenti dal matrimonio: così il diritto al debito coniugale, ovviamente realizzato non da una facoltà del titolare sul corpo dell'altro coniuge, ma dell'obbligo di quest'ultimo di prestare il proprio corpo⁽¹⁴⁸⁾; il diritto alla fedeltà, all'assistenza.

Inattivi e relativi sono anche il diritto agli alimenti; il diritto del legatario (a meno che non si tratti di legato di specie: nel qual caso la posizione del legatario meglio rientra nello schema dello *ius in re*); nonchè quelli fra i diritti c.d. di partecipazione, che sono realizzati attraverso un obbligo della società (come il diritto al capitale; il diritto agli utili⁽¹⁴⁹⁾, etc.).

Peraltro, e per quanto già particolarmente attiene alla posizione del socio, giova rilevare che a lui fa capo una situazione composita (chi accettasse il linguaggio del Ballardore⁽¹⁵⁰⁾ potrebbe definirla come « *status del socio* »), nella quale concorrono, oltre ai diritti sopra indicati, anche i diritti (*potestativi*) di amministrazione e controllo (così il potere di voto, il potere ex articolo 2489 cod. civ., etc.⁽¹⁵¹⁾), nonchè i doveri del socio.

(147) Dove li colloca, invece, l'ALLENIO, *Per una teoria cit.*, pag. 162.

(148) Cfr. VASSALLI Filippo, *Del jus in corpus, del debitum coniugale e delle servitù d'amore, ovvero sia la dogmatica lubrica*, Roma 1944.

(149) V., fra gli altri, GRAZIANI, *Il diritto del socio agli utili*, in *Riv. dir. comm.* 1949, pag. 265 e segg.

(150) V. *retro*, sub 3.

(151) Cfr. PAVONE LA ROSA, *Diritto di voto e diritto di annullamento delle deliberazioni assembleari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, pagg. 916, 917; in arg. v.

Non nello schema del diritto soggettivo, bensì sotto il profilo della situazione composita, mi pare, infine, si debba inquadrare anche la situazione del genitore esercente la patria potestà. La quale, infatti, risulta composta di diritti e di doveri; questi ultimi, per lo più, di contenuto discrezionale, e consistenti tanto in attività materiali, come quelli di correzione, quanto in manifestazioni di volontà, come quelli concernenti l'amministrazione dei beni.

anche FAZZALARI, *L'ordine di convocazione dell'assemblea e la sua reclamabilità*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, pag. 9 (dell'estratto).

CAPITOLO TERZO

SOMMARIO: 1. Coordinamento fra diritto soggettivo (sostanziale) e processo: enunciazione del problema. Procedimento, processo, fattispecie. — 2. Il processo di cognizione. — Suo coordinamento con il diritto soggettivo (sostanziale): la rilevanza della *causa petendi*. — 3. Il diritto soggettivo nel processo. Il diritto assoluto nel processo. — 4. Altri componenti della situazione sostanziale presupposta. — 5. Situazione sostanziale e legittimazione (delle parti) ad agire. Situazione sostanziale e legittimazione del giudice. — 6. La situazione sostanziale come «oggetto» del processo. — 7. La situazione sostanziale come realtà accertata. La sentenza di accoglimento. — 8. Il processo di esecuzione. Suo coordinamento con il diritto soggettivo (sostanziale). Il titolo esecutivo. Opposizione all'esecuzione. — 9. Il procedimento ingiunzionale: suo coordinamento col diritto soggettivo (sostanziale). I procedimenti cautelari: id. id. — 10. Conclusioni. «Astrattezza» e «concretezza» dell'azione. Critica. — 11. Conclusioni: sesto.

I. Si tratta ora di stabilire se e in che senso il processo è coordinato al diritto soggettivo (sostanziale).

Come s'è accennato nelle pagine introduttive, tale problema deve essere posto e risolto con riferimento a tutti gli atti della serie procedurale e non soltanto ad alcuni di essi (così, non alla sola domanda, nè alla sola sentenza): occorre, in altri termini, indagare se e in che modo il diritto sostanziale compaia e incida nel paradigma di quegli atti.

Nel corso di tale indagine, constateremo — con ciò anticipo le conclusioni ⁽¹⁾ — che il diritto sostanziale è presente in quel paradigma e v'incide come componente della situazione che legittima vuoi gli atti di parte, vuoi quelli dell'ufficio; e che di tale coordinamento (fra atti del processo e diritto) si possono cogliere più gradi, passandosi dall'asserzione del diritto, la quale

(1) V. *infra*, sub 10 e 11.

legittima gli atti preparatori delle parti e del giudice nel processo di cognizione, all'*accertamento* del diritto, che legittima, nel processo di cognizione, la sentenza di accoglimento, e, nel processo di esecuzione, tutta la serie procedurale.

Preme, intanto, di richiamare il legame che unisce gli atti *de quibus* (nonchè le previe posizioni soggettive ⁽²⁾) e consente di presentarli in uno schema unitario: qual'è appunto lo schema del processo.

Quest'ultimo si compone, in astratto, di una serie di posizioni soggettive (i doveri dell'ufficio, le facoltà e i poteri di ciascuna delle parti) e, in concreto, di una serie di atti (dell'ufficio, dell'attore, del convenuto etc.): atti (e posizioni) legati dal vincolo di procedimento, cioè dal fatto che la norma li colloca in ordinata sequenza, di guisa che ognuno di essi presuppone il precedente (o i precedenti) ed è presupposto del seguente (o dei seguenti).

In proposito, mi permetto di rimandare ai rilievi svolti nel precedente capitolo ⁽³⁾. Aggiungo che, a mio avviso, si può proficuamente utilizzare una distinzione proposta di recente ⁽⁴⁾, e puntualizzata sotto questo profilo: che il processo è uno schema più complesso del « procedimento », in quanto è costituito da più serie di atti (e posizioni soggettive), mutuamente implicate fra loro e ciascuna facente capo ad un soggetto (all'ufficio, all'attore, al convenuto, etc.).

La fecondità di tale distinzione mi sembra evidente sotto un duplice riflesso. Innanzitutto, essa sottolinea l'indefettibile concorso di più soggetti, quale deriva, nel rito giudiziario, dalla

⁽²⁾ Nel precedente capitolo (*sub* I) ho cercato di chiarire come si traggano dal paradigma normativo la valutazione della condotta e la posizione soggettiva. A quelle considerazioni mi permetto di rinviare.

⁽³⁾ V. *retro*, *sub* 15.

⁽⁴⁾ Cfr. BENVENUTI, *op. cit.*, pag. 130. La maggiore complessità del « processo » rispetto al « procedimento » è già rilevata dal CARNELUTTI (*Istituzioni cit.*, pag. 261 e segg.), ma nel senso della *consecutio* di più gradi di giudizio, visto ciascuno come un procedimento. Su questo punto v. anche CONSO, *I fatti cit.*, pag. 137 e segg., e AA. *ivi cit.*

par condicio dei contendenti e dalla costanza del loro contraddittorio⁽⁵⁾. Inoltre, e in quanto consente di enucleare relativamente a ciascuno dei soggetti del processo la serie di atti ad esso imputati, offre la possibilità di considerare e valutare, nel loro complesso e sotto un profilo unitario, le posizioni processuali di ogni partecipe.

Com'è stato acutamente rilevato⁽⁶⁾, infatti, di norma l'agente pubblico non è titolare di doveri isolati, bensì di situazioni soggettive complesse, che consistono in serie di doveri coordinati, e alle quali bene si attaglia il nome di « funzioni ». Così la *funzione* dell'organo giurisdizionale è situazione composta dall'insieme dei doveri del magistrato che la legge colloca nel processo.

Ma anche le posizioni processuali delle parti meritano di essere considerate unitariamente. Infatti, come rilevavo in principio, proprio in ordine alla posizione della parte, e segnatamente dell'attore, si fa maggiormente sentire la carenza di una prospettiva che ne colga lo svolgimento lungo tutto l'arco del processo, senza tuttavia smarrirne l'unità.

Aver concentrato l'attenzione su di una soltanto delle molteplici posizioni dell'attore nel processo, e cioè sulla possibilità di mettere in moto il giudizio (configurata come potere o come facoltà, a seconda che la si consideri fonte dell'obbligo di emanare il provvedimento favorevole o un qualsiasi provvedimento di merito) e sulla domanda (che di quella posizione è il pratico esercizio) costituisce, a mio sommesso avviso, il limite delle correnti teorie dell'azione⁽⁷⁾.

(5) BENVENUTI, *op. loc. cit.*

(6) *Ivi*, pagg. 121, 128.

(7) Non mi sembra il caso di ripercorrere qui la lunga e nota sequela delle fonti in argomento: una esauriente rassegna delle quali è in FURVO, *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, Firenze 1942, pagg. 295-299. Sui corsi e ricorsi della tormentata nozione e sui suoi recenti sviluppi mi permetto di rimandare a: CALAMANDREI, *Relatività del concetto di azione*, in *Studi*, V, Padova 1947, pag. 8 e segg.; SECNI, *Alcuni orientamenti nella dottrina processuale germanica*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, I, pag. 77 e segg.; LIEBMAN, *L'azione cit.*,

Tale polarizzazione, che è ovviamente un residuo, sia pure inconsapevole, della originaria e vischiosa confusione fra diritto soggettivo e azione, ha anzi svolto influenza negativa non soltanto sul dibattito concernente l'azione⁽⁸⁾, ma talvolta addirittura sull'andamento dei nostri studi, suggerendo un angolo visuale inadeguato per la contemplazione del processo e dei suoi rapporti col diritto sostanziale.

A me pare, invece, che l'azione possa essere definita soltanto ponendosi di fronte ad un più ampio quadro: cioè tenendo conto anche delle altre molteplici posizioni soggettive (di cui l'attore è munito nel processo e che sono tutte di pari rango ai fini della ricostruzione sistematica) e cogliendo il vincolo che le unisce. Da questo culmine, l'azione si presenta come una *situazione soggettiva composita*, cioè come l'insieme dei poteri, delle facoltà e dei doveri dell'attore nel processo; insieme individuato e ridotto ad unità (alla stessa stregua della *funzione* del magistrato, cioè dell'insieme dei suoi doveri) dal vincolo che coordina quei poteri, quelle facoltà e quei doveri nel procedimento, per essere ciascuno, direttamente o indirettamente, conseguenza di un altro e presupposto di un altro ancora⁽⁹⁾.

Ma in identico schema mi sembra vadano sistemate anche le molteplici posizioni del convenuto (i suoi poteri, le sue facoltà, i suoi doveri), nonché quelle di qualsiasi altra parte.

Solo così, se non vado errato, si riesce a cogliere, da un canto, il profilo unitario, senza perdere, dall'altro, il profilo dinamico della condotta processuale della parte: la quale non si limita a chiedere il provvedimento giurisdizionale, ma svolge,

pagg. 432-445; MICHELI, *La giurisdizione* cit., pagg. 168-131; ALLONIO, *Pluralità* cit., pagg. 265, 266; FURNO, *op. loc. cit.*

(8) Come vedremo più innanzi (*infra*, sub 10) il dibattito intorno alla natura « concreta » o « astratta » dell'azione pare ormai giunto ad un punto morto: a mio avviso, i termini stessi del dilemma vanno sottoposti a critica.

(9) In proposito, si vedano le osservazioni svolte nel precedente capitolo, sub 15.

lungo tutta la parabola del processo, la varia e complessa attività che a quel provvedimento adduce⁽¹⁰⁾.

La individuazione dello schema più vasto (il processo) e la constatazione della sua scomponibilità in schemi più ridotti, ciascuno dei quali comprende le posizioni processuali di uno dei soggetti del processo (del giudice: *funzione giurisdizionale*; dell'attore: *azione*; del convenuto, etc.) forniscono gli indispensabili paradigmi per lo studio dei rapporti fra diritto e processo.

Vedremo fra breve come il diritto sostanziale possa e debba considerarsi presupposto dell'intero processo, costituendo il parametro al quale la legge riferisce vuoi l'azione, vuoi la posizione (composita) processuale di ciascuna delle altre parti, vuoi la funzione del giudice. Qui preme rilevare l'interesse che, ai fini dell'indagine *de qua*, presenta una ulteriore distinzione, ribadita nel corso del precedente capitolo⁽¹¹⁾: dico della distinzione fra procedimento e fattispecie. Anche nel processo civile, non tutti gli atti della serie procedurale integrano la fattispecie giurisdizionale, cioè la fonte degli effetti sostanziali in vista dei

(10) Un richiamo alla complessità della posizione processuale della parte si trova anche in CARNELUTTI, *Sistema cit.*, I, pag. 360 e segg.; *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma, pag. 106; e ora nel saggio del MICHELLI, *Giurisdizione e azione cit.*, pag. 131.

Com'è noto, il profilo dinamico del processo è stato acutamente rilevato dal GOLDSCHMIDT (*Der Prozess als Rechtslage*, Berlin 1925; lo segue ora NIESE, *Doppelfunktionelle Prozesshandlungen*, Göttingen 1950, pag. 57 e segg.), e ciò costituisce un merito insigne della sua opera. La cui parte caduca consiste, invece, nell'aver guardato la dinamica del processo nello specchio del rapporto dedotto in lite, nell'averla cioè considerata, anziché come progressione delle attività processuali, come sequenza delle « situazioni » in cui vengono a trovarsi il rapporto sostanziale e i suoi soggetti, durante lo svolgimento di quelle attività: il che significa (ha ragione il LIEDMAN, *L'opera scientifica di G. Goldschmidt e la teoria del rapporto giuridico processuale*, *Riv. dir. proc.*, 1950, pag. 328; v. in argomento anche COMENO, *Le situazioni soggettive cit.*, pag. 19 e segg.) prospettare una teoria della *res in iudicium deducta* e lasciare nell'ombra il processo. Inoltre, la dottrina in discorso è, come ho rilevato nel primo capitolo (nota n. 44), inficiata dall'inaccettabile assunto che ne costituisce la base: secondo il quale la norma sostanziale contiene oltre al precetto per l'attività privata, quello per l'attività giurisdizionale.

(11) V. sub 15.

quali il processo si svolge⁽¹²⁾. Gli è che la legge ricollega tali effetti ad una parte soltanto degli atti *de quibus*: così a quelli che, nella fase decisoria, perfezionano l'atto composto finale (i.e. la sentenza di merito); nonchè a quelli che rappresentano requisiti di efficacia di quest'ultimo (così la scadenza del termine per l'impugnativa)⁽¹³⁾; ma non anche agli atti preparatori (quelli in cui si concreta l'esercizio dell'azione, quelli che realizzano la posizione processuale del convenuto, quelli in cui si traduce la funzione del giudice).

Fermo che il profilo del procedimento offre una corretta sistemazione degli atti preparatori, collegandoli fra loro e con l'atto finale, la distinzione di cui sopra serve a spiegare la possibilità (della quale ho fatto cenno in epigrafe e darò conto in prosieguo) che fra il diritto sostanziale e gli atti preparatori sussista un grado di coordinamento diverso rispetto a quello che intercorre fra lo stesso e il provvedimento finale.

A sua volta, il cennato coordinamento degli atti preparatori (fra cui è il complesso che costituisce l'azione) al diritto *asserito*⁽¹⁴⁾, ma non ancora accertato, consente di offrire una sistemazione valida tanto per l'ipotesi che il processo culmini con la sentenza di accoglimento, quanto per il caso che esso abbia termine con altro provvedimento; e di superare così la cesura segnata dalle teorie che, ancorando l'azione all'esistenza del diritto o (il che è lo stesso) inquadrandola dal punto di vista della sentenza di accoglimento, riducono a mero fatto l'attività processuale che si conclude con la sentenza di rigetto⁽¹⁵⁾. Riduzione, invero, inaccettabile, ove si tenga conto:

(12) V. AA. cit. nella nota n. 116 del secondo capitolo.

(13) Ove ci si riferisca, invece, ad effetti differenti da quelli sostanziali, s'individuerebbe ovviamente una fattispecie diversa: ad esempio, rispetto al potere d'impugnare e al dovere del giudice superiore di sostituire col proprio il provvedimento impugnato, sta una fattispecie fra i cui componenti non compare più il decorso del termine per l'appello e la mancata presentazione di esso.

(14) Su ciò *infra*, sub 2.

(15) In quest'ordine di idee v.: SATTA, *Diritto processuale civile* cit., pag. 93 e segg.; REDENTI, *Diritto processuale civile* cit., I, pagg. 51 e segg.; CALAMANDREI.

che non è possibile postulare la irrilevanza di quelle attività senza togliere validità all'atto finale cui mettono capo (e, così, alla sentenza di rigetto alla quale invece si deve riconoscere e, difatti, si riconosce piena efficacia e perfino autorità di giudicato);

che, constatata la giuridica rilevanza delle attività in discorso, non v'è altra scelta che considerarle «lecite» o «illecite»;

che la seconda qualificazione è respinta anche dai fautori delle teorie in esame⁽¹⁶⁾ ed è, in effetti, inibita dal nostro sistema positivo (in cui la condotta processuale può considerarsi illecita ed è fonte di responsabilità per la parte solo nei limiti dell'art. 96 cod. proc. civ.⁽¹⁷⁾);

che, pertanto, le attività *de quibus* devono ritenersi perfettamente lecite: donde appunto, la necessità di approntare uno schema che le comprenda e le spieghi.

2. I rapporti fra diritto e processo esigono di essere indagati non soltanto, come spesso si suole (si pensi, fra l'altro, alle numerose teorie elaborate in Germania intorno all'«oggetto» del processo di cognizione⁽¹⁸⁾) con riferimento al processo di cognizione, bensì anche agli altri tipi di processo (non ultimo il processo cautelare) offerti dall'ordinamento positivo.

Istituzioni cit., I, pag. 126; HELLWIG, *Klagerecht und Klagmöglichkeit*, Leipzig 1905, pag. 25 e segg.

⁽¹⁶⁾ *Contra*: BARBERO, *Sistema cit.*, I, pag. 135 e segg. Invero anche nell'opera del CHIOVENDA c'è qualche accenno alla illegittimità della domanda infondata (cfr. *Azione*, in *Saggi*, cit., pag. 19); ma esso è decisamente contraddetto, specie dalla costruzione chiovendiana della condanna alle spese, da lui configurata come conseguenza obiettiva della soccombenza (*La condanna alle spese giudiziali*, Roma 1935, pag. 173; *Istituzioni*, I, pag. 142).

⁽¹⁷⁾ Cfr. CHIOVENDA, *La condanna cit.*, loc. cit.; SATTA, *Diritto processuale civile cit.*, pag. 88 e segg.; CARNELUTTI, *Sistema*, I, pag. 435; COSTA, *Manuale di diritto processuale civile*, Torino 1955, pag. 341 e segg.; MINOLI, *La distribuzione delle spese fra le parti nel processo civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1943, I, pag. 227; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, pag. 337 e segg.

⁽¹⁸⁾ V. la dottrina tedesca cit. nella Introduzione, e di cui *infra*.

Non c'è dubbio, peraltro, che, per complessità di struttura, nonchè per ricchezza e varietà di costruzioni dottrinali, il processo di cognizione fornisca le indicazioni più cospicue di quei rapporti e costituisca il primo banco di prova di qualsiasi teorica in argomento.

Come si è rilevato in epigrafe, mi pare che chiare e convergenti indicazioni positive (da trarsi come sempre dagli astratti paradigmi normativi) impongano di respingere la configurazione del processo di cognizione come uno strumento messo a disposizione di chiunque voglia adire il giudice, rivolgendogli una qualsiasi domanda; cioè come strumento che prescindendo, al tempo stesso, dai limiti, esterni ed interni, della giurisdizione e dalla situazione sostanziale preesistente⁽¹⁹⁾.

È vero che, in difetto di certi presupposti per lo svolgimento del processo, sono previste delle attività per così dire riparatorie, a seguito delle quali il processo può ordinatamente svolgersi: così la rinnovazione della citazione, la riassunzione della causa avanti al giudice competente, la integrazione del contraddittorio. Ma, se non sbaglio, proprio questo somministra la prova che lo svolgimento del processo non fa astrazione da ciò che si chiede al giudice e dalle ragioni per le quali si chiede.

Giova, piuttosto, chiarire come il sistema positivo attui il coordinamento.

Prescindendo dal caso limite della domanda che abbia come oggetto, anzichè un provvedimento giurisdizionale, una condotta che non sia per alcun verso raggugliabile ad esso (*exempli gratia*, la domanda che chieda al giudice, anzichè una sentenza, una prestazione materiale o un consiglio): nella quale ipotesi pare evidente che l'organo giurisdizionale possa, anzi debba, rifiutare il compimento di qualsiasi attività processuale; si constata, innanzitutto, come la indeterminatezza di oggetto della domanda conduca alla rilevazione, di ufficio, della sua nullità e

(19) V. *infra*, sub. 5

alla conseguente estinzione del processo, ove la parte non provveda alla rinnovazione.

Si passa, poi, alla domanda avente per oggetto un provvedimento giurisdizionale che non rientri fra i tipi nominati e definiti dalla norma (condanna, accertamento, costituzione), oppure decampi dall'ambito del potere (*rectius*: dovere) giurisdizionale (si pensi ai ricorrenti esempi della sentenza di divorzio, della sentenza di annullamento di un atto amministrativo, etc.). È pacifico che in questa ipotesi il processo di cognizione non possa percorrere il suo arco fino alla decisione di merito. Non direi, però, che si tratti ancora di nullità della citazione⁽²⁰⁾, dal momento che il precetto dell'art. 163 cod. proc. civ., n. 3, risulta qui adempiuto mediante la indicazione di un ben determinato provvedimento, e nemmeno accederei all'autorevole avviso⁽²¹⁾ secondo il quale il processo si chiuderebbe in sul nascere con una pronuncia di non luogo a procedere, a meno che si voglia, con tale locuzione, far riferimento alla pronuncia del difetto di giurisdizione. Se non sbaglio, nelle ipotesi in discorso ricorre, appunto, tale difetto e la relativa pronuncia costituisce, secondo il paradigma normativo, l'appropriato sbarramento.

Ma — e veniamo più specificatamente al nostro tema — altrettanto necessario, affinché possa svolgersi il processo, è il coordinamento della domanda con la situazione sostanziale preesistente. Il punto è assai delicato, vuoi perchè costituisce oggetto di un dibattito non mai concluso, specie fuori d'Italia, vuoi perchè esso riguarda l'ingresso del diritto soggettivo (sostanziale) nel processo.

È noto come si siano conteso il campo, in Germania, dopo l'entrata in vigore della Z.P.O. la «*Substantiierungstheorie*»⁽²²⁾

(20) Così, invece, ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli 1945, pag. 6.

(21) Del REBENTI, *Diritto processuale civile cit.*, II, pag. 4.

(22) Fra i suoi fautori v. WEISSMANN, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, Leipzig 1885, I, pag. 63 e segg.; STEIN-JONAS, *Kommentar zur Z.P.O.*, I, pag. 253, nota; GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, Berlin 1932, pagg. 170-171.

e la « *Individualisierungstheorie* » (23): le quali, ammessa la rilevanza della allegazione di quella che nel nostro linguaggio (tradizionale, ma tuttora esatto ed efficace) passa sotto il nome di *causa petendi* (in Germania si parla, come ognuno sa, di *Klagegrund*) ai fini della determinazione della domanda, si distinguono per ciò che la prima ritiene sufficiente l'allegazione dei fatti costitutivi, la seconda considera necessaria l'indicazione del rapporto giuridico (sostanziale).

Trasferita in Italia, la controversia non è stata altrettanto animata, anche perchè il punto di vista della « individuazione » ha avuto dalla sua i più autorevoli processualisti (24). Mi pare, peraltro, che le contrapposte soluzioni siano poco o punto distanti e che, anzi, si possano giustapporre come due facce della stessa realtà: propugnare, infatti, l'allegazione dei fatti costitutivi o quella del rapporto giuridico significa porsi, rispettivamente, dal punto di vista della fattispecie (sostanziale) e da quello degli effetti che ne promanano, cioè da due punti di vista perfettamente compatibili, anzi corrispondenti. Con la sola avvertenza, del resto pacificamente ritenuta (25), che il *nomen iuris* che

(23) Il suo primo assertore fu il WACH, *Vorträge über die Rechts Civilprozessordnung*, Bonn 1896, pag. 15 e segg. Lo seguono: DUCENKOLA, *Beiträge zum Zivilprozess*, Leipzig 1905, pag. 185; HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, III, Leipzig 1909, pag. 5 e segg.; *System des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig 1912, pag. 309.

(24) CHIOVENDA, *Principi cit.*, pag. 278 e segg.; *Istituzioni cit.*, I, pag. 311 e segg.; CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova 1933, IV, pag. 2 e segg.; *Istituzioni cit.*, pag. 13 e segg.; BETTI, *Diritto processuale civile*, Roma 1936, pag. 174 e segg.; ma già in *Rivista diritto commerciale*, 1929, I, pag. 544 e segg. V. anche HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova 1937, pag. 158 e segg. *Contra*: ZANZUCCHI, *Nuove domande, nuove eccezioni, nuove prove in appello*, Milano 1916, pag. 329 e segg.

(25) Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, 316; SATTA, *Diritto processuale civile cit.*, pag. 112; HEINITZ, *op. cit.*, pag. 150; ZANZUCCHI, *Diritto processuale cit.*, II, pag. 38; BETTI, *Diritto processuale cit.*, pag. 311. In giurisprudenza cfr., fra le più recenti: Cass. 20 febbraio 1957 n. 621, in *Massimario Foro it.*, coll. 122, 123; Cass. 31 gennaio 1957 n. 353, *ivi*, col. 71; Cass. 14 aprile 1956 n. 1101, *ivi*, col. 209; Cass. 19 gennaio 1956, n. 165, *ivi*, col. 165; Cass. 18 maggio 1953, in *Giustizia civ.*, 1953, pag. 646.

l'attore sia per assegnare alla situazione giuridica sostanziale addotta non è vincolante per il giudice.

In Germania, invece, il dibattito intorno alla rilevanza e alla portata del *Klagegrund* è ancora vivo, essendo parte essenziale del problema dell'« oggetto » del processo che, ancora e vieppiù oggi, appassiona la scienza tedesca ⁽²⁶⁾.

Vedremo più avanti che il punto di vista dell'« oggetto » del processo costituisce una delle prospettive in cui possono essere inquadrati i rapporti fra diritto e processo, e così il rapporto, qui in discorso, fra lo svolgimento del processo e l'affermazione della situazione sostanziale. Preme, intanto, rilevare come alcune punte avanzate del moderno pensiero germanico stiano sacrificando all'altare dell'autonomia del processo i legami che pur sussistono fra la sfera processuale e quella sostanziale (distinte, ma non incomunicabili ⁽²⁷⁾). Di tale sacrificio costituiscono testimonianze, secondo me allarmanti, proprio alcune delle soluzioni, ivi offerte, del problema che ci occupa: così quella del Nikisch ⁽²⁸⁾, secondo il quale la situazione sostanziale non giocherebbe per l'individuazione della affermazione giuridica dell'attore (*Rechtsbehauptung*); quella dello Schwab ⁽²⁹⁾, per il quale la richiesta dell'attore (*Begehren*) starebbe da sola nel pro-

⁽²⁶⁾ Molti e recenti sono i contributi in argomento: NIKISCH, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, Tübingen 1935; SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht*, Karlsruhe 1949; LENT, *Zur Lehre vom Streitgegenstand*, in *ZZP*, 1952 (65), pag. 315 e segg.; SCHWAR, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, München und Berlin 1954; BÖTTICHER, in *Monatsschrift für deutsches Rechts*, 1954; *Zur Lehre von Streitgegenstand im Eheprozess*, in *Festschrift für Leo Rosenberg*; BOTTERMANN, in *Monatsschrift für deutsches Recht*, 1954; ROSENBERG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht*, München und Berlin 1954; POHLE, in *Juristische Rundschau*, 1954; BLOMEYER, *Beiträge zur Lehre vom Streitgegenstand*, in *Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin*, 1955; WEDER, in *ZZP*, 1955; HABSCHIED, *Der Streitgegenstand in Zivilprozess und im Streiverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, Bielefeld 1956.

⁽²⁷⁾ Per un autorevolissimo richiamo alla realtà, v. REDENTI, *Il giudicato* cit., pag. 698, note 41, 41; SATTI, *Diritto processuale civile* cit., pag. 159, nota.

⁽²⁸⁾ *Op. cit.*, pag. 14 e segg.

⁽²⁹⁾ *Op. cit.*, pag. 191 e segg.

cesso senza il concorso del *Klagegrund*; quella del Bötticher⁽²⁰⁾, per il quale « oggetto » del processo è il *petitum*, individuato non in relazione al *Klagegrund*, ma con riferimento al fine; quella del Habscheid⁽²¹⁾, il quale, se ha il merito di riconoscere che l'affermazione dell'attore si concreta anche attraverso il suo fondamento, finisce poi con l'identificare quest'ultimo col vago concetto di « episodio della vita » (*Lebensvorgang*) da lui puntualizzato, ma senza apprezzabile beneficio, in quello di *Lebenssachverhalt*⁽²²⁾.

Non è senza significato che, contro queste impostazioni estreme⁽²³⁾, che rivendicano al processo la più assoluta delle indipendenze, si reagisca anche in Germania⁽²⁴⁾. Si pensi all'energico richiamo del Lent⁽²⁵⁾ alla teoria dell'individuazione, e all'attacco a fondo da lui condotto contro l'inutile nozione di *Lebensvorgang*: esattamente il Lent rileva che l'« episodio della vita » deve corrispondere, per acquistar rilievo, ad una fattispecie astratta, dalla quale si possa trarre una certa situazione giuridica⁽²⁶⁾. Si considerino anche i dissensi del Bottermann⁽²⁷⁾, del Weber⁽²⁸⁾, del Blomeyer⁽²⁹⁾, nonché l'acuta messa a punto

(20) *Op. cit.*, pag. 85 e segg.: 91 e segg.

(21) *Op. cit.*, pag. 184 e segg.

(22) *Op. cit.*, pag. 206 e segg.

(23) Alle quali sostanzialmente aderiscono anche il POHLE (*op. cit.*, pag. 436 e segg.) e il più recente ROSEMBERG (*op. cit.*, pag. 395).

(24) In Italia le impostazioni *de quibus* hanno avuto qualche eco, per lo più critica: v. CARNELUTTI, in *Riv. dir. proc.*, 1955, I, pag. 74; ALLORIO, in *Ius*, 1955, pagg. 168, 169; ma già precedentemente, SEGNI, *Alcuni orientamenti della dottrina processuale germanica cit.*, pagg. 77, 78; ANDRIOLI, *Il principio del « ne bis in idem » e la dottrina del processo*, in *Annali triestini di diritto, economia e politica*, 1941, pagg. 263 e segg.; ATTARDI, in *Ius*, 1952, pag. 416. Sostanzialmente favorevole è, invece, la recentissima recensione del DE STEFANO allo Habscheid (*Der Streitgegenstand cit.*) in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, pag. 327 e segg.

(25) *Op. cit.*, pag. 438 e segg.

(26) *Op. cit.*, pag. 464 e segg.

(27) *Op. cit.*, pag. 196 e segg.

(28) *Op. cit.*, pag. 112.

(29) *Op. cit.*, pag. 71.

del nostro Heinitz (⁴⁰).

In verità, senza certo sottovalutare il merito della moderna dottrina tedesca, e senza negare la modernità della tecnica (peraltro non scevra di qualche virtuosismo) che la parte migliore di essa appresta e adopera, mi pare che le posizioni da tempo consolidate in Italia in tema di coordinamento fra processo e situazione sostanziale preesistente corrispondano meglio alla realtà, quanto meno alle risultanze del nostro ordinamento positivo.

Infatti, sebbene la « esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda » non sia prescritta a pena di nullità della citazione (né riterrei che si possa superare il limite segnato dall'art. 163 cod. proc. civ., profilando la carenza di quella esposizione come causa di incertezza dell'oggetto, di cui al n. 3 di quella norma (⁴¹)), non c'è dubbio che, nel nostro sistema, l'allegazione della *causa petendi* sia indispensabile per lo svolgimento del processo di cognizione (⁴²). Tale allegazione rappresenta, infatti, il parametro per la determinazione della giurisdizione, della competenza, della legittimazione ad agire: così, soltanto riferendosi alla *causa petendi*, e rilevando che la condanna della pubblica amministrazione è chiesta, anziché in base all'illegittimità dell'atto amministrativo, in base all'inopportunità di esso, il giudice può desumere il difetto di giurisdizione; soltanto riferendosi alla situazione sostanziale il giudice può disporre, *in limine litis*, l'integrazione del contraddittorio.

L'attiva partecipazione del giudice istruttore — consistente

(⁴⁰) *Considerazioni attuali sui limiti oggettivi del giudicato*, in *Giurisprudenza italiana*, 1955, I, 1, col. 775 e segg.

(⁴¹) Così, invece, ANDRIOLI, *Commento cit.*, II, pag. 9.

(⁴²) Cfr. REBENTI, *Diritto processuale civile*, II, pag. 5; LIEBMAN, *Manuale cit.*, pagg. 72, 73; ANDRIOLI, *Commento cit.*, loc. cit.; BETTI, *Diritto processuale cit.*, pag. 273 segg.; COSTA, *Manuale cit.*, pag. 242 e segg.; ZANZUCCHI, *Diritto processuale cit.*, II, pag. 38. In giurisprudenza cfr. Cass. 30 giugno 1952, in *Giurisprudenza it.*, I, 1, col. 812; Cass. 16 gennaio 1952, in *Repertorio Foro it.*, 1952, voce *Procedimento in materia civile*, n. 254.

nella richiesta di chiarimenti, nell'ordine d'integrazione del contraddittorio, nella chiamata del terzo, nel sindacato circa la rilevanza e ammissibilità delle prove, nella rimessione al collegio perchè si pronunci sulla giurisdizione, sulla competenza, sulla legittimazione ad agire — s'impernia appunto sulla presenza della situazione sostanziale nel processo (beninteso allo stato di asserzione), provocandola o presupponendola. Nell'astratto paradigma normativo, queste attività garantiscono, meno rigidamente, ma non per questo con minore efficacia rispetto alla nullità della citazione, il coordinamento fra il processo e l'affermazione della situazione sostanziale preesistente.

3. Svilupperemo più innanzi il rilievo che l'allegazione della *causa petendi* è il parametro per la determinazione vuoi dei poteri (*rectius*: doveri) del giudice, vuoi dei poteri (e facoltà) delle parti. Preme, invece, di sottolineare subito che la allegazione della *causa petendi* alle soglie del processo, e comunque necessariamente prima che esso si addentri nella trattazione di merito, segna l'ingresso del diritto soggettivo (sostanziale) nel giudizio di cognizione.

Se è vero che l'attore allega dei fatti, ma non già qualsiasi « episodio della vita » bensì dei fatti che, rientrando nello schema di una norma, generano determinate conseguenze giuridiche, non pare dubbio che egli deduce i fatti costitutivi della situazione giuridica (sostanziale) preesistente e, innanzitutto, la fattispecie concreta da cui sia derivata la posizione di preminenza rispetto al bene: il che val dire il diritto soggettivo (sostanziale).

In limine, il diritto soggettivo è dedotto in giudizio allo stato di asserzione ⁽⁴³⁾ (meglio si direbbe di « pretesa » se il termi-

(43) La proposizione è enunciata con particolare vigore dal BETTI (*Ragione e azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, pag. 205 e segg.; ma già ne *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia 1920, pag. 36 e segg.). In questo senso cfr. ora anche: MICHELLI, *Giurisdizione e azione cit.*, pag. 126; MANDRIOLI, *Azione esecutiva cit.*, pag. 93 e segg.

ne non fosse — come invece è — pregno di varii e contraddittori significati ⁽⁴⁴⁾): vedremo come esso divenga, in seguito, oggetto della controversia e come finisca col presentarsi (nella ipotesi di sentenza di accoglimento) quale realtà accertata.

Ma, vi sia presente come realtà meramente affermata, come realtà oggetto di discussione, come realtà accertata (sono questi altrettanti punti di vista da cui va contemplata la presenza del diritto nel giudizio), in quale schema il diritto soggettivo compare nel processo?

Ovviamente, l'interrogativo è dei più gravi: quanto a difficoltà teorica, basti tener presente come sia sempre risultato arduo spiegare l'ingresso del diritto reale nel giudizio (al punto che si è finito col porre a base della revindica, non già il diritto reale, bensì un diritto di credito che sorgerebbe dalla sua violazione ⁽⁴⁵⁾); quanto ad utilità pratica, basti considerare che sullo schema *de quo*, si basa, come meglio vedremo, la determinazione dei *legitimi contradictores*.

A me sembra, se non sbaglio, che alcuni argomenti svolti nel precedente capitolo e le conclusioni che ivi si è cercato di attingere si appalesino utili proprio per la soluzione di questo problema.

Si è visto che il diritto soggettivo si presenta, per così dire *in rerum natura*, in uno dei seguenti schemi: diritto realizzato dalle facoltà del titolare e, correlativamente, dagli obblighi di astensione degli altri consociati ⁽⁴⁶⁾; diritto realizzato soltanto dagli obblighi di astensione ⁽⁴⁷⁾; diritto realizzato da un singolo obbligo ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁴⁾ *Retra*, capitolo primo, sub 2; capitolo secondo, sub 2. Di « pretesa » come sinonimo di « affermazione » parlano il BETTI, *op. loc. cit.*; JAEGER, *Diritto processuale civile*, Torino 1942, pag. 109. Chi poi ha cercato di utilizzare non già il nome, ma il concetto stesso di « Anspruch » è pervenuto a risultati del tutto inaccettabili: v. GUASP, *La pretesa processuale*, in *Ius*, 1951, pag. 481 e segg.; 1952, pag. 101 e segg.; KLEINFELDER, *Der Begriff « Anspruch »*, in *Archiv für die civil. Praxis*, 16^e (1933), pag. 129 e segg.

⁽⁴⁵⁾ V. *retro*, capitolo secondo, sub 14.

⁽⁴⁶⁻⁴⁷⁻⁴⁸⁾ V. *retro*, capitolo secondo, sub 16.

Si è anche cercato di chiarire come lo schema più complesso (quello del diritto assoluto) possa essere scomposto e ridotto in ischemi semplici, nei quali al dato diritto (per es. quello di proprietà) venga riferita una soltanto delle posizioni componenti: per esempio, uno solo fra gli obblighi di astensione che costituiscono la cosiddetta rete di sicurezza⁽⁴⁹⁾.

Utilizzando siffatti risultati, mi pare appunto sia agevole spiegare, vuoi in che modo il diritto soggettivo, in genere, svolga il ruolo di presupposto della attività giurisdizionale; vuoi, e più specificatamente, come venga dedotto in giudizio il diritto assoluto.

Il diritto soggettivo viene dedotto in giudizio per ciò che esso è: quale punto di riferimento dell'obbligo di cui si lamenta la violazione. Tale punto di riferimento, fissato dalla norma sostanziale per indicare la direzione dell'obbligo, assolve la stessa funzione nel processo: dove, incardinato come presupposto della tutela giurisdizionale, in corrispondenza dell'obbligo violato, segna appunto la direzione di quella tutela, ne individua, cioè, il destinatario.

In altri termini: se è vero che il giudice non attua il diritto soggettivo (nel senso che non l'attua direttamente; e spoglio qui la parola da qualsiasi significato tecnico, usandola solo per richiamare vuoi la coattività della funzione giurisdizionale, vuoi la possibilità che essa si traduca, al limite, in attività materiale compiuta al posto del debitore), ma piuttosto attua l'obbligo; non è men vero che ciò fa in direzione del diritto: sul presupposto, dico, di una posizione di preminenza già cristallizzata dalla norma sostanziale e bisognosa di ulteriore tutela.

Come il diritto soggettivo in genere è dedotto in giudizio in corrispondenza dell'obbligo, cioè quale punto di riferimento del medesimo, nello stesso semplice schema vi compare anche il diritto assoluto. Quest'ultimo (e così il diritto reale) non entra nel processo con tutta la coorte delle facoltà e dei doveri di asten-

(49) V. *retro*, capitolo secondo, sub. 14.

sione adibiti alla sua realizzazione, bensì soltanto con uno, in relazione ad uno dei molteplici doveri di astensione che costituiscono strumenti della sua realizzazione: precisamente in relazione al dovere che non è stato adempiuto e al cui adempimento coattivo occorre, pertanto, provvedere.

Se questo è vero, non è difficile constatare i limiti di alcune pur autorevolissime vedute. Innanzitutto di quella⁽⁵⁰⁾ secondo la quale le facoltà collegate al diritto soggettivo reale scenderebbero sul terreno del processo: quivi esse susciterebbero l'attività giurisdizionale, come presupposto e oggetto della sentenza di accertamento⁽⁵¹⁾ (mentre, in sede di esecuzione, avrebbero addirittura virtù di realizzarsi da se medesime⁽⁵²⁾).

Mi sembra, invece, che la facoltà, come del resto il potere, non costituisca presupposto od oggetto immediato dell'attività giurisdizionale. Infatti, ove di una facoltà (o di un potere) sia contestata la esistenza, presupposto della sentenza di accertamento non è la facoltà (o il potere) contestato, bensì — come si è cercato di chiarire nel precedente capitolo⁽⁵³⁾ — quel diritto all'integrità della propria sfera patrimoniale di cui il titolare della facoltà è, come ogni soggetto, munito. Tale diritto viene dedotto in giudizio in relazione ad uno dei doveri che, secondo la legge sostanziale, sono adibiti alla sua realizzazione, e precisamente a quello, fra i doveri imposti a tutti i consociati, che è stato violato mediante la contestazione della data facoltà o del dato potere.

Neanche nella ipotesi che ne sia impedito l'esercizio (mediante intrusione nel bene che costituisce, ad esempio, oggetto

(50) SATTI, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto civile*, Torino 1954, pag. 3 e segg.

(51) *Op. cit.*, pag. 7 e segg.; *Diritto processuale cit.*, pag. 214. Per una approfondita critica della teoria sattiana v.: ALLORIO, in *Ius*, 1950, pag. 340 e segg.; MICHELLI, *Dell'unità del concetto di esecuzione forzata*, in *Rivista di diritto processuale*, 1952, pag. 289 e segg. V. anche CARNELUTTI, in *Riv. dir. proc.*, 1951, pag. 93.

(52) *Op. cit.*, pag. 245 e segg.

(53) V. sub 18.

di proprietà) viene portata in giudizio la facoltà: in questo caso, è dedotto in lite il dovere c.d. di astensione (che incombe all'attentatore, come a qualsiasi altro consociato, e che questi ha violato), connesso, in ischema semplice, col diritto (di proprietà) al cui servizio è, insieme agli altri, adibito. (Infine, neppure in sede di esecuzione per consegna o rilascio la facoltà entra nel processo, nè, tanto meno, si realizza da sola: l'attività che vi si compie non è attività del privato titolare del diritto, bensì è, come nelle altre forme di esecuzione, attività di organo giurisdizionale⁽²⁴⁾; ed è attività immediatamente volta alla concreta materiale attuazione di quel dovere violato).

Sempre come corollario della tesi qui propugnata, mi pare si debba rilevare come (chiarito che il diritto reale è dedotto in giudizio nello schema semplice del diritto relativo, in cui al diritto risulta collegato un solo obbligo, e cioè quel dovere di astensione di cui si lamenta l'inadempimento) il frequente e in sè esatto rilievo che nel giudizio di revindica il diritto si presenta nello schema del diritto relativo ben si spiega: senza bisogno, tuttavia, di negare, come si suole⁽²⁵⁾, che si tratti del diritto reale e di configurare, all'uopo, un nuovo e distinto diritto di credito che, in quel giudizio, ne prenderebbe il posto. (Quanto, poi, agli altri argomenti addotti a conferma dell'esistenza di un siffatto diritto di credito, come quello desunto dalla pretesa portata negativa del dovere c.d. di astensione, mi permetto di rimandare il lettore alle considerazioni svolte nel precedente capitolo⁽²⁶⁾).

4. Si è rilevato che l'allegazione « dei fatti e degli elementi di diritto » costituisce il parametro per la determinazione dei doveri del giudice e dei poteri delle parti: ma il rilievo deve essere approfondito.

(24) Cfr. ALLORIO, *op. loc. ult. cit.*

(25) V. *retro*, capitolo secondo, sub 14 e AA. *ivi cit.* in nota.

(26) *Ibidem.*

Innanzitutto, l'allegazione *de qua* non può limitarsi al diritto e all'obbligo corrispondente (i.e. alla fattispecie concreta alla quale la norma ricollega l'uno e l'altro), ma deve estendersi ad altri elementi sostanziali:

la lesione del diritto, consistente nella violazione dell'obbligo che figura nello schema del diritto soggettivo dedotto in lite; cioè dell'obbligo che, dovendo — da solo o con altre posizioni soggettive — funzionare come strumento per la realizzazione di quel diritto, è praticamente mancato al compito;

e, nella ipotesi di legittimazione straordinaria⁽³⁷⁾, la fattispecie da cui deriva quest'ultima (ad es. la fattispecie da cui deriva la qualità di creditore, necessaria a' sensi dell'art. 2900 cod. civ.).

Per quanto concerne la lesione, la sua presenza nel processo (ancor qui come affermazione dell'attore, in principio; come oggetto di accertamento, poi; infine, come realtà accertata) non mi pare possa essere esclusa, com'è stato invece autorevolmente sostenuto⁽³⁸⁾, in base all'assunto che la esistenza (affermata, discussa, o provata) del diritto soggettivo implica logicamente lo inadempimento (così come l'adempimento implica la estinzione del diritto). Intanto nutrei seri dubbi sulla validità di tale assunto, soprattutto pensando al diritto all'altrui astensione, che

(37) GARRAGNATI, *La sostituzione processuale* cit., pag. 173 e segg. e AA. ivi cit. V. anche CALAMANDREI, *Istituzioni* cit., I, pag. 122; REDENTI, *Profili* cit., pag. 379; ROCCO UGO, *La legittimazione ad agire*, Roma 1929, pag. 60 e segg. Contro il concetto di sostituzione processuale si pronuncia il SATTA (*Diritto processuale* cit., pagg. 76, 109), secondo il quale la c.d. legittimazione anomala non presenterebbe alcuna anomalia essendo coordinata alla tutela di un interesse del legittimato (pag. 109). Tale spiegazione, in verità, non parrebbe convincente: la tutela giurisdizionale è coordinata al diritto soggettivo e non al mero interesse materiale; quand'anche, poi, si replichi che nelle ipotesi *de quibus* si tutela appunto il diritto del legittimato straordinario (*op. cit.*, pag. 76), è agevole constatare che vi sono casi di legittimazione straordinaria non coordinati alla titolarità di un diritto (da parte del legittimato in via straordinaria): si pensi alla legittimazione del pubblico ministero (cfr. GARRAGNATI, *Azione* cit., pag. 346).

(38) GARRAGNATI, *Azione* cit., pagg. 334, 335; ATTARDI, *Interesse* cit., pag. 65 e segg., 125 e segg.

è realizzato, non già *uno actu*, ma da un'omissione permanente⁽⁵⁹⁾, e sopravvive quindi all'adempimento istantaneo. Comunque, pur accettandolo, non mi pare che esso conduca alla proscrizione dell'inadempimento: al contrario, quest'ultimo finisce per essere inserito nella fattispecie stessa del diritto, cioè nel novero di quei fatti che occorre allegare (e poi provare) per pervenire alla dimostrazione del diritto soggettivo.

Sulla costante presenza della lesione (i.e. dell'inadempimento dell'obbligo) fra i presupposti sostanziali del processo, mi permetto di rinviare anche a quanto ho avuto modo di chiarire in altra sede⁽⁶⁰⁾. Gradirei aggiungere che le delucidazioni, che ho cercato di fornire qui circa i modi e i termini in cui il diritto soggettivo entra nel processo e secondo i quali il diritto è dedotto in giudizio *in corrispondenza dell'obbligo*, costituiscono, beninteso se ritenute convincenti, una ulteriore spiegazione e, al tempo stesso, una conferma di quella indefettibile presenza.

Vorrei anche rilevare come altre considerazioni e sistemazioni offerte nel corso di questa indagine suffraghino la tesi in discorso, potendosi validamente addurre contro le principali obiezioni. Per cominciare, non ha pregio l'argomento secondo il quale la tutela giurisdizionale del diritto reale, e segnatamente la revindica, non presupporrebbe la lesione, sul riflesso che presupposto immediato di tale tutela non sarebbe il diritto reale, bensì il diritto di credito, al quale appunto la lesione del primo metterebbe capo⁽⁶¹⁾. Ho, di contro, cercato di chiarire come il diritto reale entri nel giudizio di revindica e come ad esso debba ritenersi collegato uno dei doveri c.d. di astensione, inteso quest'ultimo nella sua esatta portata⁽⁶²⁾. Ma, ove pure si ammetta l'insorgere di un nuovo e distinto diritto (di credito) alla resti-

(59) V. capitolo secondo, sub 3.

(60) V. *La giurisdizione volontaria* cit., pag. 131 e segg.

(61) *ATTARMI, op. cit.*, pag. 92 e segg.

(62) V. capitolo secondo, sub 3.

tuzione della cosa, ci s'imbatterà pur sempre nella lesione, la quale consisterà in ciò che il corrispondente obbligo (di restituire, preesistente al processo e operante nei confronti dell'usurpatore) non sia stato adempiuto.

Nè mi pare sia fondata la ricorrente illazione che la lesione del diritto non sarebbe presupposto del processo di accertamento⁽⁶³⁾. Pure nel precedente capitolo⁽⁶⁴⁾ si è cercato di chiarire, e poc'anzi si è ribadito, che presupposto della sentenza *de qua* non è la posizione giuridica oggetto dell'accertamento, bensì il diritto (assoluto) alla integrità della sfera patrimoniale. Tale diritto è dedotto nel giudizio di accertamento (tanto positivo quanto negativo) in corrispondenza di quello, fra i doveri imposti ai consociati come strumenti della sua realizzazione, che risulti in pratica violato (mediante la contestazione della posizione che esiste o l'affermazione della posizione che non esiste).

Nemmeno in ordine alla sentenza costitutiva fa difetto il presupposto della lesione. Così, per stare ad esempi già offerti⁽⁶⁵⁾, la sentenza che costituisce il rapporto che sarebbe dovuto scaturire dal contratto definitivo presuppone la violazione dell'obbligo di prestare il consenso (e del corrispondente diritto) sorto dal *pactum de ineundo contractu*; la sentenza di separazione dei coniugi per colpa presuppone la violazione di uno degli obblighi imposti dalla legge a ciascuno dei coniugi⁽⁶⁶⁾.

(63) V., fra i più, CALAMANDREI, *Istituzioni* cit., I, pag. 47; CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pag. 207 e *segg.*; BETTI, *Diritto processuale* cit., pag. 80; SECNI, *La sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1938, I, pag. 252.

(64) V. *sub* 18.

(65) Ne *La giurisdizione volontaria* cit., pag. 133.

(66) Quanto alla sentenza che annulla il negozio privato, mi viene obiettato (dall'ALLORIO, *Nuove riflessioni* cit., pag. 58) che essa non è necessariamente coordinata alla lesione. Mi permetterei di rilevare quanto segue. Senza dubbio, la sentenza *de qua* non è un provvedimento costitutivo necessario, ma soltanto eventuale. Ciò significa che i contraenti hanno, prima e a prescindere dal giudizio, potere di annullare il negozio. Di più: il contraente legittimato (cioè il soggetto passivo del dolo, della violenza, dell'errore, il minore incapace) può, anzi deve chiedere all'altro che presti il suo consenso all'annullamento, crean-

Se questi rilievi sono esatti, da essi mi pare tragga conforto la opinione classica ⁽⁵⁷⁾ che identifica nella lesione « l'interesse ad agire » (di cui ora all'art. 100 cod. proc. civ.). Ove, infatti, si escluda, per le ragioni sopra esposte, che la lesione manchi nel caso di condanna e di costituzione e che si traduca, nel caso di accertamento, nella situazione d'incertezza intorno al diritto ⁽⁵⁸⁾, il fatto che la norma richieda la presenza dell'« interesse » in tutti i casi non costituisce più ostacolo all'affermata identificazione, chè anzi somministra un ulteriore argomento in suo favore.

D'altronde, non mi pare accettabile il recentissimo avviso ⁽⁵⁹⁾, secondo il quale l'« interesse » *de quo* coinciderebbe con l'interesse materiale oggetto di tutela: la riconosciuta preesistenza del diritto soggettivo rispetto al processo, come vieta d'identificare il diritto con l'azione, così inibisce di collegare la tutela giurisdizionale, anzichè al diritto soggettivo, al concreto interesse materiale (che del diritto costituisce, ma non sul piano

dogli così l'obbligo di prestarlo. Allora, la lesione consisterà proprio nell'inadempimento dell'obbligo (di prestare il consenso), generato a carico di un contraente dall'esercizio del potere da parte dell'altro.

⁽⁵⁷⁾ CHIOVENDA, *Istituzioni cit.*, I, pagg. 166, 167; ANDRIOLI, *Commento cit.*, I, pagg. 261, 262; CALAMANDREI, *Istituzioni cit.*, pag. 140; ZANZUCCHI, *Diritto processuale cit.*, I, pag. 124; ROCCO Ugo, in *Corso, cit.*, I, pag. 270. *Contrat*: GARRAGNATI, *Azione cit.*, pag. 330. Per una recisa svalutazione della nozione d'interesse v. INVREA, *op. cit.*, pag. 320.

La prevalente giurisprudenza nutre la teoria accolta nel testo: cfr. Cass. 18 dicembre 1956 n. 4454, in *Massimario Foro it.*, 1956, col. 827; Cass. 16 giugno 1955, in *Massimario Foro it.*, 1955, col. 404; Cass. 21 ottobre 1954, in *Giustizia civile*, 1954, pag. 2061; Cass. 28 aprile 1954, in *Giurisprudenza it.*, 1955, I, 1, col. 196.

⁽⁵⁸⁾ Così, invece, GARRAGNATI, *Azione cit.*, pagg. 331, 332 e AA. *ivi cit.*: ATTARDI, *op. cit.*, pag. 158; e già REDENTI, *Profili cit.*, pag. 67; FURNO, *Del mero accertamento come sanzione*, in *Archivio giuridico*, CXX, pagg. 199, 203. In giurisprudenza cfr. Cass. 16 febbraio 1957 n. 570, in *Massimario Foro it.*, 1957, col. 113; Cass. 11 novembre 1955, in *Foro it.*, 1955, I, col. 1436; Cass. 21 ottobre 1954, in *Repertorio Foro it.*, 1954, voce *Azione*, n. 6.

⁽⁵⁹⁾ SATTA, *Diritto processuale cit.*, pagg. 68, 108, 109; ma v. già *Interesse ad agire e legittimazione*, in *Foro it.*, 1954, IV, col. 169 e segg.

giuridico⁽⁷⁰⁾, il substrato) e di utilizzare quest'ultimo a fini sistematici sussumendolo nello schema dell'art. 100.

Nè credo abbia pregio l'altrettanto recente tentativo⁽⁷¹⁾ di identificare l'«interesse ad agire» con la astratta possibilità di tutela della situazione sostanziale asserita dall'attore. Ove con ciò ci si riferisca alla c.d. possibilità giuridica del provvedimento richiesto, mi sembra agevole obiettare che tale possibilità non costituisce (come pur dovrebbe, per essere inquadrata nell'art. 100 cod. proc. civ.) un presupposto dell'azione, bensì — lo si è visto più sopra — della giurisdizione.

Ove, invece, si voglia profilare quella possibilità non come componente, sibbene come risultante della situazione sostanziale dell'attore, cioè come possibilità (desunta da quella situazione) di chiedere la tutela, si finisce per identificare e confondere l'interesse con la legittimazione ad agire⁽⁷²⁾: la quale consiste, appunto, come vedremo fra breve, nella titolarità dei poteri e delle facoltà processuali.

Senza contare che le teorie in esame devono poi fare i conti con la necessità di sistemare, negli schemi offerti dal diritto positivo, la lesione: la quale è pur sempre contemplata da quelle dottrine, se non per tutti i tipi di processo, almeno in ordine ad alcuni⁽⁷³⁾.

Come si è accennato, alla stregua degli altri componenti della situazione sostanziale preesistente, l'*interesse ad agire*, cioè la lesione, compare *in limine* allo stato di asserizione, e costituisce — come vedremo — un presupposto delle attività processuali. Poscia, e sempre che ne venga offerta la prova nel corso del processo, anche l'interesse assurge al rango di realtà accertata e funge da presupposto sostanziale (in linguaggio chioven-

(70) *Retro*, capitolo secondo, sub 10.

(71) MANDRIOLI, *Azione cit.*, pag. 95 e segg., 202.

(72) Così, infatti, MANDRIOLI, *op. cit.*, pag. 96. Ma contro questa identificazione v. anche ATTARDI, *Interesse ad agire cit.*, pag. 207.

(73) Cfr. SATTA, *Diritto processuale cit.*, pagg. 7, 216; MANDRIOLI, *op. cit.*, pag. 6 e segg.

diano, « condizione ») della sentenza di condanna, di accertamento, etc. Ma su ciò *infra, sub. 7.*

Per quanto poi concerne l'allegazione della fattispecie da cui deriva il collegamento del legittimato in via straordinaria, non mi pare dubbio che anch'essa (come quella dei fatti costitutivi del diritto, e della lesione) debba esser compiuta *in limine litis*, dal momento che proprio sulla soglia del processo l'istruttore deve essere messo in grado di delibare la questione, ai fini dell'eventuale integrazione del contraddittorio (si pensi ancora all'ipotesi in cui il creditore abbia agito, a' sensi dell'articolo 2900 cod. civ., al posto del debitore, ma senza evocarlo in giudizio) o dell'eventuale rimessione al collegio in punto di legittimazione.

5. Dopo di che, non è difficile precisare in che consiste il coordinamento fra l'asserzione (dell'attore) relativa alla situazione sostanziale preesistente e la legittimazione delle parti ad agire; fra la stessa asserzione e il potere giurisdizionale.

Quanto alla legittimazione (delle parti) ad agire. Come è noto, in sede di teoria generale ⁽⁷⁴⁾ si parla di *legittimazione* sia per indicare la titolarità di un potere (o di una facoltà, o di un dovere) da parte di un soggetto (per cui si dice legittimato a tenere un certo comportamento il soggetto investito dalla norma di una di quelle situazioni giuridiche soggettive): legittimazione *attiva* ⁽⁷⁵⁾; sia per indicare la posizione del soggetto destinatario de-

(74) CARNELUTTI, *Teoria generale* cit., pagg. 321, 322; ma già in *Teoria generale del reato*, Padova 1933, pag. 117 e segg., e in *Teoria giuridica della circolazione*, Padova 1933, pag. 165 e segg.; BETTI, *Diritto romano* cit., I, pag. 277; *Negozio giuridico* cit., pag. 354 e segg.; GARRAGNATI, *La sostituzione* cit., pagg. 136, 137; PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in *Annali Università di Messina*, 1927, pag. 170 e segg.; FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano 1939, pag. 184 e segg.; CARNOTA-FERRARA, *Il negozio sul patrimonio altrui, con particolare riguardo alla vendita di cosa altrui*, Padova 1936, pag. 76 e segg.; MONACCLANI, *Azione e legittimazione*, Milano 1951, pag. 14 e segg.

(75) CARNELUTTI, *Teoria generale* cit., loc. cit.; GARRAGNATI, *op. loc. cit.*

gli effetti di un comportamento: legittimazione *passiva* ⁽⁷⁶⁾. Nella stessa sede, particolare cura viene dedicata alla situazione *legittimante*, cioè alla situazione in cui il soggetto deve trovarsi per essere titolare di un potere o destinatario di effetti (nel che consiste appunto la situazione *legittimata*). Il concetto di legittimazione è stato anzi elaborato specialmente dal punto di vista della situazione legittimante, nell'intento di operare una distinzione fra la mera capacità e le altre e varie situazioni in cui il soggetto può comparire in questo o in quel paradigma normativo ⁽⁷⁷⁾.

Adoperando questi strumenti nell'ambito del processo, mi pare s'impungano le seguenti constatazioni.

La legittimazione *attiva* (delle parti) consiste nell'abilitazione delle parti stesse al compimento degli atti processuali, lungo tutto l'arco del processo fino alla sentenza di merito. Il problema della legittimazione attiva non si pone, infatti, per il solo attore, bensì, ovviamente e negli stessi termini, anche per la parte convenuta e per qualsiasi altra parte (necessaria o eventuale).

Gli è che, per compiere validamente quegli atti, non basta all'attore, nè al convenuto, nè alle altre parti la sola capacità (di agire) processuale, sibbene abbisogna il concorso, in *limine litis*, di una determinata situazione legittimante.

Questa è, appunto, costituita dalla situazione sostanziale asserita dall'attore: obbligo e diritto (cioè fattispecie costitutiva dei medesimi), interesse (i.e. lesione) e, nel caso di legittimazione straordinaria, fattispecie — convenzionale o legale — da cui deriva il collegamento. In altri termini, è sulla base della situazione sostanziale allegata dall'attore che si stabilisce, in *limine*, il contraddittorio: risultando legittimato ad agire il sog-

(76) CARNELUTTI, *ibidem*; BETTI, *Diritto romano cit.*, loc. cit.

(77) Sulla distinzione v. CARNELUTTI, *Teoria cit.*, pag. 320; *Teoria generale del reato cit.*, pag. 104 e segg.; *Legittimazione a comprare*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, I, pag. 504; BETTI, *Diritto romano cit.*, loc. cit.

getto che, alla stregua di quella situazione, risulti titolare del diritto e vittima della lesione (o, nell'ipotesi di legittimazione straordinaria, il soggetto che risulti in collegamento con quel titolare) e legittimato a contraddire il soggetto indicato come titolare dell'obbligo e autore della lesione (o il soggetto collegato, per negozio o per legge, a quel titolare).

Per via di analisi, si constata che tale situazione incide nel paradigma di tutti gli atti di parte, in quanto costituisce il parametro per la legittimazione dei rispettivi soggetti (⁷⁸). Con questa avvertenza si può anche mutuare l'espressione corrente che indica, in sintesi, come presupposto del processo ciò che è elemento di tutta la serie di atti processuali, e di ciascuno, ed accogliere l'autorevole avviso di chi (⁷⁹), sulla base della perentoria indicazione dell'art. 102, definisce ormai la legittimazione ad agire come « presupposto processuale ».

Se è vero quanto ho fin qui cercato di chiarire (che cioè la *legittimazione attiva della parte consiste nella titolarità dei poteri, delle facoltà e dei doveri processuali, cioè della situazione soggettiva composita costituita dall'insieme di tali posizioni semplici*; e che tale titolarità dipende dal collegamento con la situazione sostanziale addotta alle soglie del processo), risulta evidente il limite dell'autorevole dottrina secondo la quale la legittima-

(⁷⁸) In verità sono spesso configurati come « presupposti » della condotta le circostanze che la legge richiama in ordine al singolo elemento componente il modello (astratto) della condotta medesima (v. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo* cit., pagg. 45 e segg., 121 e segg.; *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1952, pag. 67 e segg.; GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo* cit., pagg. 321 e segg.; CANDIAN, *Istituzioni di diritto privato*, Milano 1949, pag. 155): così, le circostanze richiamate dalla norma per qualificare il soggetto della condotta, i.e. le circostanze legittimanti (cfr. BETTI, *Negozio* cit., pag. 149 e segg. MONACCIANI, *op. loc. cit.* e AA. *ivi cit.*). Ciò non mi pare esatto. Ove, infatti, si ricostruisca il modello normativo dell'atto nella sua interezza (riconducendo, se necessario, ad unità i frammenti di norma nei quali gli elementi di quel modello sono sparsi), ci si rende conto che le circostanze in discorso trovano posto in seno ad esso.

(⁷⁹) ANDRIOLA, *Commento* cit., I, 271. Per una più esatta specificazione del concetto v. la nota definizione del REDENTI, *Giudizio* cit., pag. 296.

zione ad agire consisterebbe nella titolarità del potere di azione, a sua volta inteso come potere di provocare la decisione di merito da parte del giudice ⁽⁸⁰⁾. Tale definizione pecca per difetto sotto un duplice riflesso: gli è che l'azione non consiste in un singolo potere, ma nell'insieme delle posizioni processuali facenti capo all'attore legittimato; la legittimazione, poi, non concerne soltanto la posizione dell'attore, ma quella di qualsiasi parte.

Inoltre non mi pare che la legittimazione ad agire possa configurarsi come uno dei presupposti dell'azione, insieme all'interesse e alla possibilità giuridica del provvedimento richiesto ⁽⁸¹⁾. A parte la constatazione, sopra ribadita ⁽⁸²⁾, che la possibilità giuridica del provvedimento attiene piuttosto alla giurisdizione (e solo per suo tramite può ripercuotersi sui poteri delle parti); e prescindendo anche dai rilievi or ora svolti (secondo i quali la legittimazione non riguarda soltanto la posizione processuale dello attore, ma anche quella di qualsiasi altra parte), la legittimazione ad agire è una risultante e non una componente della situazione sostanziale presupposta (diritto e obbligo, interesse, fattispecie da cui deriva la legittimazione straordinaria), e si identifica con l'abilitazione della parte al compimento di tutta la serie degli atti processuali.

Le considerazioni sopra svolte consentono, infine, di respingere la corrente contraddizione (già da altri acutamente posta in rilievo ⁽⁸³⁾) per cui s'indica come « attiva » la legittimazione dell'attore e come « passiva » quella del convenuto: tale linguaggio, ovviamente legato alla sorpassata configurazione dell'azione come potere indirizzato verso il convenuto (che dovrebbe subirla), non tiene conto che la legittimazione ad agire, come abilita-

⁽⁸⁰⁾ GARRAGNATI, *La sostituzione* cit., pag. 136; v. anche MONACCIANI, *Azione* cit., pag. 275 e segg.

⁽⁸¹⁾ Così, invece, LIEBMAN, *Azione* cit., pag. 448 e segg.; *Manuale* cit., pag. 42 e segg.

⁽⁸²⁾ V. retro, sub. 2.

⁽⁸³⁾ SATTA, *Diritto processuale* cit., pag. 109.

zione a compiere attività processuali, non può che essere attiva, quale che sia la parte cui si riferisce.

Di legittimazione *passiva* delle parti può, a mio avviso, anche parlarsi, ma in tutt'altro significato, per contraddistinguere anzi una realtà affatto diversa. Essa si ha quando le parti risultino, alla stregua della situazione legittimante di cui appresso, destinatarie degli effetti (processuali e/o sostanziali⁽⁸⁴⁾) della sentenza di condanna (o di accertamento, o costitutiva). Tale legittimazione corrisponde, *geometrico more*, alla legittimazione attiva dell'ufficio (cioè alla sua abilitazione ad emettere quella sentenza).

La situazione in base alla quale ufficio e parti sono legittimati rispettivamente ad emettere quel provvedimento (legittimazione *attiva*) e a subirne gli effetti (legittimazione *passiva*), non è più costituita dalla *affermazione* del diritto e dell'obbligo, della lesione, del collegamento col titolare del diritto o dell'obbligo, sibbene — come vedremo meglio più innanzi⁽⁸⁵⁾ — dalla effettiva esistenza, *rectius*; dalla certezza conseguita dal giudice, all'atto della ricognizione dei presupposti sostanziali della sentenza (in base alle prove *hinc et inde* fornite), intorno a quegli estremi sostanziali. In altri termini la intera situazione sostanziale preesistente, mentre costituisce *in limine*, allo stato di mera affermazione, presupposto per lo svolgimento del processo, rappresenta, alla fine, ma allo stato di realtà effettiva (*rectius*: accertata), presupposto della sentenza di accoglimento: cioè legittima il giudice a emanare il provvedimento e le parti a riceverne gli effetti.

Se la distinzione è esatta, si possono spiegare le contrapposte opinioni di chi⁽⁸⁶⁾ configura la legittimazione come presupposto del processo e di chi⁽⁸⁷⁾, invece, continua a considerarla come

(84) Il sostituto processuale, ad esempio, è destinatario dei soli effetti processuali della sentenza (cfr. GARRAGNATI, *La sostituzione cit.*, pag. 295 e segg. e AA. *ivi cit.*).

(85) V. *infra*, sub 7.

(86) ANDRIOLI, *op. loc. ult. cit.*

(87) CALAMANDREI, *Istituzioni cit.*, pag. 134. In arg. v. anche ALLORIO, *Per*

presupposto (in linguaggio chiovendiano: «condizione») della sentenza di accoglimento. La legittimazione attiva (delle parti) è senza dubbio un presupposto per lo svolgimento del processo (come risulta — lo si è rilevato — dalla indicazione dell'articolo 102). Quella passiva (delle parti), invece, si connette alla sentenza di accoglimento, in corrispondenza della legittimazione (attiva) del giudice alla emanazione di essa (e, in proposito, il giudice potrà tirare le somme soltanto nella fase decisoria, all'atto della ricognizione dei presupposti sostanziali).

Parimenti, si compone il contrasto fra chi configura la legittimazione come titolarità di poteri processuali⁽⁸⁸⁾ e chi la presenta come posizione del destinatario degli effetti della sentenza⁽⁸⁹⁾: ancor qui, infatti, le due definizioni corrispondono a due realtà (la legittimazione *attiva* delle parti e quella *passiva*), diverse quanto a contenuto e a presupposti.

Puntualizzato, così, il rapporto fra la situazione sostanziale affermata *in limine litis* e la legittimazione (delle parti) ad agire, rimane da precisare il coordinamento fra quella situazione e i poteri del giudice.

Come si è già rilevato, è alla stregua della situazione allegata dall'attore che si stabiliscono la costanza e il difetto della giurisdizione e della competenza rispetto al caso concreto⁽⁹⁰⁾. In più corretti termini, la allegazione di una situazione sostanziale che s'inquadri nei limiti esterni e interni della giurisdizione costituisce, in una con lo *status* di giudice e con la collocazione dell'ufficio in un determinato ambito di competenza, il presupposto dell'attività processuale del magistrato fino all'emanazione della sentenza di merito.

la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire, in *Giurisprudenza it.*, 1953, I, col. 962 e segg.

(88) O, quanto meno, dell'azione intesa come potere di promuovere il giudizio; cfr. AA. cit. nella nota n. 80.

(89) SECNI, *L'intervento adesivo*, in *Nuovo digesto italiano*, pag. 152.

(90) La stessa constatazione è opposta dal BOTTHERMANN (*op. loc. cit.*) allo Schwab.

È, poi, appena il caso di accennare che, se una tradizione di linguaggio e le conseguenti ragioni di opportunità non suggerissero di limitare alle parti il discorso della legittimazione, si potrebbe e dovrebbe parlare anche di legittimazione *attiva* del magistrato⁽²¹⁾: sia in ordine agli atti preparatori (o *lato sensu* istruttori), cioè come abilitazione del giudice al loro compimento, sia in ordine alla sentenza di condanna, di accertamento, di costituzione. (Peraltro, di legittimazione attiva del magistrato rispetto al dovere in che consistono tali sentenze, ho ritenuto più sopra di dover parlare, per contraddistinguere il *pendant* della legittimazione *passiva* delle parti).

6. Ho fin qui cercato di illustrare come e perchè la situazione sostanziale preesistente faccia il suo ingresso nel giudizio, *in limine*.

Ma la presenza di tale situazione nel processo può essere considerata da un ulteriore punto di vista. Gli è che, dedotta in giudizio, tale situazione costituisce, poi, il *thema decidendum*, l'oggetto della cognizione. Come ognuno sa, questa è anzi la prospettiva nella quale solitamente si pongono i processualisti tedeschi per studiare i rapporti fra diritto e processo: discutendosi, come si è visto⁽²²⁾, se l'oggetto del processo sia costituito dal solo *petitum* (*Antrag*), configurato a sua volta come richiesta o affermazione, o anche dal *Klagegrund*; e giungendosi, su questo terreno, a tesi estreme e già sopra ripudiate, come quelle del Nikisch⁽²³⁾ e dello Schwab⁽²⁴⁾.

Senza negare la legittimità teorica di questo punto di vista (che da noi, del resto, non ha avuto mai soverchia fortuna) mi pare si debba ammettere che esso non esaurisce l'*iter* del diritto sostanziale nel processo di cognizione, ma ne coglie solo

(21) Cfr. CARNELUCCI, *Istituzioni*, I, pag. 291; JAEGER, *Diritto processuale* cit., pag. 331 e segg.; Rocco Ugo, *Corso* cit., pag. 273.

(22) V. *retro*, *sub* 2.

(23) V. *retro*, nota 28.

(24) V. *retro*, nota n. 29.

un momento ⁽³³⁾: sotto questo riflesso, e nel tentativo di segnare la dinamica dei rapporti fra diritto e processo ⁽³⁴⁾, ho già accennato al diritto che diventa realtà accertata e quindi presupposto della sentenza di accoglimento.

In argomento basta, perciò, aggiungere che, nella fase preparatoria (o, se si preferisce, istruttoria) del processo *de quo*, l'attività dei *legitimi contradictores* e del giudice si polarizza intorno alla questione della esistenza del diritto e dell'obbligo sostanziale.

Più esattamente, poichè la questione relativa all'esistenza dell'obbligo e del corrispondente diritto soggettivo non esaurisce l'oggetto della cognizione, si dovrà dire che, assunta come ipotesi di lavoro la situazione sostanziale dedotta *in limine* (diritto e obbligo, interesse, collegamento fra il legittimato straordinario e il titolare del diritto o dell'obbligo), ad essa le parti e il giudice applicano i loro sforzi: i contraddittori per fornire al giudice gli elementi di convinzione, il giudice per raccogliarli.

Ma ciò che conta ai fini della presente indagine è che risulti confermato, anche per questo verso e relativamente a questo stadio del processo di cognizione, il suo coordinamento col diritto soggettivo.

7. Un ulteriore e non meno essenziale coordinamento è quello stabilito dalla norma fra la sentenza di accoglimento e l'ac-

⁽³³⁾ Senza contare l'errore che inficia questo punto di vista quando l'oggetto viene confuso e identificato con un preteso «scopo» del processo (così GUASP, *La pretesa cit.*, pag. 465).

⁽³⁴⁾ Non credo peraltro di meritare l'appunto, già rivolto al Goldschmidt, di studiare piuttosto la *res in iudicium deducta* che non il processo (v. retro nota n. 10). Gli è che, mentre il maestro tedesco si è proposto di offrire una teoria generale del processo, compito della presente indagine, è, invece, *si parva licet...* proprio quello di registrare la presenza del diritto sostanziale nel processo, nelle sue varie forme.

Sotto questo profilo, l'opera del Goldschmidt, sebbene criticabile nella impostazione (basata, come si è detto, sull'assunto di una doppia natura della norma sostanziale), offre contributi che non si possono trascurare. Di taluno di essi farò menzione in prosieguo.

certamento del diritto soggettivo e dell'obbligo. Infatti, nella fase decisoria, la situazione sostanziale preesistente può comparire come realtà *provata* (dalla parte) e *accertata* (dal giudice): in questo caso, ad essa corrisponde la sentenza di accoglimento.

Altrove⁽⁸⁷⁾ ho rilevato che l'accertamento della situazione sostanziale presupposta non costituisce l'oggetto della sentenza, ma consiste appunto nella previa ricognizione dei presupposti sostanziali della sentenza; è un momento logico antecedente alla manifestazione di volontà (il provvedimento giurisdizionale) che il giudice emette dopo aver accertato la costanza di quei presupposti, e di tale manifestazione non fa parte, nè costituisce effetto.

Trattando degli altri tipi di processo, constateremo inoltre che, nel sistema positivo, sono contemplati più gradi di certezza, nel senso che la ricognizione *de qua* può basarsi su elementi di prova raccolti durante un'istruttoria approfondita e completa, e svolgersi nello schema del libero convincimento del giudice, oppure può eseguirsi in base a elementi di prova sommari o alla stregua di canoni di valutazione prestabiliti dalla legge. Nel processo che ora ci occupa, la ricognizione dei presupposti sostanziali è compiuta dopo istruttoria completa e, di norma, con libera critica delle risultanze di prova: vi si attinge, quindi, il più alto grado di *certezza*.

Ciò chiarito, non mi soffermerei sull'ovvia corrispondenza — beninteso ai fini della pronuncia del magistrato — fra realtà accertata e realtà esistente, se non fosse stato di recente affacciato il dubbio che *certezza* ed *esistenza* siano cose diverse⁽⁸⁸⁾. Si tratta evidentemente d'intendersi. Certezza ed esistenza potranno distinguersi dal punto di vista logico; ma non sul piano del processo, e segnatamente del rapporto fra il giudizio e la realtà sostanziale: su questo piano certezza ed esistenza si equi-

(87) *Cosa giudicata* cit., pag. 1317 e segg.; ma v. già *La giurisdizione volontaria* cit., pag. 137.

(88) Così, invece, MANDRIOLI, *Azione* cit., pag. 242.

valgono, realtà accertata deve tenersi per realtà esistente; più esattamente, non si può che ragionare in termini di certezza (di convinzione, cioè, del magistrato), prescindendo dall'esistenza effettiva (⁹⁹).

Nè si opponga che, fino al passaggio in giudicato della sentenza, la convinzione di un giudice in punto di fatto può essere soppiantata dalla diversa convinzione di un altro (¹⁰⁰). Ciò costituisce, invece, la migliore riprova che il giudice, come del resto qualsiasi storico (¹⁰¹), è costretto a ragionare in termini di certezza. Ovviamente il passaggio in giudicato, lungi dal tradurre la certezza in esistenza effettiva, altro non fa che impedire ulteriori mutamenti di convinzione.

È, poi, appena il caso di ripetere che presupposto della sentenza di accoglimento non è soltanto l'accertamento del diritto e dell'obbligo, ma anche dell'interesse (i.e. della lesione) e del collegamento fra il legittimato in via straordinaria e il titolare del diritto o dell'obbligo. Come si è detto, infatti, la stessa situazione sostanziale preesistente (diritto e obbligo, lesione, effettivo collegamento col titolare del diritto o dell'obbligo), la quale, allo stato di asserzione, costituisce presupposto per lo svolgimento del processo, diviene, qualora assurga al rango di realtà accertata, presupposto della sentenza di accoglimento: legittima cioè il giudice ad emanarla e le parti a riceverne gli effetti (processuali e/o sostanziali).

La distinzione fra procedimento e fattispecie spiega, poi, come si è accennato, la diversità di disciplina positiva fra la sentenza di accoglimento e gli atti preparatori; e così il coordina-

(⁹⁹) Cfr. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage* cit., pag. 253 e segg.; *Teoria general del processo*, Barcellona, s.d., pag. 56 e segg. In arg. v. anche CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1955, pag. 167 e segg.

(¹⁰⁰) MANDRIOLI, *op. loc. cit.*

(¹⁰¹) CAPOCRASSI, *Intorno al processo*, loc. cit.; CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico* cit., *op. cit.*

mento di questi ad una situazione sostanziale *asserita* e di quella ad una situazione sostanziale *accertata*.

3. Anche il processo di esecuzione è coordinato al diritto soggettivo sostanziale.

Di più. Mentre nel processo di cognizione gli atti delle parti e dell'ufficio hanno per presupposto un diritto allo stato di affermazione, e soltanto la sentenza di accoglimento presuppone la esistenza del diritto (*rectius*: l'accertamento della fattispecie da cui il diritto discende), nell'esecuzione forzata l'esistenza del diritto è presupposto non soltanto dell'atto satisfattivo ma di tutta la serie procedurale che vi conduce, dal pignoramento in avanti ⁽¹⁰²⁾.

Ancor qui, per esistenza del diritto s'intende non altro che la ricognizione, da parte del giudice, della fattispecie da cui discendono il diritto sostanziale e l'obbligo corrispondente. Come si è rilevato, il rango di realtà accertata è, almeno nel processo e in qualsiasi altra sede di ricostruzione storica, quanto di più si possa chiedere e possa essere offerto.

Peraltro, qui l'accertamento è meno pregnante di quello compiuto dal giudice nella fase decisoria del processo di cognizione, in quanto la ricognizione è compiuta dall'organo esecutivo in base ad un documento sottratto al suo libero apprezzamento critico e da mutarsi per ciò che esso, *prima facie*, dichiara.

Se non sbaglio, infatti, il titolo è, al tempo stesso, la fattispecie (il comportamento, l'atto assunto dalla legge come fattispecie) da cui discende il diritto sostanziale, e la prova della esistenza di tale fattispecie ⁽¹⁰³⁾.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. ANDRIOLI, *Commento cit.*, III, pag. 4. *Contra*, e a favore della c.d. « astrattezza » dell'azione esecutiva: LIERMAN, *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, Roma 1936, pag. 169; MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*, in *Commentario Scialoja-Branca cit.*, VI, pag. 375; CAENELUTTI, *Diritto e processo*; ROCCO Alfredo, *Il fallimento cit.*, pag. 34 e segg.; MANDRIOLI, *Azione cit.*, pag. 248 e segg.

⁽¹⁰³⁾ V. in quest'ordine d'idee, GARRAGNATI, *Il concorso dei creditori cit.*, pag. 124 e segg.

Che il titolo esecutivo consista in un atto e non soltanto nel documento che lo contiene è constatazione ormai pacifica⁽¹⁹⁴⁾, non potendosi, del resto, concepire un documento senza la realtà documentata (chè, anzi, soltanto una sottile analisi logica consente di distinguere, a fini meramente descrittivi, i due elementi).

In verità, anche chi assegna al titolo esecutivo la natura di prova non esclude la costanza dell'atto, ma si limita a rilevare che, per la sistemazione del titolo esecutivo, s'impone il profilo della prova, dal momento che sotto l'altro profilo (quello dell'atto) non vi sarebbe omogeneità fra titoli giudiziali e titoli stragiudiziali, i primi consistendo in un accertamento, i secondi in un negozio⁽¹⁹⁵⁾.

Negherei, intanto, che la asserita non omogeneità fra i tipi di atti considerati dalla legge come titoli esecutivi inibisca, in sede dommatica, di distinguere e utilizzare i due profili: quello dello atto (che, nei titoli giudiziali, consiste nel comportamento del magistrato) e quello del documento in cui l'atto è cristallizzato. Comunque, mentre non sembrano riusciti i tentativi di recente compiuti per dimostrare che anche l'atto in cui consiste il titolo stragiudiziale è un accertamento⁽¹⁹⁶⁾, si deve, a mio sommesso avviso, ritenere piuttosto che tanto il titolo stragiudiziale quanto quello giudiziale consistano in manifestazioni di volontà.

Infatti. Il titolo stragiudiziale consiste in un negozio (il mutuo, l'emissione della cambiale, l'atto amministrativo), dal quale appunto scaturiscono (nel senso che la legge sostan-

(194) Cfr. LIEBMAN, *Le opposizioni* cit., pag. 154 e segg.; GARRAGNATI, *Il concorso dei creditori* cit., loc. cit.; FURNO, *Disegno sistematico* cit., pagg. 31, 36, 67; *Contributo alla teoria della prova legale* cit., pag. 161 e segg.. Per una diligente rassegna v. anche MANDRIOLI, *Azione* cit., pag. 330 e segg.

(195) Cfr. CARNELUTTI, *Titolo esecutivo*, in *Studi in onore di Cammeo*, I, pag. 212 e segg.; *Titolo esecutivo e scienza del processo*, in *Rivista dir. proc. civ.*, 1934, I, pag. 158.

(196) FURNO, *Prova legale* cit., pag. 27 e segg.; *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze 1948; e ora MANDRIOLI, *Azione* cit., pag. 382 e segg.

ziale lo assume come fattispecie e ve li ricollega) l'obbligo e il corrispondente diritto, di cui si chiede l'attuazione forzata. E questo negozio (i.e. questa fattispecie negoziale da cui discendono l'obbligo e il diritto) è appunto rivestito di forma scritta, s'incorpora cioè in un documento (ecco il profilo documentale del titolo esecutivo); è assistito da una prova che la legge ritiene necessaria, ma anche sufficiente ai fini della ricognizione della fattispecie sostanziale (costituente titolo esecutivo) da parte dell'organo del processo di esecuzione (e, sotto questo riflesso, può ben parlarsi di *prova legale* ⁽¹⁰⁷⁾).

Ma anche l'atto che costituisce il titolo giudiziale è una dichiarazione di volontà. In altra sede ⁽¹⁰⁸⁾, ho cercato di chiarire come il provvedimento giurisdizionale non consista già in un accertamento della situazione sostanziale preesistente (né sotto il superatissimo profilo del giudizio logico, né sotto quello del comando di accertamento), sibbene in un comando sostanziale (*rectius*: una fattispecie *lato sensu* negoziale), il quale proietta i suoi effetti nel patrimonio delle parti, crea cioè (nel senso che la norma ve li ricollega) diritti e obblighi sostanziali per le parti; e come la sentenza di condanna, per tacere del decreto ingiuntivo e dell'ordinanza di convalida, lungi dall'essere un accertamento accompagnato da qualche cosa ⁽¹⁰⁹⁾, e per avventura dal comando rivolto agli organi dell'esecuzione ⁽¹¹⁰⁾, consi-

⁽¹⁰⁷⁾ CARNELUTTI, *Lezioni cit.*, V, pag. 223 e segg.: *Titolo esecutivo*, cit., pag. 213 (v. anche JAEGER, *Diritto processuale cit.*, pag. 213). Catalogato fra le prove legali il documento che contiene il titolo, non mi sembra rilevante l'obiezione che, per parlare di « prova » in sùbiecta materia, occorrerebbe ammettere la libertà di convinzione dell'organo esecutivo, che invece fa difetto (così LIEMAN, *Le opposizioni cit.*, pag. 150, e ora MANDRIOLI, *Azione cit.*, pag. 341).

⁽¹⁰⁸⁾ *Cosa giudicata cit.*, pag. 1311 e segg.: *La giurisdizione volontaria*, pag. 136 e segg.

⁽¹⁰⁹⁾ Cioè accompagnato dall'accertamento della sua eseguibilità (LIEMAN, *Le opposizioni cit.*, pag. 112) o da un comando rivolto al debitore: ROCCO Alfredo, *La sentenza cit.*, pag. 62 e segg.; ROCCO Ugo, *Corso cit.*, I, pag. 240; WEISSMANN, *Feststellungsklage*, Bonn 1879, pag. 124 e segg.

⁽¹¹⁰⁾ GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht cit.*, pag. 61; CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pag. 170; CARNELUTTI, *Istituzioni*, I, pag. 34; HELLWIG ritiene, invece, che il

ste *tout court* in un comando (rivolto dal magistrato al soccombente), il quale ha contenuto omologo rispetto al comando sostanziale trasgredito e lo sostituisce. (Mentre — come si è detto — l'accertamento non fa parte del provvedimento, cioè della volizione che trova posto nel dispositivo, pur costituendone l'antecedente logico).

Alla stregua di questa configurazione, anche il titolo giudiziale è costituito dalla fattispecie (la sentenza) cui la legge ricollega il diritto sostanziale fatto valere nell'esecuzione ed anche il provvedimento giurisdizionale di merito è rivestito di forma scritta, è cioè assistito da una prova insindacabile dall'organo esecutivo: il quale deve ovviamente limitarsi a riconoscere la fattispecie alla stregua di quanto è dichiarato nel documento; cioè a verificare dall'esterno il *dictum* della sentenza.

Avendo, poi, più volte rilevato che di prova del diritto si può parlare e si parla solo nel senso di prova della fattispecie da cui il diritto discende, non riterrei calzante l'obiezione⁽¹¹¹⁾ secondo la quale non sarebbe possibile presentare il titolo esecutivo come prova del credito, giacchè si provano i fatti e non i diritti.

Il coordinamento dell'esecuzione col diritto soggettivo sostanziale mi pare, dunque, consista in ciò che il titolo esecutivo è appunto costituito dalla fattispecie (negoziale) che è fonte di quel diritto (cioè il negozio, l'atto amministrativo, il provvedimento giurisdizionale), dedotta *in limine* quale realtà documentata e, come tale, riconosciuta dall'organo giurisdizionale (i.e. accertata: come si è detto, l'accertamento consiste nella previa ricognizione, da parte di quell'organo, dei presupposti della sua condotta).

Il sistema delle opposizioni all'esecuzione, poi, lungi dal deporre contro l'asserito coordinamento del processo esecutivo

comando sia rivolto tanto al debitore quanto all'organo esecutivo (*System cit.*, pag. 39).

(111) FURNO, *Prova legale cit.*, pag. 25; MANDIOLI, *Azione cit.*, pag. 342.

col diritto sostanziale (*rectius*: con la ricognizione della fattispecie donde scaturisce il diritto) mi sembra somministri una decisiva conferma di tale coordinamento.

Com'è noto, si discute se la sentenza che accoglie l'opposizione sia costitutiva o di accertamento, se operi *ex nunc* o *ex tunc* ⁽¹¹²⁾. Ma, in proposito, mi pare si debba operare la seguente distinzione.

La sentenza in parola o *accerta la nullità* (o inesistenza, il che è lo stesso ⁽¹¹³⁾), del titolo esecutivo ⁽¹¹⁴⁾: ciò avviene nel caso in cui l'atto costituente il titolo non sia nel novero di quelli contemplati dalla legge (ad esempio sia una sentenza di primo grado non munita di clausola) o quando risulti la falsità del documento; oppure *annulla* l'atto che costituisce il titolo (così, nel caso di opposizione al titolo stragiudiziale mediante impugnativa del negozio), o lo *risolve*. (In questa ultima ipotesi vanno collocati anche quei provvedimenti che, pur non emessi in sede

⁽¹¹²⁾ Per la natura costitutiva e per l'efficacia *ex nunc* v. LIERMAN, *Le opposizioni* cit., pag. 274 e segg.; ROSENBERG, *Lehrbuch* cit., pag. 875; STEIN, *Grundfragen der Zwangsvollstreckung*, Tübingen 1913, pag. 22; PACENSTECHER, *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*, Bonn 1896, pag. 374; OERTMANN, *Die rechtliche Natur der Vollstreckungsgegenklage*, in *Archiv für civil Praxis*, 107 (1911), pag. 234 e segg.; HELLWIG, *Anspruch und Klagerecht*, Leipzig 1924, pag. 492. Per la natura dichiarativa e per l'efficacia *ex tunc* v. CHIOVENDA, *Principi* cit., pag. 243; CALAMANDREI, *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, Milano 1926, pag. 5; SATTA, *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, in *Teoria e pratica del processo* cit., pag. 166; *Esecuzione forzata* cit., pag. 44 e segg.; FURNO, *Disegno sistematico* cit., pag. 166 e segg.; LANGREKENEN, *Der Urteilsanspruch*, Leipzig 1899; GEIB, *Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbefähigung*, München 1949, pag. 122. Nell'inaccettabile senso che l'accertamento operi *ex nunc*, v. MANDRIOLI, *Azione* cit., pag. 416 e segg.

⁽¹¹³⁾ Sulla impossibilità di distinguere « inesistenza » da « nullità », v. la mia *Giurisdizione volontaria* cit., pag. 94 e segg.

⁽¹¹⁴⁾ Se si ammetta che l'atto costituente il titolo è la fonte del diritto sostanziale fatto valere in *executivis* (v. nel testo), mi sembra non abbia più motivo la questione se la sentenza *de qua* svolga effetti sul diritto sostanziale (SATTA, *op. loc. ult. cit.*; FURNO, *Disegno* cit., pag. 65; SCHMIDT, *op. cit.*, pag. 1022; GEIB, *op. loc. cit.*) oppure sul titolo (LIERMAN, *op. cit.*, pag. 172; OERTMANN, *op. cit.*, pagg. 202 e segg.). In arg. v. anche MONTESANO, *Nullità della spedizione in forma esecutiva e distinzione fra opposizione di merito e opposizioni di forma all'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, II, pag. 236 e segg.

di opposizione, coinvolgono il titolo esecutivo: così il provvedimento di revoca della clausola di provvisoria esecuzione) ⁽¹¹⁵⁾.

Nella prima ipotesi, nella quale si accerta la inesistenza del titolo esecutivo, la sentenza non può, per natura sua, che operare *ex tunc* e travolgere gli atti compiuti ⁽¹¹⁶⁾, i quali risultano tutti inficiati dal constatato difetto di legittimazione. Nella seconda, invece, la sentenza opera *ex nunc*, interrompendo il processo esecutivo (se esso non è già concluso), ma lasciando salvi gli atti compiuti: infatti, mentre ulteriori atti risultano inibiti per il venir meno del presupposto legittimante (il titolo), quelli precedenti devono considerarsi validi perchè legittimati appunto, dal titolo, efficace fino all'annullamento.

Se queste constatazioni sono attendibili, si compone il cenato contrasto intorno alla natura della sentenza in discorso ed alla decorrenza della sua efficacia: la sentenza è di accertamento ed opera *ex tunc* quando si limita ad acclarare la nullità del titolo esecutivo; è costitutiva, ed opera *ex nunc*, quando, invece, annulla il titolo o lo risolve.

Inoltre, agevole mi sembra la risoluzione del problema degli effetti restitutori ⁽¹¹⁷⁾. Nell'ipotesi di inesistenza del titolo, il preteso creditore è obbligato a restituire la cosa o, in caso di avvenuta espropriazione, a rifonderne il valore; non solo, ma in-

⁽¹¹⁵⁾ Sulle portata e limiti dell'opposizione al titolo v., fra le più recenti: Cass. 7 maggio 1957 n. 1540, in *Massimario Foro it.*, col. 305; Cass. 15 marzo 1957 n. 869, *ivi*, col. 178; Cass. 22 febbraio 1957 n. 636, *ivi*, col. 125; Cass. 23 giugno 1956 n. 2255, in *Massimario Foro it.*, 1956, col. 413; Cass. 16 novembre 1955, in *Repertorio Foro it.*, 1955, voce *Esecuzione forzata in genere*, n. 50; Cass. 9 ottobre 1953, in *Giurisprudenza it.*, I, 1, col. 534.

⁽¹¹⁶⁾ Quanto alla posizione del terzo aggiudicatario, nonché al problema del coordinamento tra l'art. 617 cod. proc. civ. e l'art. 2929 cod. civ., v. ANDRIOLI, *Commento cit.*, III, pag. 260; MICHELI, *Dell'esecuzione forzata cit.*, pag. 509 e segg.

⁽¹¹⁷⁾ LIERMAN, *op. cit.*, pag. 277 e segg.; CARNELUTTI, *Istituzioni*, I, pag. 228; JAEGER, *Diritto processuale cit.*, pag. 532; MANDRIOLI, *Azione cit.*, pag. 427 e segg.

corre in una responsabilità obiettiva ⁽¹¹⁸⁾, per cui è tenuto a risarcire ogni e qualsiasi danno sofferto dall'esecutato.

Nell'ipotesi di annullamento, invece, il creditore procedente è obbligato a restituire soltanto il ricavato: per pretendere il maggior valore del bene espropriato e il risarcimento di ogni altro danno, l'esecutato dovrà provare la colpa o il dolo del precedente ⁽¹¹⁹⁾ (prova ovviamente agevolata, e assistita da presunzione — quanto meno *hominis* — nell'ipotesi di invalidità del negozio costituente il titolo).

Ma, infine e soprattutto, i profili sopra tracciati mi pare confermino, come si accennava, il coordinamento fra il processo *de quo* e il diritto di credito (la fattispecie costitutiva del diritto e la sua prova: i.e. il titolo esecutivo). Il regime delle opposizioni spiega, appunto, che, in mancanza del titolo, il processo non può svolgersi: infatti, il venir meno del titolo per effetto del suo annullamento paralizza l'esecuzione; l'accertamento della nullità (o inesistenza) del titolo lo travolge *ab initio*.

9. Se, per quanto concerne i rapporti col diritto sostanziale, il processo di esecuzione si differenzia da quello di cognizione, in quanto tutta la serie procedurale presuppone l'*accertamento del diritto* (nei modi e con l'intensità sopra chiariti), il processo di ingiunzione esibisce l'estremo opposto, giacchè tutta la serie di atti — *decreto ingiuntivo compreso* — può essere coordinata alla sola asserzione del diritto.

Infatti, a fianco del decreto ingiuntivo emesso sul presupposto del diritto di credito accertato (qui la ricognizione del diritto, che precede il provvedimento giurisdizionale, è contraddistinta dal tipo di prova al quale parte e magistrato sono vincolati a' sensi degli artt. 634, 635 cod. proc. civ.), la norma pre-

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. LIEBMAN, *op. cit.*, pag. 280; *contra* CARNELUTTI, *op. loc. cit.*; MANDIOLI, *op. loc. cit.*

⁽¹¹⁹⁾ Il CARNELUTTI (*op. loc. cit.*) puntualizza la colpa nella prevedibilità dell'annullamento, secondo le regole della normale prudenza.

vede un decreto, quello relativo a crediti per onorari e spese professionali, nel cui paradigma non compare l'accertamento del diritto, sibbene la semplice asserzione del ricorrente (sia pure nelle forme di cui all'art. 636 cod. proc. civ.).

Secondo l'insegnamento chiovendiano⁽¹²⁰⁾, in questa ultima ipotesi l'asserzione del diritto dovrebbe essere accompagnata dall'estremo della « possibilità e plausibilità » delle prestazioni allegate come *causa petendi*.

Se non sbaglia, però, tale estremo è già insito nell'asserzione del diritto e non può considerarsi, a fini sistematici, un di più da giustapporre ad essa. Infatti, come si è più volte rilevato, l'affermazione del diritto consiste nell'allegazione dei fatti costitutivi, cioè non di qualsiasi « episodio della vita », ma di fatti che, rientrando nella fattispecie astratta, costituiscono la fonte del diritto fatto valere: nel caso che ci occupa, l'affermazione del diritto importerà, appunto, necessariamente l'allegazione di prestazioni astrattamente riconducibili nel novero (legale) di quelle professionali⁽¹²¹⁾.

Per ultimo, il processo cautelare offre, ai fini che qui interessano, un profilo analogo a quello tracciato per il processo di cognizione.

Ci si ponga, infatti, dall'angolo dell'azione⁽¹²²⁾, o del procedimento⁽¹²³⁾, o del provvedimento cautelare⁽¹²⁴⁾, ritornano,

(120) *Istituzioni*, I, pag. 242. V. anche CALAMANDREI, *Il procedimento monitorio cit.*, pag. 74 e segg.

(121) V. in arg. LEONE, in *Giurisprudenza completa Cass.*, 1952, 2° quadr., pag. 854; SCROF, *Sull'onere della prova nell'opposizione a decreto ingiuntivo per crediti di professionisti*, in *Giustizia civ.*, 1951, pag. 359. Il previo controllo degli organi professionali riguarda, di norma, appunto e soltanto questa corrispondenza e la congruità del quantum (cfr. Appello Bari 10 settembre 1951, in *Repertorio Foro it.*, 1952, voce *Ingiunzione*, n. 28).

(122) CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pag. 250 e segg.

(123) CARNELUTTI, *Sistema cit.*, I, pag. 205 e segg., 322 e segg.; *Istituzioni*, I, pag. 43 e segg.

(124) CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova 1936, pag. 143 e segg.

mutatis mutandis, le constatazioni già compiute. Gli atti di questo processo sono coordinati all'asserzione, *in limine*, della situazione sostanziale: la quale compone la situazione legittimante, incide cioè nel paradigma normativo di quegli atti. Invece, il provvedimento cautelare presuppone l'accertamento, da parte del giudice, della situazione *de qua*: qui, peraltro, la ricognizione è fatta superficialmente, in base a prove addotte e valutate sotto il profilo del *fumus*.

La certezza (intorno al diritto e all'obbligo sostanziali) è qui ridotta, dunque, al minore grado di intensità. Tuttavia, il nesso di coordinazione fra il provvedimento e il diritto sostanziale sussiste, e si presenta nello stesso schema di quello che unisce il diritto alla sentenza di accoglimento.

Se questo è vero, può essere superata l'impasse nella quale sembra chiusa la dottrina in tema di misure cautelari⁽¹²⁵⁾. Infatti, in considerazione del coordinamento fra diritto e cautela, nè l'azione, nè il procedimento, nè, tanto meno, il provvedimento cautelare possono considerarsi « astratti » (o « autonomi »: ma su ciò *infra*, sub 10). D'altra parte, non è necessario, per rivendicare alla cautela un presupposto sostanziale, nè presentare la misura cautelare come una anticipazione del provvedimento di merito⁽¹²⁶⁾, nel tentativo di connetterla, per questa via, al diritto sostanziale, nè fondare l'attività in discorso sul preteso diritto soggettivo (sostanziale) alla cautela⁽¹²⁷⁾.

Queste soluzioni mi sembrerebbero in sè inaccettabili: la prima, perchè nega la distinzione fra azione (e processo) caute-

(125) Cfr. REDENTI, cit., pag. 167; SATTA, *L'esecuzione forzata*, Milano 1937, pag. 40; ALLORIO, *Per una nozione del processo cautelare*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1936, I, pag. 19 e segg.; LANCELLOTTI, *Osservazioni critiche intorno all'autonomia processuale della tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, pag. 232 e segg.; DENTI, *Sul concetto di funzione cautelare*, in *Studi in memoria di Ciapessoni*, Pavia 1948, pag. 6 e segg.; MANDRIOLI, *Azione cit.*, pag. 635 e segg. Per la dottrina tedesca v. SCHMIDT, *Lehrbuch cit.*, pag. 583; HEILWIG, *System cit.*, II, pag. 442; ROSEMBERG, *Lehrbuch cit.*, pag. 983 e segg.

(126) REDENTI, *op. loc. cit.*; SATTA, *op. loc. cit.*

(127) ALLORIO, *op. loc. cit.*

lare e azione (e processo) di cognizione, la quale invece risulta, in modo irrefutabile, dal diritto positivo (¹²⁸); la seconda, perchè la posizione soggettiva che si pretende configurare come diritto sostanziale alla cautela deve identificarsi (a meno che non ci si voglia ancor qui rassegnare alla presenza di un inutile doppione) col potere processuale di mettere in moto la procedura cautelare. Comunque, le soluzioni *de quibus* sono a mio avviso superflue, dal momento che presupposto della cautela è il diritto soggettivo (di credito, reale, etc.), e che, per stabilire il collegamento, non occorre il tramite del processo di cognizione.

10. Tirando le somme, mi pare si debba riconoscere che il processo civile, nei vari tipi (¹²⁹), è sempre coordinato al diritto sostanziale.

Di tale coordinamento si possono cogliere più gradi. Nel processo di cognizione, si passa dalla asserzione del diritto (*rectius*: della fattispecie donde promana l'obbligo e il corrispon-

(¹²⁸) Cfr. SEGNI, *Sequestro giudiziale* cit., pag. 130.

(¹²⁹) A mio avviso, la evidente varietà di tipi del processo civile (cognizione, esecuzione, cautela etc.: cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pagg. 30, 279, 213 e segg., 249 e segg.; SEGNI, *Cognizione ed esecuzione*, in *Studi sassaresi*, 1938, pag. 610; *Commentario Scialoja-Branca*, VI, pag. 302 e segg.; REDENTI, *Diritto processuale civile* cit., I, pag. 91 e segg.; GARRAGNATI, *Il concorso dei creditori* cit., pag. 113) non può essere ridotta ad unità in base al parametro dello « scopo »: ciò vuoi per le ragioni addotte contro le visioni dichiaratamente teleologiche (su ciò v. *retro* capitolo secondo, *sub* 10), vuoi perchè tutto sommato, sotto il manto di queste configurazioni unitarie le differenze di quei tipi sussistono e, a fini sistematici, non possono che prevalere. Così, chi afferma che l'azione è un potere unico (in quanto mira all'attuazione della sanzione), mentre varie sarebbero le forme del suo esercizio (FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, pag. 166 e segg.; *Disegno sistematico* cit., pag. 24 e segg.; lo segue sostanzialmente il MANDRIOLI, *Azione* cit., pag. 169 e segg., 226 e segg., il quale peraltro, mentre si colloca dal punto di vista dell'azione, non rinuncia al tentativo di risolvere nella c.d. unità funzionale le differenze strutturali fra i processi) mi pare trascuri che la ammessa varietà di forme reagisce anche sull'azione, coerenziando, in corrispondenza di ogni tipo di procedimento, un tipo di azione (cioè un astratto potere di mettere in moto il procedimento) che si distingue dagli altri per taluno dei suoi elementi (per es. l'oggetto e la forma).

dente diritto) ⁽¹²⁰⁾ all'accertamento del diritto ⁽¹²¹⁾; la prima abilita i soggetti del processo al compimento delle attività processuali, incide cioè in ogni atto della serie procedurale, quale componente della situazione che legittima il soggetto ⁽¹²²⁾; il secondo (consistente nella ricognizione della fattispecie costitutiva, che il magistrato compie, nella fase decisoria e alla stregua delle prove raccolte, prima di emanare il provvedimento) compone la situazione che legittima la sentenza di accoglimento ⁽¹²³⁾.

Rispetto agli altri tipi di processo, il diritto funge da presupposto di tutta la serie di atti, non escluso quello finale: come realtà *accertata* (riconosciuta cioè dall'agente, prima del compimento dell'atto, alla stregua della prova somministrata dal titolo esecutivo), nel processo di esecuzione ⁽¹²⁴⁾; come realtà *asserita*, in certe forme di processo ingiunzionale ⁽¹²⁵⁾.

Ancora. Molteplici sono i gradi dell'accertamento del diritto. Si passa dalla ricognizione che si articola nell'apprezzamento critico delle prove e nel libero convincimento dell'agente: è il caso normale della ricognizione operata dal giudice prima di emanare la sentenza; a quella vincolata alle risultanze estrinseche del titolo esecutivo; dalla ricognizione che si basa su prove adeguate (o che presuppone, quanto meno la possibilità della parte di fornire tali prove): è il caso del processo di cognizione; a quella che si fonda su prove, approssimative e incomplete, allegate sotto il profilo del *fumus*.

Ma varie che siano le forme e l'intensità della sua presenza, il diritto compare nel paradigma normativo del processo: inteso quest'ultimo — come si è detto — quale serie di atti di più sog-

⁽¹²⁰⁾ V. *retro*, sub 4.

⁽¹²¹⁾ V. *retro*, sub 5.

⁽¹²²⁾ V. *retro*, sub 7.

⁽¹²³⁾ V. *retro*, sub 7.

⁽¹²⁴⁾ V. *retro*, sub 8.

⁽¹²⁵⁾ V. *retro*, sub 9.

getti (parti e organi pubblici) mutuamente implicati e ordinati in unica sequenza.

Ciò che conta, a mio sommo avviso, è che il diritto soggettivo costituisce il parametro dei poteri processuali del giudice e delle parti. Si tratta ovviamente di un parametro logico, enucleato e applicato, cioè, per via di astrazione: non si dimentichi, del resto, che tanto il diritto soggettivo sostanziale quanto i poteri processuali sono, alla stregua di qualsiasi posizione giuridica soggettiva, delle realtà logiche, più esattamente degli schemi apprestati per ordinare il contenuto delle norme.

Il collegamento fra il diritto e quei poteri, la complementarietà del processo rispetto al diritto segnano, appunto, l'incontro fra quegli schemi, individuano, ferma la distinzione fra essi, le loro implicazioni: sotto questo riflesso non mi pare dubbio che, comunque sia presente (e quindi anche allo stato di asserzione e d'ipotesi), lo schema del diritto soggettivo sia indispensabile al processo, in quanto serve, da un canto, per presentare, per apprendere e per accertare la ragione e il torto, dall'altro, e in corrispondenza, per legittimare i protagonisti del rito civile alle relative attività processuali.

Richiamando anche gli argomenti che ad esse hanno condotto, credo che le constatazioni di cui sopra vadano così inserite nel quadro delle teorie correnti.

Se non sbaglio, esse impongono di superare i termini in cui suole porsi il problema dei rapporti fra diritto e processo, cioè i termini classici dell'«astrattezza» e «concretezza» della azione⁽¹²⁶⁾. L'iter della svalutazione di tale dilemma, già da altri⁽¹²⁷⁾, acutamente iniziato, mi pare si debba concludere come segue.

(126) Ripetere qui l'elenco dei fautori della «concretezza» e dell'«astrattezza» mi sembrerebbe un fuor d'opera. Per una esauriente rassegna delle contrapposte opinioni e sul più recente stato della questione rimando ancora a: SEGNI, CALAMANDREI, LIERMAN, MICHELLI, FURNO, *opp. locc. cit.* nella nota n. 7.

(127) FURNO, *op. cit.*, pag. 356.

A rigore, e secondo il corretto uso che se ne fa in ordine al negozio giuridico ⁽¹³⁸⁾, « astratto » e « concreto » sono attributi i quali segnano rispettivamente la presenza (dell'indicazione) della causa nella fattispecie (ecco perchè nel linguaggio privatistico si preferisce parlare di « causalità » piuttosto che di « concretezza », pur accettandosi l'equivalenza dei termini ⁽¹³⁹⁾) e la assenza di tale indicazione, cioè la c.d. riduzione analitica della fattispecie (astrazione della causa) ⁽¹⁴⁰⁾.

Mi pare risulti evidente che, nel loro retto significato, tali attributi non possano essere utilizzati ai fini che ci occupano. A parte il rilievo che l'azione non consiste soltanto nel potere di mettere in moto il processo, e quindi non si traduce nel solo atto introduttivo, bensì è composta da tutte le posizioni soggettive di cui l'attore è munito nel processo e si risolve, nel suo concreto esercizio, in tutta una serie di atti (dalla domanda introduttiva alla discussione innanzi al collegio); a parte questo rilievo, e quand'anche ci si riferisca, come si suole, ad uno soltanto degli atti della serie procedurale, cioè alla domanda giudiziale in cui

⁽¹³⁸⁾ V. BETTI, *Teoria cit.*, pagg. 119 e segg.; BARASSI, *Obbligazioni*, Milano 1948, II, pagg. 48 e segg.; CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Torino 1912, I, pag. 158 e segg.; BARRERO, *op. cit.*, pag. 356; BATTISTONI, *La causa nei negozi giuridici*, Padova 1933; CAROTA-FERRARA, *op. cit.*, pag. 582 e segg.; DE RUGGIERO-MAROI, *Istituzioni di diritto privato*, Messina s.d., I, pag. 101 e segg.; DI GENNARO, *Contratti misti*, Padova 1933, pag. 33 e segg.; FERRARA F. jr., *La girata della cambiale*, Roma 1935, pagg. 280 e segg.; MALVAGNA, *Il problema della causa nei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1934 pag. 233 e segg.; NICOLÒ, *L'adempimento cit.*, Milano 1936, pag. 287; PUGLIATTI, *Nuovi aspetti della causa nei negozi giuridici*, in *La Dante Alighieri in memoria di G. Venezian*, Messina 1934, pag. 187 e segg.; RESSENTI, *La causa nel contratto secondo il nostro codice*, in *Studi in onore di A. Cicu*, Milano 1951, pag. 282 e segg.; RUBINO, *Negozio indiretto*, Milano 1937 pag. 103 e segg.; SANTORO-PASTARELLI, *Istituzioni cit.*, pag. 85; SCIALOJA, *Negozi giuridici cit.*, pag. 91 e segg.; STOLFI, *op. cit.*, pag. 30 e segg.; TRABUCCHI, *Il dolo*, Padova 1937, pag. 145 OSILIA, *Considerazioni sulla causa del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, pag. 44 e segg.; ENNECERUS, *Lehrbuch cit.*, I, pag. 344 e segg.; STAMPE, *Das Causa Problem des Civilrechts*, Greifswal 1904.

⁽¹³⁹⁾ Cfr. MESSINEO, *Titoli di credito*, I, Padova 1934, pag. 141.

⁽¹⁴⁰⁾ Cfr. BETTI, *Negozio cit.*, pag. 133; ASCARELLI, *L'astrattezza nei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, pag. 393.

l'azione (intesa come potere di iniziativa) si tradurrebbe, non riterrei facilmente superabili le seguenti obiezioni.

Non in tutti i tipi di processo è dato di enucleare la domanda introduttiva (si pensi al processo esecutivo, il quale resiste per questo verso a qualsiasi sforzo tendente a ridurlo negli schemi della cognizione⁽¹⁴¹⁾); quindi il punto di riferimento per i descritti attributi non sussiste sempre.

Prescindendo da questa constatazione, la domanda giudiziale non può essere sempre configurata come un negozio, rispetto al quale giochi l'elemento « causa ». Nell'ipotesi di accoglimento si potrebbe (sia pure *ex post*), argomentare a favore della natura *lato sensu* negoziale⁽¹⁴²⁾, allegando, quale prova che la legge assume la domanda come fattispecie negoziale e vi collega effetti consentanei, la corrispondenza fra il contenuto della domanda (ch'è la richiesta della sentenza favorevole) e la sentenza di accoglimento, presentata a sua volta come effetto della domanda (previa gratuita elisione degli altri atti preparatori, i quali, invece, concorrono tutti alla formazione dell'atto finale). Senonchè, nell'ipotesi di rigetto la possibilità di presentare la domanda come un negozio è assolutamente esclusa, mancando la corrispondenza in parola. Il dilemma « astrattezza » o « concretezza » (*rectius*: « causalità ») non è, allora, riproponibile: infatti, proprio quando si proclama l'astrattezza della domanda, perchè non necessariamente coordinata all'accoglimento, si decampa dal terreno del negozio, sul quale soltanto è lecito discorrere di « causa » e, quindi, di « astrattezza » e « concretezza ».

D'altra parte, non è possibile fermare l'attenzione sulla sola domanda fondata, in quanto anche la domanda infondata (come, del resto, tutti gli atti che sfociano nella sentenza di rigetto) esige

(141) V. DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano 1953, pag. 12, 130; *Intorno ai concetti generali del processo di esecuzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, I, pagg. 125, 126, 129, 131.

(142) Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni cit.*, II, pag. 266; CARNELUTTI, *Istituzioni cit.*, I, pag. 288; *Contra*: SATTI, *Diritto processuale cit.*, pag. 112.

— lo si diceva più indietro ⁽¹⁴²⁾ — di essere sistemata nello schema dell'azione. Comunque, deve escludersi che la domanda fondata sia un negozio « concreto » (*rectius*: « causale »), che cioè il suo paradigma normativo contenga il riferimento alla causa.

Infatti, secondo l'opinione prevalente ⁽¹⁴⁴⁾ (e, a mio avviso, corretta ⁽¹⁴⁵⁾) la causa è il primo della serie di motivi della condotta negoziale (collegati fra loro dal rapporto di mezzo a scopo), cioè quello più prossimo all'azione ⁽¹⁴⁶⁾: quale risulta dal paradigma normativo della condotta ⁽¹⁴⁷⁾. Se questo è, non v'ha dubbio che la domanda giudiziale non rechi menzione della causa, cioè dello scopo (*rectius*: motivo in senso logico) che ha dettato la condotta dell'agente, la volizione in cui la domanda (se si ammette in ipotesi la sua natura negoziale) consisterebbe. Chi ritenga il contrario, assumendo che « causa » (i.e. scopo) della domanda sia la sentenza favorevole, confonde fra « causa » ed « oggetto » della domanda: la sentenza favorevole, infatti, costituisce l'oggetto della domanda (*è ciò che l'attore chiede, vuole*); ma non la causa di essa (*non è lo scopo per il quale l'attore chiede, vuole la sentenza*).

Per questa via, insomma, e cioè ragionando in termini di *negozio* e di *causa del negozio*, tutto ciò che si può predicare

⁽¹⁴²⁾ V. *retro*, *sub* 1.

⁽¹⁴⁴⁾ Cfr. BARASSI, CHIRONI, BATTISTONI, DE RUGGIERO-MAROI, MALVAGNA, *opp. loc. cit.*

⁽¹⁴⁵⁾ V. *La giurisdizione volontaria cit.*, pag. 63 e segg.

⁽¹⁴⁶⁾ Questa locuzione sembra preferibile a quelle che designano la causa come il « motivo ultimo » o quello « immediatamente precedente l'azione ».

⁽¹⁴⁷⁾ Come altrove ho rilevato (*Giurisdizione cit.*, pag. 66), il costante riferimento al modello normativo e alla causa come elemento di esso, sottrae la nozione di causa enucleata nel quadro della rilevanza giuridica dei motivi alla corrente accusa, dei fattori della causa e.d. obiettiva, di non essere ancorata alla norma e di fluttuare nell'insondabile psicologia dell'individuo agente. Di più, la contrapposizione fra causa *obiettiva* e *subiettiva* è, a mio avviso, mal posta. È ovvio infatti, che l'osservazione del dommatico deve riguardare (per la causa, come per gli altri elementi) il modello normativo e che, anche partendo dall'atto reale, i motivi di questo (alla stregua di tutti gli altri elementi) vanno presi in considerazione in quanto rientrano nello schema della norma.

della domanda è che essa, quand'anche fondata, fa astrazione della causa.

Ora, a parte gli ostacoli di cui è costellata la strada che vi conduce, tale conclusione da un canto non conforta, chè anzi recisamente contraddice il collegamento che si pretende di cogliere fra sentenza di accoglimento e azione (i.e. domanda) « concreta »; dall'altro, e come si è preannunciato, non riveste interesse per la definizione dei rapporti fra il processo e il diritto sostanziale presupposto.

Se non è possibile discutere di « astrattezza » e « concretezza » dell'azione (i.e. della domanda) in punto di « causa », è, poi, per lo meno assai improprio parlarne in un diverso significato, cioè in funzione del coordinamento che si assume sussistere (« concretezza ») o meno (« astrattezza ») fra la domanda e il diritto sostanziale presupposto⁽¹⁴⁸⁾. Ammetto che, su tale strada, ci si possa richiamare ad un precedente di notevolissimo rilievo, costituito dalla dottrina dei titoli di credito, la quale, appunto, presenta in termini di « causalità » ed « astrattezza »⁽¹⁴⁹⁾ quello che è, in effetti, il coordinamento fra il titolo ed il rapporto fondamentale presupposto. Noto, tuttavia, che anche nella dottrina in parola si coglie il disagio e, nelle fonti più avvertite, la denuncia della improprietà di applicare quei termini anziché al rapporto fra l'atto e la causa (i.e. lo scopo), a quello fra l'atto e il suo presupposto⁽¹⁵⁰⁾.

(148) V. ora anche MANDRIOLI, *Azione cit.*, pag. 238.

(149) Cfr. BETTI, *Negozio cit.*, pag. 138; ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 390, 401; MESSINEO, *Titoli di credito*, cit., I, pag. 140 e segg.; ASQUINI, *Titoli di credito*, Padova 1951, pag. 100 e segg.; ARENA Andrea, *Introduzione allo studio del diritto commerciale e titoli di credito*, Milano 1956, pag. 132 e segg.; FIORENTINO, *Dei titoli di credito*, in *Commentario Scialoja-Branca*, IV, pag. 41 e segg.

(150) V. BIGIARI, *La delegazione*, Padova 1940, pag. 299; BETTI, *op. loc. cit.*, nota n. 17; *Mananza di causa della girata cambiaria e prova testimoniale contro il tenore del titolo*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, II, pag. 158 e segg.; LA LUMIA, *L'obbligazione cambiaria e il suo rapporto fondamentale*, 1923, n. 19, 26; ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 401.

Non a torto, quindi, un'autorevole dottrina ⁽¹⁵¹⁾ sostituisce, in tema di rapporto fra azione e diritto, la nozione di « autonomia » a quella di « astrattezza ». Non saprei dire, però, fino a che punto sia consigliabile mutare il linguaggio tradizionale, il quale indica come « autonomia » (dell'azione) la più cospicua conquista dei nostri studi: la separazione concettuale fra la sfera del processo e quella del diritto, fra il diritto soggettivo e la azione (rivendicata appunto come posizione schiettamente e unicamente processuale).

Comunque, adoperando gli attributi « astratto » e « concreto » in questo diverso significato, non mi pare si possa predicare la causalità o astrattezza della domanda sulla base della effettiva esistenza o inesistenza del diritto presupposto. Ancora qui, a mio avviso, dovrebbe soccorrere come paradigma, in virtù dell'analogia or ora riscontrata, il regime dei titoli di credito: in esso il coordinamento fra l'atto e il rapporto fondamentale è correttamente presentato, non in termini di effettiva esistenza di tale rapporto, bensì in termini di *richiamo, indicazione* di esso nel titolo; talchè viene considerato « causale » il titolo che rechi menzione di quel rapporto, a prescindere dalla sua effettiva costanza ⁽¹⁵²⁾.

Sotto questo ineccepibile profilo, concorderei pienamente con l'autorevole avviso ⁽¹⁵³⁾ secondo il quale la domanda giudiziale deve considerarsi « causale » (i.e. « concreta »), in quanto il suo schema normativo comprende l'allegazione della situazione sostanziale presupposta (cioè della *causa petendi*), a prescindere dalla sua effettiva sussistenza.

⁽¹⁵¹⁾ MICHELI, *Dell'esecuzione forzata* cit., pag. 375.

⁽¹⁵²⁾ MESSINEO, *Titoli di credito* cit., I, pag. 154; FERRARA FRANCESCO junior, *La girata della cambiale* cit., pag. 300; ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 390; FIORENTINO, *op. cit.*, pag. 44. *Contra*: FERRELLI, *Titoli di credito*, in *Trattato diritto civile*, Torino 1950, pagg. 85, 86.

⁽¹⁵³⁾ BETTI, *Ragione e azione* cit., pag. 219. In arg. v. CARNELUTTI, *Titolarità del diritto e legittimazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, II, pagg. 121, 122.

11. Le considerazioni svolte, se da un canto segnano i limiti direi costituzionali, delle correnti vedute in tema di « astrattezza » e « concretezza » dell'azione, mi pare aprano, dall'altro, la strada per riepilogare e concludere intorno al settore dei rapporti fra processo e diritto sostanziale fin qui esaminato, cioè intorno al ruolo di presupposto che il diritto svolge rispetto al processo.

Innanzitutto, da quest'angolo, il rapporto col diritto sostanziale non riguarda soltanto la domanda, ma tutti gli atti della serie procedurale: vuoi quelli in cui si concreta l'azione, cioè la situazione soggettiva (composita) dell'attore; vuoi quelli in cui si concreta la situazione processuale del convenuto; vuoi quelli in cui si traduce la *funzione* dell'ufficio⁽¹⁵⁴⁾.

Come ho più sopra rilevato, la costante riduzione del nostro problema all'azione (a sua volta intesa come potere di mettere in moto il processo e individuata quindi, come atto concreto, nella domanda) non mi sembra giustificata nè feconda, derivando, a causa dell'ovvia vischiosità dei concetti tradizionali, dall'originaria ed errata collocazione dell'*actio* nell'ambito del diritto soggettivo (sostanziale).

Tali essendo i termini del rapporto: *diritto soggettivo (sostanziale)* e *atti del processo*, la questione consiste nello stabilire se questi siano o meno coordinati a quello.

La risposta affermativa, che sopra ho ritenuto di dover dare, non mi pare validamente contraddetta da quelle recenti indagini (della dottrina d'oltr'alpe) che rivendicano al processo la più completa indipendenza dalla situazione sostanziale preesistente⁽¹⁵⁵⁾. Come si è visto, tali teorie, peraltro combattute anche in Germania, urtano contro irrefutabili indicazioni positive del nostro rito: secondo le quali la situazione sostanziale va dedotta *in limine*, a molteplici fini, ma segnatamente per la pre-

(154) V. retro, sub 1.

(155) V. retro, sub 2 e note nn. 28, 29, 30, 31.

via determinazione dei poteri delle parti e del giudice, i.e. come parametro delle rispettive legittimazioni.

Nè credo si possa negare il coordinamento fra il diritto e gli atti processuali che hanno per presupposto l'*asserzione* del diritto (nel senso, sopra chiarito, che l'allegazione della situazione sostanziale presupposta compone la loro fattispecie legittimante). Come è stato già acutamente rilevato in ordine alla domanda⁽¹²⁶⁾, dal punto di vista logico e sistematico il coordinamento fra l'atto e la situazione sostanziale sussiste quando e purchè il paradigma normativo dell'atto contempli il richiamo di quella situazione: ciò che appunto accade per l'atto processuale in genere, il cui schema indica sempre un soggetto legittimato sul parametro del rapporto sostanziale dedotto in lite⁽¹²⁷⁾.

Aggiungerei, anzi, che questa conclusione, se da un canto svincola l'azione (come, del resto, l'attività delle altre parti e del giudice) dal malinteso presupposto della *esistenza* del diritto, ed offre quindi uno schema adatto vuoi all'azione che sfocia nell'accoglimento vuoi a quella che mette capo al rigetto, dall'altro consente, se non sbaglio, di spiegare e sistemare il coordinamento fra il diritto (sostanziale) e le residue azioni nominate⁽¹²⁸⁾: coordinamento che indubbiamente sussiste e di cui non si può non tener conto⁽¹²⁹⁾, ma che, a mio avviso, va contemplato in termini di *asserzione* e non in termini di *esistenza* del diritto presupposto.

Meno che mai, infine, sarebbe possibile negare il coordinamento fra il diritto e gli atti che, come la sentenza di accoglimento e gli atti del processo esecutivo, presuppongono l'accerta-

(126) BETTI, *op. loc. ult. cit.*

(127) V. *retro*, sub 5.

(128) Esse costituiscono l'*arbor actionum* cui si riferisce il REDENTI (*Trasferimenti cit.*, pag. 75 e segg.; *Diritto processuale cit.*, pagg. 48, 49); ma ovviamente non possono considerarsi un numero chiuso (cfr. LIEBMAN, *Azioni cit.*, pag. 439; BARBERO, *La legittimazione ad agire in confessoria e negatoria servitutis*, Milano 1950, pag. 78; MENESTRINA, *Azione*, in *Enciclopedia italiana*, pag. 703).

(129) LIEBMAN, *op. loc. ult. cit.*

mento della situazione sostanziale, sotto il cennato riflesso che certezza del diritto non significa esistenza ⁽¹⁶⁰⁾. A parte il rilievo che si tratta ancor qui di un coordinamento logico e non pratico, e che come tale e in quanto tale esso deve essere assunto nel sistema, va richiamata in proposito la constatazione già compiuta: quali che siano l'intensità della certezza (e ciò in ragione delle prove utilizzate e dei limiti del loro apprezzamento da parte del giudice) e la sua modificabilità (per effetto di impugnazioni), il rango di realtà accertata rappresenta un limite invalicabile, contraddistingue la più elevata e pregnante presenza del diritto nel processo.

(160) V. MANZIOLI cit. nella nota n. 98.

PIERO ZICCARDI

*Professore ord. di diritto internazionale
nell'Università di Milano, e già di Urbino*

L'INTERNAZIONALIZZAZIONE
DELLE VIE D'ACQUA INTERNE (*)

(*) L'attualità del tema suggerisce di ripubblicare questa trattazione già apparsa nella rivista *La Comunità Internazionale* dell'aprile 1946.

1. Al termine di ogni guerra il problema di riorganizzare i rapporti normali tra gli stati si propone in termini diversi da quelli che avevano deciso le soluzioni concrete nel periodo precedente alla guerra. Nulla di strano, perciò, che non si parli oggi di una pura e semplice conferma delle norme internazionali che regolavano per l'innanzi la navigazione interna, e che si proponessero invece nuovi progetti e si discutano nuove idee. Ed è anche comprensibile che le nuove proposte vogliano tener conto delle critiche condotte nel passato alle realizzazioni di Barcellona, e soprattutto che intendano portare a sviluppi più completi il principio che ha ispirato la legislazione internazionale in materia fluviale dal Congresso di Vienna del 1815 fino allo Statuto di Barcellona del 1921. Il perfezionamento che si vorrebbe realizzare nel principio della libertà di navigazione sulle vie acqued interne (quelle almeno dette di interesse internazionale) riguarda specialmente il superamento delle riserve fatte in omaggio al principio di sovranità degli stati, ed in particolare il trasferimento dell'amministrazione relativa, dai singoli stati rivieraschi, ad organismi internazionali.

In questi termini viene infatti aperta la discussione, non soltanto nei progetti e studi privati, come quello eccellente del Mance, o quello recentissimo del Wehle⁽¹⁾, ma anche in quelle prime proposte di Truman nel convegno di Potsdam⁽²⁾ che se-

(1) OSBORNE MANCE, *International River and Canal Transport*, Oxford University Press, London New York Toronto, 1944; WEHLE, *International Administration of European Inland Waterways*, in *American Journal of International Law*, 1946, 1°, p. 100 ss. — Ritengo superflua l'indicazione delle opere più antiche, generalmente conosciute e, del resto, richiamate dal MANCE, in una vera bibliografia generale del diritto internazionale fluviale.

(2) Cfr. WEHLE, *op. cit.*, p. 101.

gnarono l'inizio di trattative diplomatiche che non hanno, peraltro, approdato finora a risultati concreti ⁽³⁾. Nè questo sarebbe stato possibile mentre rimangono tuttora insoluti problemi politici e territoriali la cui soluzione condiziona ogni altro accordo.

In tutti questi progetti e proposte, ufficiali e non ufficiali, è fatto esclusivo riferimento alle vie acquedotte interne dell'Europa, e questa potrebbe apparire una grave ed ingiusta limitazione di un problema che ha carattere generale. Ma se si considera che il problema oggi più urgente in tema di navigazione interna riguarda l'uso del Danubio con la questione degli « Stretti » si può giustificare l'incompleta generalità (quanto alle proposte Truman superate dal successivo messaggio del 27 ottobre) ⁽⁴⁾ come un primo tentativo di riportare a termini più generali un problema che per ora si propone in sede politica, cioè con vera attualità, soltanto nei confronti di quelle due determinate questioni concrete: per le quali ha peraltro addirittura carattere di urgenza. Si avrà del resto agio di vedere come ogni questione sia, in questo campo, strettamente legata a situazioni concrete e come sia difficile progettare norme generali che non siano la semplice silloge di norme particolari già singolarmente realizzate una per una attraverso il superamento delle difficoltà inerenti alle singole situazioni concrete.

A queste ragioni, per così dire tecniche, di prudenza altre e più gravi si aggiungono. In verità questo non è affatto il momento più adatto a far compiere decisivi progressi al diritto internazionale fluviale (quando anche fossero superati i contrasti fondamentali tra le grandi potenze, e fosse aperta la via alla stipulazione dei trattati di pace), nè sono favorevoli le condi-

⁽³⁾ Cfr. questa rivista, 1946, n. 1, p. 106-110. Per le ultime fasi della polemica (precedenti all'incontro di Parigi dei ministri degli affari esteri del giugno-luglio corrente, in cui pure l'argomento è stato affrontato ma non ancora, sembra, risolto) cfr. le dichiarazioni del 27 maggio di Molotov e del 3 giugno di BEVIN, in *Relazioni internazionali*, 1946, I°, p. 11 s.

⁽⁴⁾ Cfr. WEHLE, *op. cit.*, p. 1-2 ed *infra*, n. 4.

zioni per promuovere una convenzione di estensione universale in materia di navigazione interna, per una seconda Barcellona che ne sviluppi e completi l'opera. Al contrario le condizioni odierne sono estremamente più sfavorevoli di quelle dell'altro dopoguerra, e questo per due ben distinte ragioni specificamente riguardanti l'utilizzazione delle vie acquee interne.

Al termine dell'altra guerra, di fronte alla grande potenza che tradizionalmente, e con la maggiore intensità, ha sempre difeso e realizzato ovunque possibile il principio della libera navigazione delle vie d'acqua interne, l'Inghilterra, non si trovavano efficaci antagonisti. La Russia, la cui avversione a questi principi è altrettanto tradizionale, era assente e ricacciata molto lontana all'Est: nè il regime del Danubio (elemento caratteristico della rivalità anglo-russa per tutto il secolo scorso), nè quello dei fiumi baltici e tedeschi, nè infine il problema degli Stretti dovevano dipendere dal suo gradimento. La Germania anch'essa, se non avversa, quanto meno piuttosto tiepida verso questa, come verso ogni altra limitazione internazionale della sua libertà, era il nemico vinto; vinto e scomparso era l'Impero austro-ungarico che, pur accettando principi liberali in materia di navigazione interna, aveva sempre costituito la forza con cui occorreva fare i conti in tutto il bacino danubiano⁽¹⁾, e che aveva sia interessi propri contrastanti con quelli dell'Inghilterra, sia una potenza sufficiente per imporli in sede politica. Quanto alle minori potenze danubiane, l'esperienza da esse fatta di quanto fosse conveniente la presenza di grandi potenze estranee accanto agli stati ripuari, per evitare la fatale subordinazione dei propri agli interessi della maggiore potenza che dominasse il fiume, aveva avuto l'effetto di renderle, specialmente la Romania, ben disposte verso il principio dell'internazionalizzazione;

(1) Dipese infatti dalla sua politica l'esautoramento della Commissione degli stati rivieraschi per il Danubio, che impedì la sua prevista sostituzione alla commissione europea, e determinò invece la scomparsa della prima e la definitiva permanenza della seconda. Su ciò cfr. l'utile compilazione di HAJNAL, *Le droit du Danube international*, La Haye, 1929, p. 43 ss.

nè poi avrebbero potuto, l'avessero anche voluto, porsi efficacemente come antagoniste.

Quanto diversa sia la situazione attuale non occorre nemmeno accennare, e ne sono state già indicate le conseguenze nella controversia già aperta circa il regime del Danubio e degli Stretti.

Ora, indipendentemente dagli altri contrasti nei rispettivi programmi e concezioni politiche che aggravano la controversia per il Danubio, la presenza della Russia nell'Europa medio-orientale rende le attuali prospettive assai meno favorevoli che al tempo di Barcellona per una generale apertura al traffico internazionale delle vie d'acqua interne in questa, che è poi la regione europea in cui il problema presenta il maggiore interesse pratico.

Certo è che l'annoso contrasto fra Inghilterra e Russia in materia di libera navigazione delle vie d'acqua interne si estende ormai a tutta l'Europa mediana, mentre una volta si concentrava sulle coste del Mar Nero e sugli Stretti, nè sono finora venuti meno i fattori economici che, indipendentemente dalle particolari concezioni politiche realizzate nelle due potenze, ne determinano il contrasto su questo punto. Si tratta essenzialmente del contrasto fra una potenza marittima ed una potenza continentale; fra due sistemi economici di cui il primo ha come caratteristica l'estremo sviluppo del commercio estero; è organizzato in tutte le sue branche — e particolarmente nella struttura creditizia e industriale — in relazione al presupposto del più ampio sviluppo del commercio internazionale, e perfeziona questa sua struttura con l'esercizio diretto della navigazione, il cui immenso sviluppo è causa ed effetto insieme delle stesse caratteristiche del sistema produttivo.

L'economia russa, invece, ha tutte le caratteristiche veramente tipiche dell'economia di mercato chiuso, con tutte le conseguenze strutturali, e di politica economica oltre che estera che ne derivano. In particolare, quanto alle vie d'acqua interne, è perfettamente logico che i due diversi organismi le facciano og-

getto di valutazioni presso che opposte: che nella concezione inglese ogni limitazione ed impedimento frapposto alla libera navigazione di esse appaia come una misura odiosa ed ostile, illiberale e per ciò stesso illecita secondo i principi di un naturale diritto delle genti; che invece, nella concezione opposta, i corsi d'acqua siano piuttosto da considerare come elementi costitutivi del patrimonio economico nazionale, rispetto ai quali non sussiste alcuna particolare ragione per sottrarli alla regola del conferimento dei loro utili al sistema economico medesimo. Nell'orbita di simili concezioni è logico che la facoltà di navigazione sia riconosciuta agli altri stati esclusivamente in cambio di vantaggi corrispettivi, nè sarebbe sufficiente, dato il diverso grado di interesse concreto alla navigazione interna, una generica e non ben commisurata reciprocità.

2. Il contrasto di concezioni in materia di navigazione interna, che oppone Russia ed Inghilterra in stretta e diretta relazione con le caratteristiche dei rispettivi sistemi economici, prospetta peraltro un problema più generale. Per tutto il secolo scorso, e specialmente dalla metà di esso sino allo Statuto di Barcellona, è stato possibile di dare al movimento per l'affermazione della libertà di navigazione sulle vie d'acqua interne la base di una concezione economica e giuridica che, se anche spesso contraddetta dalla condotta pratica degli stati, rimaneva pur sempre difficilmente contestabile in linea di principio, ed era basata sul compromesso fra i due contrastanti principi della sovranità dello stato e della libertà economica individuale.

La preminente importanza raggiunta dalla libera iniziativa dei singoli, e l'assoluta prevalenza delle attività economiche private su tutti gli altri aspetti della vita sociale erano indubbiamente un fatto generalizzato, se non proprio generale, ed erano comunque il dato di fatto che ha determinato la prevalente concezione liberale del diritto e dell'economia, nei limiti imposti dal principio sempre dominante della sovranità dello stato. Que-

sta concezione, a sua volta, non poteva non reagire sulla valutazione delle singole situazioni concrete, implicando un giudizio favorevole o sfavorevole a seconda della loro rispondenza, o meno, all'idea fondamentale che le strutture giuridiche fossero il più possibile adatte allo sviluppo della libera attività economica dei privati.

Per quanto riguarda la navigazione interna il dominio di questa concezione finiva per imporsi, sempre nei limiti segnati dall'altro principio, a tutti gli stati dell'Europa, esclusa, e *pour cause*, l'arretrata Russia imperiale; e le obiezioni comunemente avanzate contro le sue applicazioni in materia fluviale non erano mai tali da implicare una negazione del principio, ma piuttosto la necessità di derogarvi per esigenze di altro genere (per esempio di difesa militare), oppure vertevano sulla sua più appropriata applicazione al caso concreto. Il fatto che il regime internazionale delle vie di acqua interne riposasse su di una simile concezione generale aveva poi importanza, oltre che all'effetto di porre fuori discussione le basi su cui impostare la ricerca delle soluzioni concrete negli accordi fra gli stati, anche per la formazione di un *corpus* di principi per l'interpretazione degli accordi medesimi. Nello spirito di questi principi la stessa Corte permanente di giustizia internazionale, nella sentenza e nelle opinioni dissenzienti di cinque sugli undici membri, pronunciò il suo giudizio sul caso Oscar Chinn, nel quale appare con speciale evidenza la connessione delle norme di diritto internazionale fluviale con gli interessi puramente privati all'esercizio del commercio e della navigazione (*).

Ora questa medesima concezione liberal-privatistica viene ripresa e sostenuta, come fondamento delle proposte di internazionalizzazione delle vie d'acqua interne, e con un vigore ed un'esclusività particolari, dalle correnti americane, più ancora che inglesi; e non viene sottinteso ma esplicitamente affermato

(*) Cfr. *Publications de la C.P.J.I.*, Serie A/B N. 63, Serie C. n. 75.

che l'internazionalizzazione deve permettere il raggiungimento di una completa libertà di commercio, privato naturalmente, in ogni parte del globo. La *leadership* del movimento si può dire oggi decisamente passata dall'Inghilterra agli Stati Uniti, e questo non può meravigliare chi pensi quale sia oggi la posizione economicamente dominante dell'America, la sua forte tendenza all'espansione economica, e l'attuale interesse che ha correlativamente per essa, ormai, il più ampio liberismo economico imperniato su di un sistema economico privatistico.

Ma proprio in questa maggiore connessione che viene ormai in evidenza fra l'ideale astratto della libertà di navigazione e la concezione politica che se ne fa arma, si manifesta una seconda grave difficoltà rispetto ad un regolamento generale del regime internazionale delle vie acquee. Ne è conseguenza, infatti, che i motivi concreti di natura economica che determinano la sostanza ideologica delle nuove tendenze per l'internazionalizzazione, si traducano nel contenuto delle relative proposte nel senso più adatto a soddisfare quelle stesse esigenze economiche. È naturale perciò che esse trovino l'ostacolo di contrastanti interessi economici, da una parte, e di opposte concezioni politiche già realizzate in nuovi sistemi sociali dall'altra parte. Non è più in questione, a questo punto, soltanto la diversa utilità che le vie acquee presentano rispettivamente per un sistema economico aperto ed uno chiuso, ma c'è qualcosa di più immediato: c'è il contrasto tra un'economia tesa verso un'espansione di massa, perchè provvista di capacità produttive veramente esuberanti, ed altre economie che, mentre hanno bisogno dell'apporto della prima, devono anche difendersi dall'immediato pericolo di non poter mantenere la propria individualità in un'insostenibile concorrenza con le forze prevalenti dell'economia americana. Ora, l'impostazione data dalle correnti americane al problema dell'internazionalizzazione delle vie d'acqua interne non è la più adatta a superare l'opposizione delle potenze economicamente più deboli, poichè mira ad

assicurare su di esse una completa libertà commerciale; e questo significherebbe libertà internazionalmente garantita di concorrenza alle imprese locali da parte delle più forti imprese americane; ciò che appunto non può essere accettato, a torto o a ragione non importa, dagli stati interessati.

Questa opposizione è inevitabile e può essere scontata fin d'ora come un sicuro dato di fatto. Essa può essere del resto giustificata perfino con argomenti ricavati dagli stessi principi generali su cui si fonda la pretesa americana, la quale presuppone un'economia basata sul maggiore possibile sviluppo degli scambi, ed implica perciò, prima ancora di un'espansione unilaterale a danno della capacità produttiva di altri paesi, uno sviluppo adeguato proprio di quest'ultima. Senonchè, su questo punto, il principio ideale che viene invocato come fondamento razionale dell'attuale funzione dell'economia americana, il principio cioè della più ampia estensione degli scambi, viene contraddetto dalla sua applicazione contingente, di una completa liberazione del commercio, in quanto questa liberazione significherebbe, al momento attuale, il trionfo del capitale americano sulla rovina delle sopraffatte economie degli altri stati, ed una minorata o annullata capacità di questi ultimi di figurare ancora nel commercio internazionale, salvo che nella misura decisa dal capitale privato americano, quindi in condizioni praticamente coloniali.

D'altra parte non è nemmeno pensabile che un regime della navigazione interna, ispirato all'idea di secondare l'espansione capitalistica che oggi caratterizza l'economia americana, possa venire accettato proprio nel momento in cui si sono tradotte in realtà politiche e sociali, da semplici motivi ideologici quali erano prima, la critica all'economia capitalistica e la dimostrazione delle sue fondamentali antinomie, ed è divenuta ormai chiara la nozione che essa non risponde più, per la sua stessa naturale evoluzione, a quel sistema economico liberale-privatistico che, sotto la condizione di una concorrenza perfetta, trovava la propria giu-

stificazione nella capacità di realizzare il miglior interesse collettivo.

In un mondo, specialmente europeo, in cui i vecchi sistemi economici vengono sempre più largamente sostituiti da nuovi sistemi di cui sono caratteristiche salienti e comuni la pianificazione dell'attività economica e, almeno in questo senso e sia pur soltanto in questo, la correlativa trasposizione dell'attività economica dalla sfera privata alla sfera pubblica, quanto meno *in apicibus* (col che peraltro la stessa attività privata diventa discrezionalità prevista e organizzata, più che libertà indifferente allo stato), in un simile mondo è del tutto anacronistica una proposta di internazionalizzazione basata su presupposti economici liberali. Lungi dal costituire un opportuno incitamento a tentare la soluzione del problema, sempre fondamentale, della libertà di navigazione sulle vie acquose di interesse internazionale, una simile impostazione non può far altro che renderne più difficile la stessa proposizione.

In conclusione la lotta fra la tendenza a riservare alla sovranità dello stato l'amministrazione, quando non anche l'utilizzazione delle vie di acqua interne, e la tendenza opposta verso l'internazionalizzazione non può certamente svilupparsi a vantaggio della seconda ove sia sostenuta da quel medesimo ideale di libertà economica che non riuscì a farla trionfare quando era riconosciuto come universalmente valido. Al contrario riproporre oggi la medesima lotta contro il principio di sovranità in materia di navigazione interna in base a quella idea non può non irrigidire gli stati avversi ad essa nella difesa delle prerogative della loro sovranità.

3. Era generalmente riconosciuto, prima della guerra, che la sovranità dei singoli stati non incontrasse limitazioni, se non volontariamente accettate, quanto alle vie d'acqua puramente interne, mentre limitazioni di varia natura sarebbero esistite quanto alle altre che, avendo la caratteristica materiale di scorrere nel

territorio di più stati, o perchè di frontiera, o perchè attraversanti due o più stati, vengono designate come internazionali. Ad esse si riferisce lo « Statut relatif au régime des voies navigables d'intérêt international » di Barcellona, mentre per le altre vie acquee, naturalmente o artificialmente navigabili, dispone diversamente il Protocollo addizionale, che subordina particolari concessioni alla condizione della reciprocità. Sempre ai corsi d'acqua internazionali si riferisce la proposta Truman, sì che l'attuale impostazione del problema rimane negli stessi termini territoriali in cui, dopo la nota dichiarazione del Consiglio esecutivo della Repubblica francese del 1792, fu posta dagli art. 108-116 dell'Atto finale del Congresso di Vienna del 9 giugno 1815.

Da essi non derivò l'immediata instaurazione della libertà di navigazione sui fiumi internazionali, bensì l'obbligo degli stati rivieraschi di stabilire di comune accordo tutto ciò che riguardasse la navigazione, ispirandosi ad una serie di principi, dall'Atto medesimo indicati, primo fra tutti quello della libertà di navigazione per ogni avente interesse. Si ammise pertanto che regolamenti speciali occorressero caso per caso, e che solo da trattati speciali potesse scaturire il definitivo regime di ciascun fiume; convenzioni apposite provvidero via via, nel corso del secolo, alla applicazione dei principi di Vienna ai singoli casi. Soltanto con lo Statuto di Barcellona, reso possibile evidentemente dalle singole realizzazioni precedenti, venne finalmente regolata la materia con un trattato generale. E questo conferma come la creazione di norme generali presupponga, in questo campo, una precedente composizione dei contrasti concreti fra gli stati interessati.

Da questi dati di fatto elementari convien muovere nell'impostare il primo problema che occorre oggi affrontare: quali siano gli obblighi positivi che si impongano alle potenze, indipendentemente dalla loro volontà attuale di ripristinare ed eventualmente modificare il regime convenzionale precedente alla guerra. Sono da considerare tuttora in vigore le norme conven-

zionali dell'anteguerra? Esistevano norme indipendenti dal consenso degli stati, che possano oggi imporsi anche senza che gli stati prendano la decisione di ripristinare il regime convenzionale precedente alla guerra?

Quanto al secondo punto, lo stesso carattere altamente specializzato del regolamento internazionale della navigazione interna, comprovato dalla sua formazione storica attraverso trattati particolari, dimostra come, quando anche esistessero principi di diritto internazionale comune applicabili alla condizione dei fiumi, laghi e canali internazionali, difficilmente se ne potrebbe desumere una effettiva disciplina della navigazione interna.

L'unico principio generale che si possa infatti dedurre dalla stessa organizzazione materiale della società internazionale è quello che importa l'esclusione dell'assoluta libertà dell'uso di corsi d'acqua materialmente internazionali da parte degli singoli rivieraschi. Il diritto di ciascuno stato ripuario sulla propria porzione si esercita infatti su di un oggetto le cui caratteristiche fisiche possono subire alterazioni ad opera degli altri rivieraschi. Ne deriva che ciascuno stato deve attenersi, nell'uso, al criterio di non ledere i diritti degli altri modificando in modo arbitrario l'utilità che il corso d'acqua presenta come oggetto del loro diritto.

Questo mero principio di massima è peraltro eminentemente dinamico, adatto perciò a seguire le variazioni di utilità che i diversi possibili regimi possono subire nel variare delle condizioni tecniche generali e particolari: è il principio per cui in ogni momento è giusto quel regime del corso d'acqua che realizzi la maggiore utilizzazione possibile a favore di ciascuno dei rivieraschi, mediante un sacrificio equivalente, da parte di ciascuno, dei propri interessi.

Ora questa regola, se si impone agli stati ripuari nell'utilizzazione delle acque, ed impone loro altresì di stabilire di comune accordo le norme concrete che possano specificare il prin-

cipio generale, quando esso risulti da solo insufficiente, non è tuttavia certo capace di operare direttamente la delimitazione dei singoli diritti nel loro contenuto materiale.

Principi diversi, secondo un'opinione accreditata, varrebbero invece quanto ai corsi d'acqua internazionali, navigabili nel territorio di più d'uno degli stati rivieraschi, ciascuno dei quali sarebbe tenuto a concedere libertà di navigazione agli altri, con esclusione degli stati estranei, in forza di una consuetudine internazionale (⁷). Ma, in verità, l'esistenza di questa consuetudine appare dubbia, ed assai difficilmente se ne potrebbe precisare il contenuto normativo.

Sta di fatto che ogni via acquea internazionale ha formato oggetto di contrastanti pretese relativamente alla libertà di navigazione, senza che questa potesse costituire niente più che un atto di tolleranza da parte dello stato territorialmente sovrano fintanto che, da un conseguito equilibrio di contrastanti pretese ed interessi, non fosse scaturita la norma convenzionale che costituisse la base di un positivo regime internazionale. Soltanto per i fiumi del Sud-America la libertà di navigazione si è stabilita indipendentemente da convenzioni nella grande generalità dei casi; ma ciò in quanto ne è mancata la necessità per la decisione di ognuna delle repubbliche sud-americane, escluso soltanto il Venezuela (⁸), di aprire alla libera navigazione le principali vie acquee, e talvolta anche quelle puramente interne.

Che i trattati nel primo caso, e le leggi interne nel secondo, abbiano costituito applicazione o esecuzione di una preesistente consuetudine è cosa che si può anche voler sostenere, ma non si vede con quale utilità, quando è certo che, prima che la situa-

(⁷) Questa tesi accuratamente svolta dal DE CLEVA nel suo pregevole studio su *L'utilizzazione delle acque nel diritto internazionale estr.* dagli *Annali Triestini*, vol. X (1939), è contrastante con quella già da me espressa nella rivista *Il diritto dei beni pubblici*, vol. XVI, 1940 (*Dei corsi d'acqua internazionali e della loro utilizzazione da parte dei privati*) e che mi sembra di poter, sostanzialmente, confermare.

(⁸) Cfr. MANCI, *op. cit.*, p. 35-37.

zione di ogni fiume non fosse stata regolata espressamente nel primo modo o nel secondo, i contrasti e le incertezze caratteristici dei difficili rapporti tra i ripuari dimostravano l'inesistenza di norme che traducevano in diritti ed obblighi concreti delle generiche pretese.

I patti con i quali la navigazione sui fiumi internazionali è disciplinata appaiono evidentemente non come codificazioni e specificazioni di un'unica norma preesistente, ma come libere transazioni tra volontà di soggetti sovrani, su cui diversamente influiscono la situazione materiale in cui questi si trovino, e le possibilità di pressione di cui dispongano. E il fatto che gli stati rivieraschi non tardino generalmente ad accordarsi, sul comune diritto di usare liberamente per la navigazione della via d'acqua che ne traversi i rispettivi territori, trova un numero sufficiente di spiegazioni nella semplice pressione materiale degli interessi rispettivi, senza che occorra supporre dietro tali accordi una norma consuetudinaria di contenuto tanto poco preciso.

4. Le medesime considerazioni forniscono d'altra parte una risposta di massima anche all'altra domanda, sulla permanenza in vigore delle norme derivanti dai trattati particolari precedenti alla guerra. Quanto alla regione medio-orientale dell'Europa, ed in particolare alla regione danubiana, la risposta non può essere che negativa per il fatto nuovo della presenza dell'U.R.S.S., non vincolata dai precedenti trattati; fatto che non permette certo di pretendere nemmeno dagli stati della regione, soggetta ad una preminente influenza russa, l'osservanza delle vecchie norme.

Di fronte alla chiara prova dell'estinzione delle norme precedenti offerta dal concentrarsi, proprio sulle vie acquedelle della regione medesima, di tutto il contrasto politico in materia di navigazione interna, se sembrasse proprio necessario appellarsi ad una causa formale di estinzione dei trattati, non crediamo che si potrebbe trovare un'applicazione altrettanto evidente della

clausola « *rebus sic stantibus* » ed indicarne un esempio migliore. Del resto quando si protesta, da parte inglese o americana, contro l'attuale chiusura del Danubio alla navigazione, le ragioni invocate sono giustamente ragioni ideologiche (« la libertà per cui abbiamo combattuto ») o preoccupazioni di indole pratica, non mai l'obbligatorietà dei vecchi trattati (*).

Quanto alle restanti regioni europee, ed a quelle extra-europee, le medesime considerazioni conducono piuttosto alle conclusioni opposte, favorevoli ad una sostanziale sopravvivenza delle vecchie norme; solo che, sospese come sono state per effetto della guerra e, prima ancora, delle iniziative unilaterali della Germania, è logico supporre che occorrerebbe sempre un espresso richiamo per rimetterle in vigore secondo quella che è poi la prassi normale dei trattati di pace. Ma siccome è già stato ufficialmente avanzato, come si è visto, un progetto profondamente innovatore, si può senz'altro concludere che tutto il problema si pone in termini completamente diversi, tanto per il fattore nuovo della presenza dell'U.R.S.S., quanto per i nuovi intendimenti delle maggiori potenze. È evidente peraltro che questi due diversi motivi ugualmente cospiranti a modificare il vecchio regolamento, sono del tutto contrastanti quanto al risultato cui mirano; ed è logico presumere che i progetti inglesi ed americani non debbano esplicare influenza decisiva nè per le vie acquee dell'Europa medio-orientale, nè quindi per un regolamento della navigazione interna di portata universale (o anche semplicemente europea); sì che la loro realizzazione potrà eventualmente effettuarsi soltanto nelle regioni restanti.

Rimane conseguentemente aperto e capitale il problema di un regolamento che possa risolvere anche la situazione oggi più scottante, quella del Danubio e dei fiumi tedeschi, ed è in vista di questa che vanno indicati i possibili criteri almeno di un trattato generale, salvo riservare ad altri trattati, o regionali, o par-

(*) Cfr. il discorso di Bevin, p. 13.

ticolari alle singole vie d'acqua, disposizioni più audaci e maggiormente limitatrici della sovranità dei rivieraschi.

Come punto di partenza di questo indirizzo più prudente si possono prendere anche le parole di Truman al settimo dei dodici punti enunciati il 27 ottobre 1945 per il Navy Day ⁽¹⁶⁾, che si distinguono dalle proposte iniziali presentate dal presidente nord-americano a Potsdam sotto i seguenti aspetti: riferimento ai fiumi internazionali (come sopra definiti) di qualsiasi regione, non più soltanto europei; affermazione che tutte le nazioni debbono avere uguali diritti alla navigazione dei fiumi stessi, come alla libertà dei mari (mentre precedentemente era mancato questo significativo avvicinamento ed era stata richiesta la navigazione libera e senza restrizioni dei fiumi); assenza di un'affermazione della necessità di un'amministrazione internazionale che garantisca queste libertà (a differenza da quanto fanno invece commentatori e studiosi privati). Appare infine tralasciato anche il riferimento agli stretti e canali marini, probabilmente in relazione alla formulazione generale del principio, mentre precedentemente si era esplicitamente nominato il canale di Kiel tra le vie d'acqua europee da sottoporre ad amministrazione internazionale.

Non sembra in realtà che il primo e più ambizioso progetto Truman sia stato abbandonato e nemmeno quindi il principio dell'amministrazione internazionale, relativamente ai soli fiumi e canali europei; ma pare evidente che si è riconosciuto in esso un problema particolare che non può essere impostato nei suoi termini concreti senza superare prima lo scoglio più grave costituito dalle acque dell'Europa medio-orientale che, essendo il punto di contrasto fra le maggiori potenze, determinerà la misura delle reciproche concessioni alle opposte concezioni, e quindi offrirà anzitutto i termini di un regolamento generale della materia, salve le successive deroghe che potranno esservi apportate in considerazione delle situazioni locali. Non si può

(16) Menzionati dal WEHLER, *op. cit.*, p. 102.

infatti ragionevolmente dubitare che la Russia subordinerà il ristabilimento di un conveniente regime di libertà fluviale nelle regioni da essa controllate ad un'equivalente internazionalizzazione di vie acquedotte nelle regioni sottoposte alla preminente influenza degli altri Imperi.

Il fatto profondamente nuovo, del quale sembra in realtà che Inghilterra e America preferiscano non tener conto, attenendosi ad una valutazione piuttosto formalistica, è la costituzione di una sfera di influenza russa in tutto il bacino balcanico danubiano, sì che il problema della libertà nell'uso delle vie d'acqua interne della regione tende oggi a riportarsi ad un termine che non è più costituito dai singoli stati, ma dalla regione stessa nel suo complesso. Su tale basi si spiega, infatti, l'interesse della Russia ad opporre, alle richieste occidentali, che il regolamento è di esclusiva competenza dei rivieraschi⁽¹⁾; in quanto si tratta di difendere il proprio esclusivo controllo di una sfera di influenza. Come è proprio contro la legittimità di una tal sfera di influenza, soprattutto così esclusiva e chiusa, che viene sostenuta la lotta: ed uno dei principali terreni prescelti per dare battaglia è proprio la richiesta libertà di navigazione sulle vie d'acqua interne.

Senonchè la tesi che si debba costituire un'amministrazione internazionale era facile a sostenere quando la regione era sottratta al controllo economico-politico di ciascuna delle grandi potenze; ora che essa rimane nella sua gran parte compresa nella sfera di una sola di esse, facile sarebbe la replica della necessità di egual regime anche per i corsi d'acqua analoghi appartenenti alle regioni sottoposte alla prevalente influenza degli altri imperi; e simile richiesta non avrebbe motivo di non estendersi anche a situazioni costituite da tempo. Ipotesi probabilmente sgradita ai destinatari dell'eventuale richiesta; sì che non sembra verosimile che possa essere condotta a fondo l'azione per l'internazionalizzazione nel suo aspetto più innovatore.

(1) Cfr il discorso di Molotov, p. 11.

La conseguenza più spiccata delle nuove situazioni che si sono determinate anche per il diritto internazionale fluviale in seguito alla particolare posizione di supremazia acquistata da alcune maggiori potenze in determinate sfere regionali, sta poi nel fatto che le ragioni di necessità pratica che hanno costantemente imposto la libertà di navigazione sui fiumi internazionali finiscono ormai per esaurire in molti casi la loro efficacia nei rapporti tra stati appartenenti tutti ad un medesimo sistema regionale, restando assai limitati i casi opposti.

Da ciò deriva, almeno nella prima ipotesi, che finisca per affermarsi la tendenza a far oggetto di norme di diritto particolare regionale, piuttosto che di trattati cui partecipino anche potenze estranee, questioni come quelle della navigazione interna, che trovano ormai un termine intermedio e più vicino nell'organizzazione regionale, fra i due estremi della sovranità dello stato e dell'interesse generale della comunità internazionale. Mentre per l'innanzi la materia veniva sottratta alle esclusive determinazioni dello stato sovrano quando si affermava la prevalenza degli interessi internazionali generali, ora si verificherà più facilmente una limitazione delle sovranità statali, ma piuttosto a vantaggio di quell'organizzazione regionale che si interpone sempre più in tante zone tra lo stato e la società internazionale generale. In questa situazione è implicita la tendenza ad una modificazione del concetto stesso di fiume internazionale, e precisamente ad un suo sdoppiamento per cui, di fronte alle potenze estranee ad un dato sistema regionale, minore sarà il rilievo del carattere internazionale di quel fiume su cui si affaccino esclusivamente stati appartenenti alla regione.

Ciò premesso, è facile concludere che se a questa tendenza seguisse l'esclusione delle potenze estranee alla regione, da una navigazione riservata ai rivieraschi ed agli altri stati della regione medesima, si segnerebbe un pericoloso processo di involuzione nel campo, tanto fondamentale per i rapporti internazionali, della libertà delle comunicazioni. L'obiettivo dev'essere

perciò completamente inverso: preso atto della minore importanza che finisce per avere la distinzione tra vie acquee internazionali e puramente interne, occorre affermare decisamente la necessità di estendere a tutte le vie acquee aventi determinati requisiti (piuttosto elevati) di navigabilità, il principio che finora ha avuto valore per i soli fiumi internazionali. Anche i primi devono essere finalmente considerati « di interesse internazionale » se non si vuole che, nel totale, diminuiscano eccessivamente le possibilità offerte alla navigazione interna complessivamente considerata.

Più ancora che una simile, generica, considerazione agisce peraltro la necessità di tener dietro, con le norme giuridiche, a quelle che sono le nuove valutazioni economiche imposte dal progresso tecnico e dalla tendenza all'organizzazione dell'economia su basi diverse da quelle nazionali. Sotto questo riguardo le singole vie navigabili interne appaiono ormai come facenti parte di un sistema, di cui sono elementi costitutivi non soltanto i fiumi c.d. internazionali, ma anche quelli puramente interni collegati con i primi mediante canali artificiali, nonchè questi medesimi. Realizzare oggi un regolamento internazionale della navigazione interna vuol dire tener conto di simili situazioni e prospettive: in mancanza, si fallirebbe interamente al compito, e l'esigenza continuerebbe a premere, insoddisfatta.

D'altra parte, così ampliato l'obiettivo da raggiungere, non sembra opportuno mantenere distinta la sola ipotesi dei fiumi interni cui manchi ogni collegamento internazionale, affinchè tale esclusione non sia pretesto al geloso istinto di sovranità per evitare miglioramenti ed integrazioni del sistema fluviale; ed inversamente, affinchè possa dovunque esplicare efficacia l'organismo economico internazionale che dovrà operare in appoggio ai singoli stati per lo sviluppo ed il miglioramento delle vie acquee, vincendo le diffidenze degli stati, non con l'imposizione, ma con gli operanti vantaggi della cooperazione internazionale. Su questa grande categoria di fiumi, esclusi pertanto quelli che per-

corrono spazi più vasti di una sola regione, non soltanto saranno prevedibili forme di amministrazione collettiva di carattere regionale, ma anche di carattere internazionale quando si affermasse nel caso specifico il principio opposto a quello regionalistico, e che da esso non si disgiunge nella politica delle grandi potenze: di sentire un interesse proprio, con la capacità di agire efficacemente, per qualsiasi questione politica in qualsiasi parte del mondo.

Ma evidentemente il pronunciarsi di un tale interesse riporterebbe il corso d'acqua tra quelli di preminente importanza internazionale, nè tale eventualità può influire sulla scelta di una regola adatta a realizzare fin d'ora l'utilizzazione di essi nell'interesse internazionale, su quella cioè che possa essere la prima norma, elementare, per tutta la materia della navigazione interna.

5. La prima regola che deve stabilirsi in una convenzione internazionale relativa alle vie d'acqua interne ha lo scopo di assicurare un grado minimo di internazionalizzazione al maggior numero possibile di vie navigabili interne, superando non soltanto gli ostacoli frapposti dalle tradizionali riserve della sovranità statale, ma anche quelli nuovi derivanti dalla formazione di intese regionali tendenzialmente chiuse. Per questo motivo va esclusa in quella sede qualsiasi aspirazione a sottrarre l'amministrazione della via d'acqua all'autorità dello stato o degli stati rivieraschi, e tutti gli sforzi devono portarsi sul contenuto del trattamento che i rivieraschi siano obbligati ad assicurare agli stati stranieri.

Quanto alla necessaria determinazione delle vie acquedee cui applicare le regole generali (salva l'ulteriore determinazione di quelle singole ipotesi per cui si debba piuttosto far luogo ad una amministrazione internazionale, e tenendo da parte la questione degli stretti marini), occorre precisare soltanto quale sia il limite inferiore a partire dal quale debba valere la classificazione di

una via acquosa come di interesse internazionale, e, debbano seguirne le conseguenze legate a questa classificazione. Assunto come decisivo, a differenza di quanto si è fatto finora, il criterio della navigabilità, rimane invece abbandonato alle norme generali ed agli accordi tra gli stati rivieraschi il regolamento di ogni altra questione in tema di utilizzazione di acque internazionali non navigabili. La classificazione si estende perciò tanto ai fiumi quanto ai laghi ed ai canali: tanto a quelli internazionali, quanto infine a quelli che riuniscano fiumi interni fra di loro o con fiumi internazionali. Occorre peraltro riferirsi a caratteristiche piuttosto elevate di navigabilità, tali cioè da giustificare l'obbligo internazionale che si desidera far assumere agli stati in base ad un'esigenza pratica che appaia già sufficientemente operante in relazione alle stesse caratteristiche fisiche della via acquosa. In caso contrario si solleverebbero opposizioni irriducibili contro l'estensione della qualifica di fiume di interesse internazionale a tutte le vie acquose che non rientrino nel concetto tradizionale e più ristretto di corso d'acqua internazionale: in particolare a tutti quegli affluenti, canali e fiumi puramente interni collegati agli altri che, come elementi costitutivi di un complesso sistema di vie acquose, non possono essere lasciati fuori senza che il problema della navigazione interna venga eluso in quelli che sono i suoi moderni aspetti. Tralasciando una più precisa formulazione del requisito della navigabilità in termini tecnici che non possono essere forniti che dagli esperti, conviene invece aggiungere che navigabili devono essere considerati tutti i corsi d'acqua che, anche non essendolo attualmente, lo possano divenire tuttavia mediante l'effettuazione di lavori tali da non alterarne i caratteri fisici fondamentali.

Su tutta questa vasta categoria di vie acquose interne si può operare di stabilire una disciplina internazionale soltanto se si rinuncia all'idea di combattere su questo terreno la lotta per far trionfare una determinata concezione sul commercio internazionale, e se si rinuncia perciò a vincolarla a principi che sono di

per sè tutt'altro che pacifici. Non si tratta in sostanza d'altro che di evitare la confusione tra problemi diversi, e di non rinnegare quella fondamentale importanza di una durevole disciplina della navigazione interna, che viene affermata, ma anche messa in una posizione subordinata, quando la si riporta al problema distinto della libertà di commercio nei paesi stranieri.

È vero che la libertà di navigazione ha interesse pratico maggiore o minore a seconda che ad essa si accompagnino più o meno ampie possibilità di commercio. Ma queste non si possono stabilire con una disposizione di carattere generale, in particolare con la formula della libertà di commercio, che presuppone il suo carattere privato. Di conseguenza occorre tener separati i due problemi e ricercare la formula adatta ad assicurare un regime internazionale ben definito quanto all'utilizzazione delle vie acqued interne per la navigazione, senza voler includere nella regola anche un'irrealizzabile norma generale in materia di commercio estero; di cui oltre tutto non sarebbe quella la sede più appropriata.

È evidente poi l'analogia che questo problema presenta con gli altri che, pure attinenti alla navigazione, riguardano il transito nel mare territoriale e l'uso dei porti marittimi. Se si fosse voluto far dipendere anche in quei casi la formazione di norme relative alla navigazione da un accordo generale sul commercio marittimo, è più che evidente come, nella varietà di soluzioni che ogni singolo stato ha seguito per conto proprio o negli accordi con l'uno o l'altro stato straniero in materia di commercio, non sarebbe stato possibile raggiungere un complesso di regole generali di diritto internazionale relativamente alla navigazione nelle acque territoriali e all'uso dei porti. Sarebbe una pura illusione pretendere di ottenere in materia di navigazione interna più di quanto si sia potuto raggiungere in quegli altri due casi; si può invece proporre, come non inaccettabile per ragioni di analogia, proprio una larga estensione alla navigazione interna delle norme relative ai porti, e precisare che le vie navigabili in-

terne saranno aperte, in tempo di pace, alla navigazione commerciale di tutti gli stati contraenti o aderenti alla convenzione, alle stesse condizioni e con le stesse modalità, in quanto applicabili, che ciascuno di essi osservi nei porti marittimi nei confronti della navigazione commerciale straniera. Per gli altri stati, privi di sbocco al mare, varranno le norme generali del diritto internazionale in materia di porti marittimi, e per ogni altra questione sarà applicata la regola della reciprocità. Sui corsi d'acqua, poi, che abbiano la caratteristica di scorrere nel territorio di più stati dovrà in più essere applicata la regola della libertà del transito inoffensivo, in analogia a quanto vale per il mare territoriale.

Può convenire infine di regolare separatamente la questione molto dibattuta dell'esercizio del cabotaggio, ossia del trasporto di merci e persone nell'esclusivo ambito del corso d'acqua. E' anche qui irrealizzabile la pretesa di regolare la questione con una disposizione sostanziale, che lo riservi allo stato ripuario o ne affermi la libertà. Quest'ultima tesi è sostenuta da inglesi e americani in base alla considerazione, in sè giusta ma non sufficiente, che lo sviluppo della navigazione interna e la completa utilizzazione dei sistemi di canali e fiumi come un tutto complessivo dipendono largamente dalla libertà di esercitare il cabotaggio⁽¹²⁾. Ma questa pretesa di libertà non può far a meno di tradursi nella pretesa all'uguaglianza di trattamento, all'assenza di monopoli, e in definitiva all'abbandono del cabotaggio al commercio privato; senza di che non ha senso pretendere una libertà di concorrenza che presuppone delle tariffe di mercato. Tali conseguenze dimostrano sufficientemente come una convenzione di diritto fluviale non sia la sede più adatta a risolvere tali questioni, e fanno preferire una regola di natura formale, anzichè sostanziale, anche per il dibattuto problema del cabotaggio: la regola della reciprocità.

(12) Cfr. infatti WEHLE, p. 112-115 e MANCK, p. 88 ss.

L'amministrazione, come si è detto fin dall'inizio, non va sottratta, nelle disposizioni generali, agli stati rivieraschi. Tuttavia, quando un unico sistema fluviale interessi il territorio di più stati, questi devono essere tenuti a costituire fra di loro un ufficio avente natura di organo comune, e provvisto non soltanto di funzioni tecniche idrologiche, ma anche di funzioni politiche e amministrative. Più propriamente è essenziale che esso abbia competenza, nei rapporti tra stati rivieraschi, come strumento di risoluzione delle controversie in materia di acque (non soltanto quanto alla navigazione) e sia provvisto del potere di creare la norma nuova per il caso concreto. Distintamente da queste funzioni, esso va dotato di propria autorità all'interno dei singoli stati, in cui valgano direttamente per le autorità amministrative competenti i regolamenti che gli spetterà di fare sulle rispettive competenze e attribuzioni, in cui sia libero di esercitare il necessario controllo, e di esercitare una propria diretta attività per la manutenzione ed il miglioramento della via acqua; dove infine assicuri un'istanza di ricorso avverso le sentenze delle singole giurisdizioni statuali in materia di navigazione, o di altra utilizzazione delle acque.

Per concludere sull'argomento delle possibili norme di carattere assolutamente generale, ci sembra giusto escludere che costituisca un obbligo per i destinatari di esse di non destinare le acque ad utilizzazioni tali che ne resti compromessa o esclusa la navigazione. Ad un simile obbligo non si saprebbe dare alcun efficace sostegno, ed è assai più logico invece che gli stati estranei aventi prevalente interesse alla navigabilità del fiume debbano compensare in equa misura il maggior sacrificio che venga richiesto ai rivieraschi. Questa ed altre questioni dimostrano peraltro la necessità di un ufficio internazionale per la navigazione interna che possa favorire il coordinamento dei diversi interessi anche nei casi in cui, essendo escluse forme di amministrazione internazionale vera e propria, non gli spetti una diretta autorità sulle vie acquee.

6. Non esistono dei problemi di carattere generale relativamente agli stretti e canali marini, quanto invece dei problemi riguardanti quei pochi casi in cui la via acquea rientri per intero nel mare territoriale di uno o più rivieraschi: o meglio esistono soltanto le questioni di quegli stretti e canali per cui si è già proposto il problema di una loro internazionalizzazione, e che hanno già costituito oggetto di convenzioni e di controversie internazionali.

Di stretti e canali marini non è quindi nemmeno il caso di parlare nelle disposizioni generali di una convenzione internazionale sulle vie d'acqua di interesse internazionale, se non forse per richiamare la regola già nota e riconosciuta che vuole la libertà del traffico inoffensivo anche per essi come per le altre acque territoriali, quando tale sia il loro carattere. Ma la difficoltà che si presenta per la navigazione dei belligeranti in tempo di guerra è appunto quella che determina l'esigenza di un regolamento speciale caso per caso, e che toglie al problema ogni aspetto generale riducendolo a quello degli « Stretti », di Suez, di Panama, del Canale di Kiel. E, di fronte al problema concreto, la soluzione potrà essere quella della neutralizzazione, accompagnata o meno dalla libertà di transito, a sua volta estesa o meno alle navi da guerra; ma si tratta comunque di problemi del tutto speciali che sfuggono a qualsiasi disposizione preordinata e generale.

Vero è invece che sono questi appunto i casi più importanti in cui si manifesta chiaramente l'esigenza di sottrarre in più o meno larga misura la via acquea all'esclusiva autorità dei rivieraschi e di sottoporla ad un'amministrazione internazionale. Questa medesima esigenza si presenta infatti come veramente inevitabile soltanto nei casi in cui una via acquea metta in comunicazione, assai più che due stati o due mari, piuttosto dei mondi politici diversi, due o più potenze intese ciascuna a sviluppare una propria politica di espansione e contrastanti l'una con l'altra. L'instaurazione di un'amministrazione internazionale, in cui ab-

biano parte cioè altri stati oltre ai rivieraschi e precisamente le maggiori potenze, risponde alla generale necessità che i contrasti fra le potenze trovino la regola di uno svolgimento pacifico in un sistema che prenda atto di un raggiunto equilibrio, e ne assicuri e garantisca quella permanenza che è necessaria per dare l'avvio allo sviluppo delle relazioni di pace fra tutti gli stati. Per questa funzione caratteristica di sostituire un sistema permanente ad una situazione provvisoria, di offrire all'accordo che inter venga tra gli stati quel sostegno e quella tendenza alla stabilità che è l'effetto naturale di un'organismo in cui l'accordo si traduca, è appunto necessario che un apparato provvisto di forze e di volontà si investa della responsabilità di un'amministrazione diretta degli interessi intorno ai quali l'accordo sia intervenuto.

Ma se tale è la funzione che rende necessario il ricorso ad istituti internazionali per l'amministrazione di certe determinate vie di navigazione interna, questi istituti non devono ridursi a semplici conferenze diplomatiche permanenti tra gli stati interessati⁽¹²⁾, ma devono invece svilupparsi in due direzioni ugualmente necessarie: da una parte devono avere a disposizione i mezzi opportuni per impedire ogni modificazione unilaterale del regime concordato, dato che essi vengono costituiti proprio per la previsione di questa eventualità. Dall'altra devono avere essi stessi il potere diretto di mettere in azione questi mezzi di pressione e di azione, posto che la loro necessità risponde alla previsione di un andamento ciclico delle relazioni tra gli stati interessati e di un loro periodico peggioramento. Occorre infatti che sia lo stesso organismo internazionale ad avere la possibilità di contrapporre un proprio irrigidimento ad ogni tentativo di forzamento del regime concordato, affinchè esso possa rispondere allo scopo di preservare tale regime e, con esso, le stesse

(12) Come è nella loro tendenza, secondo la persuasiva interpretazione dell'Acco nello studio pubblicato nel primo numero di questa rivista su *l'Organizzazione internazionale dalla Società delle Nazioni alle Nazioni Unite*.

relazioni pacifiche tra le potenze. In caso diverso la loro debolezza li condannerebbe alla sconfitta al solo manifestarsi di forme pacifiche di tensione tra gli stati, col risultato di aggravare la tensione con le divergenti valutazioni che provocherebbe la sua eliminazione od il suo esautoramento, e con l'inopportuno risorgere, in un momento delicato, di tutti i contrasti di interessi che avessero trovato composizione nella costituzione appunto dell'organismo internazionale.

Non è naturalmente affatto necessario che esso possieda una grande forza militare, tutt'altro⁽¹⁴⁾. È semplicemente necessario che esso sia in grado di sviluppare quelle reazioni immediate ed autonome che impediscano di creare il fatto compiuto, e che servano ad arrestare sui primi passi un eventuale disegno di successive e progressive manomissioni delle condizioni di pace, obbligando chi fosse per quella via a cimentarsi fin dall'inizio contro quell'opposizione rigida che di solito si incontra soltanto quando l'*iter* è perfetto e si è già spalancata la porta della guerra. A reagire contro quei primi passi basta normalmente assai poco, perchè occorre fermare soltanto le pedine del gioco avversario; ma occorre almeno quel poco, ed ecco la necessità di un organismo internazionale che abbia personalità propria e quindi proprie capacità di azione nei confronti degli stati.

L'esigenza di un simile organismo si presenta, oltre che per i canali ricordati e gli « stretti » anche per un solo determinato sistema fluviale: non è invece seriamente proponibile in tesi generale. Sussistono infatti tutte le condizioni tipiche per una tale esigenza nei confronti di quel complesso di vie acquedotte che, per effetto delle canalizzazioni già effettuate o progettate, si estende dal Mare del Nord al Mar Nero e comprende il Reno, la Mosa,

(14) Nelle trattative svolte, per mezzo dell'Austria, con la Russia dall'Inghilterra e dalla Francia durante la guerra di Crimea fu proposta la creazione di una forza militare mista per il controllo del delta danubiano. Questo progetto fu però successivamente abbandonato: cfr. HAJNAL, *op. cit.*, p. 26 e ss.

la Schelda e la Mosella, il Danubio, l'Elba e l'Oder con tutti i loro affluenti navigabili ed i canali di collegamento. Il vantaggio di una considerazione unitaria di questo vastissimo sistema idrografico non dipende soltanto dalla maggiore aderenza alle esigenze economiche, ma anche dal maggior equilibrio che ne risulta quanto all'appartenenza dei rispettivi elementi alle diverse sfere regionali, e correlativamente dalle maggiori probabilità che sussistono per la formazione di un accordo tra le potenze interessate. Si che, in definitiva, non sapremmo oggi vedere molte altre possibilità per la sottrazione delle vie d'acqua interne all'autorità dei rivieraschi, a vantaggio di una forma internazionale di amministrazione, se non nei casi suindicati. Amplessime rimangono invece, naturalmente, possibilità analoghe nell'orbita dei singoli sistemi regionali, ed a vantaggio quindi di forme regionali, più che internazionali, di organizzazione. In particolare è prevedibile che in questo senso giungano ad effetto le proposte ripetutamente avanzate da inglesi e americani, naturalmente accompagnandosi all'amministrazione internazionale una disciplina della libertà di navigazione più aderente alle loro intenzioni, in tutta la sfera in cui si affermano i mezzi economici di pressione e attrazione detenuti dall'America e che può molto sommariamente, e non senza notevoli variazioni di intensità, farsi coincidere con la sfera di estensione degli accordi di Bretton Woods. Nè si potrebbe ritenere azzardata la previsione che un organismo per l'amministrazione internazionale delle vie d'acqua interne venga fuori da uno di quegli organismi creati per sopperire alle necessità di emergenza belliche e post-belliche e che poi talvolta si riproducono in analoghe istituzioni permanenti: e precisamente dall'Organizzazione per i trasporti interni del Centro Europa (ECITO) ⁽¹⁵⁾, nella quale è stata tenuta presente anche la convenienza di non tra-

(15) Su cui cfr. WESTLE, p. 116 in nota.

securare l'inquadramento della navigazione interna nel problema più ampio dei trasporti in generale ⁽¹⁶⁾.

Tuttavia non sembra particolarmente interessante l'ulteriore esame dell'ipotesi di un'organizzazione limitata ad un dato ambito regionale. Si aggiunga che, nelle nostre concezioni, è tutt'altro che apprezzabile la previsione di un eccessivo sviluppo di organismi limitati alle singole sfere regionali, specialmente se essi fossero indirizzati piuttosto a far della sfera un blocco chiuso, anzichè a farne un ponte per il passaggio dai singoli stati sovrani ad un'organizzazione internazionale generale. L'ipotesi di organismi regionali non si presta del resto ad essere esaminata sotto un profilo astratto. Per questo motivo crediamo necessario limitare le ulteriori considerazioni al solo argomento degli organismi per l'amministrazione internazionale, non regionale, delle vie d'acqua interne.

7. Mentre nessun dubbio può sorgere sull'opportunità di mantenere distinti ed autonomi gli organismi per l'amministrazione internazionale dei pochi stretti o canali marittimi per cui essa appare conveniente, può invece ragionevolmente dubitarsi se sia opportuno costituire un solo organismo su tutto il sistema dei fiumi e canali europei dalla Mosa al Danubio, oppure se non sia meglio attenersi più o meno al sistema seguito prima della guerra, con un organismo apposito per ciascuno dei fiumi più importanti, salva naturalmente la novità di una loro dipendenza rispetto ad un organismo superiore. Al riguardo non deve essere trascurata la preoccupazione di assicurare la migliore efficienza tecnica dei futuri organismi internazionali, e per questo motivo pare consigliabile un adeguato decentramento di poteri ed una sufficiente autonomia agli organi locali dell'amministrazione medesima.

Questo decentramento può anche facilitare l'accordo fra

(16) Cfr. MANCI, p. 12 ss., 25, 37 ss., 10^a

gli stati interessati, permettendo una più adeguata rappresentanza degli interessi locali nella diversa composizione delle singole sezioni decentrate dell'amministrazione generale. Tuttavia non deve trattarsi altro che di un semplice decentramento: l'esigenza dell'unità complessiva dell'amministrazione va salvaguardata decisamente se non si vogliono frustare i due scopi fondamentali, quello economico e quello politico, che suggeriscono di considerare come un tutto unitario questo sistema di vie acque, e di sottoporlo ad amministrazione internazionale. Salvo il rispetto di questa esigenza di unità, nulla vieta di provvedere con appositi organi locali dell'amministrazione centrale, oltre che per singoli fiumi, anche per la parte più propriamente fluviale, e distintamente, per quella delle foci marittime, come è stato consigliato in base a considerazioni tecniche facilmente comprensibili⁽¹⁷⁾.

Tuttavia il maggior posto fatto nella composizione degli organi decentrati ai rappresentanti degli interessi locali deve trovare il suo limite nella necessità che l'organo conservi un carattere spiccatamente internazionale, senza ridursi ad una commissione di stati rivieraschi; senza di che l'amministrazione internazionale potrebbe rimanere inefficiente, proprio al momento d'emergenza, in uno qualunque dei suoi settori, dove gli interessi o le preoccupazioni politiche locali prendessero il sopravvento sulla cura dell'interesse generale della comunità internazionale. Salvaguardia contro questo pericolo può essere soltanto una composizione istituzionale dell'organo locale che assicuri in esso adeguata rappresentanza agli interessi generali: che rispecchi perciò la composizione medesima dell'organismo centrale, salva la diversa scelta dei rappresentanti degli interessi locali.

Altre caratteristiche strutturali che sarebbe necessario realizzare risultano dalle considerazioni precedenti: soprattutto oc-

(17) L'opportunità di una specializzazione dell'*international machinery* è ampiamente considerata dal MANCK, spec. nelle conclusioni a p. 92 ss.

corre dar luogo alla formazione di qualcosa di assai diverso da quelle varie forme di « conferenze diplomatiche » più o meno permanenti in cui si è normalmente esaurito lo sforzo di creare strumenti per la collaborazione internazionale. Questo scopo può essere realizzato per due vie; meglio, va realizzato possibilmente percorrendole tutte e due: dando luogo cioè alla formazione di un ente che abbia una propria personalità internazionale, e che sia inoltre in grado di esercitare una propria diretta autorità su cose e persone nella sfera delle singole sovranità statuali; che abbia cioè anche personalità di diritto pubblico nei singoli ordinamenti statuali.

Per creare un ente dotato di propria personalità internazionale capace di porsi come forza autonoma di fronte agli stati, assolvendo così la funzione di garante di quell'ordinamento fluviale che si sia riusciti a concordare fra gli stati, occorre anzitutto che l'organismo abbia il carattere di una unione di stati provvista di organi sociali, non già soltanto comuni, e sia quindi in grado di esprimere una volontà sua propria, sociale o istituzionale, non già soltanto la volontà comune degli stati membri. Occorre inoltre che l'organismo medesimo abbia una sufficiente indipendenza rispetto alla volontà dei singoli stati, ciò che si ottiene esclusivamente dando agli organi deliberativi dell'unione il sostegno di un apparato di uffici e di forze che sia sufficiente tanto ad evitargli la necessità di inserirsi nell'ordinamento dei singoli stati per poter realizzare ogni sua volontà; quanto a consentirgli di opporre una propria volontà a quella degli stati, senza naturalmente che si debba anche pretendere la sua capacità materiale di prevalere da solo in linea di fatto sulla volontà degli stati. Occorre invece che l'organizzazione sia appunto conformata in modo da poter intrattenere dei rapporti internazionali, da entrare cioè in rapporto con gli stati come un'entità da essi distinta, in modo che l'effettivo suo ingresso nei rapporti internazionali ne conformi e consolidi l'in-

dipendente personalità⁽¹⁵⁾. Su queste basi diventa poi problema specifico, inabborabile da un punto di vista astratto, la decisione sulle precise caratteristiche strutturali ed attribuzioni di tale organismo.

Ma se con la personalità internazionale dell'unione si soddisfa l'esigenza di un organismo capace di imporre agli stati il rispetto del regime concordato, è necessario soddisfare con la sua personalità di diritto pubblico interno nei singoli stati rivieraschi le esigenze tecniche che sono il principale motivo della sua opportunità. Occorre che gli stati abbandonino ad essa l'autorità su di una certa parte delle materie relative alla navigazione, e che, nei singoli ordinamenti statuali, sia riconosciuta l'obbligatorietà dei suoi regolamenti, dei suoi provvedimenti e delle sue sentenze, e che le sia inoltre concesso di operare materialmente nella manutenzione della via acquea. Sorvolando ancora sull'indicazione delle opportune attribuzioni specifiche, per non cadere nel generico dell'astrattezza, conviene solo ricordare che è assolutamente da pretendere il diretto contatto dei singoli con le autorità internazionali, e che se ne annullerebbe ogni utilità se fra queste e gli individui, in materia di navigazione, dovesse interpersi il diaframma delle autorità locali, salva sempre la possibilità di una loro subordinata utilizzazione.

Appare del resto specialmente auspicabile che si possa realizzare, sia pur soltanto in questa ristretta sede, un diretto rapporto degli individui con un'istituzione internazionale e che, sia pure in un limitato settore, la gelosa sovranità degli stati tollerino di cedere il campo ad un'autorità supernazionale, ad essa riconoscendo autorità in quella stessa sfera in cui si estende la sua normale pretesa all'esclusivo dominio. Le comunicazioni ed i trasporti hanno segnato nella storia il tempo al processo

(15) Sui necessari requisiti della personalità internazionale, in particolare per le unioni di stati, cfr. ZICCARDI, *La costituzione dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1943, p. 303 ss.

di internazionalizzazione della vita economica e culturale, e sono state costantemente un fattore di progresso per la formazione di un mondo più unito. Pare giusto auspicare all'istituzione internazionale che dovrebbe riaprire alle comunicazioni numerose e fondamentali vie, di iniziare a sua volta sul terreno giuridico il processo di superamento delle forme chiuse tradizionali a vantaggio di una più positiva collaborazione internazionale.

Le possibilità di successo dell'iniziativa sono largamente dipendenti, peraltro, dallo spirito e dalle intenzioni pratiche che la animeranno. L'ostacolo fondamentale e gravissimo, costituito dalla resistenza delle sovranità statuali ad ogni tentativo di limitazione, sarà certo portato piuttosto ad irrigidirsi che a cedere qualcosa se nella progettata internazionalizzazione non si potesse veder altro lato di quello, relativo alle limitazioni dirette e indirette della sovranità, che suscita naturalmente l'antagonismo di questa. Ben diverse possibilità di successo si presentano invece quando quegli aspetti appaiano come il necessario correlato di un sistema di cooperazione internazionale in materia fluviale che, prima di chiedere, offra ad un mondo afflitto dalla miseria, e dagli impacci che esso stesso si pone, larghe possibilità di miglioramento. Ma allora occorre che gli iniziatori del movimento, che sono anche i detentori delle maggiori ricchezze, abbandonino il progetto di farsi della ricchezza un'arma di assoggettamento dei paesi in istato di bisogno, e si accostino alle loro necessità col vero spirito di quella collaborazione internazionale nel cui nome soltanto anche questo, come tanti altri problemi, potrà essere risolto. Soprattutto nella supposizione di simili intenzioni è possibile suggerire l'opportunità di coronare l'edificio della disciplina della navigazione interna con un ufficio internazionale, il quale si preoccupi di assicurare la collaborazione internazionale in tutti i casi in cui possa esserne maggiore il bisogno, anche al di fuori delle ipotesi di amministrazione internazionale.

Se desiderato dagli stati come strumento di ricostruzione, un ufficio internazionale potrebbe agevolmente nascere e svilupparsi con tutta una serie di attribuzioni che, oltre a dare unità al regime internazionale della navigazione interna, aprirebbe la via ad ulteriori e più completi sviluppi del principio di internazionalizzazione. Sue funzioni potrebbero essere pertanto: di coordinare le diverse amministrazioni nazionali dei rivieraschi o internazionali in vista degli interessi generali della navigazione interna; di emanare le disposizioni generali di carattere tecnico e giuridico per assicurare l'uniformità delle caratteristiche fisiche delle vie acquee e dei regolamenti locali sui natanti, il personale e le merci; di provvedere coi propri fondi al finanziamento dei lavori di miglioramento, all'apertura di nuove vie acquee, ed anche alla semplice manutenzione quando lo stato rivierasco si trovi in condizioni di particolare povertà; di decidere la ripartizione fra gli stati, interessati ad un dato lavoro, delle rispettive quote di partecipazione al costo e di stabilire il contributo speciale a carico degli stati particolarmente avvantaggiati; di decidere in prima istanza i ricorsi di privati contro le decisioni delle giurisdizioni locali per le vie d'acqua soggette ad amministrazione nazionale, ed in seconda istanza i ricorsi contro le decisioni delle commissioni rivierasche o internazionali; di esercitare infine opera di conciliazione nelle controversie fra stati o eventualmente anche di deciderle in prima istanza, salvo ricorso successivo alla Corte internazionale di giustizia o ad altro organo delle Nazioni Unite ⁽¹⁹⁾.

(19) Il problema di assicurare la libertà di navigazione anche quando interviene stato di guerra fra gli stati partecipanti all'amministrazione internazionale delle vie acquee interne e conseguentemente l'opportunità di predisporre la neutralizzazione del corso d'acqua, mi sembra che abbia perso un reale interesse pratico, mentre diversamente si poteva dire nel secolo scorso come dimostra, ancora una volta, l'interessante storia del Danubio durante le guerre locali del 1876-77, e del 1885, oltre all'importanza preminente riconosciuta costantemente a questo problema dalle potenze interessate al regime danubiano.

INDICE

	pag.
ALBERTO AURICCHIO, <i>Contributo alla teoria della gestione rappresentativa</i>	1
GIOVANNI BOGNETTI, <i>Holmes e le origini del pensiero filosofico-giuridico americano del secolo XX</i>	51
GIOVANNI CONSO, <i>Le modifiche al codice di procedura penale</i>	139
ELIO FAZZALARI, <i>Note in tema di diritto e processo</i>	153
PIERO ZICCARDI, <i>L'internazionalizzazione delle vie d'acqua interne</i>	317

Direttore responsabile: prof. CARLO BO

Redattore: prof. LORENZO SPINELLI

