

IL DIRITTO FUTURO NEL QUADRO DEGLI STUDI DI DIRITTO
PROCESSUALE CIVILE

Gli uomini debbono migliorare il diritto
affinchè il diritto migliori gli uomini.

1.- In tutti i rami della scienza giuridica, non escluso quello a cui noi ci dedichiamo, è facile notare un'assoluta indifferenza verso il diritto futuro: lo studio dell'jus condendum o meglio la sua elaborazione e preparazione sembra esulare dai compiti della scienza stessa.

Il diritto futuro non solo non costituisce un ramo o una branca della giurisprudenza, come la storia del diritto o il diritto comparato, ma neppure un capitolo dei libri di diritto vigente. Accade infatti che, di fronte a cento monografie imperniate esclusivamente sul risultato della spaccatura in quattro di un concetto capillare trattato ed astratto, con lavoro di pura acrobazia logica, dalle norme in vigore, si e ne una ne esista che, giunta alla fine, formuli sulla disciplina positiva dell'istituto esaminato, un giudizio di valore, cioè di adeguatezza delle norme stesse alle esigenze di vita, di giustizia, di socialità, che esse vogliono e debbono soddisfare; o anche soltanto un giudizio di coerenza col sistema in cui si trovano inserite e conseguentemente sul se e sul come vadano integrate e modificate.

Peggio: se nel corso del lavoro interpretativo di una norma positiva, vien fatto di formulare un giudizio di tal fatta ci si affretta a scacciarlo come vano ed importuno: l'esclamazione che poche settimane fa legge-

vo in una nota giurisprudenziale di un valente giurista, il GROSSO ("ciò che interessa non è lodare o criticare la legge, è interpretarla", Dir. e Giur. 1950, 315), è di quotidiana ricorrenza.

Ancor più raro è poi il giurista che condensa addirittura tale voto di modifica delle norme positive in un articolo o in un complesso di articoli, cimentandosi in quel lavoro di estetica come scienza dell'espressione legislativa che comporta difficoltà di concisione e di incisività ben diverse e ben maggiori di quelle dell'espressione e dell'esposizione scientifica. Noi abbiamo l'attitudine e l'abitudine a diluire in un libro i concetti racchiusi in tre righe di un articolo di legge, ma non a concentrare e a racchiudere in tre righe i concetti di un intero libro.

Fra queste rarissime eccezioni, che rendono più evidente e più deplorabile la regola, non posso non ricordarne una, più di tutte luminosa, quella di GIUSEPPE CHIOVENDA, che non intendeva certo nel modo comune il dovere del giurista e che alla preparazione del nuovo diritto processuale ha dedicato tante cure e tanta passione, con risultati imperituri.

2. = Le ragioni dell'abbandono sono varie e profonde: in questa comunicazione che ha assai più lo scopo di porre il problema per l'avvenire che di analizzare la situazione presente, basterà accennarle sommariamente.

Segnalerei anzitutto il pregiudizio intellettualistico che sapere voglia dire soltanto conoscere ciò

che ci è dato, ossia che già esiste e non anche ciò che ancora non è perchè deve essere fatto da noi: il saper fare, o il fare, secondo questo pregiudizio che non cessa di essere tale anche se si ricollega a celebri e celebrate partizioni delle forme di attività dello Spirito, non farebbe parte del sapere.

Una seconda ragione è che il compito di preparare e favorire le riforme non si concilia molto facilmente con il compito di sistematizzare e razionalizzare il diritto vigente, specie se inteso e assolto come oggi lo si intende e lo si assolve.

Stabilito infatti che di ogni norma si deve ad ogni costo trovare la ratio anche quando i suoi compilatori l'hanno riprodotta meccanicamente da altre fonti senza intenderne nè il finex nè la portata, cioè senza consapevolezza del problema che essa risolve, che ogni lacuna deve essere colmata coi noti criteri stabiliti dall'art.12 delle Preleggi, che ogni antinomia deve essere eliminata dal sistema, magari per mezzo dell'interpretazione abrogativa; creati in tal modo il mito e il postulato del legislatore come essere sempre razionale e sempre coerente a sè stesso e dilatato così al massimo grado il compito del giurista interprete, è inevitabile la formazione di una costui mentalità estranea e quasi ostile all'emanazione di nuove norme. Le famose tre parole innovatrici del legislatore sufficienti per mandare al macero intere biblioteche, di JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN, nella sua parimenti famosa operetta del 1848, appaiono come una spada di Damocle appesa sul capo dei pazienti costruttori di ingegnosi sistemi, la cui nota

caratteristica sono l'abuso di logica astratta e il nessun uso di esperienze della vita vissuta.

Il giurista ha assai spesso, sia per effetto di residui di sorpassata metodologia del pensiero scientifico, sia perchè le sue opere di mole risalgono quasi sempre all'età giovanile e quindi risentono della mancanza di esperienza pratica e dell'eccesso di fede nell'efficacia della logica formale, ~~xxxxx~~ più il gusto del sistema che il senso del problema; e, quando ha creato, con sforzi immensi, un sistema ~~im~~perfetto e chiuso = che ogni difficoltà supera, ogni oscurità chiarisce, ogni deficienza colma (naturalmente a suo modo, e cioè in modo diverso da altri giuristi) non è facilmente disposto a considerare la norma di legge già esaminata come una fra le varie possibili soluzioni di un problema di vita imposto e suggerito da esigenze concrete, problema che occorre risentire e rivivere quando il legislatore l'ha sentito e l'ha voluto risolvere in quel certo modo; e a convincersi talvolta che quel certo problema che l'esperienza presenta non è neppure passato per il capo dei compilatori della legge, onde tutti gli sforzi per trarne la soluzione dalle disposizioni che più vi si avvicinano non sono che ripieghi provvisori: la via maestra è una legge nuova, che quel problema si ponga dinanzi, voglia effettivamente risolvere e risolvere.

Una terza ragione è il pregiudizio, le cui responsabilità cadono in gran parte sulla scuola del diritto puro, adoratrice di HANS KELSEN, che l'jus condendum sia compito esclusivo degli studiosi di sociologia e

scienze politiche, non dei giuristi.

Una quarta ragione, che in certo modo si ricollega alla terza, è il feticismo per la legge positiva come espressione della immanente e prepotente potestà statale: contrapporre al diritto che è, il diritto che si vorrebbe che fosse, vuol dire, o sembra voglia dire, fare del diritto razionale, del diritto ideale, del diritto naturale. E voi sapete da quale discredito si stia solo ora risollestando il diritto naturale dopo le tremende esperienze che il mondo ha subito e subisce per l'abuso del diritto e del potere statale da parte di chi contorceva e contorce a fini privi di qualsiasi umanità e universalità quel potere e quel diritto.

A questo punto mi pare opportuno fare una constatazione interessante: lo stesso diritto positivo, se da un lato possiede le sue note valvole di sicurezza interpretative nell'art.12 delle Preleggi, dall'altro non manca di confessioni della propria umana imperfezione e della conseguente necessità di emendarsi.

L'art.34 del Regolamento appr.con R.D.26 giugno 1924 n.1055 per l'esecuzione della legge sul Consiglio di Stato e il corrispondente articolo 58 del Regolamento approvato con R.D.21 aprile 1942 n.444, prescrivono al Consiglio stesso di segnalare i vizi le oscurità le imperfezioni le deficienze della legislazione vigente riscontrati nell'esame degli affari discussi.

Di fronte dunque a un atto di superbia, di autointegrazione, un atto di umiltà. Ma mentre l'atto di superbia è al centro dell'attenzione di tutti gli studiosi

ed operatori del diritto, l'atto di umiltà è relegato in un angolo morto.

Nessuno lo ricorda e nessuno lo applica. Altro sintomo della situazione.

3. = A me non par dubbio che il giurista debba considerare la sua collaborazione col legislatore di importanza eguale alla sua collaborazione col giudice, non par dubbio che il lavoro per migliorare il diritto attuale debba andare di pari passo con quello per migliorarne l'interpretazione.

Gli inconvenienti, gravissimi, dell'attuale indirizzo degli studi sono facilmente visibili.

Accade infatti: 1°) che le riforme - come quella del codice processuale civile ora approvata - siano proposte e caldeggiate soltanto dai cosiddetti pratici, quelli che il CHIOVENDA definiva "un guaio" o dai politici, non dagli studiosi; 2°) che si tenti persino addirittura, come pure è accaduto in questi anni, di escludere dai lavori preparatorii proprio gli studiosi delle leggi che si vogliono riformare: ma di quest'esclusione gli studiosi debbono dar la colpa a sè stessi, tanto è vero che non appena la loro reazione si è manifestata con un vivo ed efficace apporto di critica, la riforma è stata sospesa e di quest'apporto si è tenuto conto; 3°) che anche quando questo non accade e gli studiosi vengono chiamati a fare i legislatori, essi si trovano affatto impreparati al nuovo e inusitato compito, privi di qualsiasi materiale di studio meditato e collaudato da

riposate discussioni scientifiche. Direi anzi che si trovano contropreparati: mentre di ogni problema interpretativo e sistematico sollevato dalle vecchie leggi conoscono alla perfezione le diverse contrastanti soluzioni offerte dalla scienza e dalla giurisprudenza, a cominciare dalla propria, sono pressochè privi di opinioni intorno ai problemi de jure condendo.

Alle intere biblioteche de jure condito non corrispondono che pochi frammenti sparsi ed inorganici, de jure condendo.

Sono pertanto costretti a improvvisare; ma improvvisare vuol dire, soprattutto, più che errare, dimenticare, vuol dire mancare di fantasia, quella fantasia che, come osservava FRANCESCO CARNELUTTI, è una dote essenziale del legislatore.

E le dimenticanze del legislatore sono particolarmente esiziali nel nostro campo, in cui l'analogia e i principi generali hanno una funzione integrativa molto ridotta.

Per fare qualche esempio: il codice di procedura civile del 1940 si era dimenticato di disciplinare accanto alla riunione, la separazione delle cause connesse: qual mai giudice avrebbe osato di colmare la lacuna mediante l'analogia colla separazione prevista nell'art. 104 per le domande non connesse proposte contro la medesima parte? Solo la legge 14 luglio 1950 n.581 ha potuto farlo.

Ancora: chi ha mai pensato a introdurre nel codice, accanto alla chiamata in garanzia nel processo di cognizione, la chiamata in garanzia nel processo di esecuzione,

ne ? Mi spiego, riferendomi a un'esperienza familiare ai pratici e quindi a voi che siete anche pratici (di quei puri teorici che CHIOVENDA definiva un non senso, non ce n'è più!): secondo il diritto sostanziale, il fideiussore può escutere il debitore anche prima di aver pagato, perchè gli procuri la liberazione, quando venga a sua volta escusso dal creditore.

Ora, quando la fideiussione deriva da un titolo esecutivo, cioè per fare il caso più frequente, è un avallo cambiario, l'avallante precettato dal creditore non può, come sarebbe sacrosantamente giusto e coerente a quel principio di diritto sostanziale, precettare in regresso il debitore affinché paghi al creditore e lo liberi; perchè non esiste la chiamata in garanzia esecutiva, che sarebbe l'istituto processuale ad hoc.

Il regresso esercitato in sede di cognizione non serve a niente perchè arriva troppo tardi; e la pratica, maledicendo le deficienze del codice, rimedia con rimpieghi pericolosi, e subordinati alla buona volontà del creditore.

Neanche questa è una lacuna colmabile con l'analogia e coi principi generali, perchè si tratta di creare un meccanismo processuale ex novo.

Un terzo esempio riguarda non una deficienza, ma una errata ed ingiusta valutazione di interessi, e un'incongruenza sistematica: l'incongruenza non viene di solito rilevata e l'errore di valutazione viene "razionalizzato" con sforzi degni di miglior causa.

Alludo all'impossibilità per il debitore sequestrato e pignorato di liberare le cose (che talvolta sono pochi

poveri mobili di casa) dal sequestro o pignoramento, col versamento del valore delle cose stesse, quando questo è inferiore al credito per cui si procede: con ciò si favorisce non il diritto del creditore, ma soltanto un suo intento vessatorio ed emulatorio. Ciò non avviene per deliberata volontà, ma per non essere stato avvertito e discusso il problema dai "conditores legis". Tanto che - qui è l'incongruenza sistematica - quando la cosa sequestrata è un aeromobile, la legge concilia alla perfezione gli interessi legittimi del creditore e del debitore disponendo (art.1077 cod.nav.) che il giudice revoca il sequestro di fronte a una cauzione pari alla minor somma fra il valore dell'aeromobile e l'ammontare del credito e delle spese.

Questi esempi dimostrano anche quanto sia infondato il timore di invadere il campo delle discipline sociologiche e politiche: nessuno potrebbe sostenere che le lacune segnalate non siano di competenza stretta dei giuristi, come mille altre che voi ed io potremmo indicare ~~xxxxxxx~~ sconcordanza fra mezzi d'istruzione preventiva e mezzi d'istruzione successiva, ~~xx~~ mancanza, in materia di sequestro, di una disposizione consimile a quella dell'art.690 per ovviare ai gravissimi inconvenienti dei provvedimenti carpiti inaudita altera parte ed irrevocabili fino alla sentenza ecc.) traendole dalla nostra esperienza di pratici non ciecchi e di teorici non vuoti.

Tuttociò senza parlare dei grandi problemi ~~ii~~ che occorre pure riesaminare e ridiscutere, come quello della Cassazione giudice di terza istanza. Quasi cento anni

di vita della Cassazione italiana, altrettanti di inutili tentativi di tracciare un solco netto fra la questione di fatto e la questione di diritto, e infine, la attuale estrema riduzione dei poteri del giudice di rinvio, mi fanno ritenere molto dubbia l'opportunità di mantenere il sistema attuale.

4.- I rimedi a questa, che io non esiterei a definire una forma di tradimento dei chierici, un deprecabile coefficiente di approfondimento della frattura fra cosiddetti teorici e cosiddetti pratici del diritto, sono abbastanza facili da enunciare.

Proclamare e considerare la collaborazione col legislatore compito del giurista di importanza non minore della collaborazione col giudice; infondere nei giuristi la convinzione che la loro libera spontanea sostanziale collaborazione alle future riforme si compie prima delle riforme stesse, in un riposato speculare e discutere, perchè, quando le riforme vengono decise ed iniziati i relativi lavori preparatori, oportet studuisse, non studere.

Particolarmente e concretamente:

- a) dedicare, nelle nostre riviste, un'apposita sezione o parte al diritto futuro, cioè al miglioramento del diritto attuale;
- b) considerare, nei concorsi a cattedre universitarie, libere docenze, premi (esempio il premio Chiovenda) come particolare merito del concorrente, lo studio ~~xxxxxxxxxx~~ ~~xxxxxxxxxx~~ di utili riforme, possibilmente ridotte in articoli, secondo lo stile legislativo, almeno come fi-

nale integrazione delle monografie di diritto vigente;
c) istituire presso la Segreteria dell'Associazione una raccolta divisa per argomenti e per istituti, di tutti gli studi di diritto processuale in formazione via via che vengono pubblicati;

d) promuovere e sollecitare dagli organi legislativi, sotto il segno il nome e l'autorità dell'Associazione, le riforme parziali o totali, tostochè il relativo lavoro di preparazione scientifica sia giudicato esauriente.

Se tuttocì, che chiederai alla Presidenza di fare oggetto di ordine del giorno del Congresso, verrà attuato, la scienza del diritto processuale avrà assolto, come sempre prima fra le consorelle, un proprio grande debito verso la vita, e non avrà più da temere la ormai secolare ironia di VON KIRCHMANN, perchè le parole innovatrici del legislatore significheranno che intere nostre biblioteche vanno non al macero ma a dare spirito e corpo a nuove migliori leggi dello Stato.

E questo sarà il premio più ambito alle nostre fatiche.

AVV. GUIDO GAUDENZI