

Saggi Tascabili

Piero Calamandrei

FEDE NEL DIRITTO

a cura di Silvia Calamandrei

saggi di
Guido Alpa, Pietro Rescigno,
Gustavo Zagrebelsky

 *Editori Laterza*

Saggi Tascabili Laterza

317

© 2008, Gius. Laterza & Figli

Prima edizione 2008

Piero Calamandrei

FEDE NEL DIRITTO

a cura di
Silvia Calamandrei

saggi di
Guido Alpa
Pietro Rescigno
Gustavo Zagrebelsky

Proprietà letteraria riservata
Gius. Laterza & Figli Spa,
Roma-Bari

Finito di stampare
nel luglio 2008
SEDIT - Bari (Italy)
per conto della
Gius. Laterza & Figli Spa
ISBN 978-88-420-8737-3

Domenica scorsa feci alla FUCI
in una sala affollatissima ma freddissima,
un discorso su «Fede nel diritto».
Pubblico strano: cattolici, ebrei,
antifascisti, magistrati, professori.
Ho detto nei limiti
della più stretta legalità cose
che possono dare un certo orientamento.
Era presente l'arcivescovo:
e il segretario del GUF, Giglioli,
che mi salutò prima, ma non dopo.
Mi pare però, dal lato politico, di aver sentito
intorno a me un caldo consenso.
Ma siamo poi nel vero a difender la legalità?
È proprio vero che per poter riprendere
il cammino verso la 'giustizia sociale'
occorre prima ricostruire lo strumento
della legalità e della libertà?
Siamo noi i precursori dell'avvenire,
o i conservatori di un passato in dissoluzione?

dal Diario di Piero Calamandrei

Firenze, 27 gennaio 1940

UNA TRAVAGLIATA APOLOGIA DELLA LEGGE

di Gustavo Zagrebelsky

1. Un testo tormentato come quello che viene qui pubblicato a distanza di molti anni, composto in un'epoca politica oppressiva, in cui gli oppositori in patria erano ridotti alla pratica del 'nicodemismo' – e in un contesto di cultura giuridica profondamente diverso da quello in cui lo leggiamo oggi –, non si presta né all'agiografia né alla critica distruttiva, ma solo a un tentativo di comprensione.

Innanzitutto, non sappiamo o, quantomeno, io non so per quale motivo questa conferenza, tenuta il 21 gennaio 1940, sia rimasta conservata, potremmo dire, nascosta in una 'cartellina' e non abbia visto la luce per iniziativa del suo autore. Ma possiamo forse arguirne i motivi. Di sicuro, Calamandrei non la considerava compiuta e pronta per una pubblicazione. Una cosa è l'esposizione orale, in un tempo, in un luogo, di fronte a un pubblico particolare, sotto l'influenza di uno stato d'animo; altra cosa sono le parole consegnate allo scritto, che si presumono dotate di valore duraturo. La cartellina contiene appunti per un'ulteriore elaborazione e uno scambio epistolare con Guido Calogero documentata fino al 16 ottobre 1941 l'idea di doversi dedicare ancora a quel testo, col progetto di «ridurlo a dialogo».

Dunque, Calamandrei non lo considerava pronto per la stampa. Quali fossero i motivi dell'insoddisfazione non è dato sapere esattamente. Forse, già l'idea della sua trasformazione in un dialogo di tipo socratico tradisce l'esigenza di una più articolata e, per così dire, equilibrata esposizione di argomenti *pro* e *contra*, con riferimento alla tesi centrale sostenuta nella conferenza: la legalità come valore primo e ultimo della scienza e della pratica del diritto. È stato ricordato altrove il brano del diario¹, in data 27 gennaio (appena sei giorni dopo), che contiene una riflessione perplessa sul *Leitmotiv* della conferenza del 21: «Ma siamo poi nel vero a difendere la legalità? È proprio vero che per poter riprendere il cammino verso la 'giustizia sociale' occorre prima ricostruire lo strumento della legalità e della libertà?».

D'altra parte, noi ritroviamo diverse parti della conferenza, talora letteralmente trascritte, in saggi di poco posteriori. Ad esempio, il passo sulla «divisione del lavoro» che distingue i 'tecnici dell'applicazione del diritto' da coloro che si adoperano per la formulazione del diritto, presente nel terzo paragrafo della conferenza, si ritrova pari pari in *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica* (1941)²; l'immagine della legge come crogiuolo dove il metallo puro si libera delle scorie, che troviamo nel sesto paragrafo della conferenza, la ritroviamo in *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina* (1942)³, dove si aggiunge l'immagine della

¹ P. Calamandrei, *Diario 1939-1945*, La Nuova Italia, Firenze 1997, vol. I, pp. 128 sg.

² Id., *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, ora in Id., *Opere giuridiche*, vol. I, *Diritto*, a cura di M. Cappelletti, Morano, Napoli 1965, p. 465.

³ P. Calamandrei, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, Vallardi, Milano 1942, ora in Id., *Opere giuridiche*, vol. I, cit., p. 171.

«tranquillante impronta della giuridicità»; il riferimento al motto «La legge è uguale per tutti», che racchiuderebbe «tutta la moralità della dogmatica giuridica», che troviamo nel paragrafo 11 della conferenza, corrisponde perfettamente a quanto si dice a p. 474 del già citato *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*; in questo scritto, ancora, a p. 476, troviamo l'immagine dell'occhio sulla cupola della grande architettura di pure forme del diritto, da cui può penetrarvi la luce della morale, così come penetra il sole a illuminare il tempio, che qui è contenuta nello stesso paragrafo 11. È possibile, anzi probabile, che una ricerca più approfondita metterebbe in luce altre trasposizioni, perfino parola per parola, dalla conferenza ad altri scritti del periodo immediatamente successivo.

Che cosa ricaviamo da questi due dati, lo stato di incompiutezza e l'utilizzazione di interi passi della conferenza in altri scritti? Pare evidente: Calamandrei l'ha abbandonata a se stessa, così potendone riutilizzare diverse parti. Se non si può dire che l'abbia ripudiata, almeno si può dire che ci furono motivi di sostanza per rinunciare finalmente alla pubblicazione. Forse, tali motivi coincidono con i dubbi ch'egli confessa a se stesso nella pagina del diario citata sopra. Se noi oggi la riscopriamo, dobbiamo tenere conto del fatto che essa non è stata pubblicata per volontà del suo autore. Ciò non riduce il suo interesse, ma lo aumenta: è il segno di un pensiero non appagato che, per questo, maggiormente ci interroga.

2. La conferenza è un'apologia della legalità. Ma se la leggiamo solo così, probabilmente vi troviamo poco che non sia già contenuto in altri scritti, anteriori e successivi. L'assillo costante di Calamandrei fu, per l'appunto, la legalità. Paolo Grossi intitola il capitolo dedicatogli

in *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana (1859-1950)*⁴, *L'assillo della legalità*. Norberto Bobbio, a sua volta, nel ritratto scritto per *Ventidue saggi su un grande maestro*⁵, sottolinea, come elemento portante di tutta l'opera di Calamandrei, in tutte le fasi del suo pensiero, la legalità, appunto: ogni opera di giustizia, per lui, non sarebbe stata tale se non per il tramite e nel rispetto della legge.

Ciò che più interessa è la giustificazione di quell'apologia. La legalità non è solo un elemento della *forma mentis* del giurista, o di quel tipo di giurista (legalitario, appunto) nel quale Calamandrei si riconosceva. È per lui un elemento morale, che corrisponde esso stesso a un'idea di giustizia: nella legge e nel suo rigoroso rispetto sta la giustizia di giuristi, giudici, avvocati, studiosi del diritto. E non perché egli creda in un legislatore giusto, che è tale perché e in quanto da lui promanano leggi giuste, come possono ritenere i giusnaturalisti di ogni specie; e nemmeno perché creda in un giusto legislatore, dal quale, per qualche qualità sua propria, provengano leggi giuste per definizione, come ritengono i giuspositivisti ideologici; ma perché crede che la legge in se stessa, in quanto cosa diversa dall'ordine particolare o dalla decisione caso per caso, contenga un elemento morale di importanza tale – agli occhi dei giuristi – da sopravanzare addirittura l'ingiustizia eventuale del suo contenuto. Questo elemento morale risiede nella forma-legge in quanto tale, cioè nella forma generale e astratta in forza della quale si esprime, poiché questa è la «forma logica» della solidarietà e della reciprocità tra

⁴ P. Grossi, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana (1859-1950)*, Giuffrè, Milano 1986.

⁵ P. Calamandrei, *Ventidue saggi su un grande maestro*, a cura di P. Barile, Giuffrè, Milano 1990, pp. 205 sgg.

gli esseri umani, su cui soltanto società e civiltà possono edificarsi (v. § 11). I toni attraverso i quali è tratteggiata questa concezione della legge, tipicamente razionalista, che Calamandrei – forse in omaggio al pubblico che l’ascoltava, costituito da universitari cattolici – attribuisce a un lascito cristiano, sono particolarmente appassionati: la legge generale e astratta

significa che il diritto non è fatto per me o per te, ma per tutti gli uomini che vengano domani a trovarsi nella stessa condizione in cui io mi trovo. Questa è la grande virtù civilizzatrice e educatrice del diritto, del diritto anche se inteso come pura forma, indipendentemente dalla bontà del suo contenuto: che esso non può essere pensato se non in forma di correlazione reciproca; che esso non può essere affermato in me senza esser affermato contemporaneamente in tutti i miei simili; che esso non può essere offeso nel mio simile senza offendere me, senza offendere tutti coloro che potranno essere domani i soggetti dello stesso diritto, le vittime della stessa offesa. Nel principio della legalità c’è il riconoscimento della uguale dignità morale di tutti gli uomini, nell’osservanza individuale della legge c’è la garanzia della pace e della libertà di ognuno. Attraverso l’astrattezza della legge, della legge fatta non per un solo caso ma per tutti i casi simili, è dato a tutti noi sentire nella sorte altrui la nostra stessa sorte (si vedano altresì le espressioni finali contenute nel § 8).

Non è un passaggio isolato. Nel saggio, già citato, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina* (p. 177), leggiamo gli stessi concetti, in termini ancor più enfatici: il giurista,

anche quando il contenuto della legge gli fa orrore, sa che nel rispettarla e nel farla rispettare quale essa è, anche se iniqua, si riafferma quell’ideale di eguaglianza e di reciprocità umana che vivifica e riscalda l’apparente rigidità del sistema della legalità. E forse questo culto della legalità a tutti i costi,

questo sconcolato ossequio alle leggi, solo perché sono tali, e anche se il cuore le maledice e ne affretta col desiderio l'abolizione, ha una sua grandezza morale che raggiunge spesso, senza slanci apparenti, il freddo e meditato eroismo.

«Indipendentemente dalla bontà del suo contenuto», «anche quando il contenuto della legge gli fa orrore». Queste proposizioni non possono non colpire profondamente, sia per l'immagine ch'esse rendono del giurista e della giurisprudenza, sia per il carattere assolutorio del servizio che i giuristi prestano all'arbitrio che si manifesta in legge: il servizio allo «Stato di delitto» (per usare la formula di Gustav Radbruch) che si fa schermo delle forme dello Stato di diritto. Il giurista come puro esecutore della forza messa in forma di legge? Non è questa una concezione servile del «giurista, giudice o *sapiens*», che riduce il *coetus doctorum* a «una sorta di congregazione di evirati»? ha domandato polemicamente Paolo Grossi, nello scritto sopra ricordato (p. 154). Tutto questo sembra scandaloso – si può aggiungere –, soprattutto in un'epoca nella quale la legge aveva dimostrato tutta intera la sua disponibilità a qualunque avventura, nelle mani di despoti e perfino di criminali comuni, impadronitisi del potere. In Italia, non si trattava solo delle leggi che avevano istituzionalizzato l'arbitrio poliziesco e la vocazione autoritaria del fascismo (per esempio, il codice penale del 1931, o il testo unico delle leggi di pubblica sicurezza del 1934, ciò su cui ritorneremo alla fine, con un cenno). Si trattava, niente di meno, delle leggi razziali del 1938, sulle quali non una parola è spesa nella conferenza e nei testi coevi di Calamandrei: leggi che paiono dunque essere tacitamente comprese, nella sua argomentazione, tra quelle cui si deve «culto a ogni costo» e ossequio, sia pure,

eventualmente, «sconsolato», un ossequio dovuto, da parte dei giuristi consapevoli del compito che è loro proprio, come atto di «freddo e meditato eroismo». Queste espressioni, che sono state intese come manifestazione di piaggeria verso il regime, non si leggono oggi senza scandalo. Ma è proprio così?

Il silenzio tenuto in proposito si può spiegare certo col clima d'intimidazione poliziesca del tempo; ma non è questo il punto che qui interessa. Interessa piuttosto sottolineare che nella nozione 'formale' di legge, cui Calamandrei si riferiva, non potevano rientrare leggi come quelle razziali, leggi discriminatrici per antonomasia, con riguardo alle quali non si sarebbe certo potuto parlare di reciprocità, capacità di valere oggi per uno e domani per l'altro, solidarietà in una sorte comune, virtù educatrice e civilizzatrice: caratteristiche proprie della legge generale e astratta cui Calamandrei si riferiva, che sono invece puntualmente contraddette da atti in forma di legge aventi lo scopo di spaccare la comunità di diritto, espellendone una parte. Chi potrebbe parlare, per quelle leggi, di reciprocità, valenza generale, solidarietà ecc.? L'elogio della legalità non era dunque riferito alla pura e semplice forma del potere che si fosse espresso nel rispetto delle vigenti *procedure per la produzione* di atti d'imperio, chiamati leggi. Era rivolta a quella legalità che esige una determinata *struttura della volizione* contenuta in tali atti d'imperio: la generalità e l'astrattezza, alle quali soltanto si possono riferire virtù come la reciprocità, la solidarietà ecc., del tutto estranee alle misure che creano discriminazioni. Queste ultime, dunque, a ben leggere, non sono da comprendere nell'elogio alla legalità, anche se assumono l'aspetto esteriore della legge.

Nel discorso di Calamandrei, e negli altri scritti del periodo al quale appartiene la conferenza, il diritto dei

giuristi è essenzialmente e soltanto legge. Non c'è diritto fuori della legge e la legge è tutto il diritto. Questa rigorosa riduzione positivista del diritto a legge comporta una concezione altrettanto rigorosa e formale della legalità: tutto ciò che i giuristi affermano, che non sia nella legge, è estraneo, anzi contrario al diritto. La sua idea dell'interpretazione è quella di un'attività meramente conoscitiva o 'speculativa' della legge. Si veda l'invito rivolto ai giuristi, in occasione della presentazione del nuovo Codice di procedura civile, affinché essi si dedichino «alla esegesi e alla descrizione», ad «andar tra gli uomini a spezzare tra loro il pane della legalità»⁶. Oppure, si consideri questo passo, preso da *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina* (p. 175), dove si dice che «la scienza giuridica deve mirare soltanto a 'sapere qual è il diritto', non a crearlo; solo in quanto il giurista abbia coscienza di questo suo limite e non tenti di sovrapporsi al dato positivo che trova dinanzi a sé, l'opera sua è benefica per il diritto. Io mi immagino il giurista come un osservatore umile e attento». Anche per questa via – la riduzione del diritto a legge e la concezione 'cognitivistica' dell'interpretazione – giungiamo alla stessa conclusione: l'attività del giurista, in quanto colui che non pone la legge, ma meramente la applica, come strettamente servente il legislatore. La certezza del diritto è qui il valore che primariamente è in gioco, un valore strettamente intrecciato alla sicurezza del singolo, affinché possa «vivere in laboriosa pace la certezza dei suoi doveri, e con essa la sicurezza che intorno al suo focolare e intorno alla sua coscienza la legge ha innalzato un sicuro recinto dentro il quale è intangibile, nei limiti della legge, la sua libertà» (§ 11).

⁶ Calamandrei, *Il nuovo processo civile*, cit., p. 473.

Anche a questo proposito, sarebbe facile osservare che queste parole possono sembrare addirittura beffarde, se riferite a leggi che legittimano l'arbitrio. Delle leggi dei regimi autoritari o, peggio ancora, totalitari, tutto si può dire, ma non che esse valgano a protezione della sicurezza delle persone. Ma la preoccupazione di Calamandrei, risultante con evidenza dalla conferenza e da numerosi passi di altri scritti coevi, era la difesa, se non contro l'autoritarismo o il totalitarismo, almeno contro l'*arbitrarietà del potere*. Era un'ultima e minima linea difensiva, contro quello che in altri tempi si sarebbe detto il dispotismo, cioè il potere capriccioso, imprevedibile, casuale. Così si spiega l'attaccamento alla legge e, per converso, la polemica contro quello che viene definito il 'diritto libero', considerato il regno dell'arbitrio.

L'espressione 'diritto libero' abbraccia significati diversi. Il movimento o scuola del diritto libero (*Freirechtswegung* o *Freirechtsschule*) si era sviluppato in Germania negli ultimi decenni del XIX secolo, in un tempo non sospetto di derive fasciste. Proprio in base all'idea di un significato oggettivo del diritto positivo (legislativo o 'pandettistico'), questo, di fronte alle infinite variazioni della vita reale, venne a considerarsi non un 'pieno' compiuto, un ordinamento completo, ma una somma di lacune, di vuoti da riempire. Ovviamente, ciò implicava l'autorizzazione a spingersi oltre la legge. I giuristi e i giudici in particolare, a contatto con la concretezza dei casi della vita, avrebbero dovuto attingere ad altre 'fonti del diritto', diverse dalla legge, quali le regole sociali rilevate direttamente a partire dai modi di vita popolari. Di Ernst Kantorowicz, apostolo tra i più importanti di questo movimento⁷, tutto si può dire, meno

⁷ Col saggio militante, pubblicato sotto lo pseudonimo di Gnaeus

che possa considerarsi un proto-fascista. Il diritto libero, nella sua teorizzazione originaria, mirava ad attribuire una *libera* funzione creatrice alla giurisprudenza. È vero, come ben dice Mario G. Losano⁸, che questi movimenti, aperti alla funzione creatrice del giudice, sono come «le procellarie del diritto: li si avvista quando c'è aria di tempesta», cioè in epoche instabili e aperte al cambiamento degli ordinamenti sociali e politici. Ma la direzione del cambiamento non è certo preannunciata da questi movimenti.

Il diritto libero cui Calamandrei si riferisce è altra cosa. Anzi, sotto l'aspetto fondamentale, è il contrario: è un movimento che libera la giurisprudenza dall'osservanza stretta della legge, ma al solo scopo di sottoporla a una devastante soggezione, la soggezione alle «minaccianti pressioni ideologiche e politiche dell'epoca, culminanti nella folle idea di un diritto [...] ispirato caso per caso al giudice dalla luce spettrale del *Führerprinzip*» (così, Mauro Cappelletti nel seguito del passo citato più avanti). Gli esempi ch'egli porta, qui e altrove, tratti dall'esperienza sovietica e nazista, non sono quelli che ci si aspetterebbe siano forniti da regimi politici e sociali in disfacimento, ma quelli di regimi che si sono affermati con durezza e integrità totalitaria. Se non ci si rendesse conto di questo punto, il 'chiodo fisso' di Calamandrei – l'incubo del diritto libero – resterebbe incomprensibile, così come resterebbe senza risposta la domanda di Paolo Grossi (a p. 154 dello scritto sopra ricordato) sul perché, nella sua visione, sia così significativamente as-

Flavius, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Winter, Heidelberg 1906 (trad. it. *La lotta per la scienza del diritto*, «Biblioteca di Scienze sociali e politiche», n. 69, Sandron, Milano-Palermo-Napoli 1908).

⁸ M.G. Losano, *Il diritto libero di Theodor Sternberg dalla Germania al Giappone*, in «Sociologia del Diritto», 2001, p. 122.

sente quell'altro modo d'intendere il diritto pragmatico dei giudici, che è quello del *common law*. Forse ci si avvicina al vero osservando che il diritto libero che veniva offrendosi all'attenzione degli studiosi negli anni di Calamandrei era tutt'altro che 'libero': era un diritto fortemente ideologizzato, un diritto che si alimentava direttamente nella 'legalità socialista' o nel *Volksgeist* nazista e nei loro 'valori'. L'attuazione di tali valori, una volta posta come compito dei giudici, avrebbe travolto ogni limite e legittimato ogni azione, perché di fronte ai valori 'che devono valere' in maniera assoluta come fini, ogni mezzo è autorizzato. Questo modo d'intendere il diritto libero – un diritto libero nei mezzi, giustificabili in termini ideologici – va certamente al di là del diritto positivo. Quand'anche esso fosse integralmente nelle mani del capo – sia esso un *Führer*, un Duce o un 'piccolo padre dei popoli' –, non è immaginabile che questi sia materialmente in grado di dettare legge in tutte le circostanze che lo richiedono. Del resto, questo genere di 'capo' è anch'esso 'organo' del popolo e del suo diritto sostanziale: l'organo più importante, certo; ma anche i giudici sono a loro volta organi e a loro, in questa visione del diritto libero, spetterebbe di andare autonomamente anche più in là, di anticipare perfino quella che sarebbe la prescrizione del capo, se questi fosse al corrente delle circostanze concrete in cui la decisione deve essere presa. Questo, dunque, il diritto libero del tempo di Calamandrei: non il potere dei giudici di andar cercando il diritto nella sfera di qualche concezione ideale della giustizia del 'caso per caso', ma il potere di organi del 'sano sentimento popolare' o della rivoluzione in cammino di andare illimitatamente al cuore dell'ideologia totalitaria e rivoluzionaria e di trarne le conseguenze sul piano dell'azione giudiziaria.

Sotto questo aspetto, la difesa della legalità da parte di Calamandrei, attraverso la critica al diritto libero, assume il significato di difesa dalle conseguenze estreme dell'ideologia immessa nel diritto o, se si vuol dire così, il significato di limite al dilagare dello 'Stato etico' nella giurisprudenza. Egli offre bensì, ripetutamente, le sue considerazioni come contributo allo *Stato autoritario*, ma, per l'appunto, non allo Stato ideologico o etico. «Il sistema della creazione giudiziaria del diritto, contrario alla chiarezza dello spirito italiano, sembra a maggior ragione in netto contrasto coi principi dello Stato autoritario», scrive nel 1937⁹, e nella conferenza sviluppa ampiamente lo stesso concetto (§ 10), negando che il principio di legalità e la subordinazione del giudice alla legge siano «vecchi ferri fuori d'uso, appartenenti al bagaglio ideologico dello Stato liberale, ed estranei alle nuove esigenze politiche dello Stato autoritario». Di più:

le differenze profonde che passano tra lo Stato liberale e lo Stato autoritario riguardano i diversi metodi, la diversa struttura degli organi attraverso ai quali la politica si depura ed affiora in formule di diritto: ma non escludono che queste formule abbiano anche nello stato autoritario quella portata generale ed astratta che è propria della legge: al giuoco dei partiti sarà sostituito il partito unico, al sistema della rappresentanza politica sarà sostituito il sistema della rappresentanza organica, le istituzioni parlamentari saranno modificate o abolite in modo da concentrare l'esercizio del potere in più ristretti consessi, ma tutto questo non esclude (né mai alcun teorico dello Stato autoritario ha pensato ad escluderlo) che la volontà dello Stato espressa attraverso questi organi debba essere espressa in formule generali ed astratte, dettate non

⁹ P. Calamandrei, *Sul progetto preliminare Solmi*, in Id., *Opere giuridiche*, vol. I, cit., p. 306.

per un caso concreto ma per tutta una serie di possibili casi futuri. La divisione di lavoro tra gli organi che emettono delle volizioni per classi, e gli organi che sulla direttiva di queste volizioni ipotetiche le trasformano in concreti comandi, esiste tal quale come nello Stato liberale, anzi necessariamente più energica, nello Stato autoritario.

C'è qui, sottintesa, la questione, ricca di sottintesi sostanziali, solo sfiorata, se lo Stato autoritario o totalitario potesse fregiarsi del titolo, che manteneva un alone di rispettabilità, di 'Stato di diritto': una questione che si poneva diversamente nella Germania nazista e nell'Italia fascista. Quello che importa è che Calamandrei difendeva un'idea, per così dire, obbiettiva dello Stato e del suo potere, da trasformarsi necessariamente in leggi, mentre la concezione totalitaria tedesca dissolveva lo Stato nel soggettivismo arbitrario del 'movimento' e del partito che se ne faceva interprete.

Ritorniamo, per un momento, alla 'politica razziale', lo scoglio che la conferenza, nell'elogio della legalità, evita accuratamente. Certo, abbiamo difficoltà a vedere differenze di abiezione tra la persecuzione e lo sterminio pianificati per legge, da un lato, o, dall'altro, lasciati all'attivismo dei *pogrom*, delle azioni 'spontanee' della 'notte dei cristalli', delle direttive di partito e dei suoi funzionari, assunte fuori di ogni procedura legale in un raduno di gerarchi (la «conferenza di Wannsee»), diramate illegalmente e in segreto (come avvenne in Germania e poi, dopo l'8 settembre, da noi, nella Repubblica sociale) ed eseguite con zelo creativo anche se, talora, con improvvisazioni controproducenti rispetto allo scopo¹⁰. Anzi, sotto certi aspetti, la procedura 'legale' ci ap-

¹⁰ Cfr. Ch.R. Browning, *Procedure finali*, Einaudi, Torino 2001.

pare ancor più ributtante perché apparentemente ‘oggettiva’, apparentemente ‘non coinvolgente’ le responsabilità personali, apparentemente più ‘pulita’. Sotto altri aspetti, però, pubblicizzando e burocratizzando le procedure, almeno evitava di mettere direttamente in movimento il fanatismo ideologico e l’odio razziale che lo Stato etico diffonde nella società, facendo di ogni suo membro un organo o una vittima. Lo Stato, per quanto criminale, evitava almeno di trasformarsi inorda. La difesa della legalità aveva questo estremo significato. Calamandrei, per la sua concezione della legalità, probabilmente non avrebbe rifiutato la famosa immagine di Eraclito (fr. 44) delle leggi come «mura della città».

Una delle idee correnti sul valore che ebbe la difesa della legalità durante il periodo fascista può riassumersi con le parole di uno degli allievi di Calamandrei, Mauro Cappelletti: essa avrebbe avuto «il significato di una lotta sorda e tenace contro il tiranno, di un estremo tentativo di porre, dall’interno del sistema, un argine concettuale e morale contro l’invadenza accentratrice del potere esecutivo»¹¹. Questa considerazione vale per la prima fase della dittatura, quando il regime doveva ancora fare i conti con la legislazione del periodo precedente, non avendola spazzata via, *de facto*, con l’appello a una superiore ‘legalità socialista’ o *völkisch*. Ma, una volta affermatosi il regime e una volta sostituita la legislazione liberale con quella fascista, il giudizio sulla legalità come strumento di resistenza non poteva più essere sostenuto: essa era piuttosto il rafforzamento e la rassicurazione del potere, conformemente a quanto Calamandrei stesso so-

¹¹ *Presentazione*, in P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, vol. II, *Diritto processuale civile*, a cura di M. Cappelletti, Morano, Napoli 1966, p. XI.

stiene. Tuttavia, la sua esperienza concreta di giurista esperto nell'elaborazione del Codice di procedura civile, lo avrà probabilmente convinto che, tenendo ferma l'esigenza di legalità, il 'politico' non sarebbe stato onnipotente. Esso avrebbe avuto comunque necessità del 'giuridico' nell'elaborazione delle leggi e i giuristi avrebbero avuto modo così – come egli stesso del resto fece – di affermare una ragione, una sapienza, una tradizione giuridica che avrebbero di per sé rappresentato un freno alla pura e semplice volontà di potenza. Valeva l'idea, connaturata nella formazione culturale di Calamandrei, che la legalità, anche nel suo solo aspetto formale, non dovesse essere abbandonata dai giuristi in quanto, comunque, valore in sé, più alto delle transeunti vicissitudini politiche, da preservare in attesa dei tempi futuri. Essa, almeno, garantiva l'ordine, un ordine certamente iniquo e insoddisfacente (gli accenni al dramma del giurista di fronte alla legge ingiusta, contenuti nella conferenza, sono rivelatori del suo giudizio implicito), ma comunque un ordine, e proteggeva la dimensione statale della vita collettiva, cioè una dimensione che trascende il puro e semplice scatenamento di forze pre-politiche, di natura tribale. Questo dato, che non è certamente una consolazione per le vittime della legalità fascista, rappresenta pur tuttavia la difesa di un elemento portante della tradizione europea del diritto pubblico.

3. Lo sviluppo argomentativo della conferenza è apparentemente lineare. Tutto sembra scorrere pianamente. Ma, forse, non è così. E in questo forse sta il motivo della mancata pubblicazione e la ragione del dubbio che traspare dalla pagina del diario di cui sopra si è detto.

L'argomentazione di Calamandrei è strutturata sulla dicotomia (dicotomia in senso stretto: divisione catego-

rica in due, senza interferenze, zone grigie o ‘terze vie’) giustizia «in senso giuridico» e giustizia «in senso morale» e sull’assegnazione della prima (e solo della prima) ai giuristi e della seconda ai politici. Ma questa netta strutturazione, con ciò che ne consegue, quanto ad esempio, a natura dell’interpretazione e dell’applicazione del diritto, collocazione dei giuristi rispetto al divenire sociale ecc., stenta a reggere, nella sua rigidità. Dopo avere ribadito per l’ennesima volta che, quali che siano le leggi, sotto ogni regime, purché basato sulle leggi, i giuristi avranno sempre il grande ufficio di essere gli assertori e i custodi della legalità; che la questione se le leggi dello Stato siano buone o meno buone non è affare da giuristi, poiché la loro funzione di specialisti, chiamati a lavorare in una società ove i compiti sono ripartiti tra gli uomini, è solo quella di conoscere le leggi e farle conoscere, di osservarle e farle osservare, quali che esse siano, secondo la massima *dura lex sed lex*; ecco che si presenta la grande questione. Davvero i giuristi possono, anzi devono, essere ciechi di fronte ai contenuti delle leggi che essi studiano e applicano? Davvero la loro propensione, con la divisione del lavoro dalla quale discende, impone loro di estraniarsi dalla società e soltanto obbedire alla forza che, in fin dei conti, è la base della legge? Davvero il diritto può essere ridotto a questo?

La risposta è duplice: ma, per una parte è un atto di fede; per un’altra, un’almeno parziale contraddizione.

L’atto di fede è un atto di fede nella legge: «il giurista non si scoraggia [...] perché sa, dalla lunga esperienza fatta nel maneggiare le leggi, via via uscite dai più incalzanti travagli sociali, che questa forza che crea il diritto non è la cieca violenza, ma è sopra tutto, alla fine, la forza della coscienza morale, la fede in certi insopprimibili valori umani, la aspirazione verso la bontà e

verso la pietà» (§ 11). Dunque, i giuristi possono essere servitori della legge senza rinunce, dimezzamenti, frustrazioni, poiché il diritto, anzi le leggi, alla fin fine, verranno a coincidere con le loro più profonde aspirazioni. Il titolo della conferenza – *Fede nel diritto* – appare quanto mai appropriato: nel senso di chiedere un atto di fede, che supera d'un balzo tutte le vicende storiche della legge, i suoi usi e abusi, e si affida quasi a un disegno provvidenziale che, alla fine, dovrà prevalere.

L'almeno parziale contraddizione è espressa nel § 11, là dove si rivendica un ruolo costruttivo alla scienza del diritto, attraverso le possibilità che la «tecnica giuridica» offre e che rendono accorti «che la realtà positiva del diritto è più vasta e più organica di quella che affiora nell'apparenza del diritto scritto»: analogia, ricorso ai principi generali, uso adeguato delle clausole generali e una «quantità di mezzi appositamente predisposti per far penetrare la realtà storica e politica nella dogmatica e per far circolare entro l'architettura del sistema l'aria del mondo che si rinnova» attraverso l'interpretazione evolutiva. Ma, allora, sembrerebbe di poter dire, il compito del giurista ha a che fare con le leggi, ma non si esaurisce sulle leggi. Egli non è legislatore, ma nemmeno è schiavo del legislatore, se «l'apparenza delle leggi scritte» non è il suo unico orizzonte. Sennonché, fatta questa apertura, che avrebbe portato lontano, la si richiude immediatamente, perché è solo il legislatore, con le sue leggi scritte, colui che può permettere che entri «quel tanto di politica» ch'egli vuole che entri affinché il diritto mantenga i contatti con la storia «attraverso quei varchi che le leggi volutamente lasciano all'apprezzamento, al potere discrezionale, all'equità del giudice, cioè a quella sola politica che i giudici e in generale i giuristi si possono permettere senza tradire la loro

missione». Così, quell'autonomia della scienza giuridica e della giurisprudenza dalla politica e dalla legge, che sembrava fare capolino nella costruzione della legalità di Calamandrei, diventa semplicemente una libertà vigilata, cioè una concessione del legislatore, non un carattere proprio della scienza giuridica.

Queste mi paiono aporie nel pensiero stesso del loro autore. Il testo che ora viene alla luce ne è testimonianza. Esse sono probabilmente alla base del sentimento di incompiutezza che può aver determinato, a suo tempo, la mancata pubblicazione. Ma sono anche la testimonianza di un travaglio che avrebbe portato a ben altri sbocchi, con l'introduzione nella legalità calamandreiana di quella dimensione sostanziale del diritto che la conferenza e i testi ad essa coevi tenevano rigorosamente fuori dall'ambito del giuridicamente rilevante.

4. La svolta, per così dire, sostanzialista, cui corrispose un atteggiamento metodologico sempre più marcatamente antiformalista, come è noto, avvenne nel 1944, testimoniata dal corso universitario dal titolo *Appunti sul concetto di legalità*¹². Essa è accuratamente ricostruita da Nicolò Trocker in *Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei*¹³. Nelle riflessioni contenute in questo testo e nel celebre discorso al Congresso internazionale di diritto processuale civile svoltosi a Firenze nel 1950¹⁴, la legalità, mai ripudiata,

¹² P. Calamandrei, *Appunti sul concetto di legalità*, ora in Id., *Opere giuridiche*, vol. III, *Diritto costituzionale*, a cura di M. Cappelletti, Morano, Napoli 1968, pp. 52 sgg.

¹³ N. Trocker, *Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei*, in Calamandrei, *Ventidue saggi*, cit., pp. 101 sgg. e, particolarmente, nei §§ 3 e 4, pp. 111 sgg. e 113 sgg.

¹⁴ P. Calamandrei, *Processo e giustizia*, in Id., *Opere giuridiche*, vol. I, cit., pp. 573 sgg.

anzi costantemente riaffermata come esigenza basilare del nuovo Stato democratico di diritto prefigurato dalla Costituzione, si arricchisce di elementi sostanziali di giustizia politica e sociale. La legalità non è più un concetto neutro, utilizzabile da qualsiasi legislatore: è la legalità costituzionale. Si direbbe quasi che l'atteggiamento di ostilità verso tutto ciò che non era riconducibile alla legge positiva, che aveva caratterizzato gli anni del fascismo, qui cada, perché al mondo dei principi sostanziali della Costituzione ci si può affidare fiduciosamente. Ma questa è un'altra parte della storia, una storia che, nelle sue pur diverse fasi, ha una sua continuità profonda, al di là delle oscillazioni, delle lacune, delle omissioni e perfino delle contraddizioni di superficie: continuità nel difendere, con l'oggettività del diritto, l'esigenza di ordine nella vita collettiva, nella consapevolezza che il disordine sia l'*humus* favorevole non alla difesa dei più deboli, ma alla prepotenza dei più forti.

Con la Costituzione, l'ordine non era più un ordine purchessia, ma diventava un ordine segnato da precise direttive sostanziali, anch'esse di diritto positivo, all'attuazione delle quali Calamandrei prestò tenacemente le energie dell'ultima parte della sua vita (conclusasi il 27 settembre 1956), fino agli ultimi mesi. Il 30 marzo, davanti al tribunale penale di Palermo, tenne l'arringa nel processo contro Danilo Dolci, un pezzo d'archivio di arte defensionale e di impegno etico-giuridico¹⁵, durante la quale si udirono espressioni come queste, che, data l'unità della scienza del diritto, da Calamandrei sempre difesa, sia come dottrina che come giurisprudenza che come avvocatura, non possono essere svalutate come parole d'occasione:

¹⁵ In «Il Ponte», aprile 1956, pp. 529 sgg.

[Il pubblico ministero] ha detto che i giudici non devono tenere conto delle 'correnti di pensiero'. Ma che cosa sono le leggi se non esse stesse correnti di pensiero? Se non fossero questo non sarebbero che carta morta [...] E invece le leggi sono vive perché dentro queste formule bisogna far circolare il pensiero del nostro tempo, lasciarci entrare l'aria che respiriamo, metterci dentro i nostri propositi, le nostre speranze, il nostro sangue, il nostro pianto. Altrimenti, le leggi non restano che formule vuote, pregevoli giochi da legulei; affinché diventino sante, vanno riempite con la nostra volontà.

Al di là dell'enfasi dovuta all'occasione, che distanza dalle parole della conferenza! Ancora: «Nella storia millenaria del nostro paese, più volte si sono presentati questi periodi di trapasso da un ordinamento sociale a un altro, durante i quali l'altissimo compito di adeguare il diritto alle esigenze della nuova società in trasformazione è stato assunto dalla giurisprudenza [...] La funzione dei giudici, meglio che quella di difendere una legalità decrepita, è quella di creare gradualmente la nuova legalità promessa dalla Costituzione». Per questo, non devono essere sprecate grandi parole come «Repubblica fondata sul lavoro», «diritto al lavoro», «condizioni che rendano effettivo questo diritto», «esistenza libera e dignitosa». Per concludere così: «Che cosa vuol dire libertà, che cosa vuol dire democrazia? Vuol dire prima di tutto fiducia del popolo nelle sue leggi: che il popolo senta le leggi dello Stato come le sue leggi, come scaturite dalla sua coscienza, non come imposte dall'alto».

Il 23 aprile Calamandrei era nel collegio che, davanti alla Corte costituzionale riunita per la sua prima udienza, insieme a Costantino Mortati, Massimo Severo Giannini, Vezio Crisafulli, Giuliano Vassalli, Achille Battaglia, Federico Comandini (il meglio della scienza

costituzionalistica del momento), difese con successo l'incostituzionalità dell'art. 113 del testo unico di pubblica sicurezza del 1934, una delle leggi in cui più marcatamente si esprimeva il carattere autoritario del regime fascista: una di quelle leggi che, nel 1940, in nome della legalità formale, aveva raccomandato all'osservanza senza incrinature da parte dei giudici. Il rovesciamento, in nome della Costituzione, si realizzava, così, completamente.

IL RIFIUTO DEL SISTEMA NORMATIVO DEI TOTALITARISMI

di Pietro Rescigno

Una preliminare avvertenza per il lettore: le considerazioni di seguito svolte si soffermano su tre momenti della riflessione di Calamandrei. In primo luogo si cerca di chiarire la misura dell'influenza, sulla lezione riportata alla luce, dell'ambiente a cui era destinata, l'Azione cattolica fiorentina, per l'evidente necessità di non trascurare la prospettiva 'cristiana' da cui era possibile guardare ai temi del discorso. Viene quindi messa in luce la sicura condanna del comunismo sovietico e del nazismo tedesco, un giudizio negativo che muove dalla critica del diritto libero, ma si risolve in un rifiuto dell'intero sistema normativo instaurato nei due regimi. L'ultimo argomento è lo Stato autoritario; si indaga la compatibilità, con la rigidità di una dittatura quale era il fascismo nella sofferta esperienza di quegli anni, dei principi di legalità e certezza professati nella lezione in nome della 'fede' nel diritto.

I tre temi non esauriscono l'interesse suscitato da una lezione impartita quando la seconda guerra mondiale era già in atto e la partecipazione dell'Italia imminente. Inquadrato nella storia drammatica del nostro paese e del mondo, un inedito di Piero Calamandrei rappresenta, non solo per il lettore giurista ma per ogni

uomo di cultura, una preziosa opportunità per attingere a una fonte davvero inesauribile di pensiero critico e di profonda saggezza.

La produzione di Calamandrei, conviene ricordarlo, è di tale vastità che non sarà mai possibile riproporla nella sua interezza. Al decennio tra il 1960 e il 1970 risalgono l'iniziativa e l'impegno di Mauro Cappelletti e Norberto Bobbio di raccogliere in larghissima parte le opere giuridiche (in dieci volumi, con prefazioni dettate da studiosi eminenti e legate alle materie in ciascun volume trattate, per i tipi della casa editrice Morano) e gli scritti e discorsi politici (in tre volumi della Nuova Italia); ma quell'ammirevole disegno non poteva abbracciare l'intera vicenda intellettuale di Calamandrei, poiché tra gli altri ne rimasero fuori gli scritti dell'attività forense (memorie, pareri, difese) e sull'altro versante non vi furono compresi tutti gli interventi della stagione costituente del nostro paese e della prima legislatura repubblicana.

Di Calamandrei giurista furono esclusi dalla raccolta (per essere riscoperti e nuovamente editi in anni a noi più vicini) due libri che appaiono di taglio 'non tecnico' alla stregua di criteri di formalistico rigore di vecchia tradizione, e che pur toccano i problemi della quotidiana amministrazione della giustizia ora con la levità dell'ironia ora con l'asprezza del pungolo, e sempre con la sofferenza di chi vede i giudici e il processo gravemente in ritardo o addirittura incapaci di rispondere all'ansietà dell'uomo comune che vi si affida e attende. Mi riferisco all'*Elogio dei giudici scritto da un avvocato* («cantato» da un avvocato, si legge nella versione tedesca; la prima edizione italiana è del 1935) e ai due piacevoli dialoghi *Delle buone relazioni fra i giudici e gli avvocati nel nuovo processo civile*, apparsi presso Le Monnier nel

1941, nel segno della speranza di un più cordiale rapporto umano che potesse instaurarsi fra gli operatori della giustizia con l'entrata in vigore del nuovo codice di rito. Dell'*Elogio* nelle *Opere* figurano i brani destinati nel 1955 al «Mondo» quali anticipazioni della terza edizione e la prefazione dettata per la traduzione tedesca; questa avrebbe dovuto comparire sotto il titolo (al quale poi si rinunciò) *Anche i giudici sono uomini*. Dei dialoghi la frase conclusiva messa in bocca al filosofo (il solo intervento di un personaggio che nell'arco delle conversazioni si limita ad ascoltare) è l'ammonimento a «ricordarsi che *la giustizia è altruismo*» (*Delle buone relazioni*, p. 108).

Del breve saggio che si offre oggi al lettore non poteva esservi una scelta deliberata di non inserirlo nelle raccolte; lo scritto era nascosto in una 'cartellina', completo nel testo ma non già nell'apparato bibliografico (che da qualche richiamo appena accennato e dalle molte note in bianco possiamo ritenere destinato a correggerlo), mentre lo accompagna un articolato sommario che anticipa i passaggi salienti del discorso.

Le idee consegnate alla 'conversazione', che del colloquio conserva il tono cordiale e persuasivo e la piacevolezza fascinosa dello stile, che sono del resto i pregi costanti della prosa di Calamandrei, meritano di essere ancora meditate, anche se di esse, e in primo luogo della tesi di fondo, il lettore trova frequenti riscontri in molte sue pagine edite in quel tempo. Erano gli anni della codificazione che investiva il diritto sostanziale e il processo civile, di polemiche vivaci che mettevano in discussione concetti e momenti nodali dell'esperienza giuridica, dal diritto soggettivo al principio di legalità, di riflessioni attorno all'essenza e alle ragioni del diritto nei rapporti con l'economia e la politi-

ca e nel dialogo – a cui Calamandrei partecipava soprattutto con l'intenso scambio di vedute intrattenuto con Guido Calogero – con la filosofia e la ricerca storiografica.

Appaiono singolari, addirittura rivestiti del carattere di eccezionalità nella vita e nella lezione di Calamandrei, l'occasione, l'ambiente, il pubblico dei destinatari (ma nel commentare l'evento, attraverso le confidenze racchiuse nella corrispondenza con gli amici e nel diario ancor più segreto, Calamandrei sottolinea la notevole eterogeneità degli ascoltatori, dal cardinale arcivescovo ai gerarchi del fascismo fiorentino). Di 'fede nel diritto' Calamandrei era stato invitato a parlare, a fine gennaio del 1940, dall'Azione cattolica del capoluogo toscano, per inaugurare l'attività delle associazioni universitarie. Si comprende perciò che la 'cronaca' dell'avvenimento si trovi – ed è l'unica traccia del discorso che all'epoca poteva rinvenirsi – nell'«Osservatore romano» (del 28 gennaio 1940), che era ed è l'organo della Santa Sede.

Conviene qui ricordare l'importanza che acquistò il quotidiano cattolico nell'età della dittatura, un rilievo che si manifestò nel notevole incremento delle copie stampate (da dieci a sessantamila) e vendute a una platea che cercava fonti di informazione più numerose e aperte (ed è sufficiente evocare la diffusa lettura di rubriche come gli «Acta diurna» curati da Guido Gonella) di quelle a cui faceva capo la pubblicistica italiana soprattutto dopo l'alleanza con la Germania nazista.

La 'cronaca' dell'«Osservatore» paga un modesto prezzo alla retorica del regime quando all'assistente ecclesiastico attribuisce l'esaltazione del valore, oltre che spirituale e culturale, «patriottico» delle associazioni cattoliche. Nel riassumere la «magnifica» conferenza di

Calamandrei è poi palese, e può agevolmente comprendersi, l'insistenza su una concezione del diritto e della giustizia – non estranea al discorso, ma collocata in una dimensione nettamente distinta da quella riservata al diritto positivo vigente – che vuol riempire di senso concreto le nozioni di giustizia, razionalità, solidarietà come espressive dei «valori intimi dell'uomo che hanno, in ultima analisi, la loro fonte prima in Dio» e «costituiscono tanta parte della civiltà umana e cristiana». Anche dove il resoconto si rivela più fedele all'impostazione di Calamandrei, col soffermarsi sul principio di legalità e sull'esigenza della certezza, vengono riprese e collocate in primo piano le componenti, se così vogliamo chiamarle, cristiane del discorso, e dall'anonimo cronista si parla di «conquista della civiltà cristiana ed umana», della difesa dall'arbitrio e dalla violenza come traduzione del precetto evangelico di «non fare agli altri quello che non vorresti che gli altri facessero a te», delle strutture ereditate dal diritto romano e «perfezionate dagli apporti successivi della civiltà cristiana» e quindi divenute «un'armatura potente della vera civiltà umana».

Si diceva della notevole fedeltà del breve resoconto dell'«Osservatore romano», che tuttavia con particolare enfasi riassume i passaggi del discorso in cui si rispecchia il pensiero (da intendere in un'ampia accezione) 'cristiano' sui temi del diritto e della giustizia. La parola 'cristiano' espressamente compare in due momenti della lezione; e non sembra, per chi vi si accosti con animo sgombro da pregiudizi, un semplice omaggio al luogo dell'iniziativa e alle attese dei promotori, ma nemmeno che essa contraddica alla rigorosa impostazione 'laica' a cui sempre si ispirarono il giureconsulto, il politico, l'umanista. Né può invocarsi, per togliere senso e

peso al termine, la circostanza che il vocabolo non compaia nelle pagine edite in quegli anni e ancor più tardi, che pur fanno riferimento alla solidarietà e alla civiltà nella lezione fiorentina agli universitari cattolici accompagnate dalla specificazione come 'cristiane'.

Due volte l'aggettivo 'cristiano' ricorre nel testo (mentre non ha coloritura religiosa, e ancor meno mistica, l'accento all'aiuto di Dio per chi difende la sua terra dall'invasore): alla fine, quando «il rispetto delle leggi uguali per tutti» è conclusivamente rivendicato come lo strumento necessario per rimanere consapevoli «della uguaglianza di tutti gli uomini dinanzi allo spirito, che è, per chi ascolti la storia, la conquista più alta, e meno rinunciabile, della nostra civiltà cristiana»; e a metà della lezione, riferito stavolta alla solidarietà: qui la legge astratta è vista come «lo strumento logico attraverso il quale meglio si manifesta in forma visibile il senso della cristiana solidarietà e della uguaglianza spirituale che affratella gli uomini».

Merita intanto d'essere sottolineato il fatto che Calamandrei riconduce a radici cristiane la solidarietà in una stagione politica che alla nozione faceva abitualmente seguire (e così sarebbe avvenuto persino nel testo del Codice civile, incrinandone l'asciutto rigore di linguaggio) la specificazione 'corporativa', destinata ad alimentare l'illusione di un'ideologia che pretendeva di aver superato i conflitti di classe nel nome del comune interesse – di lavoratori e imprenditori in primo luogo, ma dei soggetti di tutti i rapporti privati di scambio e associativi – a perseguire le finalità della 'produzione' nazionale decisa e programmata dall'alto.

Della regola di condotta che il cronista riportava al comandamento evangelico – «non fare agli altri ciò che non si vuole sia fatto a noi stessi» – il testo di Calaman-

drei enuncia, sempre a proposito del principio di legalità, l'indole di «imperativo morale», e ne coglie la risulante chiara affermazione nel diritto romano, in un brano tra i più suggestivi ed efficaci della lezione. Alla legalità si connette l'idea del diritto come «correlazione reciproca»: che «non può essere affermato in me senza essere affermato contemporaneamente in tutti i miei simili»; che «non può essere offeso nel mio simile senza offendere me» e «tutti coloro che potranno essere domani i soggetti dello stesso diritto, le vittime della stessa offesa». Perciò dal principio di legalità scaturisce il riconoscimento dell'eguale dignità morale degli uomini, e dall'astrattezza delle regole non formulate per un singolo caso deriva la necessità per ciascuno di «sentire nella sorte altrui la nostra stessa sorte».

Le frasi trascritte ci insegnano, a guardar bene, un Calamandrei in cui riescono a conciliarsi la laicità del diritto (e del compito del giurista chiamato ad analizzare, a comprendere, ad applicare le norme) con le suggestioni ricavate dall'insegnamento cristiano e dalla tradizione romana. Conviene ribadire una considerazione già fatta: che, sempre attento ai temi della certezza e della legalità e dei necessari limiti al potere dei giudici, egli ha inserito nella lezione il richiamo ai valori cristiani non per un gesto di mera cortesia verso l'ambiente in cui era stato invitato a parlare; e la constatazione che negli scritti su quei temi già noti alla dottrina, coevi e successivi, non figurò la parola 'cristiana' con riguardo alla civiltà o alla solidale comunione tra gli uomini non giustifica una lettura da condurre alla stregua di un intransigente laicismo.

Certamente nel dopoguerra l'uso 'politico' della fede religiosa attraverso il partito dei cattolici può avere spinto Calamandrei – per intenderci meglio, il giurista

che interviene nel dibattito sui Patti lateranensi ‘costituzionalizzati’ o sulla legge elettorale col premio di maggioranza – ad astenersi da ogni accenno alle radici cristiane nella lezione inedita riconosciute valide e operanti, alla base dei concetti e dei fenomeni che riposano sull’eguale dignità degli uomini e su pretese morali generalmente condivise.

Nel sottolineare nel discorso di Calamandrei la presenza della parola ‘cristiana’, usata a proposito della solidarietà e della civiltà, nel ritenere che non si sia trattato soltanto della rispettosa considerazione dell’orientamento culturale della maggior parte degli ascoltatori e nel ribadire che l’inedita lezione fiorentina del gennaio 1940 non contraddice alla profonda e costante motivazione ‘laica’ di Calamandrei a fronte del fenomeno giuridico, non si è cercato di suggerire un’originale ricerca sui frammenti o echi del messaggio cristiano nel pensiero di Calamandrei.

Una lettura che non si fermi alla immediata suggestione di parole come ‘cristiano’, pur cariche di significato storico e di riconosciuto valore, avverte subito che alla visione di Calamandrei, anche nella lezione, rimane estranea e lontana ogni tentazione di giusnaturalismo di qualsiasi matrice e quindi in primo luogo di quello cristiano; il tono del rifiuto è così netto da suscitare la pronta reazione di un interlocutore amico e parimenti ‘laico’ qual era Calogero. La garbata polemica nasce a proposito della giustizia ‘sociale’, che a Calamandrei sembra un’ingannevole ed «evanescente fata morgana».

Che anche il giurista possa contribuire – ma in linea di principio dismettendo allora la veste di interprete delle leggi per assumere l’abito del politico – a realizzare leggi più giuste è opinione condivisa da Calamandrei, ma nella precisa distinzione e separatezza dei ruoli e, in-

nanzitutto, resistendo all'idea che possa realizzarsi un diritto più giusto col far prevalere sulla regola generale e astratta le specifiche peculiarità del singolo caso da decidere.

In breve, dalla riflessione sul diritto propria della tradizione cristiana Calamandrei non è disposto a ricevere e a far proprie le suggestioni del diritto naturale; ne condivide la premessa dell'eguale dignità degli uomini e vede garantita la parità nella misura più alta dai principi di legalità e di certezza. Si deve dunque confermare l'immagine di Calamandrei giurista rigorosamente laico, che peraltro non dichiara clausure e negligenza rispetto a un patrimonio spirituale che si è formato e arricchito anche in virtù degli apporti della Chiesa. La laicità dell'impostazione e dell'itinerario di Calamandrei trova del resto non trascurabile espressione nella formula adottata come titolo della lezione, dove la manifestata 'fede' nel diritto mutua un vocabolo proprio delle confessioni religiose e delle profonde convinzioni personali, quasi a evocare la sacralità di una religione 'civile' apprestata dal sistema del diritto che con la parità di trattamento si pone al servizio degli uomini ('fede' nel diritto è formula, per solito, estranea al repertorio linguistico del giurista profano).

Dall'incontro inconsueto di Calamandrei e del mondo cattolico agli inizi del conflitto mondiale può trarsi invece uno spunto utile per segnalare gli spazi di libertà che la Chiesa era riuscita a preservare a se stessa e ai propri interlocutori nell'età oscura del regime autoritario. Avere ospitato Calamandrei e aver dato rilievo nella propria stampa alla sua lezione sono aspetti interessanti della capacità e volontà di un dialogo immune da condizionamenti e pregiudizi che la Chiesa italiana cercò di mantenere o di avviare, vincendo i limiti soffo-

canti che in maniera violenta o di fatto erano segnati dal regime illiberale del tempo.

Degli argomenti della lezione se ne erano segnalati altri due, accanto a quello della dimensione ‘cristiana’ della materia visitata. Il secondo, che riveste particolare interesse, è affidato a un discorso connotato da coraggiosa indipendenza di giudizio e scevro da ogni preoccupazione della congiuntura politica e delle scelte, spesso confuse e incoerenti, della dittatura fascista: ed è la denuncia del comunismo sovietico e del nazismo tedesco. Più analitica e circostanziata la prima, condotta tra l’altro attraverso la citazione di casi esemplari; più scarno ma altrettanto puntuale l’esame critico della dottrina e della prassi nazista, nelle già avvenute riforme e in quelle annunciate. Nel confronto con un’esperienza che Calamandrei avvertiva come un’incombente minaccia, il nostro giurista esprimeva la fiducia e la speranza che la nostra tradizione e l’apparato di principi e concetti che le appartenevano venissero rispettati e conservati; e traeva motivo di rassicurazione dagli incontri bilaterali e dai lavori del comitato italo-germanico, dove gli italiani avevano strenuamente difeso il canone di legalità nel diritto penale, e da un intervento di Grandi che aveva accostato, in ragione di un’eguale esigenza di salvaguardia, le frontiere del nostro diritto ai confini storici e geografici del paese, ammonendo a non assecondare le «troppo arrendevoli simpatie» di taluni studiosi italiani per istituti introdotti in altre realtà nazionali (e il riferimento era con evidenza alla Germania).

Il tratto comune al diritto nato dalla rivoluzione sovietica e dall’eversione nazista era da Calamandrei ravvisato nelle teorie del diritto libero. La concezione del di-

ritto libero, che è suscettibile di esser spiegata e accettata sul piano filosofico (se si confina l'attività legislativa nel mondo delle irrealità e si vede nella fase applicativa delle norme e dunque nella funzione del giudice la sola e vera volizione del diritto), sul terreno pratico deve essere recisamente rigettata, se all'individuo e alla collettività si vuol dare la preventiva sicurezza, rispetto alle azioni da compiere e alle pretese da avanzare, di una valutazione precisa che verrà fatta della condotta, o dell'omissione, in termini di legittimità o di illiceità.

La giustizia del caso singolo, contrapposta alla legge generale e astratta in una rapida ed efficace semplificazione di linguaggio, di concetti e di scelte positive, lascia al contrario i soggetti nella più grave incertezza, affidando la soluzione dei conflitti alla discrezione e all'arbitrio di chi è chiamato a decidere e cancellando la distinzione tra politica e giurisdizione, una separazione che all'una deve attribuire il compito di formulare il precetto, mentre alla funzione giudiziale spetta la traduzione dell'astratta previsione in regola dell'ipotesi verificata.

Singolare destino, commenta Calamandrei, quello del giurista e della scienza giuridica che vogliono circoscrivere nell'ambito indicato i momenti dell'interpretazione e dell'applicazione della norma: ora sospettati di deviazioni dalle ragioni e finalità della norma per la possibile tentazione di introdurre i propri convincimenti e le proprie aspirazioni, ora censurati per l'insensibilità a valori sociali che rispecchierebbero il comune sentire e che dovrebbero perciò prevalere sulla formula letterale e sull'origine storica della norma.

La seconda attitudine, verso il diritto e i giuristi, fu quella del comunismo e del nazismo, in quest'ultimo trovando significativa espressione nel concetto del 'sano sentimento popolare' di cui il giudice doveva farsi in-

terprete e custode, alle aspettative della comunità politica piegando la norma positiva in ragione delle peculiarità di ciascun caso, sforzando il procedimento analogico al di là delle somiglianze, inventando una regola nuova là dove il 'sentimento popolare' riscontrava il silenzio o l'arretratezza o la clausura del sistema positivo.

Nella produzione di Calamandrei i temi della legalità e della certezza, della separazione tra politica e giustizia, della radicale diversità di ruoli del legislatore e del giudice ricorrono con un'assiduità che viene a confermarci la consapevolezza e la sofferenza del problema e la sua costante attualità. L'attenzione ai profili ricordati si accresce, non a caso, nell'età della dittatura, anche col favorire e col partecipare a un dibattito che impegnerà giuristi e filosofi animati da sottile curiosità intellettuale (si pensi al dialogo con Calogero, nel quale proprio la lezione fiorentina segna una tappa sinora sconosciuta di uno scambio di idee e di pensiero legato soprattutto alla natura del giudizio e della sentenza; al libro di Lopez de Oñate sulla certezza del diritto e all'attenzione suscitata dall'opera soprattutto tra i processualisti; alla fruttuosa polemica sui concetti giuridici, che aveva tra i punti di partenza la pagina crociana che nella lezione fiorentina di Calamandrei è materia di riflessione rispettosa, di rilettura critica, di correzione operata sulla base di un'esperienza compiuta anche da pratico del diritto, una veste che Calamandrei non dismise mai e che nella lezione viene spesso ricordata come insignita della stessa dignità della dottrina).

Certezza e legalità appaiono, come si è detto e ripetuto, strettamente e in modo indissolubile funzionali al rispetto dell'eguaglianza, e dunque garanzie della libertà individuale che necessariamente presuppone la parità dei soggetti rispetto alla previsione delle leggi e

all'applicazione che ne verrà fatta dal giudice. Da un giurista che conosce la storia, le finalità e la coerenza di istituti pur diversi per origine e scopo, sono menzionati quelli più significativi che il sistema giuridico ha escogitato e mantiene al servizio della certezza e della legalità e quindi dell'eguaglianza dei destinatari delle norme nate dalla formulazione legislativa (e perciò da una 'diagnosi politica' esercitata dal legislatore, e soltanto da esso). Quanto ai giudici, risultano in primo piano il reclutamento in base a competenze tecniche, l'indipendenza, l'inaffidabilità; circa le garanzie dei destinatari delle norme il valore della cosa giudicata, il rispetto del contraddittorio, la rigorosa disciplina delle prove legali, mentre il generale principio di irretroattività della legge pone, sempre in vista del bene della certezza, un limite alla stessa 'potenza' del legislatore e delle scelte politiche relative al tempo e al modo della conformazione delle situazioni giuridiche.

Formulazione legislativa, preceduta e accompagnata dalla diagnosi d'indole politica, nella visuale di Calamandrei e dei giuristi liberali della sua generazione – quelli che, nella constatata impossibilità di rovesciare col solo loro impegno la dittatura, cercarono di impedire le più minacciose derive e il pericolo di un diritto 'amministrato' dalla contingente politica del tempo –, poteva apparire e in effetti si traduceva nell'indifferenza al modo di formarsi e di operare delle singole fonti produttive del diritto positivo. Ma era un prezzo inevitabile da pagare ai principi della certezza e della legalità, ancor più dell'adesione a un formalismo che trascurava storiche differenze: in questa luce va letto l'inciso in cui Calamandrei pone sullo stesso piano Parlamento, governo, corporazioni, Gran consiglio, se in una determinata esperienza positiva essi sono, a prescindere dalla reale

rappresentatività o dall'investitura popolare, fonti concorrenti o alternative di produzione delle norme.

Della posizione intellettuale di Calamandrei e dei giuristi di educazione liberale del suo tempo (e in particolare di quelli che ritennero di non potersi sottrarre all'invito a collaborare alla ricodificazione del diritto civile e del processo), conviene ribadire, muovendo dall'elegante lezione fiorentina ora riscoperta, che la rivendicazione della certezza e della legalità, della formulazione legislativa delle norme giuridiche, della funzione interpretativa vista come momento applicativo e non già di creazione, fu la miglior difesa contro la dittatura, anzi la sola con cui si poté impedire l'ingresso nel sistema positivo e nell'apparato concettuale di istituti, meccanismi, poteri capaci di consegnare alla politica l'amministrazione della giustizia.

Qui, senza scendere a una completa ed esaustiva rassegna, basterà menzionare la ribadita validità del canone *nullum crimen, nulla poena sine lege* nel diritto penale, la conservazione del principio dispositivo come cardine del processo civile contro l'invadenza di meccanismi inquisitori, la vittoriosa resistenza all'estensione, sino alla proposta di una generalizzata presenza della giurisdizione volontaria con sacrificio di quella contenziosa. Ancor più pericolosi apparvero ai nostri maestri il rinvio a criteri sfuggenti e incontrollabili come il 'sano sentimento popolare' o l'enunciazione di 'principi generali' eccedenti il senso e la portata delle singole specifiche norme, e di contenuto chiaramente politico.

Che la formulazione generale del legislatore sia posta a garanzia dei soggetti è convinzione – e il testo di Calamandrei ne è una testimonianza di altissimo pregio – convalidata da un positivo riscontro. In un ordinamen-

to come quello svizzero, che espressamente prevede l'eccezionale figura del giudice-legislatore, dottrina e giurisprudenza in maniera costante ribadiscono che in quell'ipotesi di pur rara applicazione il giudice, nel decidere il caso concreto assumendo l'abito del legislatore, debba tuttavia formulare, dopo aver constatato la novità e irriducibilità del caso alle esistenti previsioni, una regola generale e astratta suscettibile a sua volta di essere applicata a fattispecie future.

Dalla pagina di Calamandrei scaturiscono, sul tema, altre suggestioni che è opportuno menzionare. Del profilo che riguarda la parallela condanna del comunismo e del nazismo converrà riprendere una breve considerazione più avanti, ricordando come la critica del nazismo e dell'ordinamento tedesco 'pervertito' (per usare l'espressione di Fritz von Hippel) sia stata già allora ferma e severa, e dopo la caduta sia stata ribadita col dolore e lo sdegno della memoria ferita; nel dopoguerra si andò invece attenuando l'asprezza del giudizio manifestato verso il comunismo, almeno nel senso di ritenere che il diritto 'politicizzato' abbia costituito una fase transitoria e strumentale all'instaurazione di una 'nuova' realtà economica e sociale.

Merita pure di essere ricordato, nel prendere congedo da questa parte della lezione, un altro dei passaggi del discorso; ed è un passaggio di particolare ampiezza e solennità dove, senza porsi in contrasto con l'adesione alla teoria della formulazione generale e astratta, Calamandrei richiama, oltre alle norme attributive al giudice di poteri di apprezzamento equitativo, le 'clausole generali' che lo abilitano a rendere concreta e adeguata alla fattispecie la previsione normativa attraverso nozioni e verifiche attinte dalla società e dal costume. Dalla consolidata civilistica, e da Polacco tra i primi, viene

ripresa la felice formula degli ‘organi respiratori’ del diritto, preziosi strumenti per evitare l’appiattimento delle regole o l’affannosa ricerca di somiglianze del fatto rispetto ai casi contemplati nel precetto.

Più brevi considerazioni possono dedicarsi all’ultimo tema indicato nell’iniziale rassegna degli argomenti della lezione fiorentina. Al giurista attento alle radici cristiane, concorrenti con altre fonti e tradizioni, della cultura del diritto eguale, all’osservatore implacabilmente critico del diritto libero e delle positive traduzioni della dottrina nelle esperienze sovietica e nazista, si affianca il Calamandrei interessato a porre e a sciogliere un interrogativo suscitato dalla struttura del sistema politico in cui viveva, impegnato come eminente teorico, come maestro di altissimo prestigio, infine come operatore pratico nell’attività forense.

Si è già accennato alla dichiarata indifferenza, e dunque all’affermazione di ‘neutralità’ dei meccanismi di produzione delle norme, per il giudice chiamato soltanto a interpretarle e ad applicarle e perciò dispensato da diagnosi politiche e dalla tentazione di realizzare la particolare giustizia del caso da decidere. Il formalismo kelseniano, che tuttavia nel discorso del 1940 viene salutato come metodo indeclinabile, ma capace di risalire alla sostanza dei fenomeni e delle situazioni di interessi regulate, conduce a mettere sullo stesso piano, come si è detto, le diverse fonti di produzione storicamente sperimentate, prescindendo dal grado di rappresentatività della volontà e dell’interesse della generale collettività (e del resto nell’epoca era diffusa l’idea che alla rappresentanza delle volontà tipica del liberalismo parlamentare e riconducibile allo schema del mandato si fosse so-

stituita una rappresentanza degli interessi da valutare alla stregua delle istanze corporative e dunque attraverso una valutazione e individuazione compiute autoritativamente dall'alto).

Ma altro è l'equiparazione delle fonti produttive del diritto (e perciò della loro eguale vincolatività, prescindendo dall'origine e dai meccanismi), altro è la domanda che Calamandrei si pone circa la compatibilità dei principi enunciati – la legalità garantita e la certezza raggiunta attraverso la formulazione generale e astratta delle regole, rimessa in via esclusiva al legislatore, con la funzione meramente applicativa e non politica dell'attività giudiziale – con la struttura e le finalità di uno Stato accentrato e autoritario.

Venivano nuovamente a essere investiti dalla riflessione i 'modelli' della Russia sovietica e della Germania nazista, per indagare se veramente il diritto libero teorizzato, la funzione creativa del giudice, la giustizia del singolo caso costituissero momenti e mezzi irrinunciabili per realizzare uno Stato forte, quale voleva essere lo Stato della dittatura, anche di quella italiana.

La risposta di Calamandrei è decisamente negativa, pur se resa sulla base di un ragionamento che nel lettore educato alla libertà e alla democrazia può apparire difficile da condividere nella sua semplificante nettezza; ma una lettura attenta ci rivela come Calamandrei non intenda minimamente proporre una giustificazione, e meno ancora l'apologia e l'esaltazione dello Stato autoritario.

Si è avuto modo di ricordare l'atteggiamento della dottrina giuridica di estrazione liberale, quale fu in prevalenza quella italiana dell'epoca, e si è incidentalmente detto della fedeltà ai tradizionali principi nelle scelte che portarono alla codificazione del diritto privato sostan-

ziale e del processo civile. Dai giuristi liberali (quale era Calamandrei, e quale rimase anche quando nella stagione dell'azionismo coltivò la generosa illusione di innestare sul tronco del liberalismo le essenziali rivendicazioni del riformismo socialista), nell'impossibilità di attuare da soli e col proprio lavoro un rovesciamento del sistema, si ravvisò nei principi di legalità e certezza la linea di difesa da assumere e da tener ferma nei confronti del regime, nella convinzione che un diritto rimesso a giudici e funzionari costituisse una deriva assai più pericolosa di un ordinamento ancora costruito attorno alla volontà del legislatore e rimasto in larghissima parte coerente attorno alle ragioni dell'individuo e delle sue libertà (di guisa che interventi gravemente modificativi, come le discriminazioni razziali, apparvero in primo luogo contraddittorie rispetto allo stesso sistema).

Certamente può apparire singolare che Calamandrei svaluti il tema della definizione dello Stato autoritario come Stato di diritto, e ancor più strano che dello Stato dittatoriale, ponendo in rilievo il rafforzamento dell'autorità rispetto alla libertà e le restrizioni all'autonomia dei singoli, finisca per sottolineare il bisogno ancor più impellente della formulazione generale e astratta delle leggi, e che l'accentramento messo a confronto con un sistema decentrato di minori autonomie gli appaia ulteriore garanzia del diritto eguale per tutti.

Queste frasi della lezione, estrapolate dal testo e soprattutto avulse dalla concezione che Calamandrei coltivava della funzione e dei doveri del giurista nell'età della dittatura, possono suscitare turbamento; ma a mitigarlo e infine a dissolverlo deve ripetersi che la certezza del diritto, e i principi che ne sono la necessaria premessa o l'esito indeclinabile, appariva allora con serio fondamento l'unico argine opponibile, anche se in talu-

ni casi – tragicamente imposti o per servilismo ripresi dall'esperienza nazista – la fiducia nel legislatore aveva favorito o tollerato un diritto 'diseguale' che discriminava i soggetti già in ordine alla misura della capacità e dignità. Si pensi ancora al fattore della 'razza' e alla dolorosa vicenda degli ebrei; ma anche stavolta gli interpreti educati alla scuola liberale della legalità erano indotti a pensare che più grave del 'tradimento' consumato dal legislatore sarebbe stato l'affidarsi ai giudici, investendoli del potere di apprezzare e decidere secondo un 'sano sentimento popolare' filtrato da un'ideologia interamente disumanizzata.

D'altro canto il Calamandrei dell'inizio del 1940 ancora coltivava la speranza che all'Italia, anche da un regime illiberale e per opera di pochi uomini più illuminati o semplicemente più ragionevoli, venisse evitata la guerra che insanguinava l'Europa, una guerra che aveva rotto i precari equilibri della 'pace apparente' di un ventennio (che è il quadro dolente con cui la lezione si apre).

UN ATTO DI «FEDE NEL DIRITTO»

di Guido Alpa

1. È fonte di grande emozione rinvenire tra le carte di un illustre maestro un testo inedito: è come ritrovare un amico che si credeva scomparso, un prezioso cimelio che riannoda i rapporti con un passato che si credeva ormai sepolto. Questo saggio che Silvia Calamandrei ha salvato dall'oblio è un documento di grande rilievo. Ciò per tante ragioni. Gli scritti del maestro sono copiosissimi, come appare all'evidenza avvolgendo con lo sguardo lo scaffale della biblioteca del Consiglio nazionale forense in cui campeggia la raccolta di tutte le sue opere: monografie, saggi, relazioni, scritti d'occasione¹. Chi li ha frequentati, non solo per ragioni di studio, ma anche per il piacere della lettura – la pagina intelligente, fresca, briosa, talvolta pungente –, ne apprezza l'acutezza e la con-

¹ *Opera omnia*, a cura di M. Cappelletti, Morano, Napoli 1966. Il Consiglio nazionale forense ha pubblicato anche nella collana «I discorsi dell'avvocatura» tre saggi di Piero Calamandrei sulla Costituzione: cfr. *La Costituzione e le leggi per attuarla*, Giuffrè, Milano 2000, con prefazione di E.N. Buccico e introduzione di F. Grande Stevens. È in corso di edizione per Il Mulino la ristampa di *Troppi avvocati!*, il libro corredato di statistiche che un lungimirante Calamandrei aveva scritto nel 1921. La figura e l'opera del grande Maestro sono state oggetto di un volume apparso nella collana dei «Quaderni fiorentini» diretta da P. Grossi: P. Calamandrei, *Ventidue saggi su un grande maestro*, a cura di P. Barile, Giuffrè, Milano 1990.

cretezza, lo stile argomentativo, l'eleganza espositiva. Anche qui siamo di fronte a un saggio di cultura e di tecnica giuridica, a un vero e proprio cammeo, come tanti ne ha intagliati Calamandrei, che arricchisce e impreziosisce la sua opera letteraria². Ma vi è qualcosa di più. Siamo di fronte a una sorta di 'manifesto' dei compiti del giurista scritto in un clima teso e in un'ora drammatica. E allora oltre alla sorpresa ci coglie l'ammirazione.

Calamandrei è un personaggio a tutto tondo, poliedrico³, di così grande statura che chi ne parla ha sempre il dubbio di non riuscire, con le sue parole, a trasmettere in modo compiuto la sua imperiosa grandezza⁴. Illustre scienziato, principe del foro, presidente della Commissione ministeriale per la redazione del Codice di procedura civile, «cantore della Resistenza»⁵, autorevole padre costituente della Repubblica⁶, rettore, commissario nazionale e poi primo presidente del Con-

² Vorrei ricordare qui almeno i commoventi dati biografici raccolti in P. Calamandrei, *Inventario della casa di campagna*, Le Monnier, Firenze 1941.

³ Cfr. le belle pagine, condite di stima e di affetto, scritte da Alessandro Galante Garrone su *Piero Calamandrei fra cultura e politica*, in «Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica», XXII, 2006, 6, pp. 697 sgg.

⁴ F. Calamandrei, *Piero Calamandrei mio padre*, premessa a P. Calamandrei, *Diario 1939-1945*, La Nuova Italia, Firenze 1982.

⁵ Così lo definisce Sergio Luzzatto nell'introduzione a P. Calamandrei, *Uomini e città della Resistenza*, prefazione di C.A. Ciampi, Laterza, Roma-Bari 2006.

⁶ Cfr. E. Santarelli (a cura di), *Dalla monarchia alla repubblica 1943-1946. La nascita della Costituzione italiana*, Editori Riuniti, Roma 2006, p. 256, ove si riporta il saggio di P. Calamandrei, *Dalla Resistenza alla repubblica*, e ora S. Merlini (a cura di), *Piero Calamandrei e la costruzione dello Stato democratico 1944-1948*, Laterza, Roma-Bari 2007, con introduzione di S. Merlini e saggi di A. Marinelli, G. Morbidelli, E. Cheli, R. Romanelli, E. Di Nolfo, F. Lanchester, S. Merlini, A. Barbera, F. Margiotta Broglio, R. Nencini e tavola rotonda di G. Andreotti, G. Napolitano e D. Fisichella.

siglio nazionale forense dopo la caduta della dittatura⁷, fondatore del rinnovamento culturale nella stagione del dopoguerra, narratore: Calamandrei nel mondo del diritto, italiano e internazionale, è una figura leggendaria, per la sua competenza e per la sua rettitudine morale, scevra da compromessi e vessillo delle libertà. Fondatore del «Ponte»⁸, ha difeso la democrazia nei tempi della barbarie e ha contribuito alla ricostruzione della democrazia in Italia⁹. È un personaggio che esorbita l'interesse accademico, trascende i confini dell'aspro terreno processual-civilistico, va al di là del mondo dei giuristi per legarsi ai destini del paese. È quindi un compagno di viaggio necessario, che, a differenza di molti altri costituenti, sembra non essere figlio del suo tempo, sembra stagliarsi in una dimensione atemporale. E per questo suscita sempre interesse.

È facile allora comprendere perché su Calamandrei ancor oggi si incentri l'indagine degli storici e si appunti l'attenzione di docenti, avvocati e giudici. Il clima revisionista che aleggia in questo torno d'anni non ha voluto risparmiarne neppure lui, ma tutti i giuristi, in modo corale, hanno respinto qualsiasi critica. La sua figura è rimasta intatta, non per atteggiamenti conformisti, ma perché a Calamandrei continuiamo a tributare pro-

⁷ Cfr. la *Commemorazione solenne di Piero Calamandrei ad iniziativa del Consiglio Nazionale Forense, e il discorso dell'avv. V. Malcangi*, in «Rassegna forense», 1957, Parte I, p. 283.

⁸ La direzione del «Ponte», con le bellissime pagine di commenti, osservazioni, recensioni e anche provocazioni, che testimoniano la passione civile oltre che il pensiero politico e la vena letteraria del maestro, è rievocata da M. Isnenghi, *Dalla Resistenza alla desistenza. L'Italia del «Ponte» (1945-1947)*, Laterza, Roma-Bari 2007.

⁹ Un tema oggi tornato di attualità in una stagione politica convulsa e incerta: cfr. G. Zagrebelsky, *Imparare democrazia*, Einaudi, Torino 2007; Id., *Contro l'etica della verità*, Laterza, Roma-Bari 2008.

fonda stima e immensa gratitudine. Pubblicare un suo inedito in questo clima di fervida discussione è dunque un fatto in sé eccezionale. Se poi lo scritto, per le circostanze in cui fu esposto e il momento cruciale in cui versava il paese, contiene assunti e prospettazioni che possono contribuire a comprendere meglio il suo pensiero e le sue scelte, le ragioni di interesse si moltiplicano vieppiù.

2. Il 21 gennaio 1940 – data nella quale Piero Calamandrei, secondo quanto è scritto nel testo ritrovato, tiene a Firenze la conferenza intitolata *Fede nel diritto* – costituisce un momento cruciale nella storia del paese, così come nella cultura imperante in quel periodo e nell'itinerario personale dell'oratore. Da alcuni mesi è iniziata la guerra scatenata dai nazisti su diversi fronti e già si avvertono le avvisaglie del coinvolgimento italiano nel conflitto, anche in adempimento del patto siglato con la Germania qualche tempo prima. Nel frattempo Calamandrei stava lavorando al nuovo Codice di procedura civile, che avrebbe visto la luce di lì a poco¹⁰. Ma era tormentato anche da problemi personali: la collaborazione con Grandi, che pure gli aveva lasciato carta bianca, lo angustiava¹¹, le nefandezze del

¹⁰ F. Cipriani, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 1992; Id., *Ideologie e modelli del processo civile*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 1997; A. Proto Pisani, *Il Codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualciviltistica rotta con cinquanta anni di ritardo*, in «Quaderni fiorentini per la Storia del Pensiero giuridico moderno», 28, 1999 (*Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*), pp. 713 sgg.

¹¹ P. Calamandrei, *Diario 1939-1945*, vol. I, La Nuova Italia, Firenze 1982, ai giorni 22 dicembre 1939, 21 febbraio 1940, 14 marzo 1940.

regime lo opprimevano (egli era amico dei fratelli Rosselli e anche di molti colleghi allontanati dalla cattedra per effetto delle leggi antisemite), anche i rapporti familiari, in particolare con il figlio Franco, erano fonte di preoccupazione¹². Ma la vita continuava, i corsi all'università non dovevano essere interrotti, ai giovani si doveva dare un messaggio. Aprire il discorso in quei frangenti senza ignorare il mondo in cui quei protagonisti erano immersi sarebbe stata una nota falsa, non degna del suo alto senso morale.

Quella tra le due guerre era una «pace apparente» – dice in apertura Calamandrei – e pertanto le coscienze delle persone oneste sono angosciate; angosciati sono i professionisti del diritto – giudici, avvocati, docenti – «che hanno dedicato il meglio della loro vita al servizio delle leggi». Calamandrei parla ai giovani, come si intuisce da molti incisi e dalla chiusa: parla ai giovani che si accingono agli studi giuridici. Il testo, elaborato e ampio, ha il tono non di una lezione o di una conferenza ordinaria, ma per l'appunto di una professione di fede, quasi un manifesto delle credenze dell'oratore, il quadro dei valori nei quali collocare l'insegnamento del diritto. A questi giovani, che forse saranno chiamati alle armi e saranno costretti a mettere a repentaglio la loro vita, il professore sente di dover dare una parola di speranza, di suggerire loro il significato di essere studenti e partecipi della vita pubblica e delle sorti del paese. Ma non è solo il professore che parla: è un giurista e un avvocato, un uomo che studia il diritto e lo pratica nei tribunali. È uno studioso che considera la studio e la pratica del diritto come una professione, nel senso

¹² Cfr. Luzzatto, introduzione a Calamandrei, *Uomini e città della Resistenza*, cit., p. xxxv.

nobile del termine. Di qui una prolusione che esprime un concetto di diritto e di giustizia e descrive il ruolo del giurista e dell'avvocato nella società civile e politica. Trattandosi di un momento contingente drammatico, e dovendo quindi quei valori esser tali da resistere a ogni tensione, la sua è come una verifica, una riprova, una risposta a interrogativi inquietanti: si può ancora nutrire fiducia nel diritto? È in grado il diritto di salvare gli uomini dalla barbarie? E può il diritto costituire un usbergo da qualsiasi tempeste?

Al diritto Calamandrei chiede molto, così come al giurista che è «il suo sacerdote». Si rende conto che non è di retorica che i giovani in quel momento vogliono essere circondati (la retorica veniva già loro ammannita in tante occasioni), ma di valori, di qualcosa in cui *credere*, credere come atto intellettuale e con trasporto.

A quell'epoca nella cultura italiana si fronteggiano ancora l'attualismo gentiliano (con le correzioni dei filosofi più aperti, come Guido Calogero, amico e corrispondente di Calamandrei) e lo storicismo crociano, che costituisce una sorta di ancoraggio, ormai sempre più debole, per gli antifascisti della cattedra; i militanti sono tutti in esilio o al confino o in carcere. Calamandrei, nel momento in cui espone la prolusione, ha già una storia personale che testimonia la sua fede nel diritto e nella democrazia: è infatti tra i firmatari, nel 1925, con Giuseppe Chiovenda, Francesco Ruffini e Arturo Carlo Jemolo, del crociano *Manifesto degli intellettuali antifascisti*. Ma già nel 1931 il regime, consolidato nel suo potere e sostenuto dal consenso popolare, assedia l'università, dove ha imposto il giuramento di fedeltà. L'amore per la cattedra e il senso di responsabilità inducono Giuseppe Chiovenda e Piero Calamandrei, come quasi tutti i docenti antifascisti, a non la-

sciare l'insegnamento e a piegarsi al giuramento senza tuttavia asservirsi alla tirannia¹³. E qualche anno dopo Calamandrei assiste dilaniato anche all'allontanamento dalla cattedra dei colleghi israeliti, per effetto delle leggi razziali. È un clima pesante, livido di angoscia, quello che si respira, e fuori da quell'aula è pieno di retorica, di repressione e di incertezza.

Così tradurrei il messaggio, anzi il monito, di Calamandrei ai giovani giuristi che si impernia sulla «fede nel diritto»: diritto inteso non solo come guida, ma anche come scudo e come ancora di salvezza. E per essere tale deve essere un diritto certo, un diritto giusto, un diritto concreto. Fede significa *missione* più che non mestiere.

Tornerò sulla rilettura di queste pagine attraverso la trama degli indizi e dei messaggi indiretti che l'oratore lancia al suo pubblico. Ma mi preme, ora, fare qualche osservazione sui contenuti del discorso.

La prolusione, infatti, non è solo una lezione di vita, ma anche un'alta lezione di filosofia del diritto. L'oratore avvia il discorso individuando un obiettivo, lo scetticismo dei giovani verso il diritto, un diritto che essi intendono, o potrebbero intendere (osservando quanto accade fuori di quell'aula), come l'espressione di regole dettate dalla forza bruta, piuttosto che non dalla ragione anelante alla giustizia, e il giurista da molti viene inteso come «l'equilibrista della dialettica che ingegnosamente si esercita sui trapezi delle pure formule» anziché come il «sacerdote della giustizia».

Questo scetticismo, che egli vuole combattere, di-

¹³ Cfr. H. Goetz, *Il giuramento rifiutato. I docenti universitari e il regime fascista*, La Nuova Italia, Firenze 2000, p. 275; G. Boatti, *Preferirei di no. Le storie dei dodici professori che si opposero a Mussolini*, Einaudi, Torino 2001, p. 16.

scende dall'identificazione dell'esperienza giuridica con l'esperienza *politica*. Calamandrei non si scaglia contro i gentiliani, che riducono il diritto alla legge e la legge al «concreto atto volitivo». E neppure contro i crociani, che riducono il diritto all'economia. Si tratta di raffigurazioni filosofiche di un fenomeno che i loro destinatari, per l'appunto i filosofi, sanno come correttamente interpretare. Si preoccupa piuttosto degli effetti che quelle teorie possano avere sulle persone comuni o sui giovani che si avviano allo studio del diritto: se del diritto si mette in risalto l'atto volitivo, si rischia di legittimare «la violenza senza curarsi dei codici»; se, invece, se ne mette in risalto il contenuto economico, si rischia di legittimare la ricerca del mero interesse individuale a scapito dell'interesse della collettività.

Calamandrei si preoccupa anche di distinguere il ruolo della politica da quello del diritto: la politica è il motore della legge, la fabbrica della legge; il diritto è l'interpretazione e l'applicazione della legge. Formulazione della legge e sua applicazione sono due fasi distinte, che rispondono a due ruoli diversi nella «divisione del lavoro».

I giuristi, in questa dimensione, sono visti sempre con timore o con spirito polemico: o perché sono troppo ligi alle leggi e le interpretano rigidamente, o perché le stravolgono attraverso le manipolazioni dell'ermeneutica. È un destino storicamente assegnato al giurista, che Calamandrei ci insegna a non temere.

La distinzione tra la fase della produzione e quella dell'applicazione del diritto si adatta ai sistemi fondati sulla legge scritta e non a quelli a «formulazione giudiziaria», che Calamandrei apprezza di meno perché troppo imprevedibili. Comunque, il sistema a «formulazione legislativa» si realizza soltanto con la sua appli-

cazione e quindi con la decisione del giudice. E anche se la creazione della legge è il frutto dell'esperienza politica, questa esperienza si deve svolgere nella *legalità*: di qui la giustizia amministrativa, di qui le garanzie dell'ordinamento giudiziario. Il giudice è il servitore della legge, e appunto servendo la legge è garanzia di eguaglianza e di imparzialità. L'astrattezza della legge è conaturata alla certezza del diritto.

Il lettore potrebbe essere indotto a credere che l'attenzione di Calamandrei sia appuntata sugli ordinamenti di *common law*, in cui il diritto procede, prevalentemente, per regole giurisprudenziali. Ma non è questa la sua preoccupazione: il suo sguardo si appunta piuttosto sulle propaggini del diritto libero che si erano venute radicando in Germania, sotto il regime nazista, e in Russia, subito dopo la rivoluzione comunista¹⁴. E la descrizione della situazione del diritto in Germania è impietosa: la lotta contro il diritto soggettivo a favore della ragion di Stato, l'applicazione dell'analogia nel diritto penale, la soppressione dell'indipendenza dei giudici, l'ingerenza della politica in ogni piega dell'ordinamento, la svalutazione delle garanzie fondamentali della difesa, la revocabilità della cosa giudicata sono altrettante espressioni di un sistema che colloca il sentimento del popolo al posto delle guarentigie della giustizia,

¹⁴ Sul diritto libero, nella sconfinata letteratura, cfr. L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, rist. Giuffrè, Milano 1975, pp. 201 sgg.; H.M. Pawlowski, *Introduzione alla metodologia giuridica*, Giuffrè, Milano 1993. Nella letteratura italiana dell'epoca F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, Gismondi, Roma 1939 (rist. a cura di G. Astuti, con saggi di G. Capograssi, P. Calamandrei, F. Cernelutti, P. Fedele, M. Corsale, Giuffrè, Milano 1968); il saggio di P. Calamandrei, poi incluso negli *Studi sul processo civile*, vol. V, Cedam, Padova 1947, era apparso in forma di recensione al libro di Lopez de Oñate sulla «Rivista di Diritto commerciale», 1, 1942, p. 341.

che appunto così si trasforma in «cieco arbitrio». Al punto che un autore – Baumbach – ha proposto di abolire il diritto processuale civile, considerato un retaggio medievale, per trasformarlo nella giurisdizione volontaria dominata dall'«onnipotenza discrezionale del giudice»¹⁵. È una precisa presa di posizione (un inno, si direbbe, alla democrazia¹⁶) sull'indirizzo che trasforma il diritto in una scatola vuota, che consente all'interprete – peggio ancora se giudice, e giudice penale – di assumere per diritto la sua opinione personale. Questo indirizzo, che pure alle sue origini era stato salutato come una benefica reazione al formalismo e al concettualismo pandettistico, aveva finito per degenerare. Gli storici ci avvertono che grazie a questa caricatura del diritto libero i giuristi nazisti evitarono di riscrivere le leggi, costruendo un sistema alternativo di diritto, poggiato su quello esistente, che faceva perno sulle clausole generali e sui principi generali dettati dallo Stato totalitario, per raggiungere i biechi propositi del regime. Hattenhauer e Fraenkel hanno smascherato le operazioni ermeneutiche del diritto nazista¹⁷. Calamandrei ne era al corrente, e con parole nemmeno tanto cifrate addita quel sistema come uno spettro da cui rifuggire. Il dirit-

¹⁵ Le critiche di Calamandrei al diritto nazista sono eccentriche rispetto alla cultura prevalente alla sua epoca. Sulle concezioni del diritto fascista e nazista e sulle iniziative congressuali di collaborazione tra i giuristi fautori dei due regimi cfr. A. Somma, *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino. Economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista*, Klostermann, Frankfurt am Mein 2005.

¹⁶ In una democrazia *relativistica*, come dev'essere ogni 'fede' (nel diritto): su questa concezione della democrazia cfr. Zagrebelsky, *Imparare democrazia*, cit., p. 25.

¹⁷ Somma, *I giuristi e l'Asse*, cit., *passim*; H. Hattenhauer, *Die geistesgeschichtliche Grundlagen des deutschen Rechts: zwischen Hierarchie und Demokratie*, Müller, Heidelberg 1980; E. Fraenkel, *Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura*, Einaudi, Torino 1983.

to deve dare certezze, che l'interpretazione libera delle regole invece rifiuta¹⁸.

Un sistema affatto diverso da quello italiano: Calamandrei cita studiosi (come Costamagna e Piccardi, esponenti del diritto corporativo) e frasi tratte da una conferenza del ministro guardasigilli Grandi quali prove destinate a documentare come il sistema italiano avesse conservato il principio *nulla poena sine lege* e intendesse salvaguardare la tradizione del diritto romano¹⁹, attenendosi ai principi sui quali riposa lo Stato di diritto. Un sistema unitario incentrato sulla legge e non sulla centrifuga disgregazione della giustizia personale; un sistema fondato sulla tecnica e non sulla politica. Il giurista deve quindi essere un tecnico che esercita professionalmente il suo «compito *specifico*».

3. Sulla distinzione tra tecnica e politica nell'interpretazione del diritto si è accesa una polemica vivissima intorno agli anni Settanta del Novecento²⁰: ma la con-

¹⁸ Sulla certezza del diritto sono appassionate le pagine riservate da P. Calamandrei al libro di un giovane, sfortunato filosofo del diritto della scuola romana, Lopez de Oñate, autore di *La certezza del diritto* (cfr. *supra*, nota 14). Ho richiamato le considerazioni del maestro in *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli 2007.

¹⁹ Su questo aspetto del diritto patrio si sarebbe poi soffermato lo stesso Grandi in *Diritto romano fascista e germanico-nazista di fronte alla rivoluzione del secolo XX*, in «Monitore dei Tribunali», 1941, pp. 3 sgg. Il diritto romano era diventato infatti in Italia un usbergo della tradizione e della rivendicazione delle antiche radici della cultura europea, in Germania invece l'ostacolo da abbattere per rinnovare il sistema giuridico: cfr. P. Koschaker, *L'Europa e il diritto romano*, Sansoni, Firenze 1962.

²⁰ Cfr. L. Ferrajoli, *La cultura giuridica dell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari 1999; S. Rodotà, *Il diritto privato nella società moderna*, Il Mulino, Bologna 1971.

trapposizione tra le due concezioni era ben diversa da quella a cui fa cenno Calamandrei, come si può capire dal modo nel quale egli pone la questione.

Dalle sue pagine emerge piuttosto un'altra angolazione del discorso: se cioè un testo giuridico, ancorché tecnico, non abbia di per sé un significato politico. E qui si riesuma tutto il dibattito che subito dopo la caduta del fascismo animò i giuristi: che fare dei codici? Era sufficiente depurarli delle regole corporative, degli accenni alla solidarietà fascista, degli orpelli dell'ideologia sconfitta, o era necessario riscriverli con altre parole, sulla base di altri valori? Come si sa, la scelta fu la conservazione: forse più per il timore di non essere in grado, in poco tempo, di preparare opere altrettanto raffinate dal punto di vista tecnico che non per la convinzione che quei codici non fossero, almeno in apparenza, un segno indelebile del regime²¹. Oggi, poi, che si medita sulla necessità di ricodificare il diritto (privato e processuale), la gran parte dei giuristi ritiene che fu una saggia decisione. Né vi sono altri termini di paragone, la storia ha preso quella piega.

Il problema si era posto anche a Calamandrei e, da quanto si legge nei suoi diari, era una giustificazione più che una salda convinzione. Dopotutto, egli teneva all'incarico ricevuto da Grandi, aveva potuto salvaguardare il nuovo codice dalle involuzioni totalitarie, aveva reso un servizio non al regime ma al diritto. Guardare a quel compito con gli occhi della contemporaneità è facile:

²¹ Sulla discussione cfr. nell'ampia letteratura G.B. Ferri, *Filippo Vassalli e la defascistizzazione del codice civile*, in «Diritto privato», 2, 1996, pp. 594 sgg.; P. Grossi, G. Alpa, *La cultura delle regole*, Laterza, Roma-Bari 2000; P. Rescigno, *Introduzione al Codice civile*, Laterza, Roma-Bari 2001⁷.

d'altra parte, Calamandrei non prese mai la tessera del Pnf né rivestì cariche onorifiche, pur avendone ricevuto tutte le lusinghe. «Dopo il 1945 l'argomento di una collaborazione puramente tecnica al codice Grandi – quale Calamandrei lo aveva addotto prima di tutto a se stesso, scrivendone a più riprese nel diario – poteva ben apparire una coperta troppo corta per mascherare la realtà di un'expertise politicamente significativa. Quanti tra i soloni dell'Italia libera erano scesi a patti con il regime fascista! Calamandrei compreso, come ricordava un intellettuale 'epurato', lo storico Gioacchino Volpe»²².

Ma in che cosa Calamandrei avrebbe ceduto, se non semplicemente nel presiedere la commissione? Le scelte tecniche del nuovo Codice di procedura civile sono state apprezzate dagli studiosi della materia; la novella del 1950 con cui si modificarono alcuni suoi tratti fondamentali fu dettata più da necessità pratiche che non dalle scelte di fondo, considerate di grande pregio. Gli orpelli di regime che ammantano la relazione del ministro guardasigilli sono della penna di Grandi, fascista sì, ma coordinatore della seduta del 25 luglio e della caduta di Mussolini.

4. Torniamo alla tecnica. Calamandrei non la intende come arida composizione di testi né come statica applicazione di leggi: il diritto è inteso come «forza della coscienza morale», «fede in certi insopprimibili valori umani, la aspirazione verso la bontà e la pietà». Le parole usate sono pietre, smentiscono sia la retorica del ventennio, che esaltava la forza e l'audacia, valori anti-

²² Così Luzzatto, introduzione a Calamandrei, *Uomini e città della Resistenza*, cit., p. XLII.

tetici alla bontà e alla pietà, sia la concezione di un diritto ‘puro’; quel diritto che lo stesso Kelsen dichiarava essere fondato su una base metagiuridica, «come un occhio – dice Calamandrei – in cima alla cupola da cui penetra il sole a illuminare il tempio, può penetrare a dar luce e calore alla fredda opera dei giuristi, la luce della morale e della fede».

Di più: il diritto ‘tecnico’ non è un diritto meccanicamente applicato, perché contiene le clausole generali, i principi generali, che, come «valvole di sicurezza», consentono al giudice di far «ringiovanire ininterrottamente il diritto positivo e di mantenerlo, attraverso la interpretazione cosiddetta evolutiva, in comunicazione colle esigenze della società a cui esso deve servire». Tutto ciò nel segno della legalità e nella dimensione della protezione dell’interesse pubblico, come Giuseppe Chiovenda ha insegnato nei *Principi di diritto processuale*.

Il diritto ‘tecnico’ è un diritto *praticato*: qui vien fuori l’avvocato che, messo a contatto con le vicende della vita reale, fatta di aspirazioni e di pretese, di soprusi e di difese, trova nelle regole giuridiche la risposta della giustizia: «in questo suo ufficio essenzialmente pratico di applicazione delle leggi astratte ai casi concreti consiste l’utilità sociale del giurista», che «diventa un politico quando con queste leggi egli discende nella realtà sociale e al lume di esse interviene nelle miserie e nelle risse degli uomini, e serve ad essi in concreto di guida e di garanzia».

Non è quindi arida la concezione ‘tecnica’ del diritto qui professata da Calamandrei. Proprio in chiusura della recensione al libro di Lopez de Oñate sulla certezza del diritto Calamandrei scrive un passo assai eloquente a questo proposito:

L'ufficio del giurista consiste non nel tirar fuori le leggi dall'ambiente storico in cui sono nate, per rilustrarle e collocarle in bella mostra, come campioni imbalsamati nelle loro scatoline ovattate, in un sistema armonico che dia agli occhi l'illusione tranquillante della loro perfetta simmetria e addormenti le coscienze col credere che il diritto viva per conto suo inattaccabile in un empireo teorico in cui le contingenze umane non possono giungere a turbarlo; ma nel dare agli uomini la tormentosa, ma stimolante consapevolezza che *il diritto è perpetuamente in pericolo*, e che solo dalla loro volontà di prenderlo sul serio e di difenderlo a tutti i costi dipende la loro sorte terrena, ed anche la sorte della civiltà.

Oltre a questa concezione generale del diritto, egli insiste sul fatto che il diritto deve essere *giusto* e quindi *egalitario*, e raccomanda la fede in un diritto adeguato ai bisogni espressi dalla realtà sociale e davvero eguale per tutti. Fondata su una dogmatica giuridica che si modella sulla moralità, la sua concezione del diritto si rivela come una visione moderna che gli studiosi del diritto privato hanno cominciato ad apprezzare solo dopo molti anni. E anche in questo, direi, sta la statura del grande maestro: affidare ai giovani, ai suoi successori, ai giuristi suoi contemporanei e a quelli delle generazioni future un grande messaggio di saggezza, di metodo e di pratica del diritto.

Come sappiamo, il suo compito – istituzionale – non sarebbe finito lì. Calamandrei avrebbe contribuito a fondare la nuova patria, a riscattare gli anni della dittatura, a scrivere la Costituzione, a modellare ideali forti e radicali, a rifuggire dai compromessi, a promuovere la nuova avvocatura.

All'avvocatura ha riservato le parole più belle: «l'avvocatura è una professione di comprensione, di dedizione, di carità. Nel suo cuore l'avvocato deve mettere

da parte i suoi dolori, per far entrare i dolori degli altri. Un imputato alla vigilia della sentenza può avere rimesso il suo destino nelle mani del suo difensore; ma l'avvocato in quella vigilia non può essere tranquillo: la tragedia dell'imputato si è trasfusa in lui, lo logora, lo agita, lo lacera»²³.

Il diritto di Calamandrei è un diritto intriso di valori umani, ed è quindi un diritto non 'tecnico' ma pieno di vita.

²³ In *Commemorazione solenne di Piero Calamandrei*, cit., p. 292.

FEDE NEL DIRITTO

Firenze 21 gennaio 1940

1. Mai come in questo tormentato ventennio in cui le nostre generazioni hanno vissuto, dopo finita una guerra, una pace apparente che era in realtà febbrile preparazione e angosciosa attesa della nuova guerra che oggi insanguina il mondo, i problemi teorici che hanno affaticato in tutti i tempi le menti dei filosofi sulla essenza della giustizia e sulla natura razionale del diritto si sono presentati con altrettanta urgenza alle coscienze come vitali e tormentosi problemi di vita pratica.

Questa angoscia, che turba tutte le coscienze oneste, è sopra tutto sofferta dai professionisti del diritto, da coloro che hanno dedicato il meglio della loro vita al servizio delle leggi, in qualità di giudici, di avvocati, di docenti. Anche quelli di loro che non si intendono di filosofia, avvertono nella quotidiana fatica del loro ufficio, che li chiama non a dissertare astrattamente sul fondamento deontologico della giustizia, ma a dar giustizia in concreto agli uomini che ne sono assetati, un profondo turbamento, un senso di disorientamento e di fluttuazione, come se vacillassero quelle premesse su cui un tempo pareva solidamente fondata ogni attività ed ogni

scienza giuridica. Questo senso di scetticismo e quasi di diffidenza di fronte al fenomeno giuridico è sopra tutto visibile nei giovani; anche in quelli che per forza di tradizione familiare o per speranza di più agevole approdo professionale continuano ad imbarcarsi nelle facoltà di giurisprudenza, l'ardore per gli studi da loro scelti, la convinta fede nel diritto come missione più che come mestiere, mi pare (se non mi inganno) che si vada sempre più rarefacendo: quelle parole che un tempo, senza bisogno di tanti commenti, ridestavano nei cuori giovanili il fremito delle cose vive, pare che oggi abbiano perduto ogni loro risonanza sentimentale, e quasi ogni loro significazione attuale.

Esaltate dinanzi ai giovani la giustizia e il diritto: vi staranno a sentire distaccati e quasi ostili, domandando a sé stessi quale pratica sostanza si nasconda dietro questa oratoria: col sospetto che queste parole non siano che un tranello retorico invano teso al loro vigile 'realismo', non più disposto ormai a lasciarsi incantare dalle vuote parole sonanti del buon tempo antico.

Giustizia? Ma quale sicura realtà si nasconde dietro questa erma dalle molte fronti, che cambia faccia secondo l'angolo visuale da cui si guarda? Due litiganti vanno dinanzi al giudice e tutt'e due, per soverchiare l'avversario, invocano la giustizia; la parola è la stessa, ma per ciascuno di essi vuol dire l'opposto, vuol dire la propria vittoria e la rovina del suo contraddittore. Due popoli si scannano per la conquista di un regno: tutt'e due hanno scritto la parola diritto sulla propria bandiera; ma il diritto qual'è, quello del vincitore o quello del vinto, quello di chi vuol mantenere le proprie leggi, o quello di chi vuol instaurare un ordine nuovo in luogo delle leggi abbattute? Quello di chi difende il proprio focolare o quello di chi saccheggia il focolare altrui?

Troppe conferme sembra avere d'intorno a noi, anche in questa storia contemporanea in mezzo alla quale angosciosamente viviamo, la dottrina, che risale ai Sofisti, secondo la quale, come diceva Trasimaco, «la giustizia è ciò che giova al più forte»: e come si può sul serio continuare a cullarsi nella pia illusione che immagina la forza posta al servizio del diritto, quando tutti i giorni vediamo che proprio dalla forza, nient'altro che dalla brutta forza delle armi esce quell'ordine apparente che i vincitori chiamano diritto?

Né vale, a liberare il giurista da questi dubbi incalzanti, l'insegnamento positivista secondo il quale il diritto è tutto nella legge; onde chi serve fedelmente la legge, può così essere certo di servir la giustizia. Anche qui la coscienza irrequieta gli obietta che non in tutte le leggi il diritto è racchiuso nella stessa misura: egli sente parlare intorno a sé di leggi buone e di leggi cattive; le discussioni dei politici sull'opportunità di modificare con nuovi ordinamenti le istituzioni invecchiate, sono discussioni sulla giustizia delle leggi; le proposte di riforme mirano sempre a porre leggi che si credono più giuste al posto di quelle di cui si afferma il contrario. Anche le leggi, dunque, possono esser discusse e giudicate: e se una legge può esser giudicata ingiusta, vuol dire che il diritto, che si prende come criterio per giudicare la legge, sta fuori di essa. E dove sta dunque questo diritto se non nella forza che abbatte le leggi, se non nel fatto che le rinnuova?

Ecco così che il giurista che un tempo si considerava come la viva voce del giusto, e per il quale si adoperava senza sorridere la qualifica di sacerdote della giustizia, è scaduto nella comune opinione al livello di un equilibrista della dialettica che ingegnosamente si esercita sui trapezi delle pure formule, senza darsi pensiero

del contenuto, buono o cattivo, ch'esse ricoprono. E poiché si osserva che anche su leggi invecchiate e ormai condannate dalle nuove correnti politiche che stanno per prevalere, i giuristi continuano a costruire imperturbabili *sub specie aeternitatis* i loro castelli logici, e che viceversa appena un ordinamento giuridico è precipitato, la loro schiera è sollecita ad accorrere per fare ossequio alle nuove leggi che lo hanno distrutto ed a ricominciar su di esse, servendosi degli stessi strumenti del mestiere, la costruzione delle loro architetture dialettiche, essi rischiano ormai di apparire come dei calcolatori senz'anima e senza preferenze, schiavi del fatto, pronti a servire qualunque padrone, che colla forza abbia saputo imporre e tradurre in leggi la sua volontà. Di qui l'origine di quello scetticismo che c'è oggi tra i giovani, anche tra quelli che si iscrivono a giurisprudenza, sulla forza ideale di quel diritto ch'essi studiano: la scienza giuridica fa un po' la parte non brillante della grammatica, la quale si adatta a tutti i testi, ma non ha niente a che fare coll'ispirazione artistica. La fede nel diritto, il 'senso del diritto' sembrano vuote frasi: il vecchio aforisma *cedant arma togis* ormai non serve più neanche a far sorridere. C'è nelle nuove generazioni una diffusa anche se inconsapevole tendenza, quasi si direbbe respirata coll'aria, a svalutare la importanza del diritto e a sopravvalutare la importanza del fatto compiuto: volontarismo ed attivismo giuridico che, innamorato dei fatti maschi, si lascia indietro con disprezzo l'imbelle razionalismo della vecchia dogmatica.

2. Questa crisi del diritto, che si fa sentire in modo direi quasi spasimante nella nostra pratica individuale, e che si potrebbe chiamare la crisi di *incomprensione della importanza del diritto*, ha, naturalmente, come tutti i

movimenti pratici, la sua preparazione e i suoi precedenti nel campo delle teorie filosofiche. Io non posso qui neppur tentar di riassumere le annose dispute che da secoli si sono dibattute e si dibattono sul fondamento e sul concetto del diritto; né passare in rassegna tutte quelle correnti filosofiche, dette 'scettiche' o 'realistiche', che, a partire dall'antichità classica ai giorni nostri hanno sostenuto che il diritto altro non è che una espressione d'autorità e di forza, privo di qualsiasi fondamento ideale. Ma non posso esimermi dal ricordare che la odierna crisi delle coscienze intorno al fondamento ed ai confini del diritto, ormai così malcerti e sfumanti che più non si riesce ad intendere quale sia e se vi sia un proprio territorio d'attività riservato ai giuristi, si riannoda direttamente a quella concezione oggi prevalente, secondo la quale, *in sede filosofica*, la esperienza giuridica coincide e si identifica colla esperienza politica. Tale identificazione (la quale ha come sue necessarie premesse da una parte la celebre tesi crociana della riduzione del diritto all'economia, e dall'altra la riduzione di tutte le leggi al concreto atto volitivo, considerato come la sola realtà che esiste nella vita del diritto) pone sullo stesso piano l'attività di chi crea il diritto e l'attività di chi lo esegue e lo applica: anzi nega che, sotto l'aspetto filosofico, si possa far differenza tra creazione ed applicazione del diritto, e quindi tra un'attività politica volta soltanto alla creazione ed una attività volta alla sola applicazione del diritto, che, in contrapposto con quella, si possa considerare meramente giuridica. La parola 'politica' assume dunque, in questa concezione dei filosofi, una portata più vasta di quella che ha nel comune linguaggio: mentre nella terminologia ordinaria la parola politica è riservata a indicare quel complesso di forze che agiscono per arrivare ad esprimersi in leggi e

quindi per instaurare nello Stato un certo sistema di norme giuridiche, la filosofia osserva che non meno dell'attività creatrice delle leggi si deve considerare rientrante nella politica l'attività volta ad eseguirle, poiché «la legge non esiste che come volontà di legge, cioè come volontà politica di sostenere colla forza una data legge». Non solo dunque è indirizzata a scopi pratici, ossia politici, l'opera del legislatore che col dettare le leggi mira a imporre alla società un certo ordine corrispondente alla sua volontà, ma è altresì essenzialmente pratica e quindi politica l'attività di chi trasforma in concreti atti di volontà i suggerimenti e le direttive contenute nelle norme astratte poste dal legislatore: sia esso il privato che per la soddisfazione del proprio interesse individuale stimola l'intervento dell'autorità posta a tutela del diritto, o il giudice che colla sua sentenza pone in luogo della inerte ed astratta ipotesi della legge una volontà concreta volta a modificare praticamente la realtà, o più in generale il giurista, la cui indagine non si limita mai ad un processo meramente conoscitivo e teorico, ma costituisce anch'essa un atto pratico col quale egli concorre a creare la legge del caso singolo ed in tal modo alla modificazione ed al progresso del diritto.

Così il diritto è forza, non solo in quanto colla forza delle rivoluzioni o delle conquiste si instaurano i regimi che creano il diritto, ma altresì in quanto ogni atto con cui il diritto concretamente si realizza appare, attraverso la volontà del giudice, dell'avvocato, del giurista, come la prosecuzione e il complemento di quella stessa forza che l'ha creato.

3. Tutto questo potrebbe anche essere esatto in sede filosofica: fino a quando cioè queste proposizioni fossero intese per quello che esse vogliono essere da chi le ha

enunciate, cioè come teorie volte a comprendere in che cosa consista l'attività giuridica collocata al suo posto nel quadro dei momenti dialettici dello spirito, e non già come insegnamenti pratici, sui quali gli uomini debbano regolare le loro relazioni quotidiane. Che un filosofo mi dica che la legge è irreal e che solo la concreta volizione individuale crea il diritto, è cosa che può lasciare indifferente me giurista, purché resti ben inteso che se nella pratica qualcuno, con questa scusa della irrealtà delle leggi pretendesse di violarle a piacer suo, andrebbe ugualmente (nella pratica) a finire in mano dei carabinieri.

Ma il male è che certe teorie filosofiche che «non a torto si chiamano *verità pericolose*» rischiano di avere nella vita pratica, quando siano messe in mano di chi non abbia la serenità speculativa che pone il filosofo in quanto tale al di sopra delle risse, ripercussioni di carattere diciamo così pedagogico, che vanno assai al di là delle intenzioni di chi le ha enunciate: formulate al solo scopo di intendere e interpretare la realtà, esse rischiano di diventare armi micidiali per insegnare a metter lo scompiglio nel mondo e per giustificare le peggiori furfanterie. A forza di sentir dire che il diritto si riduce all'economia, c'è il caso che l'inesperto e il dilettante (che è anche peggiore) di filosofia, si metta a proclamare che il diritto consiste unicamente nel far tutti quanti il comodo proprio; a forza di sentir dire dai filosofi che le leggi sono «irreali» e che ciò che vale è solo il «concreto atto volitivo», c'è il pericolo che il laico si metta a praticare individualmente la violenza senza curarsi dei codici, convinto di aver bene imparato la lezione e di porre in essere così, colla forma del suo pugno, quel concreto atto volitivo nel quale solo, secondo i filosofi, il diritto si concreta e vive. Così queste verità filosofiche, le

quali erano nate come spassionati riconoscimenti e interpretazioni della realtà, si trovano ad essere, quando siano adoperate da mani inesperte, come le forze cieche scatenate dall'*apprenti sorcier*, ignaro della formula, per ricacciarle nell'abisso. Solo chi vive come noi la vita pratica del diritto, così faticosa e dura, può misurare quanto la diffusione di queste 'verità pericolose' sul fondamento del diritto abbia contribuito ad ingenerare e ad aggravare questo discredito del diritto nella vita pratica di cui tanto soffriamo.

Proprio su una consimile trasposizione sofisticata di una proposizione dal campo della speculazione filosofica a quello dell'operare pratico, si fonda l'accusa di insensibilità politica periodicamente rivolta ai giuristi. La filosofia, come si è veduto, prende i giuristi quali essi sono, col loro attaccamento alla legge, col loro dogmatismo, colla loro tecnica: e dimostra che, comportandosi così come si comportano, e servendosi di tutti quegli strumenti logici e metodologici di cui essi si valgono per interpretare le leggi e per applicarle ai casi pratici, essi fanno senza accorgersene della politica, al modo stesso con cui monsieur Jourdain parlando faceva senza accorgersene della prosa. Questo la filosofia dice ai giuristi; ma non dice che essi facciano male a fare così come sempre hanno fatto, né si propone, con questa enunciazione di una verità teorica, di negare la utilità pratica del loro metodo, o di atteggiarsi a maestra della loro arte. Viceversa in questi ultimi anni questa verità filosofica della identificazione del diritto colla politica è stata invocata come argomento polemico contro i giuristi, ai quali si è rimproverato di rimanere attaccati ai loro studi, alla loro dogmatica, alla loro tecnica, a tutti quegli strumenti metodologici insomma l'uso dei quali costituisce per definizione l'attività e la scienza giuridica; e

di non decidersi finalmente a cambiar mestiere, mettendosi a fare, invece che i professionisti del diritto, i professionisti della politica.

Ma nella vita pratica la attività giuridica non esiste come categoria filosofica; nel mondo empirico esistono i giuristi (cioè quegli uomini che fanno i giudici, gli avvocati, i docenti e così via) come professionisti, la cui attività professionale è necessariamente ristretta entro certi confini, per quel bisogno della divisione del lavoro e della specializzazione al quale naturalmente obbedisce ogni tecnica. Proprio per questa divisione del lavoro, che è supremo canone di ogni operare umano, l'attività dei giuristi, come *tecnici dell'applicazione delle leggi*, si distingue, per metodo, per studi, per *forma mentis*, dall'attività di coloro che, invece che ad applicare ai casi della vita il diritto già formulato nelle leggi vigenti, si adoprano a creare il diritto nuovo, cioè a dare impulso agli organi ai quali nello Stato è demandata la formulazione del diritto e ad ottenere che da essi, al posto delle leggi vigenti altre siano formulate più giuste di quelle vigenti. Quest'ultima attività, volta a creare il nuovo diritto, è quella che nel linguaggio ordinario si chiama, *stricto sensu*, la *politica*: e in questo senso, nel senso cioè di una necessaria divisione di lavoro corrispondente a due diversi momenti della vita del diritto, la formulazione delle leggi e la loro applicazione, si intende perfettamente, nella terminologia dei laici, la distinzione tra *politici* e *giuristi*. Non sarà questo un modo di esprimersi filosofico, perché per i filosofi tanto l'attività di chi prepara le nuove leggi, quanto l'attività di chi le applica è allo stesso modo attività politica, ma insomma con questo modo di esprimersi alla buona, è certo che tra noi gente modesta ci intendiamo e ci siamo sempre intesi: quando si dice che la giustizia dev'es-

ser al sicuro dalle inframettenze politiche, o si contrappone il *ius conditum* al *ius condendum*, o nell'esaminare un problema si dice che altro è l'aspetto giuridico altro è l'aspetto politico sotto il quale può essere considerato, adopriamo espressioni che sappiamo corrispondere a una reale divisione di competenze tecniche, che si trova attuata in realtà nella vita empirica dello Stato.

Ora il sofisma di chi attacca i giuristi per non essere abbastanza politici è appunto questo: poiché sul piano speculativo (si dice) una stessa categoria filosofica, quella della politica, comprende tanto la attività di coloro che nella vita pratica operano per creare le leggi (i politici *stricto sensu*) quanto la attività di coloro che nella vita pratica operano per applicarle (i giuristi), è bene che anche nella pratica tecnica scompaia ogni distinzione tra queste due attività, nel senso che anche i giuristi debbano d'ora in avanti cessare di essere i servitori delle leggi vigenti, per diventare invece i promotori delle leggi dell'avvenire. Sarebbe come chi dicesse, insomma che, poiché sotto l'aspetto speculativo il lavoro del calzolaio è una attività pratica, che filosoficamente, nella classificazione dei momenti dialettici dello spirito, non si distingue dal lavoro del muratore, sarà bene che d'ora innanzi i calzolai si mettano a tirar su i muri ed i muratori a risolvere le scarpe!

4. In realtà questa polemica contro i giuristi, accusati oggi di essere troppo ligi alla lettera delle leggi costituite e di non sentire il vento che irrompe dalle finestre a squassare le loro bilancine, è sopra tutto una polemica contro le leggi, ossia contro quella formulazione generale ed astratta che tipicamente distingue le leggi dalle altre manifestazioni di volontà dello Stato. Questo è stato infatti, in tutti i tempi, il singolare ed alterno destino

dei giuristi: che tutti i dissidi polemici suscitati dalla astrattezza delle leggi, talvolta esaltate per la loro completezza comprensiva d'ogni possibile caso futuro, talvolta vituperate per la loro rigidità che non si plasma sulla variabile multiformità della vita, sono sempre andati a scaricarsi sui giuristi, presi come comodi bersagli di urti di idee che in realtà non concernevano loro, ma le istituzioni di cui essi erano i visibili strumenti. Nei momenti storici prevalentemente statici, in cui l'autorità della legge era fortemente sentita e prevaleva la superstizione della sua onnipotenza, i legislatori hanno additato nei giuristi i più pericolosi nemici della integrità del diritto, ed hanno visto in ogni commento ed in ogni interpretazione dei testi legislativi una minaccia di infiltrazioni politiche che doveva essere rigorosamente repressa. Viceversa, in periodi più dinamici, il rimprovero fatto ai giuristi si è capovolto: sono accusati non più di insidiare la integrità della legge, ma di prestarle ossequio.

Così i giuristi, rimproverati in certi momenti di esser troppo politici, in altri di non esserlo abbastanza, si trovano, secondo il vario ritmo dei tempi, tra l'incudine di chi li rappresenta come rivoluzionari cupidi dell'avvenire, e il martello di chi li raffigura come conservatori grettamente attaccati al passato. Giova dunque approfondire il vero punto del dissidio che si cela sotto queste accuse contraddittorie, di cui essi, i giuristi, sono in realtà vittime innocenti.

5. Se osserviamo, da un punto di vista puramente empirico, in qual forma si manifesta esternamente la volontà dello Stato diretta a mantenere l'ordine nella società, cioè a regolare la condotta dei consociati nelle loro reciproche relazioni, vediamo che tutti i sistemi di

produzione del diritto, i meccanismi per così dire attraverso i quali il diritto (qualunque sia in sede filosofica la sua origine ideale e la sua giustificazione razionale) affiora e si rivela agli uomini, si possono, semplificando, ridurre a due: quello che tanto per intendersi si può chiamare il sistema della *formulazione giudiziaria*, e quello che, sempre con frase approssimativa, si può chiamare il sistema della *formulazione legislativa* del diritto.

a) Secondo il primo sistema, che è forse quello da cui storicamente si inizia l'attività giuridica dello Stato (poiché storicamente lo Stato nasce come giudice prima che come legislatore) l'autorità non interviene a regolare colla forza la condotta dei sudditi fino a che tra essi non insorga concretamente un conflitto. Fino a questo momento lo Stato lascia che la vita dei consociati si svolga senza il suo intervento, libera da qualsiasi regola di condotta preventivamente fissata d'autorità; solamente quando dal conflitto di interessi individuali sta per scoppiare una rissa, lo Stato interviene come arbitro pacificatore, e detta lì per lì la soluzione che ritiene più appropriata alla singola lite. In questo sistema lo Stato parla ai sudditi soltanto in veste di giudice o di esecutore, mediante concreti comandi in cui si avvera il diritto del 'caso per caso'. Prima della sentenza, improvvisata al bisogno all'ombra della quercia, non esiste una volontà potenziale dello Stato che si possa chiamare diritto: il capotribù, seduto sul suo seggio di giudice, batte colla spada il suo scudo di bronzo e ne trae un suono: questo suono, e null'altro, è il diritto. Probabilmente, dal punto di vista storico, un cosiffatto sistema di formulazione esclusivamente giudiziaria del diritto non è mai esistito in forma pura: e a questa giustizia del caso per caso non è mai mancata, neanche alle origini delle società primitive, l'appoggio di qualche regola rituale o consuetudi-

naria preesistente al giudizio. Ma insomma noi possiamo immaginare senza molto sforzo di fantasia questo sistema funzionante nella sua purezza senza alcun intralcio di norme prefisse, quando pensiamo al famoso giudice di Rabelais che per decider le cause pesava sulle bilancie i fascicoli dei due litiganti e dava ragione a quello che l'aveva più peso, o a quel processo sommarissimo, descritto da un viaggiatore che l'ha visto in funzione presso una tribù africana, secondo il quale i due contendenti vengono legati a due ceppi sulla riva di un lago abitato da un vecchio saggio coccodrillo, venerato giudice della tribù, il quale appena s'accorge che è venuto il momento di pronunciar la sentenza, esce fuori dalle acque, e si dirige a mangiare uno dei due: nel qual caso tutti capiscono che la sentenza è stata pronunciata a favore dell'altro.

Qui dunque, a parte queste pittoresche curiosità processuali, il diritto è veramente soltanto forza, atto concreto di volontà. Il diritto si manifesta nello stesso momento in cui viene eseguito; diritto e forza coincidono in un punto solo.

b) Nel sistema della formulazione legislativa, invece, lo stesso cammino viene compiuto *in due tappe*. Qui lo Stato non si limita più a reprimere con mezzi di fortuna il conflitto quando sia concretamente già insorto, ma procura di prevenirlo: e per ottener ciò prevede in anticipo, con un processo di astrazione basato sul *quod plerumque accidit*, le classi tipiche di conflitti nei quali il suo intervento potrebbe essere utile, e preannuncia fin d'ora quale dei due eventuali antagonisti sarebbe assistito dalla forza dello Stato, nel caso che uno di questi conflitti tipici astrattamente ipotizzati dovesse prodursi nella realtà. Questo preannuncio di forza, questo programma di azione che lo Stato si propone di svolgere,

con costanza ed uniformità, tutte le volte in cui tra i cittadini si verificano certe situazioni di fatto, è la legge: la quale, appunto perché contiene per chi venisse a trovarsi in certe situazioni, una promessa di aiuto per una parte e per l'altra una minaccia di repressione, costituisce un suggerimento e un indirizzo dato alla volontà dei consociati, in quanto essi sapendo in anticipo quali saranno le conseguenze del loro operare, potranno consapevolmente determinarsi e assumere in concreto le responsabilità giuridiche della loro volontaria condotta.

Così l'attuazione del diritto si compie, in questo sistema della formulazione del diritto, in due tappe invece che in una: in un primo momento lo Stato in veste di legislatore preannuncia in anticipo quale sarà il diritto ch'esso farà valere nel caso che si verifichi nella realtà concreta un fatto simile a quello astrattamente previsto in ipotesi; in un secondo momento lo Stato in veste di giudice e di esecutore, accerta la coincidenza tra la ipotesi astratta e il fatto concreto, e realmente attua colla forza per il caso singolo quella volontà che nella legge era soltanto preannunciata per classi. Così il legislatore si distacca dal giudice non solo idealmente, ma altresì nella organizzazione empirica dello Stato, nella quale a questi due momenti ideali corrisponde una pratica distinzione di organi, di funzioni e di competenze.

Non si nega dunque che anche in questo sistema della formulazione legislativa il diritto si realizzi in pieno soltanto nel secondo momento, nella sentenza, che è volizione concreta, nell'esecuzione che è forza: e non nella legge che è solo un preavviso generico ed ipotetico. Ma, pur non negando questa verità filosofica, qui si tratta di esaminare il problema dal punto di vista pratico, e di stabilire quale di questi due sistemi sia più adatto a favorire la civiltà ed il benessere degli uomini: quello

della giustizia del *caso singolo* o quello della *giustizia costante* che è attuazione di leggi prestabilite; ossia ponendo il problema in termini anche più concreti, se sia preferibile un ordinamento statuale in cui l'attività legislativa sia distinta, cronologicamente e funzionalmente, dall'attività esecutiva, ovvero un ordinamento in cui legislatore e giudice, creatore ed esecutore del diritto si sovrappongano e si confondano in un unico organo amministratore della giustizia indistinta dalla forza.

6. Intanto, per aver chiara l'idea della differenza che passa fra i due sistemi, giova porre in evidenza la diversa posizione che in ciascuno di essi è fatta, nei congegni attraverso i quali si realizza il diritto, alla politica; la politica non nel senso in cui ne parlano i filosofi, per i quali diritto e politica si identificano, ma nel senso diciamo così volgare e ordinario della parola, in cui ne parliamo noi, gente alla buona. In ambedue i sistemi la politica è la forza motrice del meccanismo produttore del diritto; ma questa forza motrice è diversamente incanalata nei due sistemi, e diverse sono le strade attraverso le quali la sua pressione sbocca e si espande.

Per arrivare alla formulazione del diritto, che come è stato detto tante volte costituisce la statica la cui dinamica è la politica, bisogna che gli organi a ciò deputati procedano a un non facile lavoro di interpretazione, di coordinazione e di selezione di tutte le forze sociali che in un certo momento storico si urtano ed incalzano per trasformarsi da aspirazioni riformatrici o da ribellioni rivoluzionarie in comandi di legittime autorità. La formulazione del diritto, che è la sintesi ed il residuo di queste forze, presuppone dunque un arduo processo, che si potrebbe chiamare di *diagnosi politica*, attraverso il quale queste forze incomposte debbono essere domi-

nate, coordinate, placate: e solo allora, dopo che si è compiuto dentro il forno della politica questa combinazione a fuoco di elementi eterogenei, può apparire in fondo al crogiuolo, come il metallo puro che si libera dalle scorie della fusione, il puro diritto cristallizzato.

Scusatemi se vi parlo per immagini; ma è che veramente questa depurazione della politica in diritto, questa transizione dalle passioni della lotta politica alla fredda ragione della pace giuridica, ha qualche cosa che ricorda stranamente quei congegni della meccanica con cui la ragione dell'uomo è riuscita ad asservire le forze brute della natura ai suoi fini di civiltà. Orbene, questo lavoro di *diagnosi politica*, attraverso la quale si incanalano ai fini della civiltà le forze della storia, *nel sistema della formulazione legislativa spetta esclusivamente al legislatore*. È sugli organi incaricati di formulare le leggi, comunque essi si chiamino e comunque siano costituiti (il sovrano assoluto, o il parlamento, o le corporazioni, o il gran consiglio, e così via) che vengono costituzionalmente a sboccare ed a far leva le forze politiche da cui nasce il diritto: sono essi, gli organi legislativi, i filtri che l'ordinamento dello Stato appresta per decantare dalle confuse e discordi aspirazioni dell'*ius condendum* la certezza giuridica dell'*ius conditum*. Talché, una volta che il diritto sia uscito dalla fucina del legislatore, colato nelle formule delle leggi, esso si raffredda e si consolida, e il giudice deve applicarlo così come esso gli viene presentato, senza poter ricominciare per conto suo quel lavoro di diagnosi politica, che è stato compiuto una volta per sempre, una volta per tutte, dal legislatore. Questa è dunque, in pratica, la repartizione di lavoro che distingue questo sistema detto della formulazione legislativa del diritto o, più brevemente, sistema della *legalità*: che tutti i fattori politici devono essere por-

tati alla valutazione degli organi competenti a creare le leggi, non degli organi, quali sono in prima linea i giudici ai quali spetta soltanto applicarle così come sono. In questo senso vige, nel sistema della legalità, la ripartizione tra giustizia e politica: che al giudice (e in generale al giurista) non spetta discutere la bontà politica delle leggi; spetta soltanto, in quanto giudice e in quanto giurista, osservarle e farle osservare.

Profondamente diverso, anche sotto il profilo della ripartizione tra giustizia e politica, è il sistema contrapposto della formulazione giudiziaria del diritto, o sistema del 'caso per caso'. Qui, come non esistono nel processo di formulazione del diritto due tappe distinte (creazione della legge, e sua applicazione) così non esiste a mezza strada tra la politica e la sentenza il filtro degli organi legislativi. Qui, in questo sistema, la politica sbocca direttamente contro il giudice e lo investe colle sue ondate, senza che ci sia dinanzi a lui lo schermo (direi quasi il frangiflutti!) della legge che lo ripara dalle tempeste. In questo secondo sistema la diagnosi politica, anziché fatta in anticipo per classi, dev'essere ricominciata per ogni caso che si presenta: qui il giudice non dev'esser più un tecnico esperto del modo di interpretare le leggi, ossia un giurista, ma dev'essere esclusivamente un politico, capace di rifare ogni volta che gli si presenta un caso, anche il più insignificante, da giudicare, quella ardua sintesi che gli è indispensabile per distillare dalla grande politica la piccola goccia di diritto che gli occorre per decidere la lite. Qui il giudice non importa che si affatichi a studiare le leggi, perché le leggi non ci sono: occorre soltanto che in qualsiasi evenienza, anche quando si tratta di giudicare sulla rivendicazione di una gallina, egli sia pronto a interrogare la storia.

7. La adozione dell'uno o dell'altro di questi due sistemi porta con sé, conseguenze pratiche profondamente diverse nella costituzione degli organi dello Stato; il sistema della legalità non si esaurisce infatti nella creazione di organi legislativi distinti da quelli giurisdizionali, ma si accompagna necessariamente con una serie di istituzioni complementari, che ne costituiscono l'inseparabile ed organica garanzia. Mi astengo, per necessaria brevità dal parlare dello sviluppo negli Stati moderni della cosiddetta 'giustizia amministrativa' volta a mantenere l'osservanza della legge da parte dell'amministrazione: qui mi limito a ricordare le profonde ripercussioni che l'adozione di questo sistema ha avuto necessariamente sull'ordinamento giudiziario.

E prima di tutto sulla scelta dei giudici: i quali dove vige il principio della legalità debbono essere necessariamente degli *specialisti del diritto*, cioè dei conoscitori delle leggi e dei metodi con cui si compie il raffronto tra le loro ipotesi astratte e la concreta realtà dei casi umani; mentre, dove vige il sistema del caso per caso, i giudici devono essere non dei giuristi, ma dei 'laici', sprovvisti di qualsiasi specializzazione tecnica acquisita, e solo dotati di quella misteriosa dote naturale che è la sensibilità politica.

D'altra parte non solo sulle attitudini tecniche che si richiedono ai giudici, ma altresì sul modo della loro nomina può avere efficacia determinante il sistema della legalità. Là dove l'ufficio dei giudici è prima di tutto quello di conoscere e di applicare le leggi, alla scelta di essi sarà necessariamente proceduto con metodi idonei a mettere in luce la specifica preparazione professionale degli aspiranti, come avviene da noi mediante i concorsi di ammissione alla magistratura; mentre, in un ordinamento in cui ai giudici si richiede soltanto di saper

compiere caso per caso quel lavoro di diagnosi politica che nel sistema della legalità è compiuto dal legislatore, è inevitabile che anche la loro nomina avvenga in base a criteri politici, e che ai posti giudiziari si preferisca chiamare, invece degli uomini di scienza atti a scrutar con imbelli intelligenza le bilancie, uomini d'azione atti a snudare con spirito di lotta quell'altro simbolo della giustizia che è il gladio.

Ma sopra tutto i due diversi sistemi si ripercuotono diversamente sulla posizione di indipendenza o di subordinazione in cui il giudice si trova durante l'esplicazione del suo ufficio. Là dove impera il principio della legalità, il giudice non deve conoscere altro diritto che quello consacrato nella legge: egli è quindi il servitore della legge, ma soltanto di essa; ogni considerazione che non sia questo ossequio al diritto costituito, ogni calcolo di convenienza, ogni ingerenza, ogni inframmettenza dev'essere da lui respinta come contraria al suo dovere. La legge è la strada maestra dalla quale perviene al magistrato la politica dello Stato, e la politica non può essere altro che quella che è arrivata ad esprimersi in quella forma purificata e solenne: tutti i suggerimenti, i consigli, gli ordini che contassero di pervenire a lui per altre vie, devono lasciarlo indifferente, non perché il giudice possa essere insensibile alla politica, ma perché la sola sua direttiva politica si chiama legge. In questo senso si parla di indipendenza dei giudici: a questo scopo furono istituite le cosiddette 'guarentigie della magistratura', tra le quali in prima linea quella fondamentale della inamovibilità. Voi capite che vanamente si parlerebbe di uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge, se il giudice, al momento in cui giudica, potesse, invece che alla parola generale della legge, prestare orecchie ai particolari desideri di altre autorità, espressi in vista delle

speciali circostanze di ogni caso; e, per salvare il suo avvenire di impiegato, comportarsi in modo da soddisfare [*sic!*] più che la legge, questi autorevoli suggerimenti dettati da considerazioni di specie. Significativa mi sembra sopra tutte, fra queste guarentigie della magistratura che si riattaccano al sistema della legalità, quella che l'articolo 72 del nostro Statuto chiama la garanzia del 'giudice naturale': in forza della quale ogni controversia civile o penale che concretamente sorga nella realtà deve trovarsi preconstituita non solo la legge sostanziale, ma altresì l'organo giudiziario competente a deciderla. Anche la competenza e la composizione degli organi giudiziari deve essere fissata, al par della legge, in anticipo e per classi: come il legislatore nel formular le sue norme tiene presente soltanto l'interesse pubblico e non conosce individualmente coloro ai quali in avvenire potranno applicarsi le leggi, così il giudice dev'essere scelto e investito del suo potere prima che il giudizio da ipotesi diventi realtà, e che i giudicabili, da figure generiche, anonime e supposte, diventino persone vive. Così il giudice naturale costituisce nel campo giudiziario il complemento del principio della irretroattività della legge.

Né a questa efficacia stabilizzatrice del sistema di legalità si sottrae il processo: nel quale certe garanzie fondamentali (come il principio del contraddittorio, o l'autorità irrevocabile della cosa giudicata) costituiscono quasi la proiezione nel campo processuale della stabilità e della certezza della legge.

Non c'è bisogno di spiegare come tutte queste garanzie sarebbero fuor di luogo, là dove il giudice, anziché un servitore della legge, dovesse essere uno strumento di lotta delle forze politiche allo stato nascente: quella arte della convenienza e della adattabilità, che è essenzialmente politica, imporrebbe necessariamente a

questi giudici politicanti di adattarsi caso per caso alle istruzioni gerarchiche provenienti dai centri da cui si irradia il potere politico, e di adeguar volta per volta le proprie opinioni alle variabili contingenze. Non c'è bisogno che vi ricordi al lume della storia il modo in cui la giustizia funzionava quando, in luogo della legge, vi imperava la ragion di Stato.

8. E allora, se queste sono, enunciate in una corsa panoramica, le differenze pratiche che passano tra il sistema della legalità e quello del caso per caso, quale si deve ritenere che sia preferibile di questi due sistemi? La domanda, posta così in astratto, sarebbe storicamente vuota di senso: ma essa può avere un senso quando sia posta per un determinato momento storico. Per esempio si può domandare quale dei due sistemi sopra descritti sia più confacente, oggi, alla civiltà, alla educazione del popolo italiano, alle sue tradizioni giuridiche che risalgono a Roma.

La domanda, posta così, può apparire al buon senso di noi italiani piuttosto oziosa: come quella di chi domandasse, oggi, nel 1940, se sia preferibile la ruota alla treggia. La astrattezza della legge, questa forma logica che permette di regolare in anticipo tutta una serie indefinita di casi possibili, è infatti una di quelle conquiste decisive, proprio paragonabile alla invenzione della ruota, che segnano una tappa dell'incivilimento umano e che non si possono abbandonare senza retrocedere verso la barbarie.

La astrattezza della legge è la sola forma logica che possa permettere al legislatore di trasformare in diritto, in una sintesi di tutte le correnti politiche che fanno capo a lui, l'interesse collettivo, purificato da ogni considerazione individuale, non turbato da impulsi persona-

li di odio o di favore, non inquinato da moventi singolari di persecuzione o di preferenza. «A ragione (scrive il Croce) esse sono state riverite come (al dire di Aristotele) *intelligenza senza cupidità*, ossia volontà che l'individuo stesso che l'ha creata si impegna a non toccare e non turbare coi suoi interessi e appetiti». Solo contemplando i casi della vita per classi e non nelle singole specie, con un calcolo di probabilità fatto sui grandi numeri, il legislatore può veramente porsi al di sopra dei piccoli interessi individuali, e scorgere dall'alto, come accade a chi da un alto monte osservi sotto di sé la distesa del mare sul quale le correnti appaiono come strade segnate, le grandi correnti della sua civiltà. Solo attraverso la legge, che nella sua forma generale esprime gli interessi generali della società, si può affermare la unità del diritto, che è poi la unità dello Stato.

Ma i vantaggi di questa astrattezza della legge non appaiono soltanto a chi esamini il problema dell'altro, dal punto di vista dei supremi fini dello Stato; ma appaiono altresì a chi lo consideri dal modesto livello dell'interesse individuale, per le possibili ripercussioni pratiche nella vita di ciascuno di noi. Senza la legge astratta non può esservi in concreto tra i consociati quella *certezza del diritto*, che permette di sapere in anticipo quali sono i limiti del lecito, e qual è il comportamento che egli deve tenere se vuol essere un buon cittadino deciso a non valicarli. Senza la legge astratta non può esservi in concreto per alcuno quella sicurezza di poter vivere e pensare ed agire al coperto da violenze e da arbitri entro quella cerchia individuale che il diritto gli assegna, non vi può essere serenità di coscienza né tranquillità di focolare, non può pensarsi insomma quella zona di sovranità individuale garantita dal diritto entro la quale la libertà, da vaga ed abusata astrazione, può diventare, sotto qualun-

que regime basato sulle leggi, una rigorosa realtà giuridica. Senza la legge astratta non può esservi in concreto alcuna garanzia di *umana dignità*, perché la legge, col preannunciare in ipotesi la sanzione, fa appello prima di tutto alla libera determinazione dell'uomo, e crea il diritto soggettivo ch'è riconoscimento di autonomia individuale, e pone l'obbligazione, che è un richiamo rivolto alla volontà e alla responsabilità del singolo, prima della soggezione, che trasforma l'uomo in cosa. E la legge astratta è forse lo strumento logico attraverso il quale meglio si manifesta in forma visibile il senso della cristiana solidarietà e della uguaglianza spirituale che affratella gli uomini: poiché nella legge non solo si esprime una esigenza di ugual trattamento garantita o minacciata a tutti coloro che si porranno in una certa condizione di fatto, ma il diritto e il dovere è sempre affermato in forma reciproca, in modo che ciascuno sa che nel momento stesso in cui afferma il diritto suo proprio, nello stesso momento egli riconosce, basato sulla stessa legge, il diritto del suo simile e il suo proprio dovere dinanzi a lui.

9. Ma a che scopo, potrebbe obiettarmi qualcuno, fare qui questa apologia della legge, quando tutti siamo d'accordo su queste trite verità a tutti note fin dai tempi più antichi?

La risposta è facile: in quanto è facile accorgersi che al centro della odierna crisi del diritto sta proprio l'abbandono del sistema della legalità già attuato da alcuni regimi, e il discredito in cui la legge rischia di cadere anche là dove essa non è stata ancora bandita dagli ordinamenti positivi.

È a tutti noto che una trentina d'anni fa nacque in Germania, e vi dette luogo a una abbondantissima letteratura la scuola del cosiddetto 'diritto libero' i cui fau-

tori auspicavano se non proprio l'abolizione delle leggi, l'attribuzione al giudicante dei più vasti poteri creativi, fino al punto di variarle e correggerle secondo le esigenze del caso. Questa corrente dottrinale destò anche in Italia una certa curiosità, sopra tutto per il carattere scapigliato e romantico con cui essa si presentava; ma mentre in Germania furono in molti a prenderla sul serio, i giuristi italiani, assistiti dal loro tradizionale buon senso, la considerarono come una stramberia affatto sproporzionata al grande rumore che aveva suscitato e, in quanto essa mirava, si disse, alla «liberazione del diritto dalla scienza» la giudicarono (per adoprare le parole del Chiovenda) un movimento di reazione contro la codificazione e contro il metodo scientifico, frutto «di una osservazione unilaterale e squilibrata, che esalta i vantaggi della interpretazione libera, elastica, individuale, dimenticando i pericoli che questa nasconde, cioè l'incertezza giuridica e l'arbitrio». Dopo una effimera fiammata, la dottrina del diritto libero parve, anche in Germania ov'era sorta, definitivamente condannata e sepolta dalla ragione; eppure non doveva passare un decennio senza che questa stessa dottrina del diritto libero, nata in Germania, trovasse il suo pieno riconoscimento positivo (in una forma così assoluta che neanche il più acceso dei suoi profeti avrebbe osato sperare!) nell'ordinamento rivoluzionario della Russia sovietica. Vi fu in Russia, negli anni immediatamente successivi alla rivoluzione comunista, un periodo di assoluto trionfo del 'diritto libero': abolita in blocco la codificazione zarista, mandati a casa (o meglio a spazzar le strade) i giudici e gli avvocati responsabili di aver studiato ed applicato quei codici, unica espressione del nuovo diritto furono i tribunali del popolo, composti non più di giuristi ma di operai e contadini analfabeti,

giudicanti non più secondo le leggi ma secondo quella che fu chiamata la loro 'coscienza proletaria', strumenti dichiarati non di giustizia, ma di fiera lotta di classe. Così i fautori del diritto libero ebbero agio di veder attraverso la esperienza russa che cosa significavano, tradotte in pratica, le loro teorie; e poterono rendersi conto, se erano in buona fede, che diritto libero equivale in pratica a mancanza di ogni diritto. Ma anche quando la Russia comunista dovè necessariamente, passato il periodo delle distruzioni, obbedire anch'essa a quel bisogno di consolidarsi e stabilizzarsi in leggi che è latente in ogni rivoluzione, i nuovi codici non costituirono un ritorno puro e semplice al sistema della legalità, perché ai giudici della Russia sovietica (nonostante che nella più recente Costituzione sia stata introdotta a proposito della funzione giudiziaria qualche norma che potrebbe far pensare ad un ritorno verso i principi dello Stato di diritto) sono stati lasciati anche dopo la codificazione energici e micidiali poteri di valutazione politica; come è quello conferito dall'art. 3 del vigente Codice penale del 1° giugno 1932, secondo il quale abolito il principio *nullum crimen sine lege*, che Krylenko ha chiamato «pregiudizio della scienza borghese», è data facoltà ai tribunali di punire come reato qualsiasi fatto non previsto dalle leggi penali, procedendo per analogia dagli articoli che prevedono i reati più prossimi; com'è nel campo civile quello conferito dall'art. 1 del Codice civile, secondo il quale i diritti civili sono tutelati dalla legge solo in quanto il giudice ritenga che essi non siano in concreto esercitati in contrasto colla loro destinazione sociale-economica, e dall'art. 4 secondo il quale la capacità giuridica è riconosciuta ai cittadini solo in quanto serva «allo sviluppo delle forze produttive del paese». Quando ora si pensi che, secondo l'art. 1 della leg-

ge sull'ordinamento giudiziario l'ufficio dei Tribunali non è quello di render giustizia ma quello di «difendere le conquiste della rivoluzione proletaria» e che anche secondo l'ultima costituzione del 16 agosto 1938 i giudici e gli assessori sono eletti in base a criteri esclusivamente politici senza alcuna garanzia di preparazione tecnica, si intende facilmente come, in un cosiffatto sistema, la legge, anche se apparentemente scritta nei codici, non abbia in realtà alcuna efficacia pratica, e come ogni decisione penale o civile sia dettata unicamente da motivi contingenti, che, secondo il punto di vista da cui si guardano, si possono ugualmente chiamare valutazione politica, ovvero cieco arbitrio.

Ma questo movimento di realizzazione pratica delle teorie del diritto libero non si è fermato alla Russia. Anche in Germania in questi ultimi anni sono stati fatti, non solo nell'orientamento della dottrina ma anche nelle istituzioni positive, notevoli passi in questa direzione. Anche in Germania è stato abolito dal vigente Codice penale il divieto dell'analogia ed è stato dato al giudice penale il potere di punire, servendosi appunto dell'analogia, ogni fatto che pur non essendo dichiarato punibile dalla legge, gli appaia però meritevole di punizione «secondo il sano sentimento del popolo»; anche in Germania vi è, da parte degli scrittori più zelanti, una corrente che si lamenta dell'inveterato attaccamento dei giudici alle leggi e che vorrebbe in ogni caso svincolarli da questi vecchi pregiudizi, abolendo ogni residuo della loro indipendenza, e dando ad essi la facoltà di non tener conto della legge, quand'essa appaia loro politicamente invecchiata e contraria al bene della comunità popolare; anche in Germania, ove la dottrina al motto di «Kampf wider subjektives Recht», è in armi contro il diritto soggettivo, ogni facoltà individuale è ormai considerata co-

me un pallido ed instabile riflesso della ragione di Stato. Di questo slittamento generale del diritto verso la politica sintomi sempre più impressionanti si hanno anche nel campo del diritto processuale: i confini tra giurisdizione e polizia sono sempre più incerti; le garanzie fondamentali della difesa e del contraddittorio sono svalutate; la irrevocabilità della cosa giudicata vien considerata da alcuni come un principio che ormai ha fatto il suo tempo. Ed è di pochi mesi fa la proposta, indubbiamente consequenzialista, fatta dal Baumbach (che è un alto magistrato), il quale, partendo dall'osservare che nel regime nazionalista gli interessi individuali non hanno rilevanza altro che riflessa e che le controversie civili non sono che un residuo delle antiche lotte medievali di partiti, ha logicamente concluso che il contraddittorio e la difesa e le iniziative di parte non hanno più ragion d'essere nei giudizi, e che tutto il processo civile dev'essere abolito ed assorbito nella giurisdizione volontaria, basata sull'onnipotenza discrezionale del giudice.

Tutto questo per fortuna non avviene in Italia: dove non solo i più autorevoli assertori della irrealtà filosofica delle leggi sono stati in questi ultimi anni i più eloquenti assertori della loro necessità nel campo pratico; ma anche nel campo dei congressi giuridici e delle riforme legislative gli interpreti ufficiali del pensiero italiano sono sempre rimasti fedeli al sistema della legalità, com'è avvenuto in recenti congressi internazionali di diritto penale comparato nei quali i delegati dell'Italia si sono decisamente schierati a difesa del principio *nulla poena sine lege* o com'è avvenuto ancor più recentemente nei lavori del Comitato italo germanico, durante i quali i delegati italiani Costamagna e Piccardi, in una lucida relazione sul tema «Il giudice e la legge», hanno autorevolmente rilevato che «il nostro giudice ha sem-

pre dimostrato di saper maneggiare saggiamente lo strumento dell'interpretazione. Una maggiore larghezza di criteri, per la quale il giudice fosse autorizzato a sovrapporre la propria volontà a quella del legislatore, secondo le tendenze che vorrebbero fare della interpretazione della norma una libera creazione del diritto, non è in Italia desiderata. Essa contrasta, secondo la nostra coscienza giuridica, al principio della distinzione tra funzione legislativa e funzione giurisdizionale... ed apre la via all'arbitrio del giudice, compromettendo il sistema della legalità». Ed ancor più autorevoli e definitive sono in proposito le affermazioni contenute nel discorso tenuto il 16 ottobre 1939 dal guardasigilli Grandi, nel quale, di fronte a queste pericolose esperienze straniere, energicamente si proclamava che «le frontiere del diritto, del nostro diritto romano e italiano, debbono essere difese da noi colla stessa tenacia con cui difendiamo le nostre frontiere storiche e geografiche».

Ora tra i baluardi più solidi delle nostre frontiere giuridiche nazionali, vi è proprio il principio della legalità e della subordinazione del giudice alla legge: e non è tempo perduto ricordarlo ai sordi: perché, come osservava lo stesso Guardasigilli in quel discorso «si sono manifestate in questi ultimi tempi fra certi nostri studiosi del diritto, troppo arrendevoli simpatie verso esperienze ed istituti giuridici di altri Paesi».

10. Alla base di queste arrendevoli simpatie stanno assai spesso veri e propri equivoci storici, ai quali assai più che ai principi fondamentali su cui è costruito lo Stato di diritto, converrebbe dare la qualificazione di pregiudizi: tra questi pericolosi pregiudizi sta in prima linea quello secondo il quale il principio di legalità, la subordinazione del giudice alla legge, la divisione di lavoro

tra giustizia e politica si dovrebbero considerare come vecchi ferri fuori d'uso, appartenenti al bagaglio ideologico dello Stato liberale, ed estranei alle nuove esigenze politiche dello Stato autoritario. È utile proclamare risolutamente che questa affermazione è un errore di dottrinari avulsi dalla realtà, e quindi proprio da quella politica che essi credono di servire. Le differenze profonde che passano tra lo Stato liberale e lo Stato autoritario riguardano i diversi metodi, la diversa struttura degli organi attraverso ai quali la politica si depura ed affiora in formule di diritto: ma non escludono che queste formule abbiano anche nello Stato autoritario quella portata generale ed astratta che è propria della legge: al giuoco dei partiti sarà sostituito il partito unico, al sistema della rappresentanza politica sarà sostituito il sistema della rappresentanza organica, le istituzioni parlamentari saranno modificate o abolite in modo da concentrare l'esercizio del potere in più ristretti consessi, ma tutto questo non esclude (né mai alcun teorico dello Stato autoritario ha pensato ad escluderlo) che la volontà dello Stato espressa attraverso questi organi *debba essere espressa in formule generali ed astratte, dettate non per un caso concreto ma per tutta una serie di possibili casi futuri*. La divisione di lavoro tra gli organi che emettono delle volizioni per classi, e gli organi che sulla direttiva di queste volizioni ipotetiche le trasformano in concreti comandi, esiste tal quale come nello Stato liberale, anzi necessariamente più energica, nello Stato autoritario. Senza entrare a discutere se ed in che senso lo Stato autoritario si possa considerare come uno Stato di diritto nel senso tradizionale (anche perché questa discussione potrebbe ridursi a una discussione più di parole che di sostanza) è certo che la tendenza generale a cui si ispira questa forma di Stato ed alla qua-

le allude la denominazione adottata per qualificarlo è quella di un rafforzamento dell'autorità sulla libertà, di un maggior rigore dei limiti segnati alla iniziativa dei cittadini. Ma quale mezzo pratico più efficace per rafforzare l'autorità dello Stato e per vincolare la condotta dei sudditi che quello di render più certe e più rispettate le leggi? Rafforzamento dell'autorità dello Stato vuol dire prima di tutto rafforzamento dell'autorità delle leggi: dove la legge è screditata non può esservi uno Stato forte: la forza degli Stati è in funzione della loro legalità.

Stato autoritario vuol dire anche Stato fortemente concentrato, forza dello Stato vuol dire unità. Ora è facile intendere che solo la legge unica per tutto lo Stato e applicata in modo uniforme da tribunali fedeli alla legge può garantire quella unità del diritto, ch'è l'ossatura della compagine sociale. Sostituire all'impero della legge uniforme che emana da un unico centro, un sistema di produzione decentrata del diritto nel quale la potestà di comandare si trovasse distribuita e dispersa tra i mille funzionari incaricati di distribuire il diritto del caso per caso, vorrebbe dire sgretolare l'unità dello Stato e avviarlo verso quella pericolosa disgregazione centrifuga che è stata giustamente considerata come uno dei sintomi della degenerazione dei regimi democratici. È veramente singolare questa specie di illusione ottica colla quale studiosi di valore credono che per rendere meglio 'totalitaria' (com'essi dicono) l'autorità dello Stato, non ci sia altro da fare che trasformare i giuristi in politici, e indebolire la legge per dare ai giudici sempre più larghi poteri creativi. A chi obietta loro che affidando ai singoli giudici, ai singoli funzionari, la valutazione politica dei casi concreti, ci sarà il pericolo che ciascuno di essi, sia pur colla migliore volontà di far giustizia, scambi senza accorgersene la giustizia colle proprie preferenze per-

sonali o col proprio capriccio o colla propria cupidigia o col proprio tornaconto, essi rispondono che il giudice o il funzionario investito di poteri politici non sbaglierà mai, non potrà mai sbagliare, perché il giudice in ogni caso «resta organo dello Stato e interprete ed esecutore della sua volontà» ossia perché, per adoprare le parole di uno scrittore russo, il giudice politico, uscito dalle masse lavoratrici «rimane in stretto contatto con esse» e quindi «la sua concezione della vita, la sua coscienza giuridica, sono le stesse concezioni di vita e coscienza giuridica delle masse» e costituiscono quindi la sorgente infallibile del vero diritto.

Orbene, quando si sente il rimprovero di astrattismo illuministico mosso al dogma della onnipotenza della legge e a quello della uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge, vien fatto di domandare se in grado maggiore non sia astratta ed avulsa dalla realtà questa ingenua credenza nella privilegiata infallibilità che l'uomo singolo acquisterebbe solo perché, rivestendo la toga di giudice o la divisa del funzionario, diventa con questo un organo dello Stato; quasiché ogni accrescimento della autorità ufficiale dovesse necessariamente portare una maggiore apertura della naturale intelligenza. Ohimè, noi che viviamo la quotidiana realtà del diritto sappiamo bene che l'uomo rimane sempre una povera creatura fragile, anche se si presenta rivestito delle insegne dell'autorità: e che quei dottrinari russi i quali si sono immaginati che il contadino e l'operaio analfabeta, sollevato da oggi a domani sul banco del magistrato, non debba far altro che aprir bocca perché fuor dalle sue fauci venga fuori, come dalle labbra ispirate della Pizia, la voce della giustizia, abbiano dimenticato che la cosiddetta coscienza popolare, la coscienza delle masse, se può essere efficacemente avvertita e raccolta e incanalata dal legi-

slatore che sta al vertice dello Stato e che da tutte le aberrazioni individuali trae in sintesi le sicure direttive sociali del suo popolo, diventi una triste beffa, meglio tragedia che farsa, quando la si considera nell'individuo isolato, e si crede di poter affidare a questa sua pretesa coscienza politica, libera da leggi e da controlli di autorità, la vita e l'onore dei cittadini.

Del resto quello che è in realtà la giustizia nella Russia bolscevica, dove il giudice non sbaglia mai perché «resta organo dello Stato ed interprete ed esecutore della sua 'volontà'», tutti noi, più o meno, l'abbiamo ormai ben appreso. Mi dispiace che la ristrettezza del tempo non mi dia modo di citarvi qualche caratteristico caso di sentenze rese da giudici sovietici in materia civile e in materia penale, i quali potrebbero eloquentemente dimostrarvi in qual modo reagisce nella realtà, attraverso la bocca di quei magistrati svincolati da leggi, la loro coscienza politica. Mi limito a ricordare che sono rimaste celebri, attraverso la inchiesta condotta dalla commissione Denikine in quelle regioni da cui i russi bianchi erano riusciti nel 1918 a respingere momentaneamente la rivoluzione rossa, le motivazioni di condanna a morte venute fuori dalla infallibile sensibilità di quei giudici politici liberati dal giogo delle leggi:

Una madre fu passata per le armi per «avere delittuosamente raccolto il cadavere di suo figlio»; un medico di Cronstadt ebbe la stessa pena per «eccesso di popolarità»; il colonnello Boranov fu portato al patibolo per questa incriminazione tipica: «per aver fotografato il monumento di Caterina II sulla piazza di fronte all'ufficio della polizia di Odessa».

11. A questo punto, a conclusione di questo troppo lungo discorso, posso tornare al punto dal quale ero parti-

to: cioè a quel senso di scoramento e di disorientamento che c'è oggi nella coscienza dei giuristi, da quando si sentono dire che, come diritto e politica devon coincidere, così non c'è più posto nella società per gli specialisti del diritto, attaccati a quei loro metodi ormai superati che sono stati definiti con un certo disprezzo il «mito della tecnica giuridica».

Orbene, signori, io credo che questi scoramenti e questi disorientamenti non abbiano ragion d'essere: e che contro di essi sia nostro dovere reagire con energia e con fede.

Finché ci saranno leggi, vi sarà un campo di lavoro per i giuristi ed una loro missione sociale: qualunque siano le leggi, sotto ogni regime purché basato sulle leggi, i giuristi avranno il grande ufficio di essere gli assertori e i custodi della *legalità*.

Che le leggi dello Stato siano buone o meno buone, che queste leggi siano suscettibili di valutazione politica favorevole o sfavorevole, questa è una questione che, dal punto di vista della loro tecnica, non può affaticare i giuristi: la loro funzione – la loro funzione dico di specialisti chiamati a lavorare in una società ove i compiti sono necessariamente repartiti fra gli uomini – è soltanto quella di conoscere le leggi e di farle conoscere, di osservarle e di farle osservare, qualunque esse siano. *Dura lex sed lex*.

E dunque, voi mi direte allora, è così grezzo e così ristretto il compito del giurista? Questa idea illuminante e confortante che è la giustizia si deve dunque tradurre in mano dei giuristi in un fedele ossequio alla legge costituita, in un'adorazione prona di questa vuota forma, anche se al suo contenuto repugna la coscienza di chi la dovrebbe applicare? E la lotta per il diritto, che vuol dire lotta per un migliore diritto, per un diritto ideale che

può andare al di là delle leggi costituite, sarebbe dunque vietata proprio ai giuristi, cioè proprio a coloro che si professano sacerdoti del giusto?

Non vorrei, anche su questo punto, esser frainteso; ma se aver chiari i limiti esatti delle proprie attitudini è la prima condizione per poter degnamente assolvere l'opera che la vita ci affida, bisogna francamente riconoscere che tra i compiti *specifici* dei giuristi, tra i metodi della loro tecnica *professionale*, non vi è, e non vi deve essere, quello della audacia rivoluzionaria che va oltre lo *ius conditum* e spalanca allo *ius condendum* le porte dell'avvenire. La professione dei giuristi è, sotto questo aspetto, più statica che dinamica non per loro indifferenza o viltà, ma perché statiche sono necessariamente le leggi, fino a che non siano abrogate da nuove leggi venute a creare in luogo di esse un nuovo stabile equilibrio. Questo non significa però che i giuristi, anche se la divisione del lavoro li porta a considerare il diritto non allo stato nascente, ma già consolidato in leggi, possano essere indifferenti, non come giuristi ma come cittadini, al divenire della giustizia e alla fede che può animare gli uomini verso l'ideale di un diritto sempre migliore. Nessuno meglio dei giuristi sa che la formula della legge è come lo stampo del fonditore, in cui si possono colare i metalli più nobili e quelli più vili, senza che per questo vari la forma del solido che esce dalla fusione, sul quale il geometra può ugualmente dimostrare i suoi teoremi, qualunque sia la materia su cui egli ragiona. Nessuno meglio del giurista è in grado di intendere quanto ci sia di vero nella affermazione, che può parere brutale, che alla base di ogni diritto c'è la forza; ma egli non si scoraggia per questo: perché sa, dalla lunga esperienza fatta nel maneggiare le leggi via via uscite dai più incalzanti travagli sociali, che questa forza che crea il diritto non

è la cieca violenza, ma è sopra tutto, alla fine, la forza della coscienza morale, la fede in certi insopprimibili valori umani, la aspirazione verso la bontà e verso la pietà, questa fede che in certi momenti, se è veritiera, sa diventare forza anche nel senso guerriero della parola, e impugna le armi per salvare la patria dall'invasore e la civiltà della distruzione, e s'accorge allora che c'è al di sopra, a moltiplicar le forze, l'aiuto di Dio.

Tutto questo non può lasciare indifferente il giurista: e infatti, se voi ben guardate, accanto alle dottrine puramente giuridiche che studiano le leggi come forma e lasciano al sociologo lo studio del loro contenuto, sono sempre apparse ed appaiono al margine dottrine colle quali i giuristi dimostrano la loro aspirazione di guardare al di là della forma: il diritto ideale, il diritto giusto, il diritto naturale sono stati altrettanti generosi, se pur tecnicamente insostenibili, tentativi fatti dai giuristi per evadere dallo *ius conditum* e per affacciarsi alle regioni più agitate e più ossigenate dello *ius condendum*: e perfino il più celebre rappresentante della 'teoria pura del diritto', il Kelsen, che concepisce il diritto come una grande architettura di pure forme, ha sentito la necessità di avvertire che in vetta alla sua piramide la norma prima è una mera ipotesi, che può esser discussa e rimessa in questione e variata in base a criteri metagiuridici, e che attraverso questa apertura, come da un occhio in cima alla cupola da cui penetra il sole a illuminare il tempio, può penetrare a dar luce e calore alla fredda opera dei giuristi, la luce della morale e della fede.

Ma se anche nel nostro laboratorio può penetrare questa luce, e se anche non è vietato ai giuristi a un certo momento uscir dalla loro officina all'aperto, dimenticare lo *ius conditum* e diventare, come soldati in armi e come politici militanti, come ribelli o come precusso-

ri, apostoli attivi dello *ius condendum* – questo non ci deve confonder le idee: e non ci deve far dimenticare che come il medico, qualunque sia la fede che lo anima e le sue opinioni politiche, al momento in cui cura il malato non deve far altro che applicare come meglio sia i dettami della sua scienza, così i giuristi quando fanno i giuristi, quando vogliono fare la loro professione, non hanno altro di meglio da fare che applicare fedelmente, per risolvere secondo le leggi i casi della realtà, i canoni della loro dogmatica.

La quale non è poi tanto gretta e chiusa come vi dice chi forse non la conosce e non la pratica. Non solo, senza contraddire ad essa, possono i giuristi (ai quali incombe prima di mettersi a risolvere i casi pratici, accertare come storici quale sia in un certo momento il diritto vigente da cui debbono muovere) risalire dalle leggi all'ordinamento giuridico e accorgersi così che la realtà positiva del diritto è più vasta e più organica di quella che affiora nell'apparenza del diritto scritto; ma essi trovano proprio nella loro tecnica, nelle regole dell'interpretazione, nell'analogia ove questa è permessa, nel ricorso ai principi generali, una quantità di mezzi appositamente predisposti per far penetrare la realtà storica e politica nella dogmatica e per far circolare entro l'architettura del sistema l'aria del mondo che si rinnova. Le espressioni che adoprano le leggi hanno spesso una portata generica, una voluta elasticità, che è fatta apposta per dare al giudice, servendosi di quelle che sono state chiamate le 'valvole di sicurezza' o gli 'organi respiratori' del sistema, il modo di ringiovanire ininterrottamente il diritto positivo, e di mantenerlo, attraverso la interpretazione cosiddetta evolutiva, in comunicazione colle esigenze della società a cui esso deve servire. Chi vi rappresenta dunque i giuristi come una casta di cere-

brali indifferenti, sordi alla politica, dimostra dunque chiaramente di non conoscere in qual modo opera nella realtà la tecnica dei giuristi: i quali anche nella esplicazione di questo loro lavoro lasciano entrare quel tanto di politica che il legislatore vuole che vi entri, e possono mantenere così i contatti colla storia e contribuire a crearla, non contro le leggi, ma attraverso quei varchi che le leggi volutamente lasciano all'apprezzamento, al potere discrezionale, all'equità del giudice, cioè a quella sola politica che i giudici ed in generale i giuristi si possono permettere senza tradire la loro missione.

Chi muove oggi in crociata contro il 'mito della tecnica giuridica' e accusa la dogmatica dei giuristi di astrattezza, non si accorge che questa tecnica e questa dogmatica 'astratta' sono gli strumenti indispensabili di cui i giuristi hanno dovuto sempre servirsi e sempre si serviranno finché ci saranno comandi 'astratti', cioè generali ed ipotetici, da mettere in relazione coi casi concreti della vita. Ma forse di ciò anche i critici ben si accorgono: e se tuttavia continuano a polemizzare contro l'astrattezza della dogmatica giuridica, è perché non hanno il coraggio di prendersela apertamente contro il principio della legalità. L'opinione di chi ritenesse che fosse preferibile in *iure condendo* il sistema del caso per caso, tipo russo, e predicasse l'abolizione delle leggi sarebbe almeno coraggioso e coerente: ma chi non ha questo coraggio, non può senza contraddirsi rimproverare ai giuristi, solo perché coi canoni della loro tecnica si sforzano di rispettare e fare rispettare le leggi, di non essere abbastanza politici!

La dogmatica giuridica in tanto può esistere in quanto esista nello Stato il principio della legalità. Presso quei popoli nei quali il diritto non esiste che in forma di formulazione giudiziaria del caso per caso, non esiste e

non può esistere scienza giuridica: la scienza del diritto non sorge finché nello Stato non esiste altra giustizia che l'equità del caso concreto: e solo quando dall'equità particolare comincia a liberarsi e ad affermarsi per l'avvenire la regola generale, comincia il lavoro dei giuristi.

Questo spiega forse perché i Greci, presso i quali il giudice aveva poteri equitativi talvolta spinti fino a controllare le leggi, non ebbero scienza giuridica. Questo spiega forse perché la dogmatica giuridica non ha avuto grande fiore presso i popoli anglosassoni, ove il principio della legalità è stato attuato, più che coll'emanazione preventiva di leggi astratte, col dare valore obbligatorio ai precedenti giudiziari.

Ma se il principio della legalità deve restar fermo, anche è necessario che continui ad essere onorata quella tecnica giuridica di cui i giuristi, più o meno bene secondo le attitudini di ciascuno, si sono sempre serviti se hanno voluto essere gli interpreti e non i sovvertitori delle leggi. Chi predica che pur rispettando il principio di legalità i giuristi dovrebbero essere più politici di quello che sono, farebbe bene, invece di limitarsi alle facili critiche negative, a dare coll'esempio concreto la dimostrazione positiva di come si possa, pur rimanendo giuristi, mettere in pratica in opere giuridiche questo suo insegnamento: anche ad essi si potrebbe ripetere quel che disse Donatello al Brunelleschi che criticava il suo crocifisso: «Piglia del legno e prova a farne uno ancor tu». La scienza giuridica italiana, tiene oggi, possiamo dirlo senza albagia, il suo degno posto nel mondo: ancora pochi mesi fa un grande giurista tedesco, uno dei pochi giuristi che ancor rimangono in Germania, Guglielmo Kisch, pubblicamente dichiarava che se si faceva il paragone tra lo stato degli studi giuridici in Italia e in Germania, il raffronto non poteva essere davvero fa-

vorevole per il suo paese. Accusare la scienza giuridica italiana di esser poco sensibile al divenire della storia e di non intendere le nuove realtà da cui scaturiscono le nuove leggi, vuol dire ignorare il lavoro che i giuristi italiani hanno compiuto in questi ultimi trent'anni: vuol dire ignorare, per esempio, che nei *Principi di diritto processuale* di Giuseppe Chiovenda, scritti trent'anni fa, si trova già energicamente affermato quell'orientamento pubblicistico del processo civile che oggi serve di direttiva alla riforma in preparazione; vuol dire dimenticare il fervore umano con cui giurisprudenza e dottrina da quindici anni lavorano a sviluppare i nuovi principi del diritto del lavoro. È facile dire che i vecchi metodi devono esser messi da parte, e che i giuristi d'ora innanzi devono nel loro lavoro far della politica: ma come si fa, mettendo da parte la dogmatica e gettandosi nella aperta politica, a scrivere un trattato sulle ipoteche, o sulle spese giudiziali o sulla notificazione? Al cliente che ti viene a chiedere in che termine dev'esser fatto il protesto della cambiale o qual è la quota di riserva del coniuge superstite, bisogna rispondere cogli articoli del codice, colla precisa tecnica che li coordina e li interpreta, e non, ch'io mi sappia, colle opinioni politiche.

Questo è infatti il valore e starei per dire il *calore* umano delle leggi studiate dal giurista: ch'esse a differenza delle cosiddette leggi fisiche studiate dal naturalista, sono fatte non per essere contemplate, ma per essere applicate; indagate, dunque, non allo scopo meramente teoretico di scoprire con esse una certa costanza e immutabilità dei fenomeni osservati, ma allo scopo essenzialmente pratico di applicarle agli uomini, e di contribuire così, con questa applicazione, a modificare la realtà, cioè la condotta umana. In questo suo ufficio essenzialmente pratico di applicazione delle leggi astratte

ai casi concreti consiste l'utilità sociale del giurista, e si potrebbe dire la sua politica: se egli si deve limitare ad essere uno storico fedele, o ancor meglio un filologo ricercatore di fonti fino a che si limita ad accertare in astratto quali sono le leggi, buone o cattive, ch'egli è chiamato ad applicare, il giurista (e intendo il giudice e l'avvocato) diventa un politico quando con queste leggi egli discende nella realtà sociale e al lume di esse interviene nelle miserie e nelle risse degli uomini, e serve ad essi in concreto di guida e di garanzia. Se al giurista, che è essenzialmente un legalitario, non è consentito di prender parte attiva, fino a che vuol fare opera di giurista, alla lotta per la instaurazione di leggi più giuste, è però suo ufficio, altrettanto importante, lottare attivamente affinché il diritto vigente *sia giustamente applicato*. I politici militanti possono lottare, al di là delle leggi, per la instaurazione di quelli che ciascuno di essi, secondo la sua fede, considera, come si dice, la giustizia *sociale*, l'ideale di un ordinamento migliore: ai giuristi è dato soltanto lottare per mantenere entro i limiti delle leggi, la giustizia *giuridica*.

Ma questa giustizia *giuridica* è qualcosa di più concreto e di più raggiungibile che non quella cosiddetta giustizia *sociale*, eterna aspirazione verso un'evanescente fata morgana: è qualcosa, la giustizia *giuridica*, che si può far vivere nella realtà colla nostra opera quotidiana di giuristi, e colla quale possiamo contribuire anche noi, se abbiamo la consapevolezza della importanza sociale del nostro ufficio, a render meno aspre le miserie umane, e a difendere la civiltà.

I giovani più generosi che giustamente cercano nella vita posizioni di lotta e di rischio, e pensano giustamente che in momenti gravi come quelli che il mondo attraversa non c'è più posto, neanche nelle professioni, per gli intellettualismi non ravvivati da una fede, devono sape-

re che la professione dei giuristi, anche se necessariamente ristretta, per ragioni di specializzazione tecnica, entro i limiti della legalità, non è una professione comoda; non è un rifugio per i pigri e per i vili. Anche il difendere le leggi comporta dei rischi: anche per servir la giustizia giuridica ci vuol del coraggio. Per difendere i deboli contro i forti, per sostenere le ragioni dell'innocenza, per sventare le inframmettenze, per dire la verità anche se cruda, per chiuder la porta in faccia alle seduzioni della ricchezza, alle promesse di onori, alle intimidazioni e alle lusinghe al solo scopo di far rispettare la legge anche se questo può dispiacere a qualcuno – per far tutto questo occorre una tale solidità morale, che può dare all'esercizio delle professioni legali la nobiltà di un apostolato.

Nelle aule giudiziarie si legge che: «La legge è uguale per tutti». Non bisogna sorridere, come si usa, su questo motto: in esso è concentrata, si potrebbe dire, tutta la moralità della dogmatica giuridica. La importanza sociale, la missione umana dei giuristi è proprio questa: di far sì che le leggi, buone o cattive, siano applicate in modo uguale ai casi uguali, senza parzialità, senza dimenticanze, senza favori. Tutta quanta la dogmatica giuridica, tutto quell'edificio di distinzioni e suddistinzioni di cui si compongono i sistemi dei giuristi, deve mirare essenzialmente a questo: a stabilire in anticipo dei criteri sicuri che valgano a mettere in evidenza le somiglianze e le dissimiglianze dei casi, e che possano servire, quando il caso si presenta, a classificarlo subito, senza esitazioni e senza debolezze, nella casella che la legge gli assegna. La dogmatica giuridica, anziché essere quel freddo giuoco dialettico che qualche critico ignaro afferma, è dunque nient'altro che uno strumento pratico per far diventare concreta quella volontà *costante* che le leggi

enunciano per classi, quella uguaglianza giuridica che le leggi possono permettere soltanto in astratto.

Importa sì, avere nello Stato delle leggi giuste: ma assai spesso, nella realtà sociale, i singoli non sono in grado di valutare se e perché le leggi che li reggono sono giuste, di apprezzare nel loro equilibrio gli elementi politici di cui ha dovuto tener conto il legislatore quando ha posto il diritto; e assai più che alla giustizia delle leggi i singoli sono sensibili alla giustizia della loro applicazione: sono disposti a osservare una legge anche se dura, purché si convincano ch'essa, nelle stesse circostanze, sarà dura nello stesso modo per tutti gli altri, senza evasioni e senza titubanze.

Questa è la gioia e la fede del giurista: portare in mezzo agli uomini, e specialmente in mezzo alla povera gente, la sensazione che l'uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge non è una beffa a cui i giudici volgono le spalle, ma è una realtà che vive e si afferma, più forte di ogni prepotenza e di ogni soperchieria; dare all'inerte che vuol vivere in laboriosa pace la certezza dei suoi doveri, e con essa la sicurezza che intorno al suo focolare e intorno alla sua coscienza la legge ha inalzato un sicuro recinto dentro il quale è intangibile, nei limiti della legge, la sua libertà; e sopra tutto far intendere alla gente che questa astrattezza delle leggi, la quale ai profani dà l'impressione ch'esse siano dei comandi a vuoto distaccati dalla realtà e troppo ipotetici per essere presi sul serio, è in realtà la formula logica della solidarietà e della reciprocità umana, che è la più efficace forza di coesione della società e la condizione essenziale d'ogni civiltà vera.

C'è chi crede che il diritto voglia dire egoismo; in realtà il diritto quando si presenta formulato in leggi che tutti devono osservare, vuol dire altruismo. Poiché questa formulazione astratta delle leggi significa appun-

to che il diritto non è fatto per me o per te, ma per tutti gli uomini che vengano domani a trovarsi nella stessa condizione in cui io mi trovo. Questa è la grande virtù civilizzatrice e educatrice del diritto, del diritto anche se inteso come pura forma, indipendentemente dalla bontà del suo contenuto: che esso non può essere pensato se non in forma di correlazione reciproca; che esso non può essere affermato in me senza esser affermato contemporaneamente in tutti i miei simili; che esso non può essere offeso nel mio simile senza offendere me, senza offendere tutti coloro che potranno essere domani i soggetti dello stesso diritto, le vittime della stessa offesa. Nel principio della legalità c'è il riconoscimento della uguale dignità morale di tutti gli uomini, nell'osservanza individuale della legge c'è la garanzia della pace e della libertà di ognuno. Attraverso l'astrattezza della legge, della legge fatta non per un solo caso ma per tutti i casi simili, è dato a tutti noi sentire nella sorte altrui la nostra stessa sorte: quasi si direbbe che in questo principio della legalità che risale alla grande tradizione del diritto romano si trovi trasfusa in formula logica l'imperativo morale che comanda di non fare agli altri ciò che non si vuole sia fatto a noi stessi. Egoisti i giuristi? Egoisti e indifferenti i legalitari? Ma anche Socrate era un legalitario: eppure se preferì al fuggire dal carcere la morte, non lo fece per gretto tornaconto individuale, ma solo per lasciare agli uomini l'insegnamento ancor vivo secondo il quale non può sussistere Stato e civiltà là dove i patti giurati non son mantenuti, là dove le leggi liberamente accettate non sono, anche a costo dell'estremo sacrificio, rispettate e difese.

Non lasciatevi dunque scoraggiare o giovani che vi accingete agli studi giuridici. A voi è riservato nella società il grande ufficio di ricordare ai profani che gli isti-

tuti attraverso i quali il diritto viva, il rispetto delle leggi, il prestigio degli avvocati, la indipendenza dei giudici non sono questioni di pura tecnica, «cabale dei giuristi» come si dice, ma sono condizioni essenziali della vita individuale, alle quali è attaccata direttamente la sorte di ognuno. Voi sapete di quel contadino imbarcato per l'America che dormiva durante la tempesta e che al compagno impaurito che lo svegliò per dirgli che il bastimento andava a fondo, rispose tra il sonno: «Che vuoi che me ne importi, il bastimento non è mica mio!». Ma il bastimento è di tutti, o signori, quando si tratta del diritto: perché su questo bastimento del diritto sono imbarcati la dignità e le speranze, l'onore e la vita di ciascuno di noi. Dunque apprestarsi ad esser tra gli uomini i predicatori di queste leggi, dedicar la propria vita a risvegliar nelle coscienze il senso dell'importanza del diritto e lo stimolo all'operare che da esso deriva, non vuol dire isolarsi in una vuota tecnica avulsa dalla realtà storica: vuol dire anzi difendere, attraverso il rispetto delle leggi uguali per tutti, quella consapevolezza della uguaglianza di tutti gli uomini dinanzi allo spirito, che è, per chi ascolti la storia, la conquista più alta, e meno rinunciabile, della nostra civiltà cristiana.

Bibliografia

Le indicazioni delle fonti nelle note a margine del testo, spesso ancora non completate dall'autore, e le indicazioni bibliografiche su fogli contenuti nella cartellina intitolata *Appunti per il saggio FEDE NEL DIRITTO*, sono qui raccolte in ordine alfabetico.

Attisani, Introduzione a Benedetto Croce, *La prima forma dell'«Estetica» e della «Logica»*, a cura di A. Attisani, Messina, Principato, 1924.

- Battaglia, *Stato etico e Stato di diritto*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XVII 1937, II, 1.
- Bodda, *Lo Stato di diritto*, Milano 1935.
- Calogero, *La scuola dell'uomo*, Firenze 1939, pp. 86-87.
- Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli 1923.
- Croce, *Filosofare è comprendere problemi teorici*.
- Croce, *Etica e politica*, Laterza, Bari 1931.
- Del Vecchio, *Lezioni di Filosofia del diritto*, 3^a ediz., p. 298, Roma 1936.
- «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1936.
- La crisi della scienza del diritto*, 2^a ediz. Roma 1934.
- Giustizia e diritto*, Roma 1934.
- La crisi dello Stato*, 2^a ediz. Roma 1934.
- Donato Donati, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico* [Milano 1910].
- Gneist, *Lo Stato secondo il Diritto*, (traduz. Arton), Bologna 1884.
- Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, (traduz. Treves), Modena 1933.
- Jus, *Il mito della tecnica giuridica*, «Critica fascista», 1 giugno 1939, XVII, n. 15.
- Silvio Longhi, *La legittima resistenza agli atti dell'autorità*.
- Maurach Reinhart, *Leitende Gedanken des Zivilprozesses der Sowetunion*, in «Zeitschrift für Osteuropeisches Recht», 1934, n. 1.
- Orlando, Vittorio Emanuele, *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà* [UTET, Torino 1890].
- Rocco Alfredo, *Relazione al Re sul Codice Penale: n. 42*: «...nello Stato moderno ciò che non è vietato è libero, senz'uopo di alcuna autorizzazione».
- Ruffini, *Diritti di libertà* (Gobetti 1926).
- Schlesinger, *Liberale Ideengut in den moderne Rechtsordnungen*, in «Revue internationale de la théorie du droit».
- Treves Renato, *El Estado de derecho y las Nuevas Organizaciones Estadales*, Ed. La Rosa 1939.
- Vassalli Giuliano, *Nullum crimen sine lege*, in «Nuovo Dig. It.», vol. VIII.

APPENDICE

TRA SOCRATE E ANTIGONE

di Silvia Calamandrei

Nell'ultima grande arringa, in difesa di Danilo Dolci, Piero Calamandrei invoca le leggi di Antigone, iscritte nella Costituzione repubblicana, per invitare i giudici a non attenersi a un ossequio formale alla legge, nel caso al regolamento di polizia ereditato dal fascismo, che contrasta con i diritti di libertà del preambolo costituzionale: esistono norme più alte, sovraordinate, alla luce delle quali la legislazione vigente deve essere interpretata e verificata. Sarà poi la Corte costituzionale, istituita in quello stesso anno 1956 e salutata con speranza da Calamandrei nell'articolo *La Costituzione si è mossa*, a consentire progressivamente l'aggiornamento delle norme alla luce della coerenza costituzionale.

Nel gennaio 1940, in una conferenza a Firenze, era stato invece Socrate il suo punto di riferimento, in una trincea più arretrata, di salvaguardia della *certezza del diritto* negli anni oscuri della guerra e della dittatura. È Socrate che accetta volentieri la morte «per lasciare agli uomini l'insegnamento ancor vivo secondo il quale non può sussistere Stato e civiltà là dove i patti giurati non son mantenuti, là dove le leggi liberamente accettate non sono, anche a costo dell'estremo sacrificio, rispettate e difese».

Ai giorni nostri può apparire paradossale parlare di «leggi liberamente accettate» sotto la dittatura fascista, e c'è dunque da chiedersi quanto il discorso pronunciato nella sede dell'Associazione cattolica fiorentina vada letto alla luce di quel «linguaggio allusivo» che Piero Calamandrei rivendica per gli scritti degli anni Trenta e Quaranta, e in particolare per l'*Elogio dei giudici*¹, la cui prima edizione uscì nel 1935, «nella quale la protesta contro il regime era scritta non sulle righe ma tra le righe: non per quello che era detto ma per quello che era taciuto»².

Certamente in una conferenza pubblica, per un sorvegliato speciale come Calamandrei, le parole sono ancora più calibrate, soppesate attentamente, ed è questo l'interesse del testo che presentiamo, conservato in una cartellina intitolata *Appunti per il saggio FEDE NEL DIRITTO*, che raccoglie gli appunti e i materiali preparatori per un saggio sul tema, tradottosi nella conferenza del 21 gennaio 1940, commentata con le seguenti parole nel suo diario:

Domenica scorsa feci alla Fuci in una sala affollatissima ma freddissima, un discorso su «Fede nel diritto». Pubblico strano: cattolici, ebrei, antifascisti, magistrati, professori. Ho detto nei limiti della più stretta legalità cose che possono dare un certo orientamento. Era presente l'arcivescovo e il segretario del Guf, Giglioli, che mi salutò prima, ma non dopo. Mi pare però, dal lato politico, di aver sentito intorno a me un caldo consenso. Ma siamo poi nel vero a difender la legalità? È proprio vero che per poter riprendere il cammino ver-

¹ P. Calamandrei, *Elogio dei giudici*, Ponte alle Grazie, Firenze 1989.

² *Anche i giudici sono uomini*, prefazione all'edizione tedesca, «Il Ponte», XII, n. 10, ottobre 1956, in P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, vol. II, *Diritto processuale civile*, a cura di M. Cappelletti, Morano, Napoli 1966, p. 479.

so la 'giustizia sociale' occorre prima ricostruire lo strumento della legalità e della libertà? Siamo i precursori dell'avvenire, o i conservatori di un passato in dissoluzione?³

Significativo l'ampio commento che dedica alla conferenza «L'Osservatore romano» del 28 gennaio 1940, insistendo sul valore «intrinseco» della norma giuridica e sul principio di legalità, «riparo dalle violenze e dagli arbitri»⁴.

Partecipe ed entusiastica la lettura che ne fa l'amico Guido Calogero: sono tematiche su cui intenso è lo scambio tra i due in quegli anni, come indica la calorosa corrispondenza custodita nella cartellina e i numerosi articoli e saggi di Calogero che Piero Calamandrei consulta e cita⁵.

La critica al 'diritto libero'

La certezza del diritto, il culto della legalità, come ultimo presidio di difesa rispetto all'arbitrio del 'diritto libero', i cui esiti aberranti Calamandrei descrive in Unione Sovietica senza mancare però di sottolineare il suo prevalere nella Germania nazista: è su questa trincea che Calamandrei reputa utile battersi, senza nascondere la propria angoscia e i propri dubbi di fronte allo scetticismo dei giovani e alle conferme ripetute della massima sofista «la giustizia è ciò che giova al più forte». Siamo all'indo-

³ P. Calamandrei, *Diario 1939-1945*, vol. I, La Nuova Italia, Firenze 1997, pp. 128-29. L'arcivescovo è Elio Dalla Costa, di noti sentimenti antifascisti.

⁴ Nella rubrica «Attività spirituale e culturale dell'Azione cattolica italiana», cronaca non firmata da Firenze, p. 2.

⁵ Per l'intenso rapporto tra Calamandrei e Calogero in quegli anni, soprattutto sulla valutazione delle nuove generazioni e la questione dei fondamenti della morale, cfr. Calamandrei, *Diario*, cit., *passim*, nonché lo scambio epistolare presentato in questa Appendice.

mani dell'invasione della Polonia e alla vigilia di quella del Belgio e Calamandrei può ben chiedersi: «il diritto qual è, quello del vincitore o quello del vinto, quello di chi vuol mantenere le proprie leggi, o quello di chi vuol instaurare un ordine nuovo in luogo delle leggi abbattute?». Come ci si può ancora cullare nelle illusioni «quando tutti i giorni vediamo che proprio dalla forza, nient'altro che dalla brutta forza delle armi esce quell'ordine apparente che i vincitori chiamano diritto?».

È ai suoi giovani allievi che Piero pensa, e ai giovani che incontra nella tessitura di relazioni con altri antifascisti come quel Leone Ginzburg che lo ha portato a interrogarsi su come i vecchi antifascisti siano considerati dalle nuove generazioni. Eppure reputa che una battaglia vada condotta per la difesa del sistema della legalità contro il sistema del 'caso per caso', di fronte al rischio che la scuola del cosiddetto 'diritto libero', nata in Germania e messa in pratica nella Russia sovietica, faccia proseliti anche in Italia, dove invece si mantiene la tradizionale distinzione tra funzione legislativa e funzione giurisdizionale, contro l'arbitrio del giudice. Per questo si riallaccia alle parole del guardasigilli Grandi, che il 16 ottobre 1939 ha proclamato che «le frontiere del diritto, del nostro diritto romano e italiano, debbono essere difese da noi colla stessa tenacia con cui difendiamo le nostre frontiere storiche e geografiche», stigmatizzando le «troppo arrendevoli simpatie verso esperienze ed istituti giuridici di altri paesi».

E qui c'è la parte più datata del discorso fiorentino (o per usare le parole che egli utilizzerà a proposito di Beccaria, «l'aspetto che più apparisce a noi [...] storicamente superato»⁶), quella in cui Calamandrei cerca di

⁶ Cfr. *infra*, nota 18.

dimostrare che anche in uno Stato autoritario il principio di legalità non è un vecchio ferro fuori d'uso e che la volontà dello Stato «debba essere espressa in formule generali ed astratte, dettate non per un caso concreto ma per tutta una serie di possibili casi futuri».

E dopo un *excursus* sui mali che derivano dalla politicizzazione della giustizia, citando una serie di sentenze aberranti tratte dall'esperienza della Russia bolscevica, Calamandrei prende le difese della «tecnica giuridica» sostenendo che la funzione dei giuristi «non è quella di giudicare le leggi», ma «soltanto quella di conoscere le leggi e di farle conoscere, di osservarle e di farle osservare, qualunque esse siano. *Dura lex sed lex*». Ufficio del giurista è lottare attivamente affinché il diritto vigente *sia giustamente applicato*.

Anche per far rispettare la legge ci vuole coraggio: far vivere la massima «la legge è uguale per tutti» è compiere opera di altruismo. La grande virtù civilizzatrice del diritto, anche se inteso come pura forma, indipendentemente dalla bontà del contenuto, è che «esso non può essere pensato se non in forma di correlazione reciproca»: «nel principio della legalità c'è il riconoscimento della uguale dignità morale di tutti gli uomini».

I giovani che si accingono agli studi giuridici non devono dunque scoraggiarsi, perché la loro missione è di «difendere, attraverso il rispetto delle leggi uguali per tutti, quella consapevolezza della uguaglianza di tutti gli uomini dinanzi allo spirito, che è, per chi ascolti la storia, la conquista più alta, e meno rinunciabile, della nostra civiltà cristiana»⁷.

⁷ Da notare che l'aggettivo 'cristiano', che ricorre due volte nella conferenza, riferito a 'solidarietà' e a 'civiltà', non si ritroverà nel saggio del 1941, in cui si parla di «solidarietà umana» e di «civiltà» *tout court*, richiamandosi alla «grande tradizione del diritto romano». Il

E non casualmente qui Calamandrei cita la storiella dei due emigranti sul bastimento che ricorre nei momenti del suo più alto impegno oratorio civile. La usa per la prima volta dopo Caporetto, nel contesto della propaganda tra i soldati, per motivare l'appartenenza alla patria e la necessità della sua difesa⁸; e la racconterà di nuovo nel 1955, a Milano, nel discorso ai giovani sulla Costituzione, per combattere l'indifferenza alla politica. Nel 1940 è il bastimento del diritto il bene comune da salvaguardare, «perché su questo bastimento del diritto sono imbarcati la dignità e le speranze, l'onore e la vita di ciascuno di noi».

Su questo fronte Calamandrei profonde il suo impegno, tra il 1939 e il 1942, collaborando alla redazione del nuovo Codice di procedura civile, chiamato dal guardasigilli Grandi assieme ai giuristi Carnelutti e Redenti, tutti della scuola di Chiovenda e tutti notoriamente antifascisti.

La cartellina che contiene il manoscritto della conferenza di Firenze custodisce materiali e appunti del medesimo periodo, fino al dattiloscritto del saggio *Il nuovo Codice e la scienza giuridica*⁹, che è l'elaborazione più compiuta di questa fase travagliata. Calamandrei riprende i temi trattati a viva voce, misurandosi a livello teorico sui confini tra scienza e tecnica giuridica e politica, cercando di difendere la propria specificità di giurista in nome del «sistema della legalità».

laico non credente Calamandrei si interroga peraltro tra il 1939-40 sulla forza consolatrice della fede cristiana di fronte all'implosione dei fondamenti della civiltà.

⁸ Cfr. P. Calamandrei, *Zona di guerra*, a cura di S. Calamandrei, A. Casellato, Laterza, Roma-Bari 2006.

⁹ P. Calamandrei, *Il nuovo Codice e la scienza giuridica*, in «Rivista di Diritto processuale civile», XVIII, 1, gennaio-marzo 1941, ora in Id., *Opere giuridiche*, vol. I, *Diritto*, a cura di M. Cappelletti, Morano, Napoli 1965, pp. 456-76.

Nella conferenza di Firenze Calamandrei dà voce alle questioni che lo tormentano mentre presta la sua opera alla codificazione grandiana; nel saggio del 1941, più sistematico, reputerà di poter affermare che «il nuovo Codice, lungi dall'aprire il varco alle tendenze centrifughe e dissolvitrici del diritto libero, ha voluto consapevolmente essere una energica riaffermazione del sistema della legalità, e quindi un *solenne riconoscimento della utilità della tecnica giuridica*».

La collaborazione ai codici

Ampio materiale sulla collaborazione ai codici è offerto da Calamandrei stesso, nel suo *Diario 1939-1945*¹⁰, come puntualmente ricostruito da Alessandro Galante Garrone nella sua biografia di Calamandrei¹¹.

La versione del Codice di procedura civile preparata dal precedente ministro Solmi, sbilanciata verso le concezioni germaniche del diritto, era stata criticata sulle riviste giuridiche proprio da Calamandrei, Redenti e Carnelutti, che Grandi convoca per una revisione di tale approccio. Un input in questo senso era venuto a Grandi anche dal re, che lo aveva definito la propria «coscienza» e lo aveva «incitato esplicitamente a garantire quanto rimaneva dello Stato di diritto e dell'autonomia della magistratura dai reiterati assalti di chi [...] reclamava una codificazione 'rivoluzionaria' e 'totalitaria'»¹².

È Grandi stesso, nel 1983¹³, a sottolineare le difficoltà incontrate nella riforma dei codici, a causa del-

¹⁰ Cfr. *supra*, nota 3.

¹¹ A. Galante Garrone, *Calamandrei*, Garzanti, Milano 1987.

¹² P. Nello, *Dino Grandi*, Il Mulino, Bologna 2003, p. 206.

¹³ D. Grandi, *25 luglio 1943*, a cura di R. De Felice, Il Mulino, Bologna 1983.

l'accordo sottoscritto tra governo nazista e governo fascista che impegnava alla formulazione su basi comuni del Codice civile, del Codice di procedura civile e del Codice della navigazione, e a rivendicare la sua difesa del diritto romano. Ricorda altresì come nel lasciare l'Italia, il 18 agosto 1943, avesse affidato a Calamandrei, con una lettera, «la difesa del nostro Codice di procedura civile che è in massima parte opera tua. Non si tratta di Codice fascista, ma bensì di codice degli italiani».

Calamandrei, che scrive per Grandi la relazione introduttiva al Codice di procedura civile, sosterrà nel dopoguerra¹⁴ essersi trattato di collaborazione strettamente tecnica e di aver accettato l'invito del 1939 a una consulenza «per il dovere di non rifiutare l'opera mia a una legge che non era espressione di un regime, ma di un cinquantennio di studi e che per questo si prevedeva destinata a sopravvivere al fascismo, ed anche un po' per il gusto polemico di sottolineare che il fascismo quando aveva bisogno di studiosi seri, doveva andare a mendicarli tra gli antifascisti».

Questa collaborazione «tecnica» ai codici è stata anche di recente messa in questione, sia da storici che da giuristi. Il primo a esprimere le sue perplessità era stato Leone Ginzburg dal confino di Pizzoli, in una lettera del 1° gennaio 1942¹⁵, a commento del «bel saggio sul nuovo processo civile e la scienza giuridica» pubblicato sulla «Rivista di Diritto processuale civile»¹⁶ da Calamandrei. Ginzburg scrive che la lettura gli ha fatto «tra-

¹⁴ Cfr. in particolare le lettere ad Antonio Maxia del gennaio 1949 e a Luigi Preti del 14 febbraio 1955, in *Lettere*, vol. II, La Nuova Italia, Firenze 1968, pp. 211 e 446.

¹⁵ In L. Ginzburg, *Lettere dal confino 1940-1943*, a cura di L. Mangoni, Einaudi, Torino 2004.

¹⁶ Cfr. *supra*, nota 9.

scorrere un'ora deliziosa, un po' a darle ragione, un po' a compiacermi della nettezza con cui ella esponeva gli argomenti che non dividevo», e prosegue:

Le mie obiezioni non sono certo di natura teoretica, ma pratica. Ritengo cioè che la pura tecnica giuridica, di là dai valori etico-politici, esista solo nei gradini più bassi: riscattata, dal punto di vista etico, dai concreti casi cui di continuo si applica. Più si sale, e meno è possibile che l'atto tecnico rimanga puramente tecnico, non si colori cioè di qualche cos'altro.

Che la collaborazione non sia meramente tecnica è confermato da numerosi passi del diario relativi ai contatti con Grandi, che denotano attenzione umana e politica da parte di Calamandrei. C'è «simpatia» per la civiltà dell'uomo (bolognese e anglofilo) e «un senso ottimismo», riferito alla situazione politica, riportato dalle riunioni della Commissione per la revisione del codice di procedura civile.

Pensa all'opposizione di Grandi alla guerra a fianco della Germania? La Polonia è stata attaccata congiuntamente dalla Germania hitleriana e dalla Russia di Stalin e nel gennaio 1940 Piero registra voci di disorientamento dei comunisti di fronte al patto Ribbentrop-Molotov. Il come e il se si entrerà nella guerra non è ancora definito e anche i fronti delle alleanze che determineranno l'esito finale della seconda guerra mondiale sono ancora rimescolati.

L'«amicizia» con Grandi, che si nutre dei ricordi comuni di ufficiali nella Grande Guerra, lo spinge anche a pensare a lui per intercedere per Lucio Lombardo Radice arrestato insieme a Pietro Amendola e Aldo Natoli per contatti con i comunisti, appellandosi alle «benerenze politiche e patriottiche» di Lombardo Radice

padre. E quando il 4 maggio 1940 gli viene impedito di tenere nell'aula magna dell'università fiorentina una serie di conferenze sul nuovo codice, non avendo la tessera del fascio, ne informa Grandi «per desiderio del quale dovevo tenere queste conferenze» e commenta: «colpito è lui, non io. Per me questo divieto è un onore». Grandi, con cui parla dell'episodio, dice di avergli evitato l'arresto quasi per miracolo, in quanto il capo della polizia Bocchini lo aveva informato di una denuncia secondo cui Calamandrei andava dicendo a Firenze «di aver saputo da me Grandi che si era formato qui a Roma un comitato segreto composto di me, Ciano e qualche altro per impedir la guerra colla Germania voluta da M[ussolini]». Siamo al 24 maggio ed è imminente l'entrata in guerra dell'Italia a fianco della Germania, quel 10 giugno che Grandi definirà nel *Proemio* del 1983 al suo 25 luglio come «fatale». Non serve certo il professor Calamandrei a diffondere voci sul dissenso di Grandi.

I successi delle forze dell'Asse nel 1940 inducono Calamandrei al pessimismo e ancora nel settembre, quando pur cominciano ad aprirsi spiragli di speranza nell'intervento americano e nella capacità di resistenza inglese, la notizia che Grandi ha avuto un malore gli strappa il seguente commento: «È proprio il destino che i migliori debbano essere eliminati? Io ho finito ieri la mia relazione al codice di procedura civile: ho cercato di metterci dentro idee 'rette'; ma se va via Grandi, addio lavoro!».

È nella seconda metà del 1941, con l'intervento americano e la tenuta sovietica di fronte all'invasione, che si schiude la speranza della sconfitta della Germania e il ruolo di Grandi nella caduta del fascismo comincia a essere oggetto di ipotesi. Il 13 luglio 1941, Calamandrei

annota in modo preveggen- te: «il popolo italiano non sarà mai capace di fare da sé solo una rivoluzione. Le cose andranno assai diversamente: se la Germania perderà, appena si cominceranno a vedere i segni della imminente sconfitta qui in Italia verrà un colpo di Stato: M[ussolini] e i più stretti complici cadranno, ma ci sarà Badoglio e qualche membro della casa Savoia meno compromesso e Grandi e Bottai...».

L'ipotesi si consolida nel 1942, quando si entra nell'«ultimo atto della tragedia» con la controffensiva sovietica e le vittorie inglesi in Africa. Il 6 novembre 1942 Calamandrei annota: «Si parla di un triumvirato Bottai-Grandi-Ciano: Badoglio ne sarebbe l'appoggio; o anche di un binomio Grandi-Cavallero». E di nuovo il 12 novembre: «Corrono le voci più disparate: si parla di una soluzione di compromesso, a cui aderirebbe la S. Sede: abdicazione del re e del principe, il regno dato al nipotino V[ittorio] E[manuele] IV, sotto la reggenza della madre Maria José... Si parla di un triumvirato Grandi-Federzoni-Ciano che sostituirebbe M[ussolini] malato».

Quando lo sbarco anglo-americano e il colpo di Stato del 25 luglio si concretizzano, le strade di Grandi e Calamandrei subiscono però una brusca divaricazione: l'uno sulla via dell'esilio, fallita l'illusione di poter recuperare con la sua azione tardiva benemeritenze presso gli inglesi in chiave antitedesca, monarchica e anticomunista, l'altro coinvolto subito attivamente in un reingresso nella vita politica. Se si confrontano il memoriale Grandi del 1944 e il diario di Calamandrei del 1943, il tergiversare di Badoglio nel rovesciamento delle alleanze è meglio compreso da Calamandrei che da Grandi. Grandi lo stigmatizza, persuaso che si sarebbe potuto andare a un'immediata rottura coi tedeschi e a un rovesciamento di fronte. Il 2 agosto Calamandrei invece annota:

le critiche a Badoglio sono facili: egli è una figura tarata, infida, complice del fascismo. Ma insomma in questo momento è forse il solo che abbia per l'esercito un certo prestigio. [...] Tenere l'esercito, è uno scopo su cui mi pare che tutti si debba essere d'accordo, anche per un'eventuale guerra contro la Germania. Ma poi come risolvere la situazione? Si accusa Badoglio di tergiversare: ma che cosa si può fare se non tergiversare in una situazione spaventosa come quella che M[ussolini] ci ha lasciato? Oppure rovesciare la monarchia, dire che all'alleanza con la Germania noi non siamo impegnati, aprir le porte agli inglesi, scacciare colle armi i tedeschi. Ma chi in Italia ha quest'impeto rivoluzionario e soprattutto i mezzi per farlo? Appena proclamato l'armistizio, l'esercito si squaglierà.

Il 5 agosto annota la fuga di Grandi in Portogallo «per mettersi in salvo dai tedeschi che stanno per tornare». E il distanziamento definitivo è consumato dopo l'8 settembre, nel rifugio umbro raggiunto per sfuggire all'arresto, prima a Firenze e poi a Montepulciano:

Tra le assurde voci che corrono qui [...] vi è quella della costituzione di un governo Sforza, nel quale Grandi dovrebbe avere il ministero degli Esteri. Mi pare una ridicola fandonia. Sforza non potrebbe accettare di essere in un ministero se non dopo l'abdicazione di questo osceno uomo sabaudò; ma non posso neanche pensare che possa accettare per un istante l'idea di aver per collega Grandi, che è uno dei responsabili di questa tragedia.

Legalità, totalitarismi e democrazia

Ma torniamo a Calamandrei e al sentiero stretto della «certezza del diritto» a cui si attiene nei primi anni Quaranta. Solo dopo la Liberazione e la Costituente potrà dire con Socrate che anche in Italia le leggi sono «le

nostre leggi», quelle democraticamente elaborate, e chiamare i giudici a interpretare le leggi non come carte morte, ma nello spirito della Costituzione.

Dirà Calamandrei nell'arringa in difesa di Danilo Dolci, nel 1956:

Signori Giudici, che cosa vuol dire libertà, che cosa vuol dire democrazia? Vuol dire prima di tutto fiducia del popolo nelle sue leggi: che il popolo senta le leggi dello Stato come le sue leggi, come scaturite dalla sua coscienza, non come imposte dall'alto. Affinché la legalità discenda dai codici nel costume, bisogna che le leggi vengano dal di dentro non dal di fuori: le leggi che il popolo rispetta, perché esso stesso le ha volute così.

Ricordate le parole immortali di Socrate nel carcere di Atene? Parla delle leggi come di persone vive, come di persone di conoscenza, «le nostre leggi, sono le nostre leggi che parlano». Perché le leggi della città possano parlare alle nostre coscienze, bisogna che siano, come quelle di Socrate, le «nostre» leggi.

Nell'Italia che vive una stagione felice di trapasso nella costruzione della democrazia, diritti sociali e diritti civili si coniugano nel pensiero di Calamandrei, che non a caso diventa nell'ultimo decennio della sua vita eminentemente un costituzionalista¹⁷. È indubbia una

¹⁷ Nella presentazione a P. Barile, *Orientamenti per la Costituente*, La Nuova Italia, Firenze 1946, datata 1° novembre 1945, Calamandrei scrive che «L'ora che viviamo non sembra fatta per i giuristi: artigiani riposati e raffinati, che non amano il tempestoso clima dei grandi cataclismi sociali [...]. Ma un'eccezione si deve fare per il diritto costituzionale. In questo campo politica e diritto si completano e si sovrappongono: e chi vuol esser orientato politicamente, deve necessariamente orientarsi in termini di tecnica giuridica». E conclude che «questa è in Italia, l'ora del diritto costituzionale», anche per gli «ignari di scienze giuridiche [...] se vogliono essere cittadini consapevoli».

discontinuità rispetto agli anni bui del fascismo, maturata forse proprio nei mesi dell'esilio umbro nell'inverno 1943, nella meditazione sul Beccaria, scrivendo la prefazione all'opera *Dei delitti e delle pene*, datata Collicello Umbro dicembre 1943 e Firenze dicembre 1944¹⁸.

Il punto di partenza, anche per Beccaria, è la certezza del diritto. Egli indica «nella legalità la prima condizione della libertà», «libertà in senso puramente legalitario, dunque: la quale, prima che si entri in una valutazione politica della sostanza delle leggi, dà intanto ai cittadini il vantaggio della certezza formale del diritto, buono o cattivo che sia». «Il legalitarismo del Beccaria si inchina [...] senza discutere, di fronte ai gradini del trono. La libertà politica di cui par che egli si contenti è quella derivante dalla generalità e dalla concretezza della legge». Ma sembra che non abbia nulla da obiettare «sulla legittimità di questo potere assoluto concentrato nel tiranno, senza che il popolo sia ammesso a dire la sua parola sulle leggi alle quali deve soltanto obbedire».

La subordinazione al dispotismo illuminato, secondo Calamandrei, risulta «l'aspetto del Beccaria che più apparisce a noi storicamente superato». La vera novità di Beccaria, di fronte agli «spietati rigori della giustizia punitiva», sta nella rivendicazione «della inviolabilità morale dell'uomo», tanto più vera di fronte al ritorno delle «inutili crudeltà» in forma esasperata negli anni in cui «l'estermínio» è divenuto «un'industria 'razionalizzata'».

È da questa fase drammatica che prende l'avvio in Calamandrei la riflessione sul tema della «legalità in democrazia» e sull'intreccio tra diritti di libertà e diritti so-

¹⁸ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di P. Calamandrei, Le Monnier, Firenze 1944.

ciali. È del dicembre 1944, lo stesso mese in cui esce la prefazione a Beccaria, il saggio *La crisi della legalità*, il cui nocciolo, ben riassunto da Paolo Barile, è che «la legalità in democrazia, cioè la certezza del diritto, promana solo dalla sovranità popolare», principio «per il quale la legge, anziché in posizione eteronoma di un'autorità posta al di sopra dei sudditi, è espressione di autonomia scaturente dalla partecipazione di tutti i cittadini alla formazione di essa (e in questo principio è l'essenza dello Stato *democratico*)»¹⁹.

Secondo Calamandrei, dunque, «la crisi della legalità non potrà finire che colla fine dei totalitarismi; perché solo dove esiste un regime democratico rispettoso delle libertà individuali la legge può essere sentita come autodisciplina voluta, non come tirannia imposta». E la «giustizia sociale», non più «fata morgana», torna protagonista nelle preoccupazioni dell'ultimo decennio del giurista e del costituzionalista.

Lo scambio di lettere con Guido Calogero

La lunga lettera di Calogero di commento a caldo della conferenza fiorentina, citata agli inizi, ci consente di evocare il dialogo intenso e lo scambio fecondo che si svolge a cavallo tra gli anni Trenta e Quaranta tra due intellettuali eminenti in discipline diverse, eppure desiderosi di confrontarsi laddove etica e giustizia convergono nel campo di riflessione.

Lo scambio epistolare è custodito nel Fondo Calogero all'Archivio di Stato per quanto attiene alle lettere

¹⁹ P. Calamandrei, *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*, saggio introduttivo di P. Barile, Vallecchi, Firenze 1995 (ed. or. Edizioni U, Firenze 1945).

di Piero²⁰, mentre le lettere di Calogero erano conservate nella cartellina intitolata *Appunti per il saggio FEDE NEL DIRITTO*, che contiene i materiali preparatori per la conferenza del 1940 e gli spunti ulteriori per un suo sviluppo: le lettere e alcuni estratti di articoli di Calogero sono restati ad accompagnare il manoscritto e il dattiloscritto inedito, a testimoniare dell'importanza che il giurista Calamandrei attribuiva al dialogo con l'amico filosofo.

Questa corrispondenza ci aiuta a ricostruire la genesi del testo del gennaio 1940, nutrito dalla preoccupazione per l'avanzata del 'diritto libero'. Già in una lettera del 24 luglio 1939, dalla casa del Poveromo appena inaugurata, Piero scrive a Calogero di essere impaziente di «leggere il tuo articolo sulla metodologia di Carn.[elutti]: quella presuntuosa nota di 'Jus'²¹ che ti feci leggere mi ha invogliato a scrivere qualcosa sull'argomento in difesa della tecnica giuridica. Se scriverò qualcosa in proposito, ti manderò il manoscritto per censura... filosofica», e gli preannuncia l'invio di un volumetto di Kisch «sulla funzione del giurista nella Germania contemporanea» che può offrire spunti da «utilizzare nella recensione a Carnelutti». Il 9 agosto Piero invia a Calogero un numero della «Rivista italiana di Di-

²⁰ Devo alla cortesia dello studioso Angelo Tonnellato e della dottoressa Luisa Montevicchi, che ha curato all'Archivio di Stato il rioridino del Fondo Calogero, la segnalazione delle lettere di Piero (dal 1936 al 1955) ivi custodite, non incluse a suo tempo nell'edizione delle lettere curata da Galante Garrone e Agosti nel 1968. L'esistenza di un numero consistente di lettere di Calogero a Calamandrei nel Fondo Calamandrei dell'Istituto storico della Resistenza di Firenze potrebbe essere l'occasione di una ricostruzione di questa corrispondenza tra due eminenti esponenti dell'azionismo.

²¹ Jus, *Il mito della tecnica giuridica*, in «Critica fascista», XVII, 15, 1° giugno 1939, pp. 239-41.

ritto penale», segnalando un «*singolare* articolo del prof. Maggiore»²²:

La polemica contro la dogmatica giuridica, contro la tecnica giuridica, contro i giuristi, sbocca apertamente, anche in penale, nella riesumazione del diritto libero e quindi, pare a me, nella negazione della legge come norma generale ed astratta, e forse nella negazione della possibilità d'ogni tecnica giuridica.

Al volgere dell'anno, sempre dal Poveromo, evocando lo spettacolo «della neve caduta stanotte che imbianca non solo le Alpi Apuane, ma anche la spiaggia, in modo inusitato», scrive all'amico:

Ho portato da lavorare e qui, in questa tranquillità, compiccio più che a Firenze. Ho dinanzi a me il tuo libro e il capitolo di esso che già mi mandasti, tutto postillato. Sto scrivendo quel saggio di cui già ti parlai, che non so ancora come si intitolerà: *Esame di coscienza di un giurista* o *La certezza del diritto*, o addirittura *Fede nel diritto*? Le mie gravissime lacune filosofiche mi fanno pensare: e desidererei te qui presente a chiarirmi le idee. Ma quello che sarò riuscito a scrivere lo sottoporro alla tua censura di esperto quando verrò a Roma: che sarà certamente il 9, per un ricorso in Cassazione.

Non sembra che questa operazione di «censura» preventiva ci sia stata, dalla reazione di Calogero alla lettura del testo della conferenza e dagli appunti che muove sui temi che più gli stanno a cuore. La sua lettera del 26 gennaio 1940 riceve una risposta quasi immediata di Piero, interessante per l'accoglimento della cri-

²² Giuseppe Maggiore, rettore dell'Università di Palermo dal 1935 al 1938.

tica sulla giustizia sociale e per il proposito di proseguire il confronto.

Sono le due lettere che riproduciamo in questa appendice, grazie all'amichevole disponibilità della signora Laura Calogero, ma merita segnalare che nella corrispondenza successiva, fino a tutto il 1941, i due continuano a ragionare su questi temi e anche sulla forma espositiva: in una cartolina del 2 settembre 1941, dal Poveromo, Piero apprezza la forma dialogica che Calogero ha voluto dare a una sua conferenza fiorentina:

Ma guarda combinazione: io ho consegnato in questi giorni alla Le Monnier due dialoghi, che saranno pubblicati in volumetto entro il mese, sulle relazioni tra avvocati e giudici nel nuovo processo civile²³. Sono anch'essi la trasformazione di una conferenza che tenni a Bologna: e tra gli interlocutori c'è anche il filosofo, che sta sempre zitto, ma in fondo dice una battuta riepilogativa. C'è in noi, evidentemente, una specie di disposizione naturale, stimolata dal tempo, al dialogo: non avendo altri interlocutori, si fanno dialoghi sulla carta... Anche la mia conferenza sul diritto mi è venuto in mente di ridurla a dialogo: è una forma che permette di far parlare i contraddittori, e di sbaragliarli.

Ritorna sul proposito «di ridurre a dialogo la conferenza di Firenze sul diritto» anche in una cartolina da Montepulciano del 16 ottobre:

Forse lo farò: ma sono in attesa del dialogo tuo, e penso che proprio tu, che sei così equilibrato e amabile discutitore, dovresti risuscitare in filosofia la forma del dialogo, sulle tracce di Platone.

²³ P. Calamandrei, *Delle buone relazioni fra i giudici e gli avvocati nel nuovo processo civile*, Le Monnier, Firenze 1941, ora in Id., *Opere giuridiche*, vol. IV, *Istituzioni di diritto processuale civile*, a cura di M. Cappelletti, Morano, Napoli 1970, pp. 541 sgg.

Ringraziamento

In conclusione vorrei esprimere la mia gratitudine all'avvocato Alfredo Viterbo, presidente della Fondazione Centro di iniziativa giuridica «Piero Calamandrei», per l'entusiasmo con cui ha accolto il ritrovamento del testo della conferenza del 1940, di cui è stato tra i primi lettori, e per i preziosi consigli relativi alla sua edizione, coinvolgendo tre eminenti giuristi nel commento.

Mi piace riportare la sua lettura, che cala il testo nella complessità odierna:

In quel drammatico anno 1940 Piero Calamandrei si pose una domanda rivelatrice della sua sofferta onestà intellettuale: siamo i precursori dell'avvenire o i servitori di un passato in dissoluzione?

Sostenere in quei tempi bui la necessità dello Stato di diritto, affermare l'esigenza del prerequisito della legge uguale per tutti, rivendicare la centralità democratica della funzione giurisdizionale significava, forse, servire un passato in dissoluzione?

Nella nostra contemporaneità la domanda si ripropone in tutta la sua gravità filosofica, scientifica, culturale e politica.

Però oggi sappiamo di poter rispondere positivamente, e con convinzione, alla domanda che si poneva con tanta sofferenza Piero Calamandrei.

La storia dei decenni succeduti a quell'anno 1940, l'abbattimento dei regimi totalitari in Germania e in Russia, l'epopea della Resistenza e la nascita della Repubblica Italiana con la sua modernissima carta costituzionale, stanno a dimostrare che l'insegnamento di Piero Calamandrei era certamente quello di un illuminato precursore dell'avvenire.

Un insegnamento che, se attuato nella modernità, potrebbe contribuire al superamento del disordine del mondo globalizzato, e alla soluzione dei tanti problemi del nostro paese per giungere finalmente ad una compiuta democrazia.

IL DIALOGO EPISTOLARE TRA CALAMANDREI E CALOGERO

CALOGERO A CALAMANDREI

Venerdì ore 9.30 [26 gennaio 1940]

Carissimo,

ho finito ora di leggere (ieri fui sempre occupato) e debbo uscire: non posso quindi che comunicarti l'impressione complessiva: *eccellente!*

Quanto alle osservazioni singole, te ne scriverò oggi, durante il viaggio verso Pisa.

Arrivederci!

Il tuo Calogero

Venerdì, 26 gennaio 1940

Caro Calamandrei,

ti scrivo mentre il rapido mi porta a Pisa: perdonami quindi in primo luogo l'orribile calligrafia.

In secondo luogo, perdonami se queste mie note riusciranno un po' disordinate. Avevo preso qualche rapido appunto nella lettura e l'ho lasciato a casa per dimenticanza. Aggiungi che, per quanto sia abbastanza allenato a lavorare in treno, il suo ambiente e il suo fra-

stuono non è certo il più adatto a ben rintracciare e riordinare nella memoria le osservazioni critiche suscitate da una lettura di un testo denso e ben ponderato come il tuo. Piglia quindi queste mie note per quel che sono: e con la stessa franchezza con la quale te le comunico, tu rispondimi, se ti sembra il caso, che esse sono 'inconferenti' (come si dice nel gergo delle comparse).

Come già ti ho detto, il tuo discorso è nel complesso una bellissima cosa, anzi una bellissima azione, e se fossi stato tra i tuoi ascoltatori, ti avrei applaudito fino a rovinarmi le mani. Per molti punti ho provato quel sentimento particolare di consenso entusiastico, che si avverte quando si sentono esprimere più abilmente e persuasivamente da altri idee delle quali si è sempre stati convinti.

Questo consenso è in me pieno, salvo eccezioni minime, per tutto quanto, nel tuo discorso, è vera e propria asserzione e teorizzazione positiva del tuo punto di vista. È un po' meno completo, invece, per quella parte minore, e soprattutto iniziale, del tuo discorso, in cui tu giustifichi la tua opinione polemizzando con le opinioni altrui.

Cominciando dal primo punto, il mio tenue motivo di dissenso potrebbe in tanto restringersi alla discussione di quel brano in cui tu, verso la fine, benissimo difendendo la «giustizia giuridica», le contrapponi la «giustizia sociale» come «evanescente fata morgana». Qui direi che lo stile ti ha, sia pure leggermente, tradito: perché tu certo non pensi che la tendenza verso leggi più giuste anche in senso sociale sia una vana corsa dietro un miraggio ingannevole. Tu non lo pensi, ma altri lo pensano: e quel giusto riguardo per il «pericolo» di certe formule, che tu pure fai valere nella parte polemica del tuo discorso, credo vada adottato anche in

questo caso. C'è molta gente che, dopo essersi convinta del carattere di miraggio ingannevole e rovinoso di certi utopismi a rapida scadenza, sente perciò anche sopito il dubbio che prima poteva soffrire, circa la piena legittimità ideale di taluni privilegi, che le sono accordati dall'ordine legale vigente. Bisogna non dare nessun'arma, nessuno strumento di facile pacificazione con sé medesima a questa gente, che oggi può volgere molto deplorabilmente a suo vantaggio talune esperienze storiche, interpretandole solo per il lato che le fa comodo. Altrimenti si forniscono armi per naturale reazione, anche ai seguaci delle utopie.

Si tratta del resto, come vedi, solo di una questione di accento, di più o meno forte dosatura di tono: e può anche darsi che io m'inganni, in questa commisurazione dell'accento più opportuno. È anche vero, infatti, che, per lo stesso tema del tuo discorso, tu sei in esso condotto a sottolineare in primo luogo la giustizia della legge che c'è; e che d'altra parte non manchi d'insistere sul fatto che il giurista è pur sempre uomo e cittadino, e deve quindi anch'egli lavorare per l'avvento della legge più giusta, se anche il suo dovere precipuo è quello di lavorare per la più rigorosa ed uniforme ed equa e armoniosa applicazione della legge vigente. Ma, anche qui, io non mi affiderei troppo al vecchio argomento crociano della specificazione delle attitudini (che anch'esso è giustissimo per un lato e pericoloso da un altro, come si è visto), o almeno ricorderei accanto ad esso – sempre, s'intende, all'esclusivo scopo di evitare interpretazioni inopportune di qualche lettore – l'altra frase crociana che il primo mestiere dell'uomo è il mestiere di uomo. (E tu sei una di quelle pochissime persone, di cui nessuno potrà mai sorridere udendola ripetere una frase così impegnativa...).

Comunque, su tutto questo, io non insisto molto: e forse il motivo di queste osservazioni è in riflessioni d'altro genere, di cui sarebbe certo molto interessante discorrere qualche volta, se tu ne trovassi il tempo, ma che al tuo discorso non si riferiscono se non indirettamente.

Passando al secondo punto, e cioè alla tua polemica contro le concezioni «filosofiche» del diritto, l'appunto che ad essa io farei è quella di una troppo sommaria identificazione degli oggetti della tua polemica in un oggetto unico. Così com'è, quel che tu dici va benissimo per Biondi, e forse anche per Gentile, ma quanto a Croce non va bene che per metà, e quanto a me (perdonami la sfacciataggine, ma, accoppiato Biondi a Gentile, mi sento autorizzato a far seguire il mio nome a quello di Croce!) mi sembra che vada bene anche meno. Comincerò da quel che più m'interessa come imputato: cioè da me.

Anzitutto un'osservazione generalissima. È proprio giusto che, dopo che Croce mi ha maltrattato perché ho considerato la giurisdizione in funzione della conoscenza storica e non come mero *imperium*, Calamandrei mi annoveri tra i responsabili della risoluzione di ogni diritto in forza ed economia, cioè in mero *imperium*?

Ma se proprio questa è la tesi contro la quale io ho sempre battuto con maggiore accanimento, da quando ho cominciato ad occuparmi di queste cose! Tu ricordi certo il libro sulla logica del giudice, e, prima, gli accenni al problema etico-giuridico nel libretto *La filosofia e la vita*: non ho quindi bisogno di fare rinvii. Ora, poi, come vedrai, tutta *La scuola dell'uomo* è implicitamente e talora esplicitamente una polemica contro le equazioni crociane diritto = forza e diritto = economia, e contro l'indifferentismo etico-storico che logicamen-

te dovrebbe conseguirne, se altri e più vitali motivi della mentalità crociana non sopravvenissero in tempo a contraddire gli elementi di vecchia cultura hegeliana, marxista e soreliana. Se c'è una cosa che mi ha sempre mandato in bestia, e contro cui ho più d'una volta indirizzato strali polemici, è proprio l'equazione crociana del diritto a forza.

C'è bensì un altro aspetto della questione: e qui concedo subito che io possa apparire anche più avanzato di Croce nella riduzione del diritto a «prassi irrazionale». È quello della mia critica della «logica», che tanta meraviglia ha destato specialmente in quei miei colleghi filosofi che meno hanno studiato la logica aristotelica e la storia dei suoi problemi (quanto a Croce, non gli si potrà davvero far colpa di non aver studiato anche questo, dopo tutto quello che ha studiato nella vita!). Ma, per quello che c'interessa qui, possiamo bene non entrare affatto in questo argomento. Tu accogli, infatti, il concetto (che mi propongo in seguito di svolgere, quando sarò un po' meno ignorante di cose giuridiche, perché credo che ne potranno derivare interessanti conseguenze metodologiche per la particolare tecnica degli studi di diritto, e proprio in senso opposto tanto al naturalismo carneluttiano quanto alla «pubblicizzazione del diritto privato» quanto al «*Kampf wider das subjektive Recht*») che la scienza giuridica non sia in sostanza altro che giurisprudenza laica, con cui i giureconsulti liberi aiutano nella loro opera i giurisdicenti investiti di pubblica autorità. Ora, se tu accogli questo concetto, accetti anche, con me, che non si tratta più di opporre il teorizzare e il giudicare dei giuristi e dei giudici, come manifestazioni della pura ragione logica e teoretica, all'agire politico, come manifestazione della «prassi irrazionale», dell'«attivismo», o di come si voglia chiamarlo. Si

tratta bensì, riconosciuta l'illegittimità della distinzione in quella antica forma, di restaurarla in una forma più solida e quindi meno soggetta a esser riconosciuta e rigettata come fittizia: di veder cioè come, fermo essendo che ogni attività dell'uomo è sempre un agire consapevole, si debbano caratterizzare e valutare, e soprattutto *tener distinte con l'intervento stesso della propria volontà etico-politica*, quelle due diverse forme di attività consapevole, che sono rappresentate dalla posizione politico-legislativa della norma e dalla sua interpretazione e applicazione storico-giurisdizionale (cfr. per analogia, circa il caso più generale della distinzione fra pensiero e azione, la prefazione alla *Conclusione della filosofia del conoscere*, e ora il capitolo de la *Scienza dell'uomo* su «La vita pratica e la vita scientifica»).

Tu stesso del resto dici perfettamente che quello di cui si tratta non è tanto il riconoscere che muratore e calzolaio sono entrambi operatori pratici, quanto il non far fare al primo le scarpe e al secondo le case. Anche tu quindi vieni implicitamente ad abbandonare il vecchio motivo polemico (che appare p. es. nella *Crisi della civiltà* di Huizinga, e che in Croce affiora per una curiosa forma di reazione contraddittoria ad altri suoi motivi, che sarebbe lungo spiegare storicamente) dell'antitesi razionalismo-irrazionalismo, teoresi-prassi, per cui i guai della civiltà contemporanea deriverebbero da una specie di assenteismo o di disfunzione intrinseca della ragione, e non già dalla disfunzione della volontà umana di ragionare. Ma allora, dato questo, perché tornare a polemizzare sul vecchio punto della necessità della volontà e della forza per la sussistenza della legge? Non si riuscirà mai a dar torto a Machiavelli o a Marx o a Croce o a Sorel o a chi vuoi su questo punto, che la legge non vige se non come volontà di legge, ossia come sua

efficace attuazione operata da una forza. Ma dove bisogna dare loro torto, è là dove si contentano di dire questo, e non aggiungono che appunto perciò quel che occorre è operare perché viga la legge buona piuttosto che la legge cattiva, e quindi anche quella legge ottima, che impone il rispetto della legge vigente finché essa non sia stata sostituita da una legge nuova.

Lo stesso Croce potrebbe del resto obiettarci, che (anche sul piano di quei «pericoli delle verità», di cui giustamente parli) ciò che è stato veramente pericoloso, ai fini di quella decadenza del senso del diritto che tu così perfettamente diagnostichi e combatti, è stata proprio l'illusione che il «sistema della legalità» fosse una specie di eterna legge razionale, e non una creazione della volontà civile. Ignorare l'esistenza del fuoco non giova a preservare dagli incendi (col che non intendo dire che Croce si sia mai dato troppo da fare per creare un corpo di pompieri: la mia polemica con lui, è anzi proprio su questo punto, ed è qui che pretenderei da te di esser considerato piuttosto come calamandriano che come crociano). Chi è responsabile dello scoraggiamento dei giovani giuristi, non è né la «tecnica giuridica» dei giuristi seri, che hanno studiato in concreto la cassazione civile o la condanna nelle spese del giudizio, né la filosofia dei filosofi seri, che hanno cercato di comprendere la natura del diritto e che ne hanno colto questo o quell'aspetto, anche se non son riusciti a coglierli tutti. Il vero responsabile è quella filosofia e teoria generale e metodologia del diritto di specie antiquata, che è sopravvissuta nella maggior parte degli scritti di tal genere, e soprattutto in buona parte delle pagine di tale carattere inserite in tanti libri giuridici altrimenti praticamente concreti: metodologia che ha d'altronde provocato e informato anche molte ricerche giuridiche ef-

fettivamente vane e inconsistenti, e che continua a informarle, specie nel campo del diritto più specificamente pubblico. Qui la frequenza di concetti e istituti, rispetto ai quali o non ha luogo o ha minor luogo la specificazione e applicazione giurisprudenziale, e serba quindi spesso concreta legittimità solo la pura indagine storica e la pura discussione politica, fa sì che, da un lato, i giuspubblicisti di antico stampo, non comprendendo che la scienza del diritto in senso vero e proprio è giurisprudenza e quindi pensando che possa sussistere dogmatica (come scienza del diritto in sé) senza giurisdizione, indulgano non di rado a costruzioni campate in aria; e che d'altro lato, per reazione, i giuspubblicisti giovani, vedendo che in quel caso la realtà concreta è nella politica, credano che per tutto il diritto la salute sia nella «pubblicizzazione»! È il solito errore degli Hueber, degli Spirito, dei Volpicelli, dei Biondi, e di tutti gli altri dello stesso stampo. Ma riconoscere le loro confusioni e grossolanità, nella loro vera natura, significa insieme distinguere tali confusioni dal legittimo motivo, da cui esse traggono occasione.

Però, insomma, io ti sto qui facendo un sacco di discorsi, di cui tu non hai probabilmente nessun bisogno, e che forse ti annoiano. Me ne perdonerai: pensando che il sistema della legalità ha speciale riguardo per la possibilità che i rei si difendano, e che, comunque, è singolare la situazione di chi si veda almeno parzialmente messo in stato d'accusa, quando condivide del tutto (e non per sopravvenuto pentimento) il punto di vista dell'accusatore. Un capo d'accusa, p. es., del quale desidererei d'esser specialmente prosciolto, giacché potrebbe sembrare che tu lo estendessi anche a me, è quello d'aver sostenuta o ripetuta la sciocchezza che la legge è ir-reale in quanto volizione di classe, volizione astratta,

mentre reale e concreta è solo la volizione-azione del caso singolo: sciocchezza che tu individui e bolli come si merita, in modo che non potrebb'essere migliore. Questa è una sciocchezza tipicamente gentiliana e dei gentiliani, sostenuta anche da Croce almeno in una certa fase del suo pensiero: ma io credo bene di non aver mai detto niente di simile, anzi di aver detto (se proprio la memoria non mi fallisce) esattamente il contrario. Quel che potrò aver detto (e che comunque direi) è che anche la volontà di legge, la volontà che altri in generale vogliano in un certo modo, sussiste effettivamente solo come volontà viva di singoli: ma questo, com'è chiaro, è proprio l'opposto di quanto sopra, essendo l'asserzione che la volizione della legge 'astratta' non è meno 'concreta' delle altre volizioni, senza perciò doversi trasformare nella volizione del caso singolo.

Infine, neppure ho mai accettato l'equazione crociana diritto = economia, che ha la sua genesi storica in talune confusioni caratteristiche del marxismo, delle quali Croce individuò e criticò mirabilmente certi aspetti (in *Materialismo storico* ecc.), ma non seppe vedere certi altri. La mia opinione in proposito è ben diversa, e quasi esattamente opposta, come ho cercato di chiarire, sia pur brevemente e sempre in via occasionale, sia nella *Logica del giudice* (mi pare nel 4° cap. della I^a parte) sia nella *Scuola dell'uomo* (capitolo penultimo, sull'arte).

E adesso, veramente, basta, perché sto abusando della tua pazienza: e, non contento di averti scritto durante il viaggio da Roma a Pisa, ho continuato a farlo anche durante il ritorno a Roma! Concluderò queste chiacchiere dicendoti che iersera, mentre tu forse eri a colloquio con gli spiriti dell'al di là, io ho letto agli amici, che erano a casa nostra, tutta l'ultima parte, veramente splendida del tuo discorso.

Abbimi coi migliori saluti, e con la speranza che qualche volta tu abbia, a Roma, un ricorso di meno e un'ora libera di più,

il tuo Calogero

Fra le osservazioni particolari, comprese nel tuo discorso, eccellente fra l'altro mi sembra quella circa la mancanza o scarsezza di scienza giuridica in Grecia e nel mondo anglosassone come dipendente dal diverso e più libero carattere della giurisdizione. Essa ha per me, come ben comprendi, grandissimo interesse.

CALAMANDREI A CALOGERO

[su carta intestata «Studio Legale del Prof. Avv. Piero Calamandrei ord. nella R. Università di Firenze»]

Firenze, 29. I. 40

Carissimo,

ti ringrazio della tua lunga lettera, chiara ed istruttiva: e dell'abnegazione e delle premure con cui me l'hai scritta, vincendo anche gli scossoni del trenino. A proposito della «fata morgana» hai perfettamente ragione: l'espressione ha tradito il mio pensiero. Ti dirò anzi che, dopo aver buttato giù in gran fretta le ultime colonne la mattina stessa della conferenza, mi accorsi alla rilettura che quella frase era impropria: io volevo dire che la «giustizia sociale» non è qualcosa di fermo e di raggiungibile in modo definitivo: è un ideale che si allon-

tana ad ogni tappa raggiunta, e che incita perpetuamente a non sostare mai. Ma nella fretta lasciai la frase, che, dato l'orientamento del discorso, aveva importanza secondaria. Nel saggio chiarirò e cambierò.

In quanto a tutte le altre considerazioni, ti dirò, cordialmente, che io mai ho pensato, neanche tra le righe, di essere in polemica con te: e tutte le citazioni che ho fatto in nota di scritti tuoi erano, e mi parevano, in appoggio a quel che dicevo. Ora, se tu hai creduto che in quel mio discorso vi sia un attacco diretto a concezioni tue, questo un po' deriva dalla necessaria indeterminazione delle premesse filosofiche nella quale ho dovuto mantenermi per non superare di troppo l'ora consentita dalla sopportazione del pubblico; ma molto deriva dalla mia ignoranza filosofica, che forse ti ha dato l'impressione che io polemizzassi in un sol fascio contro scrittori di tendenze diverse, di cui io non noto la differenza. Il tuo scritto mi ha dimostrato la necessità che tu me ne chiarisca molte altre in una conversazione, di cui, in una delle mie prossime gite a Roma, ti infliggerò l'onere... Giovedì mattina ti telefonerò, per fissare per quel giorno o per altri.

Ossequi cordialissimi alla signora anche da parte di Ada. Una stretta di mano dal tuo Piero.

INDICE

Una travagliata apologia della legge <i>di Gustavo Zagrebelsky</i>	3
Il rifiuto del sistema normativo dei totalitarismi <i>di Pietro Rescigno</i>	25
Un atto di «fede nel diritto» <i>di Guido Alpa</i>	45
FEDE NEL DIRITTO	61
<i>Appendice</i>	
Tra Socrate e Antigone <i>di Silvia Calamandrei</i>	111
Il dialogo epistolare tra Calamandrei e Calogero	131