

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA

GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

CLAUDIO CONSOLÒ

Le opere e i giorni nel percorso vocazionale di Carnelutti: dalla “Commerciale” alla “Processuale”



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	662
CLAUDIO CONSOLO	
<i>Le opere e i giorni nel percorso vocazionale di Cornelutti: dalla “Commerciale” alla “Processuale”</i>	665
GIUSEPPE SANTORO PASSARELLI	
<i>Il diritto del lavoro di Francesco Cornelutti</i>	699
FULVIO GIGLIOTTI	
<i>Trust interno e atto di destinazione</i>	743
ROBERTO AMAGLIANI	
<i>Brevi note in tema di amministratore del supercondominio</i>	771
MARIANO ROBLES	
<i>L'ordine pubblico “economico” tra sistematica ed ermeneutica nel recente diritto dei contratti</i>	797
ANNA CARLA NAZZARO	
<i>Danno endofamiliare e danni nei rapporti tra “familiari”</i>	827
MARIA MADDALENA SEMERARO	
<i>Rischio d'impresa bancaria e discipline recenti</i>	849

Le opere e i giorni nel percorso vocazionale di Cornelutti: dalla “Commerciale” alla “Processuale”

Lo scritto si è formato per tappe in molti anni, con versioni e diramazioni progressive, posto che ci si proponeva di avvicinare la figura di Francesco Cornelutti da un angolo di visuale peculiare (meglio: insolito, quasi indiscreto): quello del Soggetto, più che dell’oggetto vasto e vario delle indagini, ad un tempo logicissime ed accorate, dell’A; anche alla luce delle informazioni fornite, e più ancora delle atmosfere di autocoscienza ricreate, con grande charme, da Cornelutti stesso nella sua “autobiografia in terza persona”, allorché la sua vita esteriore ed interiore mutava non poco, nel volumetto “Mio Fratello Daniele”. L’inizio “eterodosso” di C., perché lontano dall’Accademia ancorché, dopo la laurea al Bo’, mai discostatosi dall’“aula” (quella, però, dei tribunali, e pure delle università di Catania e della Bocconi e poi tante altre), può darci qualche ragione della sua originale impostazione “dogmatica-realista”, chiara sin da “La Prova Civile” e ben prima del Sistema. E forse anche, nel dopo guerra, indicarci le volute ragioni del suo finale isolamento, ma pure della sua durevole lezione e sfida. Ne emerge la figura poliedrica del Cornelutti giurista onnivoro sol perchè in realtà, e quasi maniacalmente, pervaso di sempre inappagata comprehensive jurisprudence: laureato in pandette, avvocato cultore del diritto privato nelle sue nuove plebee frontiere (laburistiche, previden-

665

ziali, risarcitorie), ordinario di diritto commerciale, prima, oltre che di diritto processuale civile, poi. I tanti casi della vita, talora avversi, proprio per questo più fruttuosi. E infine l'approdo tardo, a sessant'anni come professore romano ma di procedura penale (ancora coesa, all'epoca, al diritto penale, ma tanto più, di nuovo, plebea eppur socialmente cruciale); con interrogativi indissolubilmente teorici e pratici che finì necessitativamente per prediligere, ponendo le basi umanistiche di un nuovo codice di procedura penale c.d. accusatorio, di stampo per più versi, si direbbe, civilistico quanto a valori isonomici-dispositivi e per la concreta attenzione per la centralità della persona accusata, ben prima e al di là del dibattimento, come forse suggerisce la confluenza fra antica scienza e ritrovata coscienza cristiana. Ogni cosa qui intravista sol per cenni e note. In attesa di provare a vedere come il suo Beruf tormentato si compia nel dimenticato, in qualche modo astorico, "libriccino" Arte del diritto egli operosissimi ultimi lustri.

The essay has developed in order to enquire into the character of Francesco Carnelutti from a peculiar (or better said, unusual and a bit intrusive) point of view. That of the turbulent Subject, rather than the so wide object of the Author's works, also in the light of the hints and sentiments supplied by Carnelutti himself, in his charming "autobiography in third person", "Mio Fratello Daniele". The "heterodox" beginnings of Carnelutti, because of the distance he soon put between himself and the Academics, despite his addiction to the "classroom" (to those of the Catania and Bocconi universities; to court-rooms, more often), may explain his original "realist-dogmatic" attitude, well developed since his "La Prova Civile" well before the development of the Sistema. And maybe even elucidate a bit the reasons of his isolation in the postwar period, but at the same time also of his long-lasting teachings. The poliedric character of Carnelutti as a jurist carves out: bachelor in Pandects, lawyer, private law scrutineer and of the low brow new frontiers of social regulations (labour law, social security law, law of damages), full professor of commercial law at first, and also of civil procedure law later on. And professor here in Rome of criminal procedure law at last (still non separated from substantive criminal law at that time but so much more vivid); a subject which

*earned his preference in the end, as he set up the foundations for a new code of criminal procedure, anti-inquisitorial because with an ancient civilian core to some extent, as far as party autonomy (*Dispositionsmaxime*) is concerned as mean for the full attention to the person of the accused. In the same stream of conscience and fulfillment expressed in the forgotten booklet *Art of Ius*.*

Sommario: 1. Il nostro angolo di osservazione della poliedrica figura di F. Carmelutti. – 2. L'inizio eterodosso (perché volutamente *extra Accademia*) del lungo tragitto di F. Carmelutti. – 3. ... e la testimonianza che ne reca *Mio fratello Daniele* specie quanto alla genesi, commercialistica appunto, de *La Prova Civile*, contributo di *jurisprudence* più che di *evidence*. – 4. L'originale impostazione dogmatica di F.C. quale effetto della peculiare scaturigine della sua vocazione scientifica. – 5. Le (inesorabili) ragioni del suo finale “isolamento”: il “realismo fantastico” di Carmelutti. – 6. Il particolare (perché tutto e pressoché solo centrato sull'esperienza giuridica) profilo dell'intellettuale F. Carmelutti. – 7. Il riflesso della vita iperoeprosa di F. Carmelutti nell'epoca d'oro fondativa della *Processuale*. – 8. L'impostazione profondamente “elastica” del C. aspirante legislatore (... ma non troppo) verso un processo sostanzialmente liberale. – 9. La lezione durevole delle sue opere e giorni: l'intensità concettuale inesausta come mezzo (e non come fine) in un terreno “realistico”.

667

1. - Il nostro angolo di osservazione della poliedrica figura di F. Carmelutti.

Interpretare non tanto e solo la legge ma – suo tramite, certo – la vita e la sua fattualità sensata, non bruta (come pure è quella dei normativisti). Dei commercialisti, e della loro *Rivista* eponima, la *Commerciale*, questo si può (o almeno si poteva) dire – lo disse F. Carmelutti – e senza soverchia forzatura. Certo non sempre ma neppure di rado. E anche dei processualisti, non solo penali, ma anche civili. Par bizzarria il pronunciarlo, eppure proprio questa fu l'insegna della vita, e della opera, specie giovanile, del loro forse più grande esponente del secolo scorso (e non solo fra gli italiani), che ad un tempo fu anche un fine filosofo analista con metodo aristotelico-tomista della esperienza giuridica totale, incrociato con un fiorito post-pandettista civilista. Fino a che una forte fede romano-cattolica, sopraggiunta, non lo transfigurò in un senso che non sapremmo qui definire.

Di seguito ci occuperemo, anche da angolature inusuali e talora congetturali, senza alcuna aspirazione di commemorazione accademica e di *aplomb* storiografico, del Soggetto, specie in grazia degli occhiali offertici dalla autobiografia in terza persona “Mio Fratello Daniele” (orig. 1940, ripubbl. dal CNF, Milano, 2006), e solo di sguincio degli oggetti, da mezzo secolo ripercorsi dai migliori e più fini indagatori (i nomi dei recensori storiografici sono noti a tutti, da Trabucchi a Rescigno a Grossi, da Irti a Galgano e Fazzalari, da Conso a De Luca e Picardi, da Carnacini e Montesano a Tarello e a Cipriani, per tacere di vari altri, parimenti cospicui e tutti molto coinvolti).

In questo secondo frangente, di più limitata indagine, ci concentreremo specialmente sulla sua “La Prova Civile”, coscienti però che sia difficile dar conto delle sfaccettature non solo del Volume, ma di come esso si colloca nell’opera di una persona eccezionale che ha vissuto molto a lungo e che, soprattutto, ha passato ogni giorno, ogni ora della sua vita, concitando, riflettendo, affinando idee proprie e misurando, spesso preveggentemente, le tesi altrui. Di tutti quegli autori, dunque, e specie sostanzialisti, con cui C. è stato perennemente in dialogo, anche se – come bene ha mostrato Denti nella sua Prefazione alla ristampa del 1992 de «La prova civile» – il dialogo che campeggia nelle fitte note de “La prova civile” via via, con il passare degli anni (come capita ai pochi sicuri di sé) si avvicina sempre più ad una allocuzione pastorale, ma sempre attraente e piena di *mindfulness*.

Monologo vero e proprio, però, mai si ebbe in C.: troppo forte e radicata era la sua buona abitudine di leggere tutto ciò che veniva pubblicato nella letteratura giuridica, o quantomeno di consultarlo in quella maniera forse «tattile», ma raramente non preveggente, che l’«Indice bibliografico» della sua Processuale rivela su un arco di 40 onnivori anni di censimento, un poco censorio, della intera letteratura giuridica italiana, sovente pure di quella giuspubblicista.

Ma C. riteneva, e giustamente (v., ad es., in una delle sue ultime recensioni sulla dottrina dell’errore negoziale, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 616), che fosse vitale, non genericamente per ogni mente aperta, ma sempre e proprio per il giurista e la sua precipua opera, anche la preparazione metagiuridica, la più vasta possibile. Così “perdeva” il suo poco tempo libero, sempre con la penna in mano, scrivendo le sue idee anche mentre leggeva di cose all’ap-

parenza lontane, ma da C. mai davvero valutate tali (si può consultare codesto più singolare “indice bibliografico” a 360 gradi, nei quasi introvabili volumetti intitolati “Tempo perso”; titolo del resto estremamente rivelatore). Insomma, una vita, quella di C., per il diritto (mentre diremmo che gli studi giuridici, per Chiovenda, Redenti ed anche per il più prolifico Calamandrei, non lo furono mai in quei termini tanto pervasivi).

Per un laureato in pandette, per un avvocato cultore del diritto privato e delle sue nuove frontiere laburistiche (oggetto di intesto ed alacre studio da parte di C. per circa un sessantennio, come ricorda un recente ed assai completo e rivelatore studio di Giuseppe Santoro Passarelli¹), previdenziali, risarcitorie e pure per un carismatico neo-ordinario di diritto commerciale, del cui concorso catanese si sa poco ma che deve aver visto propiziamente mobilitarsi il mondo della *Riv. dir. comm.* e di Sraffa, per costui – dunque – la possibilità non già ancora di improvvisarsi processualista in pochi mesi, che non lo divenne certo *ipso facto*, ma di scrivere in pochi mesi “La prova civile”, si spiega solo così. Con un capillare e istintivo moto empatico, indi calato in analisi molto ingegnose, con ogni letteratura prettamente giuridica.

669

2. - L'inizio eterodosso (perché volutamente extra Accademia) del lungo tragitto di F. Carmelutti.

Partiamo con ordine dall'inizio “eterodosso” del C. giurista. Nella prima metà del XX secolo, nessuno o quasi nessuno – specie poi fra i giuristi positivi (per non dire dei processualisti) – pensava di svolgere un ruolo nella (ri)formazione di una giurisprudenza metanazionale ed europea, lontana allora le cento leghe. Peccato non disporre oggi, a petto di questo alto scoglio, dei loro energici ingegni.

Si trascinava piuttosto ancora, nel mondo delle Università, delle nostre storiche riviste giuridiche, pure delle longeve decentrate Corti di vertice, il retaggio di una operosa ma municipale esistenza giuridica pre-unitaria. La stessa accresciuta informazione sulla (e interazione combinatoria con la)

¹ Ci riferiamo a *Il diritto del lavoro di Francesco Carmelutti*, che abbiamo potuto leggere inedito per gentile concessione del suo Autore.

dogmatica austro-tedesca rimaneva un fatto culturale e pressoché individuale di singole personalità, solo di quando in quando innervante una scuola (come quella celeberrima e tentacolare avviata, e fino all'ultimo guidata, dal procidano Vittorio Scialoja). Dalla ricerca – divenuta, appunto, da storiografica anche dogmatica ed infine sistematica – sul diritto privato romano si credeva discendesse quasi tutto il plusvalore scientifico (e/o, almeno, metodologico) dello studio “culto” del diritto, con rare mediazioni con la pratica (in cui nel campo processualistico, pur con quella prima nitida origine e quella marcata destinazione finale, si distinse in precedenza Enrico Redenti).

In questo scenario, lasciato appena intuire, nella sua autobiografia ben nota, Francesco Carnelutti ci convince subito appieno, e innanzitutto, di una sua peculiare e straniante collocazione: di non avere meditato mai – nella sua prima e seconda gioventù (alacri sì ma forse ancora un poco meno delle stagioni successive a “La Prova civile” del 1915) – di entrare nell’agone scientifico e, ancor prima, sulla scena accademica.

Sarà stato anche perché, come egli si espresse in quella autobiografia in terza persona (come nel 1946 fece Betti, del resto), appunto all’Università (quella di Padova per lui – friulano ivi nato il 15 maggio 1879, residente a Venezia – sede naturale) ebbe pure «un bel complesso di maestri, ma il metodo mancava». E ancor più vi mancava la percezione della vita, sì che anche la tesi di laurea con Polacco del 1900 – cui pure dedicò «con animo di discepolo», qualche anno dopo, il suo libro monografico più bello e primo (appunto “La prova civile” del 1915, che pur può citarla una sola volta, a p. 98 ed. 1992, ma che comunque molto si giovò della postpandettistica da lui appresa) – non risulta momento gran che significativo per lui salvo per l’occasione, che suscitò, di acquisire una spicata familiarità con quel potente formante speculativo ma soprattutto applicativo, allora al suo acme (specie nei due paesi eredi meno indiretti della romanistica).

C., infatti, era anche dogmatico ardito ma in funzione “realistica”, cioè solutoria dei problemi di disciplina. Fra le infinite prove del suo “realismo dogmatico-fantastico” possiamo qui ricordare il suo celebre saggio “Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni”, dedicato agli Studi per Chiovenda (che si ritrova anche nel volume “Diritto sostanziale e processo”, Milano, 2006) sul pegno come diritto reale strumentale alla tutela

effettiva del credito (ove l'A. ci mostra come il pegno venisse concepito come diritto reale proprio al fine di vincere dal “dentro” il diritto di proprietà del debitore, e come il carattere universale e personale della esecuzione forzata rifletta pur sempre la romanistica prevalenza del diritto reale del debitore sul quasi minore diritto di credito, e la necessità di superare il dominio del debitore sul suo patrimonio).

Gli anni padovani avevano dunque certamente lasciato un ampio bagaglio costruttivo-pandettistico, e ne fu strumento emblematico la sua tesi di laurea in materia di usufrutto, e sostanzialmente di sostituzione delle cose in usufrutto, che richiama alla mente il vecchio usufrutto del gregge. Oltre al suo fine Relatore, pochi però devono aver ricercato e notato quella prima, introvabile anche nelle biblioteche padovane, già così riuscita (ce lo dice C. stesso, senza false modestie) fatica dogmatica del C. studente, calatosi nello studio dei pandettisti tedeschi, con i quali C. dunque incessantemente dialoga e ritrova copiosi nel libro del 1914-5.

Ciononostante l'Università, in genere, e neppure quella veneta, di fine XIX secolo, doveva attrarre molto. Semmai gli interessò maggiormente la mentalità degli studenti (che le esperienze degli esami², dialogici, e quindi più delle lezioni, mirano a preparare e forgiare) anziché quella ieratica dei professori. Uomo eminentemente pratico, quale era e rimase, figlio di ingegnere, a catturarlo e almeno in parte poi a dirottarlo fra aule e biblioteche – non certo fra consigli e commissioni di ateneo – ci volle poi la ventura dello incontro con la “strana coppia” Sraffa/Cammeo, a lui ben più congeniale. Ed altresì la frequentazione della cerulea *Rivista del* (ma orig., fino al 1909, quando comparve anche il celebre sottotitolo unificante, come la *Processuale, ... di diritto Commerciale*³, con la bina qui Vivante-Sraffa, ricreata a tempo debito, ma solo in minima parte altrettanto funzionale, quale genitrice della *Processuale civile* (dopo la guerra, *tout court*, *Rivista di diritto processuale*). Tuttavia quello con Sraffa e poi con Cammeo, entrambi molto le-

² La difficoltà dell'esaminare – che risulta assai più gravosa di quella del farsi esaminare – viene descritta a trecentosessanta gradi, tanto che, ripensando al periodo milanese, C. pare con rimpianto evocare le belle (e calme) ambientazioni patavine dei suoi studi, prima ancora che dei suoi insegnamenti: «tranquilla, suggestiva, solenne aula padovana, ove sei tu?».

³ Come ha notato Pietro Rescigno, che «più di ogni altra, la “Commerciale” ha conosciuto vicende di uomini e indirizzi che segnano nel suo lungo cammino novità, contrasti, ritorni», ma nella prima stagione, pur senza monofonie, la lunghezza d'onda appariva ben coesa.

gati a Mortara, fu incontro e stimolo che sopravvennero un lustro e più oltre il momento della laurea, come si apprende nei dettagli dal “Daniele”⁴. Non solo lo studentato, ma anche i primi anni di avvocatura, appunto tipicamente veneziana e – sull’onda di qualche caso stimolante – le prime terragne ma germinatrici annotazioni editoriali (le nuove energie sono ricondotte a cose, suscettibili di proprietà e di possesso) fra il laburistico e il commercialistico, ebbero una intensità poco più che di *routine*. Con qualche maggior e assai felice risveglio dello spirito indagatore (aprendo con tanto anticipo alla responsabilità senza colpa o con uso solo *fictionale* del rimprovero soggettivo) per i casi, fattisi frequenti e reclamanti un diverso approccio, di infortuni sul lavoro industriale e nella circolazione di autoveicoli. L’ascesa alla ricerca scientifica si ha soprattutto, e non a caso, nella neonata Scuola superiore commerciale Bocconi di A. Sraffa, e nella collegata *Rivista di diritto commerciale*⁵, all’epoca recante non piccole venature del tendenziale socialismo giuridico dei fondatori, sotto questo rispetto critici degli asimmetrici vantaggi corporativistici che il codice di commercio finiva con l’assicurare ad una categoria sì preziosa, ma in un certo qual senso ancora assistita.

Questa è la culla di C. Non certo le antiche “aule stemmate” del Bo’ nelle quali pur la sua carriera fu lodevole (sono riuscito a rintracciarne il libretto universitario: aveva un solo 29, in materia non giuridica, scienze delle finanze; per il resto quasi tutte lodi). Da quelle aule però uscì assai in fretta – come in fretta usciva dagli esami per ritirarsi nel sole, nel mare, nella campagna – per ritrovarsi all’aria fresca, più umida di vita, innanzitutto del Canal Grande e di Rialto (ove erano il Tribunale e la Corte di Appello di Venezia). C. era e volle dunque essere e rimanere innanzitutto un avvocato, coltissimo in questa precipua chiave. Il volume sulla “Prova” non smentisce questa sua rivelazione e questo nostro assunto.

⁴ Nome in cui colgo anche una reminiscenza shakespeariana patavino-veneziana e processuale e di cultura ebraica, da cui provenne – oltre a ciascuno dei nomi testé fatti – anche la moglie di C.

⁵ Di Sraffa e di C. Vivante, egli pure veneziano, poi studente patavino e professore bolognese e infine romano (ma di dieci anni meno giovane), che offrì l’archetipo della complementarietà caratteriale fra due direttori di età e vocazioni diverse, all’origine, nel 1903, della “*Commerciale*”, che C. tentò poi, vent’anni dopo, di riprodurre “circumcirca” all’esordio e nei primi lustri della “*Processuale*”.

La scuola di cui fu dunque frutto il C., giurista completo, è stata *tout court* l'aula aperta: quella dei tribunali, dove ascoltava i grandi avvocati e dove ben presto si fece ascoltare da grande; poi quella della Bocconi; e, ancora, quella appetentissima catanese, più e prima che quella “stemmata” padovana con i banchi di legno in salita ove siedono studenti silenziosi, certo ben educati (lo eravamo e lo erano ancora fino a venti anni fa), e forse tuttavia meno partecipi. Se proprio non imparò dai suoi studenti (ma in Sicilia pur questo sarà ben accaduto), fu da loro spinto ad imparare, uscendo dalle lezioni regolarmente più avvertito dei contorni e delle naturali quanto, proprio per questo, sistematiche esigenze solutorie reclamate dal problema trattato. Perché nel «far analiticamente pensare» gli interlocutori – caratteristica sua tipica – faceva ripensare se stesso meglio che nelle biblioteche del Bo' e poi nel suo “stambugio” di giovane avvocato. Così come, in esso o facendo capo ad esso (sarebbe bello rintracciare dove a Venezia esattamente era!), imparò poi dai più fantasiosi e fervidi clienti, e prima ancora da quella sfilata di ingegni forensi, ciascuno caratterizzato da un aggettivo ben scelto per farli rivivere, che costituiscono – nel sesto capitulo di “Daniele” – la vera galleria degli stimoli suoi potenti di prima gioventù.

Di veri modelli, invero C. realmente non ne ebbe⁶. Certo non il “fragilmente puro”⁷ Polacco⁸, che pure l'introduisse con l'opera sua maggiore (più che con i colloqui) al gioco prismatico della tarda e fiorita pandetti-

⁶ Nel *Daniele*, lo ricorda anche Giuseppe Santoro Passarelli, a nessuno viene riconosciuto questo preminente ruolo. Non a Polacco, cui quasi si rimprovera «basta[sse] la biblioteca: anzi a rigore bastava il codice: tutto ciò che era al di là della norma giuridica non tanto non contava quanto non doveva contare»; ma nemmeno ai pratici, avvocati del foro, cui pure la formazione di C. deve molto, ma ai quali si rimproverava comunque «che non avevano alcun proprio sistema di concetti e per ciascuna causa si provvedevano con degli acquisiti al minuto» (v., sul punto, G. SANTORO PASSARELLI, *Il diritto del lavoro di Francesco Carmelutti*, cit., spec. § 12).

⁷ Ma risoluto e forte nel suo legame con la facoltà, tanto da richiedere che la sua chiamata romana (del 1917) venisse posticipata per non abbandonare la sua Padova in un momento in cui la guerra si mostrava ad essa così vicina.

⁸ Di cui C., come ricorda Giuseppe Santoro Passarelli, si professava «allievo riconoscente ma infedele». Ed in effetti tale fu anche nel campo laburistico, dove C. – come mostra l'interessante saggio dell'A. da ultimo richiamato – subì maggiormente «le suggestioni metodologiche della Rivista di diritto commerciale fondata da Vivante e Sraffa», piuttosto che l'influenza di Polacco, del quale, ad esempio, non raccolse «gli ammonimenti ... [in tema di licenziamento nella locazione d'opera a tempo indeterminato, sulla critica dell'] ibrida unione della locazione di cose con quella cosiddetta di opere», su cui invece C. basò la proposta ricostruzione della disciplina del recesso (con sua operatività *ex nunc* e previo onere di preavviso).

stica, proprio quella che offrì al C. il volano e l'additivo quasi chimicamente catalizzante, affinché il suo ingegno pratico tanto brillasse. Per vero, maestro non gli fu neppure l'ardito e versatile Cammeo, pur suo mentore e consigliere universitario, e con il suo carattere di giurista probabilmente autoritario⁹. Semmai un poco di più gli fu quasi-maestro – ma riduttivamente – e comunque tendenziale modello, l'apertissimo e allora giovane quarantenne Sraffa, che – propugnatore del fare e anche del ... “far fare” – “non lo lasciò più stare” ... solo a Venezia ... né più gli consentì di fare “solo” l'avvocato contagiadogli il gusto della più versatile operosità scientifica ed editoriale e financo un pizzico di amor di giornalismo¹⁰. Non la Università ma la pratica del foro¹¹ fu dunque l'innesto vocazionale e germinale e il baricentro costante della opera sua pur così colta, senza “vaghezze e generalizzazioni sociologiche”, puntigliosamente ... ossessiva della compiutezza (Cazzetta).

3. - ... e la testimonianza che ne reca *Mio Fratello Daniele* specie quanto alla genesi, commercialistica appunto, de *La Prova Civile*, contributo di *jurisprudence* più che di *evidence*.

Il vero innesco alla sua ancor generica vocazione si ebbe, par proprio di capire, in effetti in aula. Non già però come alunno ma come docente, per effetto di quella “appetentissima” classe catanese di diritto commerciale che in lui instillò – attraverso l'esame a lezione del valore dei documenti (sfiorato solo in *Riv. dir. comm.*, 1909, II, 580 e 1911, II, 616) e verosimilmente attraverso vivaci etnei colloqui di profitto – la riflessione teorica sua più compiuta e brillante: quella sulla prova civile dei fatti controversi. Rapidamente poi messa su carta da un trentacinquenne al culmine della

⁹ Ma, in quanto ebreo, destinato dallo Stato italiano – da lui lealmente servito e quasi adorato – a provare un cocentissimo disinganno di fine esistenza, su cui sia Carnelutti e Calamandrei sia oggi Cipriani hanno steso pagine commemorative secche eppur toccanti.

¹⁰ Mentre il di lui figlio economista (già amico di Gramsci) emigrò e fece vita ritiratissima al Trinity College a Cambridge, ove lo incontrai nel 1975 e nel 1981, apprendendo essere egli stato uno dei pochi sinceri, anzi schietti, amici del bizzarro e parimenti ritirato Wittgenstein.

¹¹ Per *incidentis*, si apprende che F.C. iniziò ad esercitare già a metà del corso di laurea: altro che 3+2 o 1+4 o tante altre perdite di tempo e concentrazione! E senza tanti *masters* e scuole di specializzazione (che oggi talora, paradossalmente, deviano e ritardano i percorsi dei giovani migliori, tenendoli sui banchi smodatamente).

maturità, nelle dolci albe dell'estate di più di un secolo fa del 1914, “in villa” fra Treviso e Venezia (non ancora formicaio di capannoni e *camions*, non ancora, un secolo fa, luogo di passaggio per il fronte isontino).

In questa monografia, di cui C. diceva “a qualcuno parve un incredibile *tour de force*; e fu invece un semplice prodotto della natura”, quello che va più apprezzato a me pare sia il primo capitolo: “La funzione della prova”. Il secondo (ed ultimo) capitolo, “Struttura della prova”, assai lungo rispetto invece alle sole 35 pagine del primo (sia pure nell'edizione del 1992, che è molto più fitta di quella originaria), si espone per vero, seppur con il senso comparatistico del poi, ad un certo senso di perplessità e qualche insoddisfazione epistemica, e pone le premesse per quelle dissolvenze evidenziate da Michele Taruffo. Ed infatti, in certe pagine questa seconda parte del Volume (nella edizione originaria di ben 180 pagine, a fronte delle 54 del primo capitolo), che culmina (al par. 50 sulla prova complessa) in una serie di pensabili incroci meramente logici che dovrebbero costituire il programma combinatorio del successivo volume, sfiora talora il sofismo dei distinguo ostinati. Un sofismo di tipo quasi ostentato e compiaciuto (e forse anche per ciò – più che per le modalità di confronto con lui stesso e con i trattatisti italiani, utilizzate da C. in quella monografia, su cui torneremo – Chiovenda, pur non presidente, per ragioni di età, della commissione per la cattedra patavina di diritto processuale civile, espose un giudizio in cui emerge qualche riserva; fu tuttavia allora l'unico; neppure Lessona, presidente, lo seguì, forse anche per il legame con Cammeo di cui si cercava il successore).

Nel primo capitolo, in effetti, e nelle sue poco più di trenta (64 nella edizione del 1915) vorticosamente logiche e profonde pagine (“rapido ed incantevole viaggio” lo definì l'Autore e lo è anche per noi a cent'anni), si ritrova una scansione di pura teoria generale. Ma non della cognizione giudiziale, quanto del farsi dell'ordinamento attraverso la ricerca dell'elemento comune alla prova diretta ed indiretta, ossia la percezione in vista del giudizio. La lettura della successione dei paragrafi (ciascuno della lunghezza di due o tre facciate) lo testimonia meglio di ogni lunga illustrazione. Eccone la incalzante scansione: “Posizione della norma giuridica e del fatto nella sentenza”; “Posizione della norma giuridica”; “Posizione del fatto non controverso”; “Posizione del fatto controverso”; “La fissazione formale del

fatto controverso”; “La fissazione formale come prova”; poi, e siamo al cruciale par. 7, “L’equivalente processuale del presupposto della norma giuridica come risultato della fissazione formale del fatto controverso”: cioè come si attua nell’ordinamento la norma giuridica, è questo il vero problema per C., non le teorie cognitiviste; non è affatto un C. epistemologo quello che scrive. E poi ancora (par. 8) “Il mezzo di fissazione formale come fatto giuridico o negozio giuridico processuale”: ecco di nuovo la pandettistica (verso cui C. ebbe una perdurante predilezione, e per una chiara ragione: ivi ritrovava gli utensili per concettualizzare onde sviluppare – alla lontana una funzione accrescitriva analoga a quella che ebbe la formula giudicente del *Praetor* – e più compiutamente apprendere e comunicare la realtà pratica della esperienza giuridica); “La prova in senso giuridico” (par. 9) e poi, par. 10 e ultimo – e qui il titolo si lancia verso l’avvenire, verso la stessa riforma del processo penale, mezzo secolo dopo – “Obbligo del giudice e diritto della parte in tema di prova” questo è per me l’apice del Volume.

Nella “Prova civile”, quale contributo al “concetto giuridico della prova” e non alla sua disciplina endoprocessuale, e quindi ai confini diremmo logici fra processo e diritto sostanziale, poco o nulla i processualisti “detentori” in carica del tema (Lessona, Mattiolo, Cesareo Consolo, Ricci, ecc.) sono realmente badati da C.: accanto ai pochi francesi e agli austro-tedeschi (Stein, Bülow, Degenkolb, von Canstein, Kleinfeller, V. e F. Endemann, Hensler, R. Schmidt, ecc., con particolare riguardo ai lavori anteriori alla dottrina del *Rechtsschutzanspruch* e del *Klagerecht*), appare altamente valorizzato quasi solo il civilista Messina, quello della “confessione” concepita come “mezzo formale di fissazione di altra natura” rispetto alle autentiche prove: a C. interessava l’incipit proveniente dal diritto sostanziale. Chiovenda è regolarmente in non poche occasioni evocato con il seguente snervante costrutto: “sarà vero che (...) come sostiene Chiovenda, ma devesi osservare (...). Oppure (p. 63) “se vuol dire Chiovenda (...). Non proprio un aspirante discepolo, direbbe Cipriani. Insomma, non è certo un esordiente processualista quello che riflette e scrive, all’alba, con “perfetta alacrità” – sempre entusiaste parole tratte dal “Daniele” – prima di recarsi dal Terraglio a Venezia a Rialto o in Corte, a Palazzo Grimani, ferie o non ferie. Piuttosto era all’opera, quasi per gioco

(o per scommessa con il provocatore suo mentore Cammeo, che quella monografia voleva gli valesse la cattedra di Padova che egli lasciava per quella sempre processualistica di Bologna), un intelletto spavaldo e autonomo. Ed invero fu proprio in grazia degli «estranei» (Sraffa e Cammeo, commercialista e amministrativista, seppur processualista per supienza e autore di *Lezioni*), e poi di una commissione ammirata¹² (fatta eccezione per quelle riserve esposte, non a caso, da Chiovenda) che il Nostro vinse proprio la cattedra processuale padovana, lasciata da Cammeo e in precedenza del più oscuro Franceschini, e tosto ne mutò a lungo la consistenza, il gradiente. E vinse contro l'altro, assai valente, concorrente, Calamandrei; all'epoca ancora non v'era “La Cassazione civile”, ma era già stata pubblicata “La chiamata in garantia” (in disparte i pur rilevanti meriti di guerra, che Carmelutti non poté invece vantare per essersi iscritto solo alla milizia territoriale ... che non gli avrebbe impedito le sue solite quasi venti ore di lavoro *pro se* e *pro scientia*). E da quella cattedra impareggiabile, per circa tre lustri, C. delineò percorsi di meditazione partecipati – ma mai scuole collettive, vedremo – ad avviso di molti ben più influenti (specie con le “Lezioni” ed il “Sistema”) di quelli chiovendiani e redentiani. Sì da propiziare una linea Maginot di contenimento, ordita secondo Cipriani da Calamandrei.

In sintesi, e dietrologismi poco sondabili a parte, dopo questa “Prova”, C. ruppe tutti gli argini e le consuetudini. Ma rimase pressoché isolato. Per vero per non poche ragioni, salvo nel campo (del mutamento) del processo penale ... quasi postumamente.

Egli, dunque, comincia da (marcatamente) realista, occupandosi di diritto commerciale, e rimanendo sempre – anche quando sostituì Coviello tenendo per supienza nel 1913 la cattedra di diritto civile¹³ – molto vicino ai bisogni di quella gioventù concreta e curiosa di cui si era evidentemente e per sempre intriso nel periodo siciliano e nel periodo bocconiano. Di

¹² Quasi colpita da un geniale professore ordinario di diritto commerciale che appariva, pur avendo snobbato Cà Foscari per vanità (non voleva più insegnare ad Economia e Commercio come agli inizi), desideroso più che di cambiar pelle di avvicinarsi a Venezia ed insegnare nel Veneto, a Padova.

¹³ Di ritorno nei primi anni cinquanta a Padova, quando fu messo a riposo a Roma, sostituì Asquini in vari insegnamenti, oltre a tornare a reggere dopo il suo allievo Allorio la sua vecchia cattedra avendo a lato, ed influenzando non poco, Benvenuti ed Attardi.

Polacco gli rimangono i bagagli della pandettistica: in questo libro, nel 1914, sostanzialmente, congiunse le due cose.

Ed il Libro poté così nascere, credo davvero in pochi mesi (Cammeo sparse invero la voce che fosse in preparazione – mentre era solo inconscientemente “incubato” – da tre anni, anziché scritto in una estate, come fu), non solo per l’alacrità del suo Autore, e per la sua grande capacità produttiva e profondità che sono a tutti note, ma anche perché in sostanza le sue due componenti C. le aveva entrambe già prefigurate. Non è un caso che le parti più influenti e durature del lunghissimo capitolo secondo (in realtà un libro a sé, perché il primo avrebbe potuto essere un agile saggio, di circa 35 pagine) sulla struttura della prova, siano proprio le parti sulla prova documentale e sul sapere tecnico. C., nell’insegnamento del diritto commerciale e nella stagione di intesi colloqui catanesi aveva avuto modo di comprendere ed indagare profondamente le prove tipiche del diritto commerciale, tutte quelle prove che sono nate dalla riflessione vivantiana, cui, tramite Sraffa, C. si abbeverava. Non a Lessona, Chiovenda, e neppure a Scialoja, di cui ci dice che, prima di conoscerlo di persona, lo intimidiva. Maggiori affinità con Mortara emerse nei lavori legislativi del primo dopoguerra, come si sa.

Insomma, come dice lo stesso C., “La Prova civile” non è una riflessione sul sostrato cognitivistico del concetto di prova nell’ambito dell’ordinamento. Non è affatto una parte generale del diritto probatorio; tanto meno vuole o poteva essere un approfondimento epistemologico (per cui non aveva né tempo né basi). Da questo punto di vista, non è forse il miglior libro del secolo, ma specie le sue prime 35 pagine piacciono intensamente ancor oggi, appunto per questa costruzione del concretarsi della norma nella vita della disputa, fino alla sentenza. È un contributo che Denti diceva essere per i propri tempi (quindi dopo Stein, Lessona, Cesareo Consolo, dopo anche Chiovenda, ma avanti a tutti questi) un contributo di prim’ordine proprio perché contributo non di *evidence*, di *science of pleadings* e di *exclusionary rules*, di *legal relevancy* (l’*evidence* è quasi altra materia, come infatti si insegna in Inghilterra, così come la *res iudicata* rispetto alla *civil procedure*).

“La Prova civile” è, per dirla sempre all’inglese, un contributo di *jurisprudence*: soprattutto il primo capitolo è il germe, nel 1914, dello studio della realizzazione concreta della norma, agli antipodi di Kelsen, degli Scandi-

navi, di Hart. Interessa all'autore, come enuncia la prima prefazione, “la precisa distinzione tra il fatto giuridico (materiale), cioè il presupposto della norma da realizzare, e il presupposto della sua posizione nella sentenza, cioè, in ultimo, della realizzazione della norma stessa”. Meriterebbe guardare più da vicino semmai, dopo vari decenni, agli sviluppi di Giuliani, al di là delle grandi differenze (anche di fonti e nel coevo libro di Taruffo sulla rilevanza la distanza è ancor più notevole: valorizzato semmai è il Carmelutti del *Sistema*): alcuni approdi isonomico-simmetrici denotano possibili convergenze.

4. - L'originale impostazione dogmatica di F.C. quale effetto della peculiare scaturigine della sua vocazione scientifica.

In questa non voluta ma neppure declinabile *translatio* di F.C. verso la scienza, risiede la maggiore peculiarità, quale emerge chiara dal “Daniele”, autobiografia riuscita soprattutto per l'epoca giovanile o quasi, ben significativa dell'inizio eterodosso del suo lungo tragitto. Antiaccademismo e vibratile implacabile senso del “pratico” nel diritto, con cui F.C. – «suggerendo le buone essenze della terra» (rivelatore modo suo di dire) – mobilita via via, per corrispondere meglio alle sue esigenze, i concetti, la teoria, fino al *Sistema*, divenendo solo apparentemente attorno al 1930 un asettico “scienziato” e cessando del tutto, di nuovo, di esserlo o di apparirlo da vecchio (ammantato fin agli anni '60 dalla metafora della grande quercia). Il famoso concettualismo esasperato, a tratti baroccameente grondante, della stagione aurea fra le due guerre fa insomma *pendant*, ed è una parte della risposta offerta, ad un gradiente altrettanto forte di vocazione e direi appetito, tutt'affatto pratico e terragno, per la giusta e “completa” soluzione dei quesiti giuridici, che le pur altissime opere e i nitidi corsi in allora disponibili – come ovvio, diremmo, stante la loro diversa genesi e funzione – e le stesse classiche riviste non appagavano, salvo appunto per il nuovo diritto commerciale sull'asse Roma-Milano espresso dalla *Commerciale*: secondo lui, che pur ne mutuò vari tratti ma non la inclinazione

politico-sociale¹⁴, e anche secondo molti fra noi, forse l'esperimento allora più interessante.

Donde lo scavo quasi ossessivo del professore-eterno studente C., sempre fra le zolle da rivoltare e gli aratri, la successione delle sue celebri opere sempre verso il “più generale” ma con i piedi per terra e gli occhi ben aperti¹⁵, per poi ascendere ai (e/o, forse piuttosto, ripiegare nei) lavori semi-mistici e/o intimistici, che Cordero definiva mistagogici (trovando naturale lo incontro, al fine, dopo tante dispute, con il successore padovano, all'inizio denunciato quale “nudista giuridico”, Satta).

La stessa scaturigine ebbe la c.d. “clinica”, non già concepita alla alemana solo come luogo dei “casi” e delle relative *Konstellationen*, ma come luogo di incontro fra impostazione universitaria e sfide della casistica quotidiana e delle sue nervature socio-economiche (come aveva visto insegnato e praticato da Vivante nella sua rivista prediletta): entrambe le stagioni di Jhering vi sono avvinte. Il tutto senza però mai o quasi mai indulgere al gusto del proceduralismo compiaciuto se non addirittura fine a se stesso: le norme non gli offrono, neppure loro, per solito l'occasione per cincischiare.

«La voce del diritto che viene su dalle cose», anche dai loro nuovi tecnicismi «ove c'è una forza, purtroppo quasi vergine ancora, per rinvigorire il carattere morale del nostro paese» (così sempre Vivante, nella prolusione romana del 1898), e questa attitudine al diritto come «scienza di osservazione» è quella stessa anche del giovane Carnelutti. E se Vivante si professava (prolusione del 1908, in *Riv.it. sc. giur.*, 3, 2012, 42) «assicuratore con gli assicuratori, banchiere coi banchieri, armatore cogli armatori», pari-menti C. finì con il ragionare da falsario con i falsari (in senso buono), e da imputato con gli imputati e magari con i rei. Attitudine (realistica e fanta-

¹⁴ E di indagine sui “difetti sociali” dell’*acquis* corrente che, nel campo processuale, avrebbe trovato nelle riflessioni, di poco anteriori, di Franz Klein – su cui v. N. PICARDI, *Le riforme processuali e sociali di Franz Klein*, in *Historia et ius*, 2012, fasc. 1; C. CONSOLI, Il “duplice volto” delle longeve leggi processuali sovranazionali della “Finis Austriae”, in *Rass. Forense*, 2004, 1211 ss. ed altresì in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004; A. CHIZZINI, *Franz Klein e i patres della procedura civile italiana*, in *Il Giusto processo civile*, 2011, 739 ss.; M. MARINELLI, La concezione del diritto e del processo di Franz Klein nella Vienna de fin siècle, *ibidem*, 771 ss. – ricco alimento, anche con declinazioni in parte diverse da quelle che animarono Chiovenda.

¹⁵ Dai due voll. di “Saggi” privatistici raccolti nel 1916, a ricomprendere anche gli *Appunti sulle obbligazioni* del 1912, nati prima della cattedra padovana; fino alla “*Prova civile*” che gliela valsero, alle “*Lezioni*” che tuttora ne evocano il risultato più fresco, e quindi al “*Sistema*”, alla “*Circolazione*”, alla “*Metodologia del diritto*”, etc.

siosa, che vorrei paragonare in larga approssimazione a quella dei giuristi ebrei divenuti americani) che valeva, in origine, non solo e non tanto per il diritto processuale, approdo che si enucleò nella sua mente gradualmente e come una arcata di sinossi¹⁶. Ma questo “attaccamento” agli interrogativi basilari dei casi della vita iniziò a valere proprio per il diritto privato e del commercio, nelle varie sue branche e specie in quelle più nuove ed utili alle imprese (infortuni sul lavoro, diritto sindacale, contratti commerciali, arbitrato), ben lontane dai temi “muffiti” della sua tesi di laurea, che pure gli rivelò il bagaglio ricco di strumenti della pandettistica.

5. - Le (inesorabili) ragioni del suo finale “isolamento”: il “realismo fantastico” di Carmelutti.

Quando oggi si lamenta da molti, e magari si celebra da alcuni, il poco retaggio di seguito che C. ha finito con l'avere nel quarantennio successivo alla sua scomparsa¹⁷ (ma già da lustri prima, per vero, salvo nel campo della riforma del processo penale), si constata cosa che, a ben vedere, in grazia già di codeste premesse, era appieno da prevedersi e ben si comprende in termini di ragionevole inesorabilità, se non desiderata o voluta certo accettata serenamente.

La dogmatica di C., pur evidente e talora financo un po’ accentuata, non può svilupparsi senza quel “ripieno” di vita; l’una senza l’altro sarebbe divenuta stucchevole, innanzitutto ai suoi occhi esigenti. Ma la reale congiunzione così sperimentata era fuori della comune portata: non ebbe

¹⁶ E infatti chi fosse nel 1898 il docente padovano di tale materia il libro “*Daniele*” neppure ricorda, sì che ai suoi occhi Cammeo fu al riguardo il primo riferimento, benché processualista di complemento, e colui a dire del quale la procedura poteva essere solo la “messa” per approdare a “Parigi”.

¹⁷ Ed invero, aggiungerei, già nel ventennio di sua vita nel secondo dopo guerra, simile pur in ciò a Vivante, poco «in sintonia con gli atteggiamenti mainstream della sua stessa disciplina, di cui pur era universalmente riconosciuto come l'esponente più autorevole», «un isolato»; così rispettivamente Libertini e Cottino. Da questo parallelo dissente in parte G. SANTORO PASSARELLI, *Il diritto del lavoro di Francesco Carmelutti*, cit., § 13, per il quale le ragioni dell’isolamento di Vivante sarebbero ben diverse, e da ricercarsi nella «sua confessione religiosa e [n]ella sostanziale contrarietà al regime».

eredi o quasi, salvo forse appunto nel diritto societario (ma ivi per merito soprattutto di Ascarelli) ¹⁸.

Poco c’entra in questo “finale di corsa” professionale e umana la (innaturale, per Lui, ma niente affatto ipocrita) volontà di tornare ad ascondersi in un ritrovato silenzio cui sempre accennava nel dopoguerra e cui diede postuma voce la “Lettera agli amici”, scritta tanti anni prima di quando apparve (in *Riv. dir. proc.*, 1965, I, 1-3). A quel celebre testo darei un peso relativo, del resto rimase giustamente trasgredito. E questo neppure tanto perché C. ha più volte commemorato già – così come aveva financo recensito – se stesso da solo, e come meglio non si poteva (per certi versi) ¹⁹; ma appunto perché l’intera opera sua si sottraeva (e *“Daniele”* mostra che lui lo sapeva bene lustri prima) agli itinerari consueti. Non solo a quelli delle scuole universitarie, sia nella austera versione tedesca che in quella italiana più turgida e riccioluta, divenuta da vent’anni uuntuosa, nepotistica e socialmente meno rispettabile; ma altresì si teneva discosta, quell’opera, dalle più pacate correnti scientifiche schiattamente professorali che, per li rami, fanno l’eco e il gioco (seppur deformante) degli specchi ad ogni autorevole Maestro anziano e/o poi scomparso in età propizia se non biblica.

¹⁸ Altre (o comunque *anche altre*), se bene abbiamo inteso, sarebbero le ragioni di questo finale isolamento per G. SANTORO PASSARELLI, *Il diritto del lavoro di Francesco Carnelutti*, cit., § 13. Per l’A., infatti, ciò deriverebbe anche (e molto) dalla circostanza che C., a differenza di altri Grandi (Vivante, Ascarelli, etc.), si sia allontanato dal metodo originario della Commerciale (“di interprete della realtà giuridica”). Il che sarebbe specialmente accaduto, nella materia laburistica, quando, entrata in vigore la Costituzione, C. si è mostrato ancora fedele a tesi vicine e coerenti con l’esperienza corporativa, omettendo il confronto con i nuovi valori e diritti costituzionali (soprattutto in materia di libertà sindacale e diritto di sciopero), e con il sistema sindacale poi sviluppatosi. Indubbiamente nella nuova stagione costituzionale la propensione monarchica di Carnelutti può averlo posto un poco ... con la “testa all’indietro”, a differenza del suo solito approccio entusiasta e progressivo che abbiamo evidenziato anche all’inizio di queste nostre riflessioni.

¹⁹ A proposito di ricordi e commemorazioni, poi, ovviamente, la bibliografia divenne vastissima: *exempli gratia* v. Aa.Vv., *Francesco Carnelutti a trent’anni dalla scomparsa*, Atti del Convegno Udine 18 novembre 1995, *Forum ed.*, Udine, 1995; E. FAZZALARI, *L’opera scientifica di Francesco Carnelutti*, in *Riv. dir. proc.* 1967, 197; G. TARELLO, *Profili di giuristi italiani contemporanei: Francesco Carnelutti ed il progetto del 1926*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, IV, Bologna 1974, 497; T. CARNACINI, *Il centenario della nascita di Francesco Carnelutti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1979, 1527; Aa.Vv., *In memoria di Francesco Carnelutti*, in *Riv. dir. proc.* 1986, 476; N. IRTI, introduzione a *Metodologia del diritto*, Padova, 1992. Poi venne il convegno lineo del 15 maggio 2009, con i contributi di Conso, Pagliaro, De Luca, Romagnoli, Galgano, Cipriani, Irti. Nel relativo volume sono ristampate tutte le recensioni processualistiche dell’Indice bibliografico, dal 1927 al 1964 (in precedenza le recensioni sulla *Processuale civile* erano delegate al Cristofolini).

Egli concepì tutto solo fra il 1918 e 1922 e fondò nel 1924²⁰ la nostra gloriosa *“Processuale”*, lontana dallo stampo delle riviste civilistiche e romanistiche e per vero anche da quello della tedesca ZZP; reggendola di nuovo ben presto – con la prematura scomparsa del processualista puro di Premosello – quasi da solo fino al 1964, seppur con lo aiuto *a latere* di Calamandrei, Andrioli, Micheli, e cospargendola di una enorme quantità di idee originali, seducenti, ma non di rado spavalde.

Eppure con tutto ciò C. non fu (né poteva essere) un Maestro laico e rassicurante²¹, tale da dare serenità a molti allievi. Egli era piuttosto un inesausto borrominiano creatore e ri-creatore di caleidoscopi concettuali volti però non al divertimento intellettuale (Egli si divertiva semmai con l’oratoria e le più varie letture anche foneticamente praticata) o alla ricezione partecipativa anche solo di metodi, ma sempre e solo onde ricomporre le friulane zolle caparbiamente ed entusiasticamente sommosse. Dalle stalle rustiche agli astri, quasi *omisso medio* e però anche viceversa, per cercare di capire come evolvono gli istituti nella mente e quasi nella psiche, talora un po’ malata, degli uomini.

La epoca più felice e compiuta rimane, anche per la minor propensione alla teoria generale (quella che, fatta da altri, nei casi meno felici, lui definiva *“caporale”*), il periodo fra le due guerre, prima fra l’altro del curioso e poco noto smacco romano, che diede a Chiovenda per successore – allorché si lasciava il bel palazzo di corso Rinascimento – un Valente comparatista, S. Galgano, e diede a C. solo tre voti.

Divenuto preside l’amico sintonico F. Vassalli (cultore, ancor più coerente e fruttuoso, del diritto come opera di arte e di bellezza), insegnò sì nella capitale, innanzitutto del Cattolicesimo, Roma, ma la Procedura penale,

683

²⁰ Con la importante, certo, *sponsorship* chiovendiana (di cui Cipriani ricostruisce la complessa genesi post-lessoniana), senza riuscire tuttavia poi, il Nostro, per varie ragioni, a rinverdire la diarchia felice che vedeva all’opera nella *“Commerciale”*, di cui mutuò anche l’*imprint* grafico e tenne a mente il Programma iniziale.

²¹ Anche se, in età, così si faceva chiamare, ad es. anche da Benvenuti che gli fece da diuturno assistente e sostituto – con diritto allo sconto dalla Cedam sull’acquisto delle adottate *Lezioni*, non regalate, Egli mi raccontò ma affettuosamente – quando, dopo il rientro di Allorio, riprese la docenza padovana prima dell’epoca lunga e profonda di Attardi.

coesa ancora al diritto penale, e ciò dal 1944²². Questa nuova *venue* accademica durò fino alla pensione, nel 1954, e di quei corsi Egli prese in effetti a prediligerne i temi, ponendo quindi le basi di un nuovo codice di rito penale accusatorio, di stampo per certi versi civilistico quanto a *Dispositionsmaxime*, attuato solo dopo molti decenni.

Anche qui C. ebbe modo di creare la nuova leva dei processualpenalisti (De Luca, Cordero, Pisapia, Vassalli jr., Molari ed altri più giovani), di far capire loro che l'istruttoria sia formale sia sommaria era un modo per vulnerare – ecco il collegamento con il 1914 – il diritto alla prova dei privati coinvolti dal reato, proprio quello di cui parla l'ultimo paragrafo del primo capitolo de “La Prova (civile)”. Fu proprio in quel periodo che C., spronato dal caso Fenaroli e dalla vanificazione di quel diritto nella istruttoria penale, elaborò, con grande forza di persuasione le premesse per abbandonare un'intera idea del processo penale di tipo inquisitorio ed asimmetrico, e far nascere – attraverso celebri convegni (soprattutto quello ideato e da lui presieduto a Venezia nel 1962) e la percezione della sterilità delle non meno celebri battaglie fra Cassazione e Consulta – i prodromi del “Codice Vassalli”, di quel codice che si deve al figlio del suo grande amico, ossia di colui insieme al quale C. aveva pur concepito anche il nuovo (per impronta e in parte per contenuti) Libro VI del codice civile, di giuntura tra diritto e processo. Qui il suo segno, pur con noti dissensi sui confini fra sostanza e processo, si avverte più che nel c.p.c., condito in salsa (si discute sempre quanto veracemente) ostentatamente chiovendiana dall'antagonista greco (cioè toscano) di una vita, certo non sensibile al realistico principio di elasticità. C. era, per eccellenza, un signore sì maestoso, quasi impolitico (né giolittiano, né popolare solidarista, né socialista, tantomeno fascista, solo blandamente liberale), ma pensosissimo sempre ed in sostanza un inquieto, piuttosto che un personaggio aristocratico, e si applicava così tanto, quasi con accanimento, alla non pacata comprensione della esperienza giuridica²³. La devozione alla conoscenza dei risvolti tutti della esperienza

²² Vicenda che così descriveva: «piccoli anzi minimi fatti, dai quali il trasferimento al diritto penale è venuto fuori» secondo la «ammirevole delicatezza della grazia divina», descrizione un poco diversa da quella sanguigna di Mortara.

²³ Donde la vicinanza con Capograssi e alla fine pure con Satta e direi più ancora Ascarelli, come ben emerge dalle sue rilettura di Bobbio, Grossi e appunto di Satta (che lo individuò

giuridica, congiunta peraltro in C. vieppiù alla meditazione religiosa, a cui tutto viene funzionalizzato fino all'ultimo, si spiega perché essa è quella fra le cose degli uomini più costantemente mobile e stupefacente, inafferrabile eppure terragnamente concreta.

6. - Il particolare (perché tutto e pressoché solo centrato sull'esperienza giuridica) profilo dell'intellettuale F. Carmelutti.

Proprio per quest'ordine di elementari ragioni – spesso trascurate sia dai suoi critici sia dai suoi agiografi – le famigerate recensioni del C., che ognuno correva a leggere e che segnavano per anni la vita e quasi la autocoscienza di centinaia di autori, giovani e meno giovani e di ogni materia, sono sempre e tutte vibratili percezioni, se non critiche, almeno fortemente inappagate, ma mai diremmo avulse da un embrione di introspezione quasi profetica. Meriterebbe raccoglierle tutte, non solo quelle processualistiche, delineando cosa avvenne poi nella vita culturale dei giovani recensiti. Non del tutto appagate anche quelle ai libri più belli²⁴ e all'epoca essi erano molti.

F.C. era fatto così e del tutto non sedabile ed acquietabile, al punto da fare le recensioni, e semi-critiche ... anche ai propri libri appena usciti. E stilarsi poi il necrologio.

Con le sue retrospective parole: «Credo che pochi uomini, quanto me, abbiano amato il diritto (...) Una delle mie defezioni, che era la limitazione della mia cultura, è derivata proprio da questo. Non dico che il diritto non mi abbia ricompensato; ma è stata una strana ricompensa quella di rivelarmi, al fine, la sua miseria. Io non l'ho amato meno per questo poiché

685

quale processualista onorario). Con tutti loro C. condivideva una linea appartata se non scontrosa verso i *mainstreams* e con il secondo vari tratti di metodo e stile, quali emergono bene da ultimo in Mario Libertini (ad es. in *Il diritto della concorrenza nel pensiero di Tullio Ascarelli*, www.dircomm.it, spec. nt. 7, 16, 18, 39 e 40): un isolamento non pessimistico e piuttosto quasi missionario, insofferente si dei riduzionismi, ma dedito ad una creatività – checché gli rimproverasse Bigiavi nelle loro ricorrenti polemiche – non libera, poiché temperata *secondum traditionem* dalla dogmatica e dalla deontica della continuità.

²⁴ Si legga la recensione al libro di Attardi sull'interesse ad agire nel 1955 gratificato dell'attributo di perfetto e poi, più o meno velatamente, criticato assieme al metodo del suo – di F.C., dico – migliore e più vicino allievo, e Maestro del recensito, con il quale, forse anche appunto per soverchia vicinanza di metodo e stile, ad un certo punto si era non poco guastato per *misunderstandings* e, certo, pure per alcune dissonanze *in apicibus*.

sono i miseri più di ogni altro che richiamano l'amore; ma ho perduto sul suo conto le illusioni». Esperienza (in parte analoga, parrebbe, a quella del Vivante anziano, ritiratosi in Toscana) che purtroppo capita a molti, anche ai meno grandi, ricompensa cioè assai generosamente largita, specie di questi tempi verrebbe da soggiungere.

Per quanto presentate come un vezzo, quelle riflessioni della lettera testamentaria sembrano del tutto fedeli all'oggettività di vita e lavoro (beninteso una endiadi) di C. Anche se questa percezione emerge solo in parte dall'autobiografia "Daniele", che infatti risale al periodo bellico (1940), ossia a qualche lustro prima, sono, se non persuaso, da anni assillato dal dubbio un po' destabilizzante che davvero Egli a lungo cercasse la cultura meta-giuridica in una prospettiva strumentale, con una *aberratio* grave quanto insinuante, vale a dire quasi solo come ausilio ulteriore per capire meglio il diritto ed offrire migliori soluzioni, sempre a cavallo fra teoria e pratica strettamente congiunte, ai problemi quotidiani della esperienza giuridica. Affinché a tutti riuscisse meglio il semplice *age quod agis* che friulanamente a lungo inalberò ad insegnare breviloquente.

686

E dire e dirci che alla fine²⁵ ci si accorge della miseria di questa esperienza, ebbene pur questa constatazione è cosa certo per qualche verso sgradevole ed imprecisa ma che, credo, rivela appieno la tardiva percezione che, quanto pochissimi altri, all'esperienza giuridica C. volle (o forse non riuscì a fare a meno di) asservire non solo integralmente la sua esistenza e l'intera funzionalità del suo davvero non comune intelletto, ma così anche di congiungervi lo studio di tutte le cose appunto meta-giuridiche. Con "salvezza" (si intuisce) solo di pochi riposti affetti e di qualche vezzo alla veneziana.

Ed allora che cosa occorre davvero chiedersi, per rammemorare in modo essenziale non tanto l'opera di C. (compito bene da illustri Colleghi più volte adempiuto, ... se esso solo fosse possibile) quanto, prima di essa e proprio per darsi ragione della sua inafferrabile vastità e a tratti stordente profondità, per suggerire la attualità del libretto "Mio fratello Daniele". Cosa occorre per afferrare, in poche ore di ininterrotta ri-lettura, il senso

²⁵ Sul Carnelutti "vecchio", De Luca, nel convegno di Udine del 1995, ci ha reso perfettamente l'idea di una quercia che rigogliosamente ogni anno rinasce, ma sempre un po' meno, fino a che inesorabilmente si irrigidisce per il peso degli anni, di colpo pensando, tutt'all'opposto al solito, al *propter vitam vivendi perdere causa*.

della sua esistenza e in breve schizzarlo a chi si è accinto a concludere la deliziosa ma inquietante lettura di questo libro, pressoché introvabile fino alla ristampa del Cnf, prima di riporlo su un palchetto? Secondo me quanto dopotutto più rileva è appunto domandarsi se il novello “Daniele”²⁶ ci aiuta a capire le ragioni di uno svilcerato amore per l’esperienza giuridica, nella maestosità e pur nella appalesatasi miseria. Attaccamento che lambisce l’irrazionalità esistenziale e che condusse, credibilmente in effetti, alla disillusione od almeno al ripiegamento spiritualistico in guisa evangelica, che naturalmente potrebbe essere cosa ben diversa ma esteriormente (almeno) per sembiante analoga.

Agli antipodi fu dunque F.C. rispetto al prosperoso procedurista, all’inglese o alla francese o anche, ormai, di nuovo, all’italiana, seppur qui non prospero, è da temere. Allorio, e il pur chiovendiano Liebman – mi ricordava ad es. Colesanti – chiedevano sempre, su ogni questione, “che cosa dice Carmelutti” e si stupivano nel vedere che noi avevamo trascurato o tardato di compulsarlo, secondo una tentazione di pigrizia (perché C. è un vino tannico e “tosto” per contenuti e per prosa), cui vieppiù siamo esposti per pochezza di vigore.

Temo sia chiaro o almeno possibile che quel bel intelletto che fu donato dagli Avi e dal Friuli al C., e ciò emerge anche dalla lettura del “Daniele”, non coltivò seriamente e con qualche frutto né la musica, né la filosofia (quella vera), né la letteratura, e neppure la teologia o – per molti decenni – una intensa religiosità²⁷; tanto meno – e di questo siamo meno incerti – doveva piacergli il turismo colto o gli *sport*; né emerge chiaramente in quale conto egli tenesse nella sua esistenza l’eterno femminino, al di là del fugace accenno alla giovinetta che si recava alle sue prime conferenze e che presto egli sposò (e di cui null’altro poi si dice ma sappiamo che era del ceppo veneziano degli Ascoli), salvo per la mutua adorazione con la mamma: tema questo che, non essendo io psicoanalista, né tentato di compiere azzardi anche a tal riguardo, lascerò doverosamente stare pur in

687

²⁶ Per usare la espressione del mercante di Venezia, la città ove apparve per i tipi di Manuzio il primo trattato *De mercatura seu mercatore*, quello dell’anconitano Benvenuto Stracca nel 1553, lavoro radicato nella stagione di repubblica marinara ivi da poco finita e che, fra parentesi, Sraffa possedeva e utilizzava.

²⁷ Credo almeno: si veda il capitolo sugli incontri con San Pio X quando era veneto Patriarca e l’enfasi un po’ estrema sulla lettura del Vangelo degli ultimi lustri.

questo mio azzardato tentativo intimistico di ritratto (alla Bacon) di un «carattere eccezionale e per certi versi mostruoso» (notava già Tarello). Non si rileva alcun trasporto neppure per cani e gatti o collezionismi di sorta. Un profilo di intellettuale, in effetti, al limite del monomaniacale. Questo dopo tutto è il mistero del C. processualista e forse la ragione per cui, dopo breve indugio, egli passò dallo studio di vari rami del diritto allo studio precipuo di quella sorta di timpano di congiunzione delle varie colonne che appunto offre solo il processo e contribuisce appunto al suo intimo mistero o, con altri due veri “grandi” (Calamandrei e soprattutto James Goldschmidt, pur lui a cavallo fra processuale e commerciale e teso nel finale, a Montevideo, a una forte teoria generale), a concepirlo come fatto ludico della esistenza, ludico eppure (o proprio perché) grave. Alla evocazione del quale “mistero” processuale, C. (al pari di Satta, definiti entrambi, lo si è detto, non a caso mistagoghi da Cordero, e parrebbe privi entrambi di quasi qualunque visibile senso dello *humour*), si rivolse sempre di più negli ultimi due, tre decenni della sua esistenza²⁸, cadendo in noti eccessi, enfasi, financo dolciumerie (che nel “Daniele” del 1940 ci vengono invece – ed è un suo grande pregio – ancora risparmiati) e ponendo, con questo ed altro ancora, le premesse per il ripudio di C. da parte del carneluttiano suo allievo milanese, che semplicemente tirava dritto proprio per la strada che gli era stata mostrata ed aperta e così faceva proseliti, seppur neppur lui una ortodossa Scuola.

²⁸ L’approdo spirituale si impose già con la guerra; con le delusioni che ebbe; con la grave perdita della moglie dopo l’espatrio; con questo trasferirsi in un’altra città, Roma (da lui scelta per bisogni spirituali, per stare in quella non bella zona – Via Parigi – ma appositamente di fronte alla Basilica degli Angeli e dei Martiri), con la percezione della povertà del diritto rinsecchito e la disillusione generata dal suo svilcerato amore per l’esperienza giuridica, con quella sempre inappagata capacità di riflettere su tutto e di non darsi pace. E proprio per ciò debbo dire che ancor più bello de «La Prova civile», tra i libri di C., è, in ultima analisi, quello titolato «Il sole si leva al tramonto»: libro davvero da consigliare, che mostra come, specie poi se gli argomenti *de auctoritate* fossero buoni argomenti (il primo a negarlo sarebbe proprio C.), tutti noi, specie in quest’anno di Giubileo infine diverso, dovremmo effettivamente avere, come Egli teneva tanto a mostrarci, il pensiero davvero sabbaticamente più in alto del solito quotidiano orizzonte, professionale od accademico che sia. Per ritrovare la scaturigine in senso lato religiosa di ogni (sensata) esperienza giuridica, per arginare la entropia dei tanti arbitrii arginati dal puro *metus: non Mos, non Jus* per dirla con Tacito (III, 28).

7. - Il riflesso della vita iperoperosa di F. Carmelutti nell'epoca d'oro fondativa della *Processuale*.

Lo sospettavamo da tempo, ma da “*Daniele*” (e dai pochi testimoni tuttora *available*) emerge che C. faceva una – che altri direbbe infernale – vita segmentata per orari: nel comune orario di lavoro faceva la vita di un avvocato di grande successo dedito però sempre alla frequentazione dei Tribunali e delle Corti, e magari alle “ciacole”, in un’epoca di loro non troppo deteriorata efficienza (prima a Venezia, poi specialmente a Milano, indi anche a Roma, e talora a Padova). Praticava il civile e il penale alla pari; insegnava in Università, verosimilmente, né di rado né però diurnamente, insomma quando (a lui) occorreva²⁹. Ma lo scrittore, il lettore e il direttore-redattore della “*Processuale*” era all’opera tutti i 365 giorni dell’anno, soprattutto la mattina presto per 4-5 ore e certo non meno del solito nei giorni e periodi festivi! Che altro poteva e voleva fare, del resto? Quasi ogni giorno le tre “piste” seguite ventre a terra si giustapponevano e, a un certo punto, anche le tre o quattro dette città (Venezia, Padova, Milano, Roma, in una epoca in cui, se il lavoro giudiziario – anche estivo – aveva meno dispersività e tempi morti, gli spostamenti erano soprattutto ferroviari o di viabilità ordinaria, seppur non congestionata).

L’epoca fondativa d’oro della “*Processuale*” (ossia quella della “Rivista di diritto processuale civile” nel ventennio anteguerra, certo più vicina al conio della “*Commerciale*” e della sua celebre Presentazione) offre del resto una fotografia accurata di tutto questo: i collaboratori non erano solo accademici, i lettori non solo processualisti (e neppure solo avvocati civili eccellenti), la rivista – anche con l’aiuto, via via, del fido Cristofolini (combattente sfortunato e così invalido della grande guerra e prematuramente poi scomparso) e poi di Calamandrei, Andrioli, Micheli e sotto l’egida iniziale dell’austerità chiovendiana ancor non “monumentalizzata” – era vibrante e centrata non poco sulla sua parte II, dedicata al dibattito con la giurisprudenza. Come si sa bene, al 50% “suo” compito di Monitore. Dialoghi, poi, non certo propriamente socratici. Naturalmente anche ta-

689

²⁹ G. De Luca mi dice che mai lo vide salire negli Istituti romani e lo poteva frequentare in studio a via Parigi vicino, non a caso, alla basilica di Santa Maria degli Angeli e dei Martiri che prediligeva.

lune lacune, e i prediletti eccessi di C. si riflettevano sulla “Processuale”: egli, per quanto notoriamente... “economò” (specie del tempo però), né si intendeva né si interessava di economia e tanto meno di una embrionale analisi economica del processo. C., parrebbe di dover dire, fuori di Italia non viaggiava, né in Europa né nelle Americhe; si dilettava sì di molte eclettiche letture (v. la silloge nel già rammentato “Tempo perso”), ma non di comparazione giuridica, a ben vedere neppure impostata con la Germania (e, fino a che fu rilevante, con l’Austria ante-dissoluzione) e che su linee consentanee ritroveremo invece in Ascarelli. Degli autori tedeschi a C. interessavano soprattutto – scoperti nel 1899 durante la tesi polacchiana – i primi pandettisti (specie Windscheid, attraverso le predilette note di Fadda e Bensa) e la loro ricerca della architettura concettuale nel rispetto della logica tardo-gius-naturalistica. Da usare e rifondere solo in seconda battuta nel suo “concreto”, in questo senso opposto a quello ad es. su cui non cessava di insistere Satta e più seducente per i razionalisti, anche perché dopo tutto, starei per dire, alquanto più ... concreto e completo, proprio perché meno isolanamente struggente (C. non lo era in effetti per nulla, ma un velo di vera malinconia).

690

La ragione della perdurante predilezione è chiara: solo e ancora nella pandettistica C. trovava gli utensili affinati dai secoli per concettualizzare e per più compiutamente apprendere e comunicare la realtà pratica della esperienza giuridica. Invece nei giuristi contemporanei di Oltralpe non trovava (al pari che nel suo relatore di laurea e in tanti colleghi italiani) se non una troppo pallida e snervata immagine della esperienza giuridica. Se avesse saputo meglio l’inglese e visitato alacremente, appunto, gli USA dei tardi anni prebellici, avrebbe trovato pagnotte per i suoi denti. Anche perché, dalla fine degli anni ‘30, ivi dall’Europa si trasferirono forzatamente (e con gran scorno per le prospettive evolutive della nuova Europa) alcuni dei migliori, e più “concreti”, intelletti anche giuridici, contribuendo al vero e irreversibile “sorpasso”. Sì perché, dopo l’altro sorpasso, avvenuto attorno al celebre convegno processualistico di Vienna del 1928 dell’Italia sulla mittel-Europa³⁰, e così dopo questo apice, anche della vita

³⁰ A detta di Mendelssohn-Bartholdy ed anche in virtù delle relazioni che vi tennero appunto Carnelutti e il giovane Calamandrei, “geni rivali”.

di giurista di F.C. (che si puntualizza, per Colesanti, nel suo “Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni” dedicato nel 1927 proprio a Chiovenda), la palma della vitalità, prima, e dei risultati corposi e preziosi, poi, diremmo sia presto trascorsa oltreoceano e ad oggi più non ritornata.

8. - L'impostazione profondamente “elastica” del C. aspirante legislatore (...ma non troppo) verso un processo sostanzialmente liberale.

Dunque un giurista di *appeal* solo apparente, poiché limitato e datato, come tanti pensano ma non dicono? Ragione in più, assieme alla rilevata assenza di “scolasticità” accademica, proprio nell'autore delle più celebri *Lezioni*, per il cono d'ombra tante volte lamentato (ad es. – con acerbo e ammirato stupore – da Irti)?

No, in tutta sincerità non direi proprio: C. è datato certo, come chiunque di noi, e meno di illustri altri³¹, anche se forse, in effetti, un po' di più di Calamandrei³² e forse anche di quello che chiamerei il binomio Liebman-Denti che, seppur in vasta e differenziata compagnia, diedero dal 1965 una diversa e modernissima direttrice, sì neo-chiovendiana nella architettura, ma accosta ai principii costituzionali, alla comparazione, alle evoluzioni sovranazionali e financo alla sociologia giuridica, al vascello ormai scricchiolante seppur già onusto della Processuale, che era stato varato da C. sì assieme a Chiovenda ma con declinazioni largamente post-chiovendiane; non però spento mai del tutto, poiché il *mos* geometrico attrae sempre. L'ansia conoscitiva ed introspettiva del C.³³ seppe, venendo da quell'alaacre gioventù forense e bocconiana, capire che il processo civile futuro

691

³¹ E così datato, ad es., meno di Chiovenda che si legò per un verso (e troppo, come subito fece notare Allorio) alla teorica del *Klagerecht* e, quanto ad orizzonte progettuale, all’“evangelio” di Franz Klein, suadente sì ma più adatto ad una società statico-agreste-piccolo borghese che, sia quel che sia, l'Italia, almeno quella centrosettentrionale, aveva già da decenni superato.

³² Che seppe, sia da giovane (nel doppio volume storico-comparatistico-progettuale sulla Cassazione) sia da anziano (nella valorizzazione intensa del costituzionalismo e della comparazione processuale), cogliere prospettive assai feconde e/o percepite da molti per tali anche allorché – e soprattutto dopo che – il fascino della concettualità logico-pandettistica si appannò notevolmente nel mondo della decostruzione.

³³ Che a un certo punto lasciò e salutò “la maestà dell'ateneo di Padova” per la pulsante e brulicante rete soprattutto economica milanese (come egli francamente si espresse) e poi per la capitale, seppur sulla Procedura penale, ma, si è visto, non per sua scelta, almeno inizialmente.

doveva essere innanzitutto proceduralmente *realistico ed elastico*, ma *eminentemente* ancorato ad un *sistema* di logica giuridica³⁴.

Il progetto legislativo per il c.p.c., redatto nel 1926 che anch'egli (come l'altrettanto "pratico" Mortara, che la famosa sottocommissione C presiedeva e a ciò infatti lo incaricò) fu preparato, già allora, semplicemente per gli archivi o forse per le storie e storiografie di noi posteri (coloro che da lustri le leggi, specie processuali, evidentemente non le sappiamo più scrivere o far adottare, e di buoni progetti riempiamo i cassetti, mentre di brutte e brute leggine la Gazzetta Ufficiale).

La impostazione del C. aspirante legislatore del 1926 è stata bene capita e spiegata, prima da Tarello e poi da Denti, allorché notarono che C. temperava alquanto «la sua [n.d.r.: meglio quella dei suoi tempi] vocazione all'autoritarismo nel processo civile con le ragioni, sempre ampie e liberali, della vocazione professionale dell'avvocato», allontanandosi così sensibilmente dal pensiero chiovendiano, di ispirazione (a tratti) vagamente autoritaria e non solo sociale e mitteleuropea. Con il «porre il fine del processo piuttosto nella soluzione della lite che nell'attuazione del diritto» il friulano C. mostrava di non accettare e di considerare neppure augurabili nell'interesse della giustizia gravi limitazioni al potere dispositivo delle parti, preferendo continuare a muoversi «su linee opposte, volte allo snellimento della procedura senza incidere sul fondamentale carattere di "gioco fra le parti (e i procuratori)" che aveva il vecchio processo».

Ecco dunque che il motivo ispiratore è ancora quello del processo sostanzialmente liberale, come *ludus di valentia* (non di furbizia, o ancor peggio di aleatorietà compilatoria, come era nel nostro caduco processo societario del 2003), di cui C. fece larghissima esperienza con riguardo al codice del 1865 e alla legge mortariana del 1901 sulla riforma del procedimento sommario. Proprio quella celebre e fortunata legge che invece Chiovenda aveva sottoposto ad analisi critica nella sua relazione del 1919 al progetto elaborato dalla Commissione per il dopoguerra. Più lontana di così, l'ispirazione e la lena riformatrice dei due direttori e fondatori della neonata

³⁴ Pur con qualche rischio, talora avveratosi, di eccesso borrominiano: come tale ammirabile per l'occhio, e nel caso di C. anche per l'orecchio, ma certo non suscettibile di esportazione lunga ed ampia, né nel tempo né nello spazio, ove riuscì meglio il berniniano Maestro fiorentino.

“Processuale” non poteva dunque essere, seppur con vera cordialità di reali Colleghi. Non che, come sottolinea Denti, C. spregi i fatidici principii-*Leitmotiven* austro-chiovendiani della immediatezza, dell’identità del giudice, dell’audizione delle parti, della oralità e della concentrazione. Egli però, da quel “realista” che era, conoscitore effettivo e profondo – come pochi altri (Redenti ad es.) aspiranti legislatori di allora ... e di oggi – della realtà quotidiana del processo civile (e ancor più del processo penale), vedeva bene gli interni effettivi legami e condizionamenti fra questi valori, destinati diversamente, ove proclamati in modo solo ideologico, a tramutarsi in poco più che *slogans*, come in effetti si è rischiato che accadesse tante volte.

E così C. notava già in allora quello che oggi tutti continuano a ripetere e che merita infatti ricordare pur se (o poiché) è la più trita e noiosa delle verità: «il problema riguarda più l’educazione degli avvocati e dei giudici, che non le regole del processo. Con l’attuazione del principio dell’oralità conviene essere molto cauti ... Se la riforma del procedimento non trova un terreno favorevole nel miglioramento dell’ordine forense e dell’ordine giudiziario, la riforma rischia di essere piuttosto che utile nociva». Lo dimenticano gli apprendisti stregoni della “fabbrica dei riti” di questo (giuridicamente) scialbo inizio del XXI secolo. Né codesta “educazione” si giova delle tante Scuole forensi e del profluvio di corsi e lezioni oggi impartite (da tutti e a tutti).

Ecco dunque che la prospettiva della sua proposta di riforma, tratteggiata già nelle *Lezioni* patavine e articolata fino in fondo nel *Progetto* del 1926, finisce con il far centro più che su quei chiovendiani principii – pur meditatamente accolti – nel riassuntivo “principio di elasticità”, ossia nella esigenza che le regole di procedura devono assicurare che si riesca a «adeguare, per quanto è possibile, la struttura del processo a quella della lite». E sempre Denti ha notato molto acutamente come l’omaggio compiuto, lustri dopo, da Calamandrei nella relazione del 1940 a codesto principio di elasticità, sia in realtà snaturante, poiché per C. esso doveva valere essenzialmente per la fase preparatoria del processo. Nella relazione a firma Grandi il nostro Ca-

lamandrei³⁵ riferisce invece la elasticità al ben diverso problema delle scelte consentite in via generale alle parti dal giudice, tanto che nella detta relazione il principio di elasticità viene ricollegato financo alla facoltà delle parti di chiedere la decisione secondo equità oppure di ricorrere in cassazione *omissio medio*. Secondo quello che talora fu il suo “stile macedonia”, ne fece così non poco disinvolto impiego³⁶.

9. - La lezione durevole delle sue opere e giorni: l'intensità concettuale inesausta calata come mezzo (e non fine) in un terreno “realistico”.

Infine, al postutto, la lezione durevole del geniale C., ma egli pure inesorabilmente legato alla prima metà del XX secolo, come ciascuno lo è al suo mondo, che trascorre presto nello “ieri”, dove può allora da noi essere ritrovata con l’aiuto del *Daniele*? E perché anche la fresca lettura di questo libretto ci aiuta a non perderla di vista pur decorso il suo (qui non troppo) *breve tempus*?

Le molte, autorevoli commemorazioni e analisi³⁷ convergono nel porre le premesse onde in fine individuare la sua attualità – diremmo in sintesi – nella «esemplarità della forza di pensiero» e nel carattere. Insomma, nella intensità concettuale calata come mezzo, non come fine, in un contesto pratico, ossia “realistico” (per riprendere l’aggettivo che C. volle assegnare a quella sua “scuola scientifica” che sapeva pressoché inesistente o, diversamente, troppo larga affinché quel sostantivo le si possa addire).

Fascino del personaggio che, però, ha bisogno per compiersi che si giunga non solo al mistero del processo (alla cui evocazione C. si rivolse sempre

³⁵ Giunto secondo al concorso padovano e così finito ... le mille miglia lontano e che certo non sol per ciò – Cipriani ha disseppellito anche la un poco “antipatica” relazione di ordinariato che ne ricevette dall’antico concorrente – con C. ebbe sempre una evidente rivalità.

³⁶ In effetti è ormai abbastanza dimostrato come Calamandrei fosse – al pari di molti temperamenti artistici della sua epoca, sia nella pittura che in musica – capace di creare un’opera sua con una serie di tasselli altrui, usati con un certo qual grado di elevata spregiudicatezza e sempre grande però capacità di illustrazione e persuasione; quasi, anzi, di commozione, sincera e così contagiosa. Non per questo, però, a nostro giudizio merita di venire in alcun modo oggi stigmatizzato, quasi come spirito luciferino (anziché come geniale e pugnace toscano tratto dal senese Mons. Polizianus e che a Roma fece cose grandi, e talora inquietanti, come il suo connazionale Baldassare Peruzzi).

³⁷ Di Fazzalari nel 1967 e nel 1995, di Tarello nel 1974, di Carnacini nel 1979, di De Luca, di Cipriani e Alpa in questi anni, etc.

più negli ultimi due decenni della sua esistenza, al pari di Satta, con mutua attrazione, entrambi definiti per ciò da Cordero «mistagoghi»), ma direi al mistero della natura umana. Non si può infatti parlare di C. giurista senza vedere quello che non fu un epilogo accidentale e neppure solo e tanto un ripiegarsi dolcemente introverso – come pur spesso accade nelle vite lunghe e varie –, ma il doveroso, inevitabile, trarre le fila di tutta una vita operosissima anche e soprattutto da avvocato e da insegnante (all'insegna dell'*age quod agis*, che Trabucchi – l'allievo più congeniale, dopo tutto – sotto i nostri occhi proseguì).

Anche per noi vale una *short answer*: per essere *all'altezza* dei bisogni di soluzioni scaturenti dalla esperienza giuridica – e proprio al crescere della sua modernità e complessità (con il dileguarsi della lezione illuministica, con polifonie, anche giurisdizionali, dimenticate dalla epoca del diritto feudale) – occorre un impegno e dedizione *totali* ed inesauribili. Analoghi a quelli della sperimentale medicina e della “grande” urbanistica e non già quel coinvolgimento decisamente a scartamento ridotto *che fu ed è* vieppiù tipico del ceto dei giuristi, certo non solo in Italia (ma ad es. non negli USA), consentito loro dalla comoda quanto nefasta separazione fra c.d. pratica e c.d. teoria, che li pone in sostanza “a mezzo servizio”, talora quasi come semi-villeggianti della vita.

Il gergo grigio e incurante dei giuristi per primo, viene da C. abbandonato, perché lo sforzo di “capiere” e “far capire” l'essenza degli istituti esige nitore ed *eleganza* anche espressivi oltre che inventiva di costrutti. E C. dà anche su questo crinale lezioni a tutti, anche ai pur raffinati “grandi scrittori di diritto” della sua epoca (Calamandrei e Redenti ad esempio). La pagina è lucente e chiara pur se il pensiero è – non può essere negato – sovente complicato e venato di continue *nuances* e distinzioni; eppure «la pazienza [e oggi il tempo, soggiungo] del lettore bisogna meritarsela», sia con il *rem tene* sia con una prosa né sciatta né inadorna, né tanto meno inerziale. Anche le lezioni, da quando libri e commentari sono a disposizione degli studenti, devono saper mobilitare qualcosa di più della (o financo di diverso dalla) precisione e completezza, ossia anzitutto una spiccata capacità evocativa verbale e vivente di concetti, idee e architetture in progressione mai chiusa e al servizio del “concreto”.

Figlio di un ingegnere (delle ferrovie, come Allorio), emerso da una fami-

glia contadina friulana, parla e scrive come un uomo del nostro Rinascimento; conosce fin da ragazzo (anche) il tedesco; studia come un soldato in guerra alla ricerca di una medaglia (gli esami ci dice, «dopo tutto, sono un rischio; e al rischio ci si deve abituare» e pure a vincere la paura e così, finiti gli esami, si chiedeva «perché quella gioia non continuava» dopo l'inizio di luglio e l'«esilio» in campagna?).

In questa cornice egli mobilita tutti gli utensili della logica; della sapienza oratoria appositamente appresa (e certo non senza qualche fatica); della capillare frequentazione della pandettistica entro cui nuota come un delfino gioioso (e anzi di quella d'annata, come rileva C. nella prefazione alla *“Prova civile”*); della diurna osservazione ed emulazione delle *best practices* (come oggi si suole dire) di un foro allora assai colto e intelligente; della valorizzazione dei migliori esempi di “magistrati di una volta”; dell'approntamento di una rivista moderna e agile – corale eppur fortemente personalizzata – la prima dedicata alle nostre materie dopo la ZZP tedesca. Si fa forte, infine, oltre che delle “sinergie” derivanti dallo studio contemporaneo di tante materie ... financo dello sprone potente offerto dalla vanità – che sarà peccato (ma veniale) ed è però motore anch'essa di molte realizzazioni –, quale indubbiamente può derivare ad un giovane giurista ed avvocato veneziano ad es. dall'avere come cliente il Patriarca delle Venezie, presto divenuto il Papa Sarto (Pio X) ³⁸.

Scaturigine e “giustificazione” di tutto il vorticoso e sostanzialmente disumano impegno, di cui la “Processuale civile” fu il vessillo, e del suo “gusto esigente” – e qui però, da diagnosi forse plausibili, passo ad una mera ipotesi benigna e chiudo con una congettura certamente ardita – io la troverei narrata nelle pieghe della sua autobiografica e (anche) nell'episodio della giovanile “cicatrice” ricorrentemente dolente.

Nel capitoletto *“Primi passi”* è raccontato il suo giovanilissimo e sciagura-

³⁸ Che, però, giustamente per le sue liti più importanti gli diceva, anche per curarne l'orgoglio già visibile, che si sarebbe più confidentemente rivolto ad uno degli avvocati ebrei che allora ben più numerosi di oggi – da che l'Europa ne è stata delittuosamente deprivata (come in altri, ancor più cruciali, settori) – illustravano i nostri fori e, per note ragioni storiche di tolleranza della Serenissima, soprattutto campeggiavano nei tribunali “Veneti” (a Verona ad es. Mortara venne a frequentare Cuzzeri), e massimamente in quello di Venezia (ma C., per sua e nostra fortuna, non era, per formazione, gusto talmudico, alacrità argomentativa, capacità di spregiudicato giudizio, etc., poi molto diverso da loro e certo non inferiore).

tissimo processo (del 1902!), in assise e per un gravissimo omicidio, difendendo l'imputato assieme ad un altro pure assai giovane avvocato: «due inesperienze sommate insieme insomma»; « (...) i due principianti non ebbero forza per resistere e il presidente, ch'era un cinico, li lasciò sopraffare». Insomma: sentenza di ergastolo, negate pure le attenuanti. L'altro difensore si diede al giornalismo. Saggiamente, forse. Il Nostro sulla bretella vi “rimase” (... “la sventurata rispose”), e capì subito che vita lo attendesse per non ... coprirsi di analoghe cicatrici e divenne ben presto F.C., con il cimiero sempre in testa.

Un rito di iniziazione infallibile, e non solo all'avvocatura o in specie a quella penale. Si noti: anche se l'imputato fosse stato colpevole – e verosimilmente lo era: C. lo fa, da buon difensore, solo velatamente capire – almeno l'assurdo dell'ergastolo, anziché una lunga ma “finita” pena, era chiaro che potesse e dovesse essergli evitato, proprio perché per C. la pena è risalita liberatoria e non approdo (e forse il mite convento del diritto canonico o i villaggi appeninici in zone disabitate della Toscana loreniana o l'esilio del diritto romano classico le si addice meglio dell'orrido moderno istituto del penitenziario carcerario).

Se il difensore è emblema nelle cause ardue della “funzione mediativa”, un ponte che congiunge il giudice e il giudicabile, conviene che non si risparmino i materiali e gli archi – anche i più raffinati – per costruirlo in modo tale da reggere le più sfibranti tensioni. C. non era (né teneva ad essere) un giurista sottile ed “estetico”, né un austero scienziato, né un sentenzioso professore: la sua densità concettuale, come la sua celebre eloquenza, sono essenzialmente *mezzi* per essere operatore completo di *jurisprudentia*. E così sapeva giungere, con immediatezza, al cuore delle questioni (giuridiche e verosimilmente, nella professione, anche di fatto), per poi superarle, sconfinando più in alto. Anche per questo non è mai, o quasi mai, autore di pagine che consentano una lettura facile: la pagina è solo per stile scorrevole e semplice, ma occorre fatica per riavvicinarla e digerirla (altra ragione del diffuso “abbandono”, a pro' magari dei mini-*puzzles* proceduralisti, dopo tutto questi sì facili).

Dunque, sempre, con la ostinazione competitiva di quando studiava per gli esami, si sforza di capire, far capire, difendere, fare bene giudicare. Aveva ragione lui, e non l'Allievo pur a tratti così simile Allorio (che del resto su

ciò predicò male, nella disputa con Bigiavi, ma razzolò assai bene): il diritto dinamico non si impara né si insegna senza una sufficientemente intensa pratica difensiva, ma negli *hard cases*, ed inoltre di indole diretta e non già “schermata”. Ed ancora in casi realmente spinosi, magari semi-disperati (dove le alte percentuali di soccombenze). Si inventa e apprende nella immanenza dell’errore, dal rischio della insufficienza e della miopia. Mutato il non poco che si deve, altrettanto vale anche per chi giudica.

Ebbene: la vinta paura, il dovere, lo sforzo, l’agonie, la meno imperfetta comprensione. Tutto qui: la sola Università, anche quella tanto più frequentabile di allora, consente di realizzare questo programma solo in rari casi. In questo senso il modello è tutt’altro che anacronistico, seppur non da imitarsi senza un tocco in più di relativismo e qualche giudiziosa minor baldanza³⁹.

³⁹ Non oso pensare, avendo iniziato a conoscerlo più da vicino rileggendo “Daniele”, quanto e come – se fosse vissuto a cavallo di quest’altro secolo – F.C. avrebbe tratto vantaggio dalla informatica giuridica e in quali direzioni avrebbe spinto la navicella della sua “*Processuale*” anche facendo forza su quei remi. Ma forse, allora, avrebbe trovato ancor prima quel momento di requie, e di vero mistero, di cui dicevamo sopra.