L'INCERTEZZA DEL DIRITTO

1. — Agli inizi degli anni quaranta un acuto filosofo del diritto, purtroppo poi prematuramente scomparso, Flavio Lopez De Oñate, pubblicò un saggio sulla certezza del diritto. Contrapponendosi alla scuola del diritto libero ed alla teoria che il diritto si realizza nella giustizia del caso per caso (la cosí detta giustizia del caso concreto), Lopez sostenne vigorosamente che l'eticità del diritto, la sua propria cifra morale, consiste nella sua certezza obiettiva e che la certezza del diritto si realizza nelle norme scritte: norme rese preventivamente e tempestivamente note a tutti i soggetti giuridici (a tutti i loro destinatari) mediante la loro pubblicazione.

Diversamente dal solito, il saggio del Lopez ottenne subito larga eco al di fuori dell'*hortus conclusus* dei filosofi, particolarmente nell'ambito dei giuristi. Uno dei maggiori esponenti dei nostri studi giuridici (un teorico che era anche un efficacissimo avvocato), Piero Calamandrei, fece seguire al libro del Lopez un articolo in cui, accettando in pieno la tesi della certezza, espose interessanti considerazioni circa la responsabilità della « dottrina » (si intenda la dottrina giurisprudenziale, la scienza del diritto, la *iuris prudentia*) ai fini della realizzazione pratica della certezza stessa. Non basta, egli disse, che il diritto sia riversato in leggi e che le leggi siano pubblicate dalla *Gazzetta ufficiale*: i giureconsulti hanno il dovere di diffondere il culto della legalità fra il popolo. La legge, anche se paia o sia ingiusta, deve essere puntualmente osservata e fatta osservare, perché nel rispetto delle leggi da parte di tutti sta la maggiore garanzia della libertà di ciascuno: si ricordi l'esempio di Socrate. Reagisca dunque l'*homo politicus* con le sue critiche all'ingiustizia delle leggi vigenti e si sforzi di ottenerne, nel rispetto delle debite procedure, gli opportuni mutamenti: l'*homo iuridicus*, il giurista in senso stretto, altro non può e deve che farle rispettare. Del resto, aggiungo io, già venti secoli fa Cicerone (*pro Cluent.* 53.146) ha affermato che dobbiamo essere schiavi delle leggi, per poter essere veramente liberi: « *legum ... omnes servi sumus, ut liberi esse possimus* ».

* In *Scr. Capozzi* 2 (Milano 1992) 659 ss.

Per verità, queste posizioni del Calamandrei circa la responsabilità della dottrina giuridica appaiono troppo rigorose, o piú precisamente troppo rigide, per poter essere facilmente condivise. Lo stesso Calamandrei, in un secondo momento, posto di fronte alla palese, schiacciante disumanità di certe leggi (si pensi, una per tutte, alla iniqua legislazione cosí detta « razziale » contro gli ebrei), si chiese tormentosamente se l'impegno dei giuristi non debba essere quello di propagare, al di là e al di sopra dell'osservanza delle leggi, l'osservanza della giustizia.

Per conto mio, io penso che la vera libertà dell'uomo comporti anche quella di non obbedire alle leggi che egli ritenga ingiuste. È una libertà che costa cara, perché implica che sull'inosservante si abbattano le durezze della sanzione prevista, appunto per l'ipotesi di inosservanza, dalle leggi. Ma è una libertà di cui il giurista ha il preciso dovere di rendere avvertito colui che gli si rivolga per consiglio, ponendolo dinanzi all'alternativa di obbedire o non obbedire alla norma. Il giurista, come ho sostenuto anche altrove, non ha il diritto di imporre una certa condotta piú o meno legalitaria, ma deve assolvere il compito del « mistagogo ». Egli deve svelare i misteri del diritto vigente e illustrare i pro e i contro della eventuale inosservanza di quel diritto: dopo di che il destinatario del comando giuridico deve rimanere solo con la propria coscienza e decidere il da farsi.

2. — Lasciamo da parte queste ed altre riflessioni ad alto livello. Lasciamo anche da parte la considerazione di quegli ordinamenti giuridici antichi, come l'ordinamento romano, o di quegli ordinamenti giuridici vigenti, come gli ordinamenti anglosassoni, in cui gran parte del diritto era od è fatta di consuetudini e di prassi giudiziarie. Caliamoci invece nella realtà dei paesi, tra cui l'Italia, che si dicono di « diritto scritto »: paesi nei quali la fonte piú alta e autorevole del diritto è costituita dalle leggi scritte.

In un ordinamento statuale come quello italiano il diritto viene concepito come un insieme di leggi costituzionali e di subordinate leggi ordinarie, le quali circoscrivono con un duplice steccato invalicabile il campo di ciò che è giuridicamente rilevante, vale a dire il novero di ciò che si deve fare e che, se non si fa, implica lo scatto di una sanzione penale o non penale. All'esterno dello steccato nulla è giuridicamente obbligatorio. All'interno dello steccato cooperano con le leggi, a mettere ordine nella società, i regolamenti governativi e gli usi richiamati dalle leggi e dai regolamenti.

Potrebbe sembrare il « *non plus ultra* » della certezza. Per ogni

azione che avesse in animo di commettere, il soggetto giuridico non avrebbe che da scorrere, magari con l'aiuto di un computer, l'elenco delle leggi, dei regolamenti e degli usi in vigore: cosí accerterebbe facilmente se gli sia giuridicamente lecito comportarsi come abbia divisato, o se invece gli incomba l'obbligo di comportarsi in un modo diverso.

Invece no. A parte la circostanza che la lista delle norme giuridiche vigenti è lunghissima (non si esagera se si parla di qualche milione di specifiche disposizioni di legge, di regolamenti e di usi), incombe sull'ordinamento legislativo italiano (e cosí su ogni altro analogo ordinamento legislativo) il peso di una considerevolissima quantità di incertezze di fatto da superare. Il che significa che il nostro ordinamento giuridico è « certo » in astratto, sia pure, ma è molto incerto in concreto.

3. — Un primo ordine di incertezze deriva al nostro ordinamento dalla vigenza in esso, accanto a leggi e regolamenti, di molteplici consuetudini, o usi normativi che dir si voglia. Ho già segnalato, infatti, che subordinatamente alle leggi ed ai regolamenti hanno vigore in Italia gli usi da essi provvedimenti richiamati, cioè gli usi (di vendita, di banca, di borsa, di mercato, di navigazione eccetera eccetera) cui le leggi o i regolamenti affidano espressamente la disciplina o la rifinitura della disciplina di numerosissime materie.

Che cosa è un uso normativo? Basta la definizione corrente, da tutti accettata, a mettere in evidenza la grande elasticità della nozione. La consuetudine è un comportamento al quale la stessa generalità dei soggetti attribuisce convintamente i caratteri della obbligatorietà giuridica. Occorrono, per identificare il fenomeno, la diffusione generale del comportamento in un certo luogo o in un certo ambiente, la ripetizione inalterata dello stesso comportamento da parte della generalità e, sempre da parte della generalità, la cosí detta « *opinio iuris et necessitatis* » del comportamento. Ora è appena il caso di rilevare quanto vaghi siano i concetti di « generalità », di « costanza » del comportamento e di « opinione generalmente diffusa della obbligatorietà giuridica » del comportamento. Da quale percentuale dei soggetti giuridici è costituita la loro « generalità »? Dalla metà piú uno, da una maggioranza superiore, da un percento inferiore al cinquanta? E come si accerta questa generalità; chi ci assicura che essa non sia una lustra, non sia il frutto di un'illusione? Analoghi interrogativi sorgono in ordine alla nozione di « costanza » del comportamento. E quanto all'« *opinio iuris et necessitatis* » ci si domanda, in aggiunta, che intensità debba avere il sentirsi vincolati da una consuetudine acché questo sentimento esorbiti dal generico del

socialmente doveroso e si levi al livello del doveroso giuridicamente, cioè del doveroso come una prescrizione di legge.

Tutte difficoltà, quelle ora accennate, che vengono elevate al quadrato dal fatto che le consuetudini sono, per definizione, non scritte: che mancano, quindi, precisi punti di riferimento circa la loro nascita, la loro estensione, il loro venir meno. Esistono, è vero, e sono autorizzate dalla legge, delle raccolte scritte di usi (per esempio, le raccolte degli usi di piazza, di mercato, curate dalle camere di commercio), ma gli usi attestati da queste raccolte si ritengono esistenti sino alla prova del contrario: sino alla prova della mancanza della generale diffusione del comportamento, oppure della incostanza dello stesso, o infine della deficienza, magari sopravvenuta, della « *opinio iuris et necessitatis* ». Di qui possibilità larghissime di dubbi, di contestazioni, di liti giudiziarie: dubbi, contestazioni, controversie vertenti sulla esistenza o meno, oppure solo sulla giuridicità o meno di questa o quella invocata consuetudine.

Va aggiunto, d'altronde, che le raccolte degli usi che corrono in Italia non facilitano per nulla la certezza in ordine agli stessi. Dovrebbero essere basate su accertamenti accurati, e non lo sono. Dovrebbero essere rinnovate frequentemente, e non lo sono. Dovrebbero essere costituite da descrizioni esatte, addirittura minuziose dei comportamenti registrati, e non lo sono. A volte sono addirittura arbitrarie. E a questo proposito non so esimermi dal ricordare, a titolo di curiosità, un'osservazione maligna che mi è avvenuto di fare qualche anno fa. La prassi piú diffusa e nota nella conclusione dei contratti è quella della stretta di mano: quando i due contraenti si stringono le mani (o si battono le palme l'una contro l'altra, nella cosí detta palmata) segno è che sono finalmente d'accordo su tutto e che « rien ne va plus », basta con le discussioni e le controproposte. Ma, come molti ricorderanno, mezzo secolo fa il regime fascista ritenne disdicevole, perché non conforme alla gloriosa tradizione della romanità, la stretta di mano tra le persone e, intervenendo anche in questo campo, la abolí con un « foglio di ordini » del partito. I bruschi mercanti di granaglie, di frutta, di carne, e via dicendo, delle varie piazze mercantili italiane probabilmente non se ne accorsero nemmeno. Non cosí le servizievoli camere di commercio dell'epoca: le quali, curando le nuove edizioni delle loro raccolte di usi, anziché continuare a registrare la prassi della stretta di mano a conclusione dei contratti (uso che pur rimaneva intatto, o quasi, sui mercati), la fecero sparire dalle raccolte e lasciarono nel vago, nell'incerto proprio l'importantissimo momento in cui scocca il « *consensus in idem placitum* ».

4. — Ad ogni modo le consuetudini anche se hanno l'incerto tracciato di un tratturo, di un sentiero di campagna, un qualcosa di consistente a cui rifarsi ce l'hanno, ed è il comportamento umano che si asserisce o che si nega essere usuale. Diversamente è per un concetto nobilissimo, ma ahimé quanto poco palpabile, che pure fa capolino nelle nostre leggi: il concetto di equità.

L'equità non figura nelle nostre leggi tra le fonti del diritto, ma vi figura non di rado come canone da adottarsi nei casi concreti: a volte con la funzione di sostituire i criterî dettati dallo stretto diritto e a volte con la funzione di integrare quei criterî. La sostituzione dei criterî dettati dal *ius strictum* si verifica nelle ipotesi (art. 113 e 114 c.p.c.) in cui il giudice è autorizzato, dalla legge o dalle parti in causa, a decidere la lite non secondo diritto, ma secondo quel che egli personalmente si convinca, per quel caso singolo, che sia equo. In questo caso equità sta per discrezionalità (discrezionalità motivata) del giudice, i cui motivi di giudizio, appunto perché discrezionali, sono sottratti all'impugnazione del soccombente. In altri casi è diverso: l'equità è configurata come un criterio di giustizia, di giusto contemperamento degli opposti interessi, cui il giudice è obbligato ad attenersi (senza rifarsi alla propria discrezionalità personale) in mancanza di regole legislative o consuetudinarie. L'equità è in questi casi un *quid abstractum* che il legislatore presume avere contorni propri, ma che egli omette di definire, quasi fosse un concetto evidente.

Per renderci conto della seconda ipotesi di ricorso all'equità leggiamo, ad esempio, un articolo del codice civile, l'art. 1374. Esso dice che « il contratto [qualunque contratto] obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge o, in mancanza, secondo gli usi e la equità ». È chiaro che qui il legislatore parte dal presupposto esatto che esistano dei principî generali di equità (di « equità naturale » diceva il precedente legislatore del 1865), ma lascia gli sprovveduti destinatarî della norma, e in subordine gli altrettanto sprovveduti interpreti giudiziari della stessa, nel dubbio piú profondo circa l'esatto tenore di quei principî. È vero che si può far ricorso ai filosofi, ma è altrettanto vero che assai raramente i filosofi vanno d'accordo fra loro. Conclusione: nell'ipotesi dell'art. 1374 c.c. ed in ogni altra ipotesi consimile il diritto vigente, rinviando all'equità, assume connotazioni di incertezza.

5. — L'equità, peraltro, non è la sola nozione estranea e non definita, cui facciano riferimento le nostre leggi. Ve ne sono delle altre.

Secondo l'art. 1175 c.c., « il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza ». Quali sono e dove si leggono queste regole? Sono quelle generali della morale o sono altre, per esempio quelle dell'educazione civica? Sono quelle della classe sociale A o sono quelle della classe sociale B? Sono quelle del momento in cui la legge è stata emanata o sono quelle, eventualmente diverse, del momento in cui la legge deve essere, dopo anni ed anni dalla sua emanazione, applicata?

Non basta. Secondo l'art. 1176 sempre del c.c., nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia ». A questa diligenza del buon padre di famiglia sono tenuti anche l'esecutore testamentario (art. 703), l'usufruttuario (art. 1001), il colono (art. 2167), il mezzadro (art. 2148) ed altri. Ora che cos'è la diligenza del buon padre di famiglia? Per rispondere bisogna far capo al diritto romano ed alla nozione del *bonus paterfamilias* (*bonus*, non *malus*, ma nemmeno *optimus*), vale a dire al concetto di uomo medio. Ma definire l'uomo medio è concretamente difficile e l'uomo medio di oggi non è piú quello del diritto romano o di cento o di cinquecento anni fa. Come si vede, il margine di incertezza lasciato dal concetto è vastissimo.

Andiamo avanti e leggiamo il codice di procedura civile. Secondo l'art. 89 sono vietate, negli scritti e discorsi giudiziari, « le espressioni sconvenienti e offensive ». La casistica delle incertezze e delle conseguenti controversie cui ha dato la stura questa disposizione è assai vasta, e si capisce. Io non ho nessun desiderio di cimentarmi in una esemplificazione, ma mi rimetto a quello che tutti sanno. Vi sono espressioni che un tempo erano considerate tollerabili solo negli angiporti e nelle taverne e che oggi sono invece pronunciate con naturalezza nelle migliori famiglie; ma non sempre sono ritenute accettabili nelle corti di giustizia, anche se non se ne vede il motivo. Dimodoché è consigliabile ancor oggi agli avvocati di buona famiglia di dimenticare, nell'esercizio delle loro professioni, il linguaggio di casa e di usare per prudenza solo espressioni che si ritengono tipiche, se pur lo sono ancora, dei conventi di monache o di frati.

Neanche il codice penale, che pure è informato al principio *nulla poena sine lege*, cioè al principio della strettissima legalità, è esente da riferimenti a nozioni incerte. Anzi ne abbonda.

Secondo l'art. 529 si considerano osceni, e comportano la reclusione da tre mesi a tre anni, « gli atti e gli oggetti che secondo il comune sentimento offendono il pudore ». D'accordo che il pudore è da inten-

dersi come senso di avversione o di difesa nei confronti degli aspetti equivoci e morbosi del sesso. Ma quali sono i confini di questo sentimento? Quaranta anni fa (tanto per dirne una) erano processate e condannate per oltraggio al pudore le signore che si esibivano sulle spiagge in « bikini »; oggi è discusso e discutibile se offenda il senso del pudore quel non-indumento femminile che si chiama « topless » o « monokini »; tra qualche anno, o solo fra qualche mese, alla prossima stagione balneare, non so.

Ancora. A mente dell'art. 594 c.p. commette il delitto di ingiuria « chiunque offende l'onore o il decoro di una persona presente ». Qui la incertezza è data dalla concezione che attualmente corre circa l'onorabilità delle persone o circa la buona (o non cattiva) reputazione che esse riscuotono. E altra incertezza è data dall'art. 595, che punisce per delitto di diffamazione chiunque, comunicando con piú persone, « offende l'altrui reputazione ».

Si potrebbe continuare, ma i casi finora esposti sono sufficienti. Essi pongono in chiara evidenza l'area delle incertezze del diritto provocato dal rinvio delle leggi vigenti a nozioni che esse omettono di definire, e che sono, oltre tutto, ampiamente opinabili e variabili.

6. — Vi è poi l'incertezza determinata dalle cosí dette lacune dell'ordinamento giuridico.

Entro il recinto di ciò che è giuridicamente rilevante non di rado avviene di accorgersi che vi sono ipotesi non espressamente previste dalle leggi, dai regolamenti e dagli usi: ipotesi che non si capisce, o almeno si deplora, che siano state lasciate irrisolte. Se le lacune si avvertono nelle leggi penali o nelle leggi eccezionali, cioè nelle leggi che comportano eccezione ad altre leggi, esse non vanno colmate: bisogna attendere che provveda il legislatore. Ma quando le lacune si avvertono altrove, per esempio in una legge civilistica, ecco che cosa stabilisce l'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale: « Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili e materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principî generali dell'ordinamento giuridico dello Stato ». Il legislatore, insomma, autorizza, anzi addirittura obbliga l'interprete ad un esercizio di logica che si dice « integrazione delle lacune per analogia ».

Tutti sanno, piú o meno, in che consista l'integrazione analogica. Identificati il caso o la materia piú somiglianti a quelli non regolati, si risale, attraverso un procedimento di astrazione, all'inespresso principio

regolatore di tutta la piú ampia categoria in cui rientrino quel caso o quella materia; dopo di che si ridiscende a valle e si formula la norma (inespressa dal legislatore) che meglio si adatti, secondo la presunta intenzione del legislatore stesso, al caso o alla materia tralasciati. Tutti sanno, ripeto, in che consiste l'analogia, la quale può ascendere nei casi estremi sino ai vertici della identificazione dei principî generali del diritto vigente; ma tutti sanno anche, o agevolmente capiscono, quanto delicato, complesso, pericoloso sia questo vero e proprio esercizio acrobatico, questa sorta di « looping », del ragionamento analogico.

Basta un nonnulla perché si prendano fischi per fiaschi. Lo provano le infinite discussioni circa l'esattezza o meno dell'una o dell'altra integrazione analogica. Discussioni, dunque ancora incertezze, che affliggono il diritto vigente e tengono lontani i destinatarî dalla facile comprensione di esso.

7. — Anche là dove le leggi non presentano lacune, né rinviano agli usi o a tavole di valori non definite, è tuttavia in agguato l'incertezza.

Mi riferisco al lessico, al patrimonio linguistico (di parole, di locuzioni, di frasi) delle leggi vigenti. Questo lessico in parte è quello ordinario della lingua parlata, in parte è quello tecnico che si è formato negli studi di giurisprudenza e che il legislatore non sempre ha avuto cura di trasfondere in definizioni normative. Per esempio, nozioni come contratto, furto, peculato sono definite da altrettante norme di legge: invece per molte altre nozioni tecniche e per la relativa definizione il legislatore si rimette essenzialmente ai giuristi.

Linguaggio comune e linguaggio tecnico non sono, purtroppo, usati sempre allo stesso modo dal legislatore. Non solo i tempi cambiano (nel senso che vi sono leggi emanate nella lingua di quest'anno accanto a leggi emanate nella lingua ordinaria ed in quella tecnica di cento e piú anni fa), ma cambiano le persone e le assemblee che sfornano le leggi e i regolamenti. Le variazioni sono tante e cosí notevoli, che rendono difficile, se non proprio impossibile, anche la memorizzazione elettronica delle disposizioni di legge: ciò almeno nel senso che, per il richiamo delle disposizioni che di volta in volta interessano, non è sempre facile trovare le « parole-chiave » inalterabili di un codice lemmatico.

Particolarmente pernicioso per la certezza del diritto è il metodo che adotta il parlamento nel legiferare. Premesso che i giuristi, i veri tecnici del diritto sono in parlamento una esigua minoranza, le proposte di legge non sempre giungono alle commissioni ed all'aula dopo aver

attraversato il vaglio di un buon ufficio legislativo. Il vortice delle discussioni, degli emendamenti e dei subemendamenti fa il resto. Oltre che incomprensibili o quasi, le leggi che sortiscono da queste procedure sono spesso non omogenee, nel linguaggio comune e in quello tecnico, con le leggi antecedenti che regolano la stessa materia o materie analoghe.

Fatto si è che tutti pretendono di conoscere a sufficienza sia il linguaggio italiano corretto, sia lo stesso linguaggio giuridico. Sopra tutto negli uffici della burocrazia e nelle aule parlamentari ci si ritiene padroni incontestabili di quei linguaggi, mentre non lo si è che in modo molto approssimativo. E cosí si commettono svarioni a volte colossali, come quello, ad esempio, della l. n. 797 del 1976, la quale istituí dei buoni poliennali del tesoro « al portatore » (cioè trasferibili, per definizione, mediante la semplice consegna dall'uno all'altro possessore), aggiungendo che quegli specifici buoni erano peraltro « non cedibili », cioè non trasferibili dai loro possessori. Ricordo che vi fu in parlamento, almeno in quella contingenza, un giureconsulto che pregò, che quasi supplicò vivamente i colleghi di non incorrere in questa *contradictio in adiecto*, in questa contraddizione in termini; ma ricordo che quel giureconsulto rimase, come altre volte, in minoranza e dovette concludere che il suo contributo tecnico ai lavori parlamentari era assolutamente trascurabile.

8. — Il tema dei lavori parlamentari meriterebbe una esposizione piú lunga e articolata, perché è dal modo concitato, e a volte convulso, con cui le leggi si discutono e si fanno in parlamento, che dipendono molte delle difficoltà che esse creano ai loro destinatarî, e piú in generale agli interpreti.

Tommaso Campanella ha scritto a suo tempo, nel lontano '600, che « le leggi ottime sono le poche e brevi che s'accordano al costume del popolo ed al bene comune », ma questo aureo insegnamento può dirsi ormai quasi del tutto dimenticato. Le leggi, al giorno d'oggi, sono molte, sono lunghe, sono oscure e sono insufficientemente meditate. Dal che è fatale che derivino incertezze di ogni genere.

Si pensi a un caso abbastanza recente e clamoroso: quello della l. n. 377 del 27 luglio 1984. Questa legge ha disposto, tra l'altro, che « per gli immobili adibiti ad uso di abitazione, l'aggiornamento del canone di locazione di cui all'art. 24 della l. 27 luglio 1978, n. 392 » (la cosí detta legge dell'equo canone) in ordine al canone « relativo al 1984 non si applica ». Considerato che gli aggiornamenti dei canoni mensili devono essere fatti ad agosto di ogni anno, per valere sino a tutto luglio

dell'anno successivo, sorse inevitabile la domanda se l'aggiornamento di canone « relativo al 1984 » fosse vietato sino al 31 dicembre 1984 o sino al 31 luglio 1985. Non vi è dubbio che l'intenzione del legislatore fosse quella di congelare un'intera annata di canone (cioè dall'agosto 1984 al luglio 1985), ma la formula della legge parla di aggiornamento « relativo al 1984 », all'anno solare 1984. Piú che plausibili, anche se alquanto pelose, sono state perciò le richieste di aggiornamento a decorrere dal 1° gennaio 1985 avanzate ai loro inquilini da molti proprietari di alloggi.

Ogni controversia si sarebbe potuta evitare, nel caso ora riassunto, se gli autori e i circa mille votanti della legge avessero riflettuto maggiormente sul contenuto della legge dell'equo canone e sulla formulazione da conferire alla legge di riforma. Sta di fatto che, in questo come in molti casi, si è omesso di riflettere con la dovuta accuratezza.

9. — Tale è, dunque, la situazione del nostro ordinamento giuridico e, press'a poco, di ogni altro ordinamento moderno a diritto scritto. Ove non si voglia subirla passivamente (e naturalmente è doveroso fare di tutto per non subirla passivamente), sorge il problema dei rimedî da adottare per ridurre al minimo i margini di incertezza dell'ordinamento.

La strada maestra, come è ovvio, sarebbe quella di evitare, mediante una legiferazione piú accurata, tutti gli inconvenienti dianzi denunciati: niente piú rinvii alla consuetudine, niente rimandi a nozioni extralegali (equità, correttezza, onore eccetera), rinuncia alla analogia per la integrazione delle lacune, massima accuratezza nel ricorso al lessico ordinario e a quello tecnico, minuziosa completezza della normazione scritta. Dico però subito che questa strada maestra non sarebbe percorribile fino in fondo e porterebbe, se percorsa troppo in avanti, ad inconvenienti altrettanto gravi, se non addirittura maggiori. Il legislatore non potrebbe caricarsi del fardello di regolare egli stesso, con apposite norme scritte (e ben scritte), tutto (ma proprio tutto) quanto è rilevante per una ordinata vita giuridica. Dieci parlamenti non sarebbero sufficienti e la *Gazzetta ufficiale* assumerebbe dimensioni spropositate.

Alcuni rimedî piú limitati sono, tuttavia, possibili e consigliabili. Vale la pena di accennarli.

In primo luogo, la revisione della costituzione repubblicana, cui da tempo si attende, potrebbe cogliere l'occasione di elevare al rango di principî costituzionali alcune norme generalissime di maggiore importanza. Ciò sia per sottrarle al destino di essere troppo facilmente cambiate o contraddette da votazioni parlamentari a maggioranza sem-

plice, sia per sottoporre le norme legislative ordinarie che eventualmente le derogassero al sindacato di costituzionalità della Corte costituzionale.

In secondo luogo, lungi dal rinunciare al sistema dei codici organici (i quali oggidí sono cinque: civile, penale, di procedura civile, di procedura penale e codice della navigazione), si potrebbe e dovrebbe estendere questo sistema ad altre materie oggi non previste, razionalizzando e disciplinando la produzione legislativa, creando cioè per essa punti di agglutinazione stabili da seguite.

In terzo luogo (e si tratta di un'istanza largamente diffusa), le attribuzioni del parlamento in materia di leggi andrebbero disciplinate, limitando l'attività parlamentare alla formulazione delle norme di base e lasciando il carico della restante normazione specifica a leggi delegate o a regolamenti del governo, e per il governo agli elaborati di un adeguato servizio legislativo. Sarebbe auspicabile, infatti, l'istituzione di un ufficio legislativo centrale (uno solo per tutti i dicasteri del governo: possibilmente l'ufficio legislativo del ministero di Grazia e giustizia, oppure un ufficio sistemato presso la presidenza del consiglio), il quale rivedesse sul piano tecnico-giuridico tutte le proposte legislative e desse pareri autorevoli (anche se non vincolanti) per la loro migliore formulazione, o addirittura provvedesse esso stesso, sempre in modo non vincolante per le decisioni ultime del legislatore, alle formulazioni piú appropriate.

10. — Ma non illudiamoci. I rimedi contro il dilagare dell'incertezza nell'ordinamento giuridico, che ho appena finito di indicare, dato anche che fossero tutti quanti adottati, altro non sarebbero che palliativi. Utili palliativi, ma palliativi. I dubbi di interpretazione e le relative controversie vi sarebbero sempre, e in gran numero. Ragion per cui è da ritenere, realisticamente, che liberarci del male dell'incertezza del diritto non sia praticamente possibile.

Quello che necessita è convivere nel modo migliore con l'incertezza: è poterla di volta in volta, nelle contingenze concrete, superare. E perciò occorre che disponiamo di una buona giurisprudenza sia pubblica, sia privata.

La giurisprudenza pubblica (che in un certo linguaggio viene chiamata « giurisprudenza » per antonomasia) è costituita dagli organi della giurisdizione civile, amministrativa, penale, costituzionale, i quali provvedono a dirimere in concreto le numerosissime controversie insorgenti in ordine alla applicazione del diritto vigente. Le sentenze e le decisioni di questa giurisprudenza sono prese in contraddittorio tra le parti in lite:

parti che, ove si tratti di privati, sono di regola obbligatoriamente rappresentate e assistite da tecnici appartenenti all'ordine degli avvocati e dei procuratori legali. Si accumulano, ogni anno, centinaia di migliaia di provvedimenti, solitamente di variatissimo tenore, che si incanalano a fatica (e non senza vistose eccezioni) lungo certe direttrici interpretative segnalate piú o meno autorevolmente dai gradi superiori dei giudizi, per esempio dalla cassazione. Intendiamoci. È bene che di fronte al caso concreto da risolvere ogni giudice ragioni con la propria testa, senza lasciarsi influenzare da altri giudici o da giudici di rango piú elevato. Forse però in Italia si esagera. L'esame delle sentenze e delle decisioni della giurisprudenza pubblica italiana induce infatti a rilevare che quest'ultima, con la non sempre giustificata variabilità dei suoi giudizi, contribuisce non poco ad accrescere nei soggetti giuridici la sensazione di incertezza del diritto cui essi sono tenuti ad obbedire.

Ben diversamente andrebbero le cose, per quanto riguarda la giurisprudenza pubblica, se disponessimo di un corpo omogeneo e ben preparato di magistrati. Purtroppo, non è cosí. A differenza che in altri paesi, il sistema italiano di reclutamento della magistratura ordinaria è molto superficiale, basandosi su un esame di ammissione fatto su nozioni teoriche elementari. Di piú: per tutelare la indipendenza dei magistrati tra loro è stata progressivamente introdotta una carriera automatica che non tiene conto per le promozioni di scrutinî e di note di merito. I buoni magistrati non mancano, ma si tratta, a cosí dire, di volenterosi autodidatti non collegati organicamente tra loro.

Ecco il motivo per cui, almeno a mio parere, le maggiori speranze nella lotta contro l'incertezza del diritto sono da riporre nella giurisprudenza privata: la quale non è fatta solo dai patrocinatori legali (procuratori o avvocati che siano), ma è fatta anche e soprattuto dai buoni studiosi (universitari e non universitari) di diritto, dai giureconsulti. Buoni studiosi, ho detto: non solamente studiosi, o sedicenti tali, o troppo facilmente ingolfati da recenti e improvvide riforme nelle università italiane.

I giureconsulti. Vi è stata un'epoca, quella romana, in cui i giureconsulti erano il filtro di ogni questione giuridica. Qualunque atto giuridico o stragiudiziale avesse in mente di compiere (dall'azione per il regolamento dei confini al testamento), il buon romano si rivolgeva per consiglio ad un giurista: giurista che, appunto perché consultato (*consultus*), era detto *iurisconsultus*. Quell'epoca è passata da un pezzo; ma non è giusto che oggi si versi nell'estremo opposto, che è quello del minimo rilievo sociale conferito alla cosí detta giurisprudenza consultiva.

Se i soggetti ricorressero piú frequentemente ai buoni consigli dei giureconsulti, eviterebbero il cinquanta per cento delle volte di imbarcarsi nelle avventure e nelle spese di una causa. E se i giureconsulti venissero a loro volta piú di frequente consultati, è probabile che dismetterebbero un certo loro parlare ermetico, fatto solo per gli « addetti ai lavori », che oggi generalmente li caratterizza.

Ma qui finisco di parlare. Anch'io sono un giureconsulto (piccolo, ma giureconsulto) e non vorrei che si pensasse che io abbia perorato tutto questo lungo discorso *pro domo mea*.

POSTILLA: IL CENTENARIO DELLA CODIFICAZIONE ITALIANA.

La codificazione civile dell'Italia unita compie in quest'anno 1965 il secolo. Rimonta infatti al 1865 la pubblicazione del codice civile, del codice di commercio e del codice di procedura civile, entrati poi in vigore col primo gennaio del 1866.

Data l'avvenuta unificazione politica del paese, l'opera legislativa unitaria era a sua volta indilazionabile, ed appunto per ciò fu, in alcune parti, necessariamente frettolosa. Ma il testo fondamentale, quello del codice civile, anche per la bontà dei modelli cui si ispirò, dal Codice Napoleone ad alcuni codici preunitari di buona lega, può considerarsi tutto sommato eccellente. Eppure, nemmeno esso ha resistito a lungo alle istanze riformatrici, sí che nel 1942 la codificazione civile italiana, già notevolmente ritoccata in precedenza, è stata rinnovata completamente mediante la pubblicazione di un nuovo codice di procedura e, sopra tutto, di un mastodontico nuovo codice civile, in cui hanno confluito anche le norme contenute nel codice di commercio.

Era necessario? Può darsi. Ma è singolare che in questi anni, a distanza di poco piú di un ventennio dalla riforma, si ritorni ancora a parlare della necessità di una codificazione nuova, anzi già ci si ponga d'impegno a inventare nuovi istituti da sostituire ai vecchi ed a proporre nuove norme per il regolamento di vecchi istituti.

Tutto ciò, sebbene in Italia il fenomeno si presenti con connotati macroscopici, è il segno di un'attitudine assai diffusa nel mondo moderno, fatta eccezione per ora di quello anglosassone. L'attitudine a superare, o a figurarsi di poter superare, i problemi di applicazione delle leggi vigenti mediante la riforma delle leggi stesse, anziché mediante uno sforzo

* Redazionale di *Labeo* 11 (1965) 145 s.