

RIVISTA

DI

DIRITTO PROCESSUALE

FONDATORI

G. CHIOVENDA F. CARNELUTTI

DIRETTORI

F. CARNELUTTI P. CALAMANDREI
PROFESSORE ORDINARIO
NELL' UNIVERSITÀ DI ROMA

REDATTORE-CAPO

V. ANDRIOLI
PROFESSORE ORDINARIO NELL' UNIVERSITÀ DI PISA

VOLUME V - PARTE I

Anno 1950



PADOVA

CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

1950

multà, di credere alla verità! A questo desiderio così semplice deve limitarsi il passante. Il suo povero discorso non è capace di andare più oltre.

GIUSEPPE CAPOGRASSI

professore ordinario nella Università di Napoli

IL PROCESSO COME GIUOCO (*)

SOMMARIO: Aspetto psicologico del processo. — 2. Carattere agonistico del processo: il principio di dialetticità. — 3. Il dovere di lealtà nel processo: *malafide processuale*, uso indiretto e abuso del processo. — 4. Mezzi di coazione psicologica prima dell'inizio del processo. — 5. Espedienti per ritardare il corso del processo. — 6. Espedienti per accelerare il corso del processo. — 7. Il congegno psicologico delle misure cautelari. — 8. La fase istruttoria. — 9. Meccanismi psicologici dell'onere. — 10. La valutazione soggettiva del contegno delle parti. — 11. I sottintesi del giuramento decisivo. — 12. Conclusione.

La ragione per la quale non basta uscire dall'Università con una laurea in procedura civile conseguita con centodieci e lode, per essere senz'altro accorti avvocati d'udienza, è molto simile, psicologicamente, a quella ragione di comune esperienza per la quale non si diventa abili giocatori di scacchi soltanto coll'imparare a mente da un manuale le regole della scacchiera. È vero che senza conoscerle non si può giocare: come senza conoscere alla perfezione le norme del codice di procedura non si può fare un processo (a meno che non si segua il metodo di certi avvocati di mia conoscenza, che continuano a pigliarsela col vituperato codice di procedura civile in vigore, perché si ostinano a volersene servire senza averlo mai letto); ma, quando si conoscono le regole in teoria, quel che in più conta per imparare il giuoco è di vederle funzionare in pratica, è di sperimentare come sono intese e come sono rispettate dagli uomini che devono osservarle, contro quali resistenze rischiano di scontrarsi, con quali reazioni o con quali tentativi di elusione devono fare i conti.

Il legislatore fa le leggi per il suo tempo: deve conoscer bene il livello morale e sociale del popolo per il quale queste leggi son fatte, e calcolare in anticipo in qual modo di fronte a queste leggi si comporterà, e se sarà disposto a prenderle sul serio, un cittadino di tipo « normale », che per moralità e intelligenza corrisponda al costume medio della società alla quale appartiene. Il buon legislatore dev'essere dotato di una certa immaginazione,

(*) Questo studio è destinato agli *Scritti in onore del prof. Francesco Carnelutti*.

ma temperata dal senso storico, per riuscire a prevedere con sufficiente approssimazione come saranno accolte da coloro che dovranno osservarle le leggi che egli si appresta a mettere in vigore; e in questi suoi calcoli preventivi deve guardarsi dal pessimismo, che lo porterebbe a considerar la media dei cittadini come disonesti e ribelli, sprovvisti d'ogni senso di reverenza alle leggi, e soltanto studiosi di raggiarle; ma deve guardarsi altresì dall'eccessivo ottimismo, che lo indurrebbe a immaginarsi il consorzio per il quale legifera come composto unicamente di persone perbene, gareggianti nel prestare zelante ossequio alla legalità (forse proprio questo è stato il più grave errore del vigente codice di procedura civile: aver immaginato i giudici e gli avvocati migliori di quello che sono).

Soltanto il giurista « puro » può prendersi il lusso di trattare le leggi come congegni di precisione, che, al contatto cogli uomini, considerati in serie tutti uguali ed equivalenti, sian capaci di reagire sempre nello stesso modo, come a premer sul tasto scatta sempre nello stesso modo la macchina inanimata. Ma il legislatore deve conoscere, prima che la tecnica giuridica, la psicologia e l'economia del suo popolo: e sopra tutto non può limitarsi ad essere un giurista puro l'avvocato, il quale deve ad ogni istante ricordarsi che ogni uomo è una persona, cioè un mondo morale unico ed originale, che dinanzi alle leggi si comporta secondo i suoi gusti e i suoi interessi, in maniera imprevedibile e spesso sorprendente. Questa necessità di non dimenticare mai che le leggi sono fatte per gli uomini vivi, dei quali, prima di studiare il diritto bisogna conoscere la psicologia, vale sopra tutto per le leggi processuali: perché esse, più di ogni altra categoria di norme, sono destinate, più che a garantire un effetto giuridico costante e astrattamente prevedibile, a registrare a *posteriori* il risultato concreto di quella specie di partita legale, fatta di volontà gareggianti, di mosse sottilmente studiate e di accorgimenti tecnici, che è il processo.

Il diritto processuale rientra per la più gran parte in quella categoria di disposizioni che furono chiamate « regole finali »: che non impongono obblighi, ma, a chi si proponga un certo scopo (ottenere giustizia), offrono il metodo, o si potrebbe dire il ricetta-rio, per conseguirlo.

Ma questo metodo non garantisce a *priori* tale conseguimento: per ottenere giustizia non basta aver ragione. Anche l'antico

proverbio veneto, tra gli ingredienti che occorrono per vincere le liti, mette sì al primo posto l'« aver ragione », ma subito dopo aggiunge che occorre altresì « *saverla espor* », « *trovar chi la intenda* », e « *che la voglia dar* », e alla fine « *debitor che possa pagar* ».

Nel processo civile l'attore si fa avanti per domandare una sentenza che riconosca il suo diritto; ma ottenere ciò non dipende soltanto dalla sua domanda: il giudice non è, come argutamente avvertiva Gnaeus Flavius, una di quelle macchinette automatiche in cui basta introdurre da una parte una moneta perché dall'altra esca il pacchetto bello e confezionato. Affinché la domanda proposta dall'attore possa essere accolta, occorre che sia filtrata attraverso la mente del giudice, e che riesca a farsi intendere da lui ed a persuaderlo: l'esito finale dipende dunque dall'incontro di queste due psicologie individuali e dalla forza di convinzione con cui le ragioni fatte valere dal richiedente riusciranno a suscitare risonanze e simpatie nella coscienza del giudicante.

Ma con ciò non si è ancora detto quello che per il processo civile è l'essenziale. Non solo infatti si deve aggiungere che, essendo il processo civile un processo di *parti* basato sul principio del contraddittorio (art. 101 cod. proc. civ.), le forze psicologiche che tendono a persuadere il giudice sono sempre due, in contrasto tra loro, sicché la decisione del giudice implica sempre una scelta; ma sopra tutto si deve rilevare che nella scelta tra queste due volontà contrastanti, il giudice, il cui *visus* è limitato istituzionalmente nella cornice degli *allegata et probata*, non è libero di dar ragione a chi vuole; ma è tenuto a dar ragione a quella parte che meglio è riuscita, coi mezzi tecnici a ciò appropriati, a dimostrare di averla.

La sentenza non è dunque il prodotto automatico dell'applicazione delle leggi ai fatti, ma è la risultante psicologica di tre forze in giuoco, due delle quali, studiandosi ciascuna di tirar nella propria direzione la terza, svolgono tra loro una gara serrata che non è soltanto di buone ragioni ma altresì di abilità tecnica nel farle valere. Fortunata coincidenza è quella che si verifica quando tra i due litiganti il più giusto è anche il più abile: ma quando in certi casi (e vogliamo credere in rari casi) questa coincidenza non c'è, può accadere che il processo, da strumento di giustizia fatto per dar ragione al più giusto, diventi uno strumento di abilità tecnica, fatto per dar la vittoria al più accorto.

È vero che le leggi processuali sono dettate nell'interesse pubblico della giustizia: lo scopo supremo che lo Stato idealmente pone come meta ad ogni litigante, e in generale a tutte le persone che in una veste o in un'altra partecipano al processo o vi collaborano, è l'osservanza del diritto, il trionfo della verità, la vittoria della ragione. Ma in concreto, se si può sperare che nella massima parte dei casi questo scopo sia effettivamente raggiunto, ciò avviene non perché tutti i personaggi che prendono parte al processo lo vogliano raggiungere nello stesso modo: in realtà, se si esclude il giudice, nel quale dovrebbe concretamente personificarsi questo superiore interesse della giustizia che è proprio dello Stato, tutti gli altri soggetti perseguono nel processo scopi più limitati e più gretamente egoistici, talvolta in contrasto (se pur non confuso) con quello scopo superiore. Dipende dalla somma algebrica di questi sforzi contrastanti (delle azioni e delle omissioni, delle astuzie o delle sviste, delle mosse indovinate e di quelle sbagliate) se alla fine il processo, come sintesi, riesce a raggiungere un risultato che veramente corrisponda alla giustizia; ma per le due parti in contrasto (tesi e antitesi) spesso accade che quel che conta non è tanto la giustizia quanto la vittoria: sicché, per esse, il processo diventa nient'altro che un *giuoco per vincere*.

2. — In tutte le istituzioni processuali è riconoscibile, per chiara derivazione storica, un significato figuratamente agonistico. Il dibattito giudiziario è una specie di rappresentazione allusiva e simbolica di un *certamen* primitivo, in cui il giudice altro non era che un arbitro di campo: l'alternato susseguirsi degli atti processuali dei litiganti è la trasformazione mimica di quello che era alle origini uno scontro d'armi; perfino la terminologia del processo è ancora mutuata, come tutti sanno, da quella della scherma o della palestra. Questa allusione alla gara è viva nel processo ancor oggi, nonostante che oggi sia comunemente riconosciuta la natura pubblicistica delle istituzioni giudiziarie: fino a che nel processo civile è mantenuto in vigore il principio dispositivo, la gara tra i contrapposti interessi di parte è considerata e sfruttata dallo Stato come lo strumento più idoneo a soddisfare alla fine l'interesse pubblico della giustizia. All'urto delle spade si è sostituita, colla civiltà, la polemica degli argomenti; ma vi è ancora, in questo contrasto, l'accanimento di una partita. Ragione si darà a chi saprà meglio ragionare: se alla fine il giudice darà la palma

a chi meglio saprà persuaderlo col suo argomentare, si può dire che il processo è diventato, da brutale scontro di impeti guerrieri, giuoco sottile di ingegnosi ragionamenti.

Questo carattere di giuoco ragionato si manifesta specialmente in quel principio fondamentale del processo che si potrebbe chiamare il principio di *dialetticità*.

Il processo è non soltanto una serie di atti che devono susseguirsi in un certo ordine stabilito dalla legge (*ordo procedendi*), ma è anche, nel compimento di questi atti, un ordinato alternarsi di più persone (*actus trium personarum*), ciascuna delle quali in questa serie di atti deve agire e parlare al momento giusto, non prima e non dopo, allo stesso modo che nel recitare un dramma ogni attore deve saper «entrare» a tempo per la sua battuta, o in una partita a scacchi debbono i giocatori regolarmente alternarsi nel muovere i pezzi. Ma la dialetticità del processo non è soltanto questo: non è soltanto l'alternarsi, in un ordine cronologico prestabilito, di atti compiuti da diversi soggetti, ma è la concatenazione logica che ricollega ciascuno di questi atti a quello che lo precede ed a quello che lo segue, il nesso psicologico per il quale ogni atto che una parte compie al momento giusto costituisce una premessa e uno stimolo per l'atto che la controparte potrà compiere subito dopo. Il processo è una serie di atti che si incrociano e si corrispondono come le mosse di un giuoco: di domande e risposte, di repliche e contorrepliche, di azioni che danno luogo a reazioni, suscitatrici a loro volta di contoreazioni.

In questo consiste soprattutto la dialetticità del processo: che ogni mossa fatta da una parte apre alla parte avversaria la possibilità di compiere un'altra mossa volta a controbattere gli effetti di quella che la precede e che, si può dire, la contiene in potenza. Non sarebbe esatto definire questa relazione come un nesso di causalità: in realtà, ogni mossa fatta da una parte del processo non è causa necessaria e sufficiente dell'atto successivo della controparte, ma è soltanto un *occasione* che vien data a questa di compiere a sua volta una tra varie mosse, tutte giuridicamente possibili, tra le quali sta al suo senso di opportunità scegliere quella più adatta a neutralizzare la mossa avversaria. Quando nel processo il mio avversario compie un qualsiasi atto (solleva una eccezione di incompetenza, chiede un rinvio, propone una prova), io vengo a trovarmi, per effetto del suo atto, in una situazione giuridica diversa da quella in cui mi trovavo prima di esso: non

posso ignorarlo, perché, se non reagisco in qualche modo, la mia inerzia mi potrà nuocere; ma se voglio reagire posso farlo in più maniere, perché ho la scelta tra varie possibilità che quell'atto mi apre. Se mi è stato deferito il giuramento decisorio posso prestarlo, o rifiutarmi di prestarlo. Ogni mossa di una parte crea per l'avversario una serie di possibilità, dalle quali può darsi che riesca, abilmente destreggiandosi, a trarre profitto contrariamente a quello che il suo antagonista supponeva. In questo consiste la tattica processuale, affidata alla sagacia e al senso di responsabilità di ciascun litigante; qui è l'abilità del giuoco. Ciascun competitore, prima di fare un passo, deve cercar di prevedere, con un attento studio non solo della situazione giuridica ma altresì della psicologia dell'avversario e del giudice, con quali reazioni l'antagonista risponderà alla sua mossa. Così, pur non perdendo di vista il fine ultimo del processo che è la vittoria, i competitori continuano a studiarsi per tutto il corso del processo come due schermidori sulla pedana: e la partita viene a spezzarsi in una serie di episodi, in ognuno dei quali i loro sforzi sono immediatamente indirizzati a conseguire un vantaggio parziale, un « punto », che rimanga acquisito a suo favore e possa concorrere ad assicurarli, quando si dovranno tirare le somme, la vittoria finale.

Di questa dinamicità dialettica del processo civile a tipo dispositivo è stata data una indimenticabile dimostrazione sistematica nell'opera fondamentale di James Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage* (1): nella quale il processo è configurato non come un rapporto giuridico unitario, fonte di diritti e di obblighi (*Prozessrechtsverhältnis*), ma come una situazione giuridica fluida e mutevole, fonte di aspettative, possibilità ed oneri (*Aussichten, Möglichkeiten, Lasten*), destinata a plasmarsi secondo il vario susseguirsi degli atti processuali, ciascuno dei quali dà al corso del procedimento nuovi indirizzi ed apre alle parti nuove prospettive. Il processo è costituito così da un serrato susseguirsi di *chances*, alternativamente offerte all'una o all'altra parte: chi non sa prevedere la *chance* favorevole che una sua mossa imprudente può dare all'avversario, chi non sa servirsi al momento buono della *chance* che l'avversario gli offre, rischia di perder la causa. Ogni

(1) Berlin, 1925.

parte è così arbitra e responsabile della propria sorte: *faber est suae quisque fortunae*. È una concezione eminentemente individualistica del processo, che lo stesso Goldschmidt ha paragonato, nella prefazione del suo libro, alla concezione liberale della lotta politica.

Per questo, nonostante i formulari fissi della procedura, non vi è un processo che sia uguale all'altro, come non vi è sulla scacchiera una partita che sia uguale all'altra. Il processo nasce e si crea volta per volta, mossa per mossa, così come lo modellano in maniera imprevedibile e imprevedibile le combinazioni spesso bizze delle forze contrapposte che vi si scontrano. Chi volesse paragonare il corso di un dibattimento giudiziario al dialogo di una commedia, sbaglierebbe il paragone, perché le battute di una commedia sono tutte scritte in anticipo sul copione; mentre nel dialogo giudiziario bisogna che i personaggi sappiano improvvisare; e come questo dramma andrà a finire, nessuno lo sa, fuorché Dio, che solo conosce in anticipo il corso delle stelle.

Tuttociò non distrugge, intendiamoci bene, la esattezza della teoria del rapporto processuale, per quanto attiene al nucleo centrale di essa che è il dovere del giudice di provvedere, e il corrispondente diritto delle parti di ottenere che egli provveda; ma è certo che il contenuto concreto di quest'obbligo del giudice si plasma dialetticamente in corrispondenza colle situazioni giuridiche create dalla concorrente attività delle parti: secondo il variabile punteggio, si potrebbe dire, del loro giuoco.

3. — Non sembri irriverente questa insistenza nel paragonare il processo a un giuoco. Anche senza invocare l'autorità di quello storico geniale che ha creduto di ravvisare nell'isinto del giuoco la prima radice di alcune tra le più alte manifestazioni della civiltà umana, è certo che, mettendo in evidenza questi elementi di gara che si riscontrano in ogni dibattimento giudiziario, non si diminuisce la serietà e la santità di quel sistema di regole processuali che lo Stato detta per l'amministrazione della giustizia; ma si vuol dire che per apprezzarle nel loro valore non basta adorarle come dogmi immobili, ma bisogna vederle vivere, e conoscerne la fisiologia e la patologia, e rendersi conto delle elusioni e delle frodi che le minacciano, e dei tranelli che, al riparo delle loro formule innocenti, possono essere architettati dalla fantasia inventiva dei litiganti.

Per questo l'avvocatura è un'arte, nella quale la conoscenza scolastica delle leggi serve a ben poco, se non è accompagnata dall' intuito psicologico che serve a conoscere gli uomini, e i molteplici espedienti e manovre coi quali essi cercano di piegare le leggi ai loro scopi pratici. Invano si spera che i codici di procedura, anche i meglio studiati in teoria, servano davvero alla giustizia se non sono sostenuti nella loro applicazione pratica da quella lealtà e correttezza del giuoco, da quel *fair play*, le cui regole non scritte sono affidate soprattutto alla coscienza e alla sensibilità degli ordini forensi.

Risulta invero da quanto finora si è detto che le attività che sono svolte nel processo dai vari soggetti che vi partecipano non sono tutte quante rigidamente prestabilite e vincolate dal diritto processuale, di guisa che, per esser giuridicamente valide, non possano esser compiute altro che in un modo. In realtà le norme del diritto processuale segnano soltanto certe direttive assai elastiche, che lasciano ampio margine, come si è visto, alla iniziativa e alla scelta individuale. Le regole propriamente giuridiche costituiscono nel processo una specie di cornice, entro la quale può spaziare il potere dispositivo delle parti: solo nell'osservanza di queste regole marginali l'attività delle parti è giuridicamente vincolata; ma nello spazio bianco è attività essenzialmente libera.

È appunto in vista di questa attività libera (nella quale, secondo le classificazioni del Carnelutti, si dovrebbero far rientrare non soltanto gli atti giuridici *facoltativi*, ma anche gli atti puramente leciti, cioè giuridicamente *neutri* (1)) che l'art. 88 cod. proc. civ. impone alle parti e ai loro difensori « il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità ». Questo dovere, così vago e indeterminato, non avrebbe alcun senso in un processo in cui l'attività delle parti e dei loro difensori fosse per legge rigidamente vincolata in ogni sua manifestazione; acquista invece un significato molto importante in un processo, com'è quello a tipo dispositivo, in cui, entro i confini stabiliti dal diritto processuale, alle parti è lasciato un largo campo discrezionale, entro il quale ciascuna di esse è libera di scegliere le mosse che le sembrano più adatte a superar l'avversario. La lealtà prescritta dall'art. 88 è la lealtà *nel giuoco*: il giuoco, cioè la gara di abilità, è lecito, ma non è permesso barare.

(1) *Sistema del diritto proc. civ.*, II (1928), nn. 408 e 419.

Il processo non è soltanto scienza del diritto processuale, non è soltanto tecnica della sua applicazione pratica, ma è anche leale osservanza delle regole del giuoco, cioè fedeltà a quei canoni non scritti di correttezza professionale, che segnano il confine tra la elegante e pregevole maestria dello schermitore accorto e i goffi tranelli del truffatore. Di questi canoni di lealtà e probità, che rimangono soli a regolare la condotta dei competitori entro quel campo discrezionale ove le leggi non penetrano, è custode il giudice: il quale, anche quando la trasgressione di questi canoni non è di tal rilevanza da ripercuotersi sul merito della lite (come avviene, per es., nel caso di revocazione per dolo, art. 395, n. 1), sorveglia continuamente, dal balcone dell'art. 116 cod. proc. civ., il contegno delle parti nel dibattito, e contro quella che sia venuta meno alla lealtà del contraddittorio può prendere provvedimenti sanzionatori (art. 92 e 96; cfr. anche art. 88 secondo comma), paragonabili alle misure di rigore che l'arbitro infligge ai giocatori in fallo.

Ma in questo delicatissimo congegno che è il principio dispositivo, nel quale ciascuna parte deve attendere la vittoria soltanto dalle proprie forze e può astenersi dal portare elementi che possano contribuire alla vittoria avversaria (*nemo tenetur edere contra se*), è assai difficile stabilire fin dove arrivino i diritti di una accorta difesa e dove cominci il riprovevole inganno. Proprio per questa difficoltà, che scomparirebbe in un processo a tipo rigidamente inquisitorio, il compito della dottrina diventa così arduo quando si tratta di trasferire nel campo del processo le nozioni concernenti gli effetti e le figure della mala fede, che nel campo del diritto sostanziale sono ormai pacifiche; e, sempre a causa di questa difficoltà, la dottrina non è ancora riuscita a isolare nel processo certe situazioni che forse non hanno molto a che vedere colla mala fede processuale e che meglio dovrebbero essere avvicinate a quelle figure che, nel campo del diritto sostanziale, fa rientrare sotto la nozione del *negozio indiretto o di comodo* (1).

In tutte le svariate ipotesi di mala fede processuale (menzogna, falsità, dolo unilaterale o bilaterale, frode, simulazione) si può cogliere un carattere comune: che una parte, o tutt'e due, mirano mediante inganno a conseguire nel processo (o in una fase di esso,

(1) Un accenno alla possibilità di estendere al processo la nozione di *negozio giuridico indiretto* in Carnelutti, *Sistema cit.*, II, n. 520.

o nella decisione finale) un certo effetto giuridico, senza che esistano i presupposti (di fatto o di diritto) ai quali la legge lo riconnette. La malafede processuale, nelle sue svariate configurazioni, è sempre indirizzata a conseguire nel processo un effetto giuridico che senza l'inganno non potrebbe esser conseguito. Ma di fronte a questi casi, che tutti quanti si possono far rientrare sotto la nozione della malafede processuale, si presentano nella dialettica processuale svariatissime situazioni in cui una parte, pur trovandosi nelle condizioni di compiere validamente un certo atto processuale e di produrre legittimamente gli effetti giuridici che da esso derivano, si serve di esso non tanto per conseguire gli effetti giuridici che gli son propri, ma per conseguire *ulteriori effetti psicologici* (sull'avversario o sul giudice), dai quali spera la parte di trarre vantaggio nella tattica del suo giuoco.

È noto che nel campo del diritto sostanziale si parla di negozio indiretto tutte le volte in cui le parti, pur volendo realmente costituire un certo negozio che ha una sua causa tipica, si pongono di soddisfare, attraverso l'effetto giuridico proprio di questo negozio, un ulteriore scopo economico, diverso da quello al cui soddisfacimento il negozio è tipicamente preordinato; i contraenti hanno dunque *realmente* voluto concludere (e per questo fuori dal campo della simulazione) il negozio apparente, ed hanno *realmente* voluto conseguire gli effetti giuridici che gli son propri; ma il conseguimento di questi effetti è stato da loro considerato come una tappa, come un mezzo per arrivare al conseguimento di uno scopo ulteriore, in sé non illecito. Non si può dire dunque che vi sia divergenza tra lo scopo tipico del negozio apparente e lo scopo effettivamente voluto dalle parti; lo scopo tipico è stato voluto, ma come mezzo per soddisfare indirettamente, passando per la via più lunga, uno scopo ulteriore, al cui diretto soddisfacimento conduce normalmente un altro tipo di negozio.

Qualcosa di simile può accadere nel processo: l'atto processuale è in sé lecito ed effettivamente voluto; ma nei calcoli del litigante conta non tanto per gli effetti processuali che esso produce per legge, quanto per le prevedibili reazioni che esso produrrà nell'atteggiamento degli altri soggetti del processo. Questo uso indiretto degli atti processuali non si può dire che sia sempre e senz'altro illecito: esso rientra molte volte nella onesta abilità del patrocinio; talaltra sconfigna, prima di arrivare alle figure estreme del dolo e della frode, in una zona intermedia

che, per qualche somiglianza colla figura dell'*abuso del diritto*, si potrebbe denominare l'*abuso del processo*.

È qui che sopra tutto, ha valore l'intuito e la misura del difensore, il quale deve sapere che nel corso del processo gli stessi atti possono provocare reazioni di diversa natura, secondo la diversa psicologia della parte avversaria e del giudice; e deve d'altra parte sapere interpretar la mossa dell'avversario non per il suo effetto giuridico immediato, ma altresì per i remoti svolgimenti tattici che lascia supporre. Su questo terreno gli articoli dei codici sono necessariamente muti: il legislatore innocente non ha calcolato a quali sottili virtuosismi possa prestarsi caso per caso nella tattica dei litiganti l'impiego indiretto di certi istituti, e non ha neanche sospettato che essi possano essere adoperati come mezzi di stimolo o di ricatto, indirizzati a scopi che vanno molto al di là di quelli voluti e previsti dalla legge.

4. — Questa schermaglia tattica, nella quale gli articoli del codice di procedura civile possono essere adoperati dai contendenti come pedine di una scacchiera, può cominciare anche prima che cominci il processo: già la minaccia di ricorrere, come dicono i caudici, « alle vie di legge », può essere un argomento bastante per indurre l'avversario, che sa di aver torto, a capitolare prima di essere attaccato. Anche nel campo giudiziario, prima che l'araldo notifici al convenuto quella specie di cartello di sfida che è l'atto di citazione, può esservi un periodo più o meno lungo di negoziati, di recriminazioni, di intimidazioni; prima di arrivare in tribunale, può esservi, anche nel processo, la guerra « fredda »: la guerra dei nervi prima di quella delle carte bollate.

Questa è la fase nella quale entrano in ballo quegli stregoni delle magie di corridoio, i quali sussurrano di posseder la ricetta infallibile per scegliere in anticipo la sezione e il relatore, per predisporre la composizione del collegio e per conoscere le segrete vie di accesso al cuore di ciascun componente: sarebbero, in termini sportivi, coloro che si sono specializzati nella preparazione del campo di giuoco, e che si impegnano in anticipo a far sì che la squadra da essi servita non debba combattere su terreno sdruciolevole o col sole in faccia.

Ma soprattutto questa è la fase nella quale può avere i suoi trionfi quell'arte di suggestione che in certi giuochi si chiama bluff: e che consiste, come tutti sanno, nel far credere all'av-

versario di avere in mano molte più carte di quelle che si hanno in realtà. Ho conosciuto nella mia vita professionale avvocati che si erano creati una fama soltanto col loro cipiglio e coll'accento oracolare dei loro responsi. Ricordo sempre l'avventura capitata a un giovine alle prime armi, il quale, invitato a trattare una transazione nello studio di un collega autorevole, famoso per il « metodo duro » col quale riusciva a intorir l'interlocutore, si permise di citare come argomento favorevole alla propria tesi un certo articolo del codice di commercio; ma quell'energumeno lo interruppe con faccia feroce: « Chi te l'ha messo in testa che il codice dica di queste scempiaggini? ». Il suo tono era così perentorio, che il novellino non osò replicare: e accettò la transazione convinto di avere detto uno sproposito (ma appena tornato al suo studio, volle riguardare il codice e trovò che quell'articolo onestamente appreso all'Università era sempre al suo posto...). In questa fase anche la sfacciataggine può essere un'arma, e la discrezione una debolezza. Fate l'ipotesi che un povero diavolo, che non si intende di diritto e che in vita sua non ha mai avuto una lite, si veda un giorno arrivare una lettera colla etichetta di un avvocato principe, il quale lo avverte che sta per iniziare una grossa causa contro di lui e alla fine lo ammonisce così: « La mia esperienza mi consiglia di farle notare che, se Ella affronterà questa causa, andrà certamente incontro a una sconfitta ». Se costui è un uomo timido e alieno da litigi, come farà a non arrendersi subito di fronte alla solennità di quest'oracolo?

Tutti sanno che molte cause civili si iniziano non coll'intenzione di portarle in fondo, ma colla onesta speranza che il convenuto, appena ricevuta la citazione, si convinca del suo torto, e senz'altro adempia il suo debito: e questo talvolta succede, perché sembra che per le persone semplici le ragioni assumano una forza irresistibile quando sono scritte in carta bollata. Questo vale soprattutto per la gente umile, che spesso non sa distinguere tra giustizia civile e giustizia penale, e che al vedersi notificare un atto di citazione rimane turbata come se si trattasse di un mandato di cattura: tutti gli avvocati conoscono casi di persone che hanno un sacro terrore dei tribunali, e che pur di non varcar quella soglia compromettente («... in famiglia mia, non si è mai avuto a che fare coi tribunali...») sono disposte a lasciarsi spogliare della camicia.

E non parliamo delle cause « scandalistiche », quelle con cui

si minaccia di mettere in pubblico una delicata situazione intima, un segreto di famiglia, per difendere il quale è prevedibile che l'intimato consentirà a lasciarsi derubare del portafoglio.... Questo impiego preventivo della coazione psicologica comprende, nella tattica processuale, tutta una gamma di sfumature: comincia da quel doveroso e discreto annuncio che ogni avvocato, prima di spiccare una citazione, indirizza alla parte avversaria nella speranza di evitare una causa, e può arrivare, attraverso un crescendo di indiscrezione e di sfacciataggini, a quelle forme di scorrettezza e di illecito che scivolano fino al ricatto e all'estorsione.

E non bisogna dimenticare una figura tipica, nella quale mi è accaduto di imbattermi più di una volta: l'impiego del processo come strumento di concorrenza sleale. Per rovinare un concorrente, si inscena contro di lui una causa clamorosa, attribuendogli qualche azione scorretta o fraudolenta che valga a metterlo in cattiva luce presso la sua clientela: alla fine la causa si perderà, ma intanto ne avranno parlato i giornali, e la pubblicità avrà raggiunto quella sospettosa categoria di consumatori ai quali era destinata: e così... *quelque chose y restera*.

5. — Una volta iniziato il processo, l'abuso classico o tradizionale che una parte o l'altra tenderà (e magari tutt'e due d'accordo) sarà quello di mandarlo in lungo. *Dum pendet reus*, è vecchio proverbio mosso agli avvocati; il rinvio è, nella opinione comune, l'arma prediletta del litigio; e il vocabolario giudiziario si è riempito, fino dall'antico, di parole che colgono tutte le sfumature di questa malattia endemica dei giudizi: *tergiversare, stancheggiare, vessare, defatigare, ritardare, rimandare, rinviare, differire*.... Ci sarebbe da fare un interessante studio linguistico su questa messe di sinonimi, cresciuti sul fertile terreno della litigiosità.

In ogni processo accade quasi sempre che, di fronte alla parte che ha fretta, ci sia quella che vuole andare adagio: di solito chi ha fretta è l'attore, e chi non l'ha è il convenuto, interessato ad allontanar più che può la resa dei conti. Ma può anche darsi che lo spirito ritardatario sia dalla parte dell'attore, quando conoscendo di aver torto, cerca di tenere in piedi la causa più a lungo che può, per stancare l'avversario timido sotto quella spada di Damocle, finché si induca ad accettare una transazione (o anche per aspettare che quel tal giudice sia promosso, o che entri in vigore quella attesa riforma della procedura).

In ambedue i casi c'è una parte che ha interesse a servirsi di tutte le possibili deviazioni e complicazioni del procedimento non per conseguire gli effetti fisiologici ai quali la legge preordina quella possibilità, ma per conseguire l'effetto indiretto di rallentare il ritmo del giudizio e di procrastinarne la soluzione. In un sistema processuale a tipo dispositivo com'è il nostro, è normale, poiché le leve di velocità sono lasciate all'iniziativa delle parti, che il ritmo del processo sia dominato da esse: e quindi è naturale che entro certi limiti (cioè entro la elastica disciplina dei termini processuali, il sistema dei quali, alcuni con funzione ritardatrice ed altri con funzione acceleratrice, mira a mantenere tra i vari atti del processo un giusto distacco) ciascuna parte si valga del proprio potere di impulso per accelerare o ritardare il compimento di certe attività che dipendono da lei. Ma l'abuso comincia quando una parte, avendo ormai esaurito quel margine di lecito rallentamento che le era concesso dall'elasticità dei termini, cerca di mandare in lungo il processo con istanze che sa infondate, e che sono proposte non per vederle accolte, ma unicamente per guadagnare quel tempo che l'avversario dovrà spendere nel contrastarle e il giudice nel respingerle: il che accade specialmente per certe richieste di mezzi di prova su fatti che la parte richiedente ben sa non veri, ma che tuttavia raggiungono lo scopo di imporre al giudice, per poterli dichiarare non veri, lo spreco di una lunga attività istruttoria.

Questo abuso a scopo dilatorio dei mezzi processuali è così comune e tradizionale, che si è arrivati a farne oggetto di studio, considerandolo non come una degenerazione patologica, ma come un raffinato virtuosismo di buona pratica forense: basti ricordare i numerosi trattati sulle *cautelae* volte ad *protrahendum causas ad longum*, tra i quali fu celeberrimo quello di Bartolomeo Cepolla (1).

Di siffatte «*cautelae*» si fa largo impiego, se pur non si scrivono più trattati sull'argomento, anche nel processo dei nostri tempi: la maggiore o minore frequenza colla quale si ricorre nella pratica giudiziaria a certe eccezioni, la fortuna, altrimenti imprevedibile, di certi procedimenti che a prima vista sembrerebbero meno comodi e meno maneggevoli di altri più semplici e più rapidi, che invece vengon lasciati in disparte, si spiega quando si

(1) Ch. V. Manzini, *Le cautelae nella storia del diritto italiano* (Atti del Reale Istituto Veneto di Scienze lettere ed arti) Venezia, 1921.

considerano i fini indiretti ai quali queste eccezioni e questi procedimenti sono impiegati nella tecnica manovrata del cavillo.

Se qualche caustico sfrontato volesse oggi scrivere una specie di prontuario pratico delle cavillazioni ad uso dei principianti, il primo capitolo dovrebbe esser dedicato a classificar gli espedienti che i patrocinatori adoprano per ottenere i rinvii. Sotto il codice di procedura civile oggi vigente, il quale in teoria si ispira a un certo rigorismo contro il lamentato abuso dei rinvii, avvocati e giudici si son trovati subito d'accordo (anche ai giudici, specialmente in tempi di maggior lavoro giudiziario, certi rinvii non son discarsi) nell'adibire a questo servizio meramente dilatorio disposizioni che il legislatore aveva dettato con tutt'altro fine: quante comparizioni personali delle parti, quanti tentativi di conciliazione, quanti scambi di memorie illustrative sono richiesti dai difensori, e ordinati dal giudice istruttore, unicamente come espedienti per rimandare l'istruttoria di un mese o due, eppur colla certezza che il tentativo di conciliazione non riuscirà o che nelle memorie gli avvocati non avranno niente di nuovo da aggiungere a quello che hanno già detto!

Allo stesso scopo meramente dilatorio sono sempre servite, nei processi di tutti i tempi, le eccezioni *litis ingressum impeditentes*, e in ispecie quelle di incompetenza: questa è forse la ragione per la quale due procedimenti che il vigente codice di procedura civile ha introdotti per liberare fin da principio il processo dell'ingombro ritardatore di certe questioni preliminari (alludo al regolamento di competenza ed al regolamento di giurisdizione) hanno incontrato l'insperato favore di molti caustici, i quali hanno imparato che, anche se la eccezione di incompetenza è sfacciatamente infondata, basta tuttavia sollevarla per guadagnare così, colla necessaria sospensione del processo di merito, quei tre o quattro mesi che dovranno passare prima che quella sfacciata infondatezza sia stata dichiarata dalla Cassazione. Così il regolamento di competenza è diventato oggi un ripiego di comodo, per prolungare di qualche mese la durata del processo; come sotto il codice di procedura civile del 1865, la pronuncia di un lodo interlocutorio era diventata nel giudizio arbitrale un espediente abituale per prolungare il termine (art. 34, comma penultimo) (1).

Qualcosa di simile avveniva un tempo quando mancava alle

(1) Mortara, *Comm.*, vol. III, n. 117.

sezioni semplici della Cassazione la competenza sulla propria competenza, e bastava affacciare in udienza il sospetto che il ricorso rientrasse nella competenza delle sezioni unite per ottenere senz'altro il rinvio ad esse. Non ho mai potuto dimenticare una lezione che fu data a me novellino da un collega anziano ed esperitissimo, al quale io, ardente di giovanile zelo professionale, avevo negato in Cassazione un rinvio ch'egli mi sollecitava; egli difendeva una blasonata truffatrice che aveva acquistato senza pagarla una lussuosa pelliccia, e che per molti anni era riuscita, a forza di trovate processuali, a prendere a gabbo quel disgraziato pellicciaio, mio cliente. Finalmente condannata a pagare, la signora aveva ricorso in cassazione: fissata l'udienza, il suo avvocato all'ultimo momento mi chiese un rinvio, al quale io, supponendo che fosse un pretesto, mi opposi. Si va in udienza: e allora, appena chiamato il ricorso, il mio avversario si alza e chiede con voce melliflua il rinvio alle sezioni unite per ragioni di competenza. Io protesto indignato: — Si tratta del pagamento di una pelliccia: che c'entrano le sezioni unite? — E lui: — Il mio valoroso contraddittore ignora dunque che anche in materia di pellicce solo le sezioni unite possono sapere se son competenti? — Rivedo ancora il bonario sorrisetto con cui mi guardò il presidente della sezione (era il Ventizi, lo ricordo ancora), quando disse: — Rinvio per competenza alle sezioni unite! —

Così, se si potessero sempre conoscere i vari moventi psicologici di certi comportamenti processuali apparentemente illogici, essi apparirebbero anche agli occhi del profano meno irragionevoli di quello che talvolta appaiono: si capirebbe perché molte volte l'avvocato aspetti fino all'ultimo giorno del termine a proporre un mezzo di impugnazione contro una sentenza che ha dato torto al suo cliente, non per dimenticanza o per negligenza, ma perché fino a quel giorno ha sperato di poter arrivare, sotto la minaccia dell'appello o del ricorso in cassazione, ad un accettabile componimento; si capirebbe perché è buona regola impugnare sempre, anche senza speranza, una sentenza sfavorevole, perché la pendenza del giudizio di impugnazione può sempre essere una carta nelle trattative di transazione. Si capirebbe anche perché per certe cause sembra che tutt'e due i litiganti siano d'accordo nel non voler che arrivino a una definizione: nel lasciarle vivere in letargo. Quando entrò in vigore nel 1942 l'attuale codice di procedura civile uno dei più gravi errori che commise il legislatore

del tempo fu quello di imporre la riassunzione col nuovo rito di tutte le cause che sotto il vecchio codice vivevano in istato letargico, in attesa della onorata perenzione: vecchie cause pacifiche, che stavano in disparte senza dar noia a nessuno, e che riportate d'autorità sul ruolo dei giudici istruttori hanno riacquisito virulenza e pretese di gioventù, ed hanno così potentemente contribuito ad aggravare il ristagno di cui soffre oggi la giustizia civile.

Talvolta, leggendo sui repertori di giurisprudenza certe decisioni, si stenta a comprendere come certe questioni abbiano potuto esser sollevate. Ma tutto si spiega quando si pensi che anche la tesi più sballata può servire, per un caudico senza scrupoli, a guadagnare tempo. Ho visto io stesso un di questi caudici giocatori proporre all'ultima ora contro il degnissimo consigliere relatore una istanza di recusazione accompagnata da una calunniosa denuncia; e andare incontro così, con disperata cecità, alle conseguenze civili e disciplinari e fors'anche penali, di questo ignobile gesto, pur di potersi vantare di fronte al cliente d'esser riuscito ancora una volta a rimandare, con quella brillante trovata, il giorno della sconfitta.

6. — Ma non mancano, nei ricettari del legale, gli specifici per accelerare il ritmo del processo e per cogliere l'avversario all'improvviso, speculando sul disorientamento psicologico prodotto dalla sorpresa. Di solito i litiganti (o i loro patrocinatori) non si trovano mai d'accordo nel prendere le scortaiole, se per prenderle occorre essere in due: se il processo ammette che le parti in certi casi possano d'accordo fare a meno di certe formalità processuali, o abbreviare un termine o saltare un grado, accade immancabilmente che una di esse si rifiuti di prestarsi a quella semplificazione. Per il solo fatto che una di esse vi sarebbe disposta, l'altra vi si oppone; che anche tra avversari possa esservi nel processo un interesse comune di far presto e di risparmiare tempo e spese, una certa *solidarietà processuale* per il buon andamento della procedura, è un'idea che non va a genio ai litiganti: l'avvocato che sia disposto a aderire a qualche richiesta avversaria, solo perché ritiene che accoglierla potrebbe semplificare le forme, senza pregiudicare il merito, si guadagna subito nella stima del proprio cliente (specialmente del cliente povero, che è sempre il più sospettoso) la taccia di debole e di inetto (*... peccato! sarebbe bravo ma gli manca lo spirito combattivo ...*), se non addirittura di

venduto. Questo spiega la sfortuna, o addirittura l'oblio, in cui sono cadute alcune innovazioni introdotte dal codice di procedura civile vigente, che avrebbero dovuto servire, purché tutt'e due le parti fossero state d'accordo nel servirsene, a rendere più spediti certi processi: quale il potere dato al giudice di decidere la causa secondo equità quando le parti « gliene fanno concorde richiesta » (art. 114), o il ricorso in cassazione proponibile *per saltum* contro la sentenza appellabile del tribunale « se le parti sono d'accordo per omettere l'appello » (art. 360, penultimo comma). In proposito non esistono dati statistici; ma ho il sospetto che mai, dal 1942 ad oggi, sia accaduto che due avvocati in contraddittorio si siano trovati d'accordo nel servirsi dell'una o dell'altra disposizione.

Viceversa gli espedienti per accelerare, o addirittura strozzare, il processo sono largamente usati, e spesso al di là dei fini previsti dalla legge, quando per servirsene non c'è bisogno della concorde richiesta delle parti, ma uno dei litiganti può sperare di potere in questo modo cogliere l'avversario alla sprovvista, e di impedirgli così di difendersi a suo agio. Anche qui la lentezza o la celerità del gioco non è apprezzata in sé stessa, ma unicamente in funzione strumentale, in quanto serve, collo stancare e col sorprendere l'avversario, a dare un vantaggio nella partita.

Di solito le manovre volte a menomare il diritto di difesa della controparte e coglierla di sorpresa (come si usava colle famigerate « note dopo l'udienza » del vecchio codice, insidiosa freccia del Pardo, alla quale l'avversario non poteva più replicare) sono considerate dalla legge come contrarie alla lealtà processuale (art. 88). Ma in certi casi è la stessa legge processuale che dispone i mezzi per coglier l'avversario alla sprovvista e per impedirgli, in un primo tempo, di difendersi.

Le deroghe al principio del contraddittorio iniziale (art. 101), che si verificano quando il provvedimento è dato dal giudice *inaudita altera parte* e l'iniziativa del contraddittorio è invertita o posticipata, non hanno sempre lo stesso intento: talvolta, collo spostare l'iniziativa del contraddittorio dall'attore all'opponente (es. art. 645) la legge mira, cullandosi in una previsione alquanto ottimistica, a far sì che la difesa in contraddittorio si sviluppi soltanto a iniziativa dell'opponente, perché egli solo è in grado di conoscere se dispone di qualche buona ragione da contrapporre alla domanda; ma, altre volte, la posticipazione del contraddittorio mira proprio a far sì che il provvedimento del giudice arrivi impreveduto al segno

che deve colpire, prima che la parte contro la quale è diretto si premunisca per renderlo inefficace. Questo avviene più di frequente, com'è noto, nei procedimenti cautelari: tipico il sequestro conservativo (art. 672), che per raggiungere il suo scopo di impedire l'alienazione o la dispersione delle cose costituenti la garanzia del creditore, bisogna necessariamente che arrivi quando il debitore non se l'aspetta, e prima che esso abbia avuto tempo di predisporre le sue difese e di sottrarre il suo patrimonio alla persecuzione giudiziaria.

7. — Tuttavia nella pratica giudiziaria questa maggiore facilità e celerità colla quale, in vista dell'urgenza, è dato ottenere dal giudice, in base a un'informazione superficiale e sommaria, un provvedimento cautelare contro l'avversario indifeso, è spesso sfruttata per scopi che vanno molto al di là delle previsioni della legge. Il provvedimento cautelare che nell'intenzione della legge dovrebbe avere scopi meramente conservativi della situazione di fatto (*nilil lite pendente innovetur*) senza alcun pregiudizio della decisione di merito, diventa in realtà, in mano a un litigante accorto, una arma talvolta irresistibile per costringer l'avversario alla resa e così per ottenere nel merito una vittoria che, se l'avversario avesse potuto difendersi, era follia sperare. Delle pericolose speculazioni alle quali si prestano nella pratica giudiziaria i sequestri (quello conservativo, ma forse ancor più quello giudiziario) colorite descrizioni sono già state date da maestri esperti di strategia forense (1) e nulla c'è da aggiungere a quei quadri. Il sequestro, da mezzo cautelare, diventa spesso un mezzo di coazione psicologica, un mezzo sbrigativo, si direbbe, per prendere l'avversario alla gola; non serve (come ipocritamente si dice) a mantenere durante il corso della lite la uguaglianza delle parti e la stabilità della loro situazione patrimoniale, ma serve viceversa a mettere una delle parti in condizioni di tale inferiorità, da costringerla, prima che la lite sia decisa, a chieder mercé per assfissia. Tutti gli avvocati sanno che riuscire ad ottenere un sequestro significa, assai spesso, aver vinto la causa; questo vale specialmente per il sequestro giudiziario. In una causa di rivendicazione o di divisione, in cui oggetto del dibattito sia la proprietà di una

(1) Cautian, *Incauti sul processo civile*, in *Temà*, 1947, pag. 60; Bianco, *Foro it.*, 1949, I, 409.

azienda o di una tenuta agraria, la parte che è al possesso si trova sempre in una condizione di vantaggio, perché, finché la lite dura, gode i frutti del bene conteso e trova in esso i mezzi per far fronte alle spese del processo. Anche nelle cause, come nella guerra e purtroppo in ogni evenienza della vita, la parte ricca si trova sempre in vantaggio sulla parte povera: tra il rivendicante che ha ragione ma non ha il possesso, e il detentore che ha torto ma Intanto sfrutta le rendite della tenuta, *melior est conditio possidentis*: sicché assai spesso chi si batte per ottenere il sequestro giudiziario del bene conteso mira prima di tutto a togliere alla controparte le fonti da cui questa ha finora attinto i mezzi per alimentare la lite. Ma talvolta gli argomenti di coazione psicologica coi quali il sequestrante persuade il sequestrato ad arrendersi sono ancor più irresistibili: c'è, quando il bene conteso è una tenuta agraria, il timore di vedere l'amministrazione dei fondi affidata ad un estraneo costoso quale può essere il sequestratario, che vi si insedia da padrone e mette in pratica a proprio vantaggio la tattica del terzo tra due litiganti: c'è, quando il bene conteso è uno stabilimento industriale o un'azienda commerciale, il sospetto che il sequestratario metta l'occhio su segreti di fabbrica, e soprattutto il terrore del ricatto fiscale.... Per questo accade molte volte che il sequestrato, pur di non dover soffrire nella sua fattoria o nel suo stabilimento la pericolosa e dispendiosa tortura del custode estraneo, si induce immediatamente a venire a patti: tanto più che se volesse aspettare di ottenerne la revoca in via giudiziaria, si accingerebbe a proprie spese che il sequestro somiglia a certe malattie, che per prenderle basta un attimo ma per guarirne possono non bastare molti anni....

Per questo, specialmente nei periodi di ristagno giudiziario com'è quello che oggi attraversiamo, durante i quali le vie ordinarie della giustizia sono più lente e più dispendiose, la folgorante strategia dei sequestri, che sarebbero un po' la *Blitzkrieg* della procedura, ha acquistato una importanza che va molto al di là degli scopi fisiologici assegnati dal legislatore agli istituti cautelari.

Tutte quelle regole di discrezione e di buon costume professionale, che consigliano all'avvocato corretto di non andare a parlare col magistrato senza la presenza della controparte e che impongono al magistrato di non tener conto delle ragioni sussurrate a quattro occhi fuor del controllo purificatore del contraddittorio, par che vengano meno in tema di misure cautelari, per le quali,

se è la stessa legge che permette in certi casi di concederle *inalterata altera parte* e in base ad informazioni sommarie, sembra lecito e naturale che l'avvocato che richiede un sequestro vada prima a conferire riservatamente col presidente, e, con tutta la buona intenzione di informarlo secondo verità, metta sopra tutto in evidenza (com'è funzione dell'avvocato) quella parte della verità che serve ad appoggiare la sua richiesta.

La concessione dei sequestri è, anche per la suggestione personale che l'avvocato può far giocare senza scrupolo in questa materia, una delle mansioni giudiziarie più delicate; una di quelle in cui meglio si misura il tatto e la saggezza del magistrato, che deve essere, prima che giurista, psicologo.

— Sii cauto nel conceder misure cautelari — questa dovrebbe essere una delle prime massime del buon giudice. È noto del resto che la stessa legge, prevedendo gli abusi ai quali può dar luogo la troppo facile concessione dei sequestri, predispone, a correttivo delle cautele, certe controcautele, che adoperate al momento opportuno, possono moderare la coazione psicologica esercitata da una misura cautelare troppo violenta, con una contropintura psicologica che serve a ristabilir l'equilibrio tra le parti. Tipica è a questo scopo la funzione della «cauzione», che per l'art. 674 il giudice può imporre al sequestrante come condizione della concessione del sequestro: se mai accada (e talvolta può accadere) che il magistrato tratto in inganno dalle informazioni esagerate del richiedente abbia concesso affrettatamente un sequestro, che a ragion veduta riconosca eccessivo, la possibilità di imporre al sequestrante una cauzione può servirgli come rimedio per rendere meno dannosa la sua precipitazione iniziale. Conosco il caso di un presidente di tribunale, il quale dopo aver concesso precipitosamente il sequestro giudiziario di una importante azienda, si accorse subito dopo, ma ormai troppo tardi per revocarlo, di aver corso troppo: e allora, prima che il sequestro fosse eseguito, impose al sequestrante il deposito di una cauzione di ammontare superiore al valore dell'azienda, creando così, per rimediare alla coazione psicologica costituita a carico del sequestrato dal sequestro eccessivo, una contropintura psicologica ancor più eccessiva a suo favore, che tolse al sequestrante ogni velleità di eseguirlo.

Tutto questo dimostra come per intendere in qual modo giuochino nel processo i delicati meccanismi del sistema cautelare non basta leggere quello che è scritto negli articoli del codice, ma

bisogna conoscere tutti gli stratagemmi psicologici con cui la pratica si serve di queste formule, per raggiungere manovrando scopi molto diversi da quelli segnati nelle costruzioni dogmatiche dei trattatisti.

8. — Ma ancor più questo giuoco di sottintesi psicologici che si svolge tra i soggetti del processo dietro lo schermo degli articoli e che fa del processo una vicenda molto più sottile e proleiforme di quei rigidi schemi che si rappresentano nei manuali scolastici, si fa serrato nella fase istruttoria, dove i mezzi di prova, dei quali il giudice si serve per arrivare a conoscere la verità dei fatti controversi, sono adoprati quasi sempre in maniera meno semplice e meno diretta di quanto corrisponderebbe alla loro destinazione apparente.

È esatto che, nella destinazione voluta dalle leggi, i mezzi di prova sono strumenti per arrivare alla scoperta della verità; ed è anche esatto che il giudice può paragonarsi, come imparziale ricercatore della verità, allo storico (1). Ma in realtà la storia che scrive il giudice non è semplicemente la storia della verità, ma è piuttosto la storia (la « cronaca sportiva », si potrebbe dire) del giuoco attraverso il quale una delle parti è riuscita a far trionfare nel processo, *secundum allegata et probata*, la sua verità.

Si pensi per esempio a quello che, tra persone perbene e di buona fede, sembrerebbe dover essere il procedimento probatorio più sbrigativo e più naturale: cioè l'interrogatorio rivolto alla parte avversaria colla speranza che questa lealmente risponda secondo la verità. In realtà la parte avversaria non ha il dovere giuridico di dire la verità (che nel processo non potrebbe essere affermato senza distruggere il diritto di difesa), e forse, in un processo a tipo dispositivo fondato sulla repartizione dell'onere della prova, si può perfino dubitare se ne abbia il dovere morale. In ogni modo è certo che in pratica chi deferisce un interrogatorio alla controparte assai raramente è spinto a ciò dalla speranza che questa risponda secondo verità con una *contra se declaratio*: talché se si dovesse stare alle definizioni date dai manuali, che vedono nell'interrogatorio formale il procedimento per provocare dall'avversario una confessione giudiziale, bisognerebbe concludere

(1) Cfr. *Il giudice e lo storico*, nei miei *Studi*, vol. V, pag. 27 e segg.

che l'interrogatorio è un procedimento quasi inutile, perché si sa fin da principio che a tale scopo non serve quasi mai. E tuttavia non c'è, si può dire, processo in cui non si veda proposto da una parte o dall'altra l'interrogatorio dell'avversario: ciò accade perché anche per l'uso dell'interrogatorio si segue il metodo dell'impiego indiretto (quella tecnica del *contraccollo*, che sembra intrinseca nel campo psicologico la tecnica del giuoco della carambola) che mira a farre da questo procedimento non quel risultato probatorio immediato e pieno (confessione), al quale la legge lo preordina, ma solo qualche vantaggio tattico laterale, che si spera possa costituire il pretesto per preparare l'ammissione di altri mezzi probatori più decisivi e diretti. Una vecchia opinione (ora generalmente abbandonata) riteneva che nelle parziali ammissioni contenute nel verbale di interrogatorio, si potesse ravvisare quel « principio di prova per iscritto » che secondo l'art. 1347 cod. civ. del 1865 (art. 2724, n. 1 cod. civ. vigente) rendeva ammissibile la prova per testimoni anche nei casi in cui essa ordinariamente non poteva essere ammessa (1); ora, per chi seguiva questa opinione, poteva darsi che l'interrogatorio alla controparte fosse deferito non allo scopo, che bensì sapeva irraggiungibile, di ottenere una immediata confessione, ma allo scopo indiretto di trovare nelle risposte negative dell'interrogatorio questo « principio di prova », come appiglio per ottenere l'ammissione di una prova testimoniale altrimenti inammissibile. Anche più in generale si può dire che l'interrogatorio assai volte è deferito proprio allo scopo di difendersi nega in pieno la verità, e c'è poi il modo di fare intendere al giudice, attraverso altre prove anche meramente indiziarie, che le sue risposte sono menzogne, anche questo è un sistema per arrivare in maniera indiretta allo stesso scopo al quale avrebbe potuto portare direttamente una immediata confessione veritiera. Anche le bugie possono spesso aiutare, specialmente quando sono troppo visibili, a scoprire la verità: così, quando l'interrogatorio è proposto a questo scopo d'indurre l'avversario ad esser apertamente bugiardo per poi sbugiardarlo in presenza del giudice, quanto più grosse saranno le bugie che dice tanto meglio si vedrà che anche nel processo le bugie hanno le gambe corte.

(1) Motiara, *Comm.*, III, pag. 560, nota 1.

9. — E qui non si può non ricordare la grande ingegnosità psicologica colla quale funziona, in tutta la dinamica del processo, ma specialmente in quella probatoria, quel meccanismo tipico del liberalismo processuale che è l'*onere*: per mezzo del quale la parte è parte responsabile della sua sorte processuale, ed è lasciata libera di modificare colla propria attività o di lasciare invariata alla propria inerzia la propria situazione giuridica nel processo. La parte non ha il dovere giuridico di dire in giudizio la verità a proprio danno; non ha l'obbligo giuridico di confessare (*a fortiori* questo principio vale nel processo penale a difesa dell'imputato: il principio contrario, affermato dai regimi autoritari, porta direttamente alla legittimazione della tortura); e non ha neanche l'obbligo giuridico di rispondere, o di tenere dinanzi al giudice un contegno che appaia ispirato a collaborazione e a remissività. Ma tuttavia, anche se non confessa, il modo con cui evita di confessare può avere la sua importanza probatoria: l'assenza, il silenzio, il comportamento perplessso o negativo della parte può in certi casi essere considerato dal giudice (custode, come si è detto, delle regole del gioco) come un argomento di prova contro di lei, con valore sostanzialmente simile a quello di una confessione. La *ficta confessio* dell'art. 232 cod. proc. civ., il potere che il giudice ha di trarre conseguenze probatorie dal rifiuto della parte a consentire la ispezione (art. 118 penultimo comma), o dalle risposte che le parti abbiano dato nell'interrogatorio non formale (art. 117), e più in generale il principio secondo il quale il giudice può « desumere argomenti di prova ... dal contegno delle parti stesse nel processo » (art. 116), sono tutte disposizioni le quali, pur lasciando libera la parte di comportarsi come meglio crede, ricollegano tuttavia a certi suoi comportamenti una certa conseguenza: in modo che la parte sa che, comportandosi in un certo modo, va incontro a un certo rischio, ed è quindi indotta a considerare, prima di stabilir la sua linea di condotta, se giovi al suo interesse sfidarlo. In questo modo la legge non crea a carico della parte doveri giuridici, che le possano essere imposti contro sua volontà, ma pone di fronte alla sua volontà, nel momento in cui essa sta per determinarsi, una serie di motivi e di stimoli psicologici, in forza dei quali può darsi che la parte si convinca che è nel suo interesse rispondere secondo verità all'interrogatorio, prestarsi volentiersamente alle ispezioni ordinate dal giudice e più in generale tenere nel processo un com-

portamento remissivo e leale: si convinca, cioè che, a lungo andare, anche nel processo l'onestà finisce coll'essere un buon affare.

Non c'è bisogno d'insistere per dimostrare di quali sottigliezze, di quali sfumature, di quali avvedutezze è fatto questo meccanismo. Si tratta in sostanza di persuadere il giudice, non tanto della verità dei fatti affermati dalla parte quanto della onestà e credibilità della parte che li afferma: quando l'art. 116 dice che il giudice può trarre dal contegno della parte argomenti di prova (si intende non solo contro di lei, ma anche a suo favore), viene in sostanza a dire che l'indagine del giudice si sposta dalla valutazione oggettiva e storica dei fatti a quella soggettiva e morale della persona. Se il giudice si fa una cattiva opinione di un litigante, se comincia a figurarsi un disonesto o un mentitore o un cavillatore, la sua causa è perduta anche se in realtà le sue ragioni sono fondate; e viceversa può bastare che il giudice arrivi a convincersi della correttezza e serietà di una parte, per darle senz'altro causa vinta anche se gli argomenti che porta sono in sé inconcludenti.

10. — Tutto questo può essere sommanente pericoloso: perché questa valutazione soggettiva del contegno della parte, alla quale l'art. 116 apre il varco, si presta inconsapevolmente agli influssi del sentimento, ai suggerimenti della simpatia, alle deviazioni della politica, agli imperativi della religione. È possibile, attraverso la porta dell'art. 116, che un giudice, nel contrasto tra un ricco e un povero o tra un ateo e un credente, dia ragione senza accorgersene all'uno o all'altro non per ragioni oggettive della causa, ma per la propensione morale che egli prova verso la categoria sociale a cui l'uno o l'altro appartiene.

Si capisce così come possa accadere che in certe contingenze i litiganti o gli imputati preferiscano, al difensore serio ed esperto, l'avvocato alla moda, che in virtù del partito in cui milita o della setta a cui appartiene, si ritenga più adatto ad esercitare per simpatia una certa « influenza » sui giudici: e sarebbe da ciechi negare l'importanza che in tutte le cause può esercitare la simpatia che le parti, o anche i loro difensori, possono suscitare intorno a sé.

Sono perciò cattivi psicologi (e quindi cattivi giocatori della partita giudiziaria) quegli avvocati i quali, non sapendo rinunciare

al gusto di mettere in opera i loro esasperanti virtuosismi defensionali o di ostentare in udienza la loro superiorità professorale, non si accorgono che in questo modo rendono un cattivo servizio al loro cliente, perché indispongono il giudice, e lo portano, senza che egli se ne avveda, a considerare sotto cattiva luce tutte le ragioni, anche se serie e fondate, che veigono da quella parte. (Per questo i clienti quando si scegiono un difensore, farebbero bene a guardarsi non solo da quelli troppo furbi, ma anche da quelli troppo bravi!).

D'altro lato sembra che il sistema probatorio si sia dato cura di mettere in pace la coscienza del giudice, inventando svariati espedienti per fare apparire come fondata su prove oggettive la sentenza che in realtà sia basata soltanto su una valutazione comparativa delle figure morali dei due competitori. È noto che la motivazione della sentenza, la quale logicamente dovrebbe nascere come premessa del dispositivo, molte volte è costruita dopo, come giustificazione a posteriori di una volontà già fissata in precedenza per motivi morali o sentimentali. Anche delle prove si può dire qualcosa di simile: molte volte servono al giudice non per persuaderlo, ma per rivestire di ragioni appariscenti una persuasione già formata per altre vie. Nessuna disposizione autorizza il giudice a dar ragione a una parte soltanto in considerazione della maggior fiducia morale che essa ha saputo ispirargli; ma il giuramento suppletorio (art. 2736, n. 2) col quale il giudice sceglie la parte che giurando vincerà la causa, è un modo indiretto che la legge gli offre per dar ragione alla parte che gli sembra moralmente preferibile, anche se a suo favore non c'è una prova del tutto convincente. Così il giudice, anche se in questa sua preferenza morale ha errato, può rimanere tranquillo in coscienza; perché alla fine, se la sentenza è ingiusta, egli potrà pensare che in fin dei conti la responsabilità non grava su di lui che ha invitato la parte a giurare, ma sulla parte che ha giurato il falso (in realtà la parte invitata dal giudice a giurare, giura sempre; e così nel caso, psicologicamente analogo, della *taxatio* nel giuramento d'esimazione: art. 241).

II. — Complicati retroscena psicologici si annidano anche dietro il giuramento decisorio: il quale non a torto è stato paragonato alla tortura, perché la parte invitata a prestarlo si trova attanagliata, come in una morsa, dalla scelta che le viene propo-

sta tra la soccombenza e lo spergiuro. Ma anche colui che deferisce il giuramento si trova a dover risolvere problemi psicologici e morali spesso assai ardui, non solo perché nel deferire il giuramento, deve prevedere la possibilità che questo gli venga riferito, e in questo modo valutare in anticipo il rischio a cui si espone di diventar lui stesso, da torturatore, torturato; ma anche perché, prima di deferirlo, deve rendersi conto del carattere dell'avversario, se è veritiero o mendace, se è limido o sfrontato, se è religioso o miscredente, se è colto o illetterato, o in base a questi suoi calcoli cerca di prevedere quali potranno essere le sue reazioni di fronte all'invito a giurare. Molte volte, come tutti sanno, tra i vari elementi di cui le parti devono tener conto nel deferire o nel prestare il giuramento, vi è la esistenza, nota a tutt' e due le parti, di un documento che per ragioni fiscali non si può apertamente produrre nel giudizio, ma che, se il giurante giurerà il falso, potrà esser domani, nel giudizio penale, la prova del giuramento falso. Così colui che è invitato a giurare, anche se è un cinico miscredente che non teme i fulmini con cui Giove colpisce lo spergiuro, rimane perplesso all'idea di quel documento non registrato che sta in attesa, come una pistola carica, nella cassaforte dell'avversario; ed è costretto, per motivi terrestri assai diversi da quelli che comunemente si ricollegano alla solennità e alla santità del giuramento, a prender sul serio questo mezzo probatorio, del quale altrimenti, se ci fossero soltanto i fulmini del cielo, sarebbe disposto a farsi beffe. Ma qui si entrerebbe in un campo troppo vasto e accidentato per esplorarlo: quello delle deformazioni e perversioni processuali che crescono nell'ombra di quell'« incubo fiscale », del quale ho già avuto occasione di celebrare le benemerenze (1).

Sul terreno dominato da questo incubo l'abuso del processo cresce e si ramifica, come certe erbe maligne nei terreni paludosi; ed è proprio su questo terreno sdruciolevole che si vedono i litiganti aggirarsi talvolta in interminabili evoluzioni che li portano a deviare da quello che sarebbe l'itinerario più agevole e più breve del processo normale. Così il timore del fisco spinge certi litiganti a seguir la tattica dei contrabbandieri sui passi di confine; i quali si avventurano faticosamente per sentieri impervi di montagna,

(1) Cfr. il mio scritto, *Il processo sotto l'incubo fiscale*, in *Studi*, vol. III, pag. 75 e seg.

invece di seguir la strada maestra, che sarebbe più plana e più breve, ma che ha il difetto di passare sotto gli occhi dei doganieri.

12. — Credo che gli esempi dati finora siano: più che sufficienti a giustificare l'accostamento, che è l'idea centrale di questo saggio, tra il processo ed il giuoco. Max Ascoli (1) vide una volta, nel processo penale una specie di sacra rappresentazione in cui, con procedimenti teatrali, il delitto è ricostruito e punito in effigie; e questa è una delle ragioni per le quali il popolo si appassiona con tanta partecipazione sentimentale, che non è soltanto morbosa curiosità ma spesso quasi religiosa angoscia, allo svolgimento di certi processi penali, nei quali quasi si intuisce il simbolo oscuro della sorte umana, di questo misterioso processo kalfiano che termina inesorabilmente colla condanna a morte.

Ma il sentimento che muove il processo civile ha meno *pathos*. L'accanimento che spinge i litiganti l'un contro l'altro nel processo civile è più spesso giuoco che dramma; chi ha pratica di giudizi civili, si accorge che molte volte la causa per la quale i litiganti continuano a battersi non è più tanto il bene economico oggetto della contesa (« signor avvocato, non mi importa di spendere tutto purché il mio avversario non vinca, son disposto a perdere tutto il mio patrimonio »), quanto il punto d'onore, l'amor proprio, lo spirito agonistico, l'impegno di vincere, e forse la gelosia e forse l'invidia: tutti gli stimoli, dai più bassi ai più nobili, che entrano in azione nella competizione sportiva.

La litigiosità, questa febbre capace di divorare i patrimoni e di mandare in rovina le famiglie, ha psicologicamente molti punti di contatto colla follia del giocatore d'azzardo. L'originalità più ammirevole dei *Plaideurs* di Racine è proprio qui: nell'aver saputo esprimere questa mania quasi sportiva del litigare a vuoto (una specie di « tifo » giudiziario) in figure indimenticabili, come quella del vecchio presidente Dandin, che dopo la sua giubilazione, non può fare a meno di giudicare, e si raccomanda dalla finestra ai passanti perché, per carità, gli diano qualche questione da giudicare; e alla fine si contenta di presiedere solennemente il processo contro il cane di casa colpevole di avere azzannato un cap-

(1) La interpretazione delle leggi, Roma, 1928.

pone; o come quella, ancor più viva, della Contessa che dopo aver passato tutta la vita a litigare, si trova, all'età di sessant'anni (« *le bel âge pour plaider* ») colpita dall'enorme ingiustizia di una sentenza che le inibisce di continuare a far cause: e sotto quel duro colpo si accorge che la vita le è diventata insopportabile:

« *Mais vivre sans plaider, est-il contentement?* »

Processo e giuoco, carte bollate e carte da giuoco.... Bisogna, avvocati e giudici, far di tutto perché questo non sia: e perché veramente il processo serva alla giustizia. Ma non bisogna ignorare che ben altra è la realtà psicologica, così mesia anche quando par sorridente, che riempie di mutevole e torbida inquietudine umana le quadrate caselle del diritto processuale: lo studio del quale è sterile astrazione, se non è anche studio dell'uomo vivo.

PIERO CALAMANDREI