

LA "POLITICA DEL DIRITTO" DI CALAMANDREI: COERENZA E ATTUALITA DI UN MAGISTERO

Mauro CAPPELLETTI *

*Nel segno di una comune discendenza intellettuale e di una profonda affinità di valori ideali e metodi di ricerca, mi è caro dedicare all'illustre giurista Héctor Fix-Zamudio questo scritto su Piero Calamandrei, il Maestro fiorentino che fu alle origini del nostro primo incontro e della nostra ormai antica Amicizia.***

1. E' stato detto, molto autorevolmente,¹ che Calamandrei "è nato come scrittore politico" soltanto nel 1944, all'età di cinquantacinque anni. Non sono mai stato d'accordo con questa affermazione, il cui nucleo di verità è, a mio avviso, più apparente che reale.² A me sembra infatti che, con rare eccezioni nelle quali si ritrova più il letterato o l'erudito che il giurista,³ sempre il giurista Calamandrei sia stato, allo stesso tempo, scrittore politico, dato che i suoi scritti giuridici esprimono anche un impegno nettamente e spesso dichiaratamente politico. E si tratta di un impegno che, nella traiettoria di oltre un quarantennio di attività rivela un processo evolutivo di una impressionante coerenza e continuità.

Ho cercato altrove, fin dal 1957, di dare documentata dimostrazione

* Professore di diritto, Istituto Universitario Europeo, Università di Firenze e Stanford University; profesor extraordinario, Universidad Externado de Colombia; Dr. h.c., Università di Aix-Marseille e Università di Gand.

** L'influenza di Calamandrei sull'opera e sul pensiero di Héctor Fix-Zamudio risale ai suoi primissimi studi; ved. ad es. l'articolo "La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional", in *Revista de la Facultad de Derecho de México*, VI (1956), pp. 191-211.

¹ Bobbio, Norberto, "Introduzione", in Calamandrei, Piero, *Scritti e discorsi politici* (a cura di N. Bobbio), vol. I, tomo I, Firenze, La Nuova Italia, 1966 p. xi.

² Si veda già quanto scrissi in proposito nella "Presentazione" del vol II delle *Opere giuridiche di Piero Calamandrei* (a cura di M. Cappelletti), Napoli, Morano, 1966, p. vi ss. (e in "Il Ponte", settembre 1967, p. 1141, ss.).

³ Cito un solo esempio: l'articolo su "Un contratto di edizione di Benvenuto Cellini", in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, I, Roma, Soc. ed. di "Il Foro italiano", 1931, pp. 225-241 (ora in *Opere giuridiche*, cit., X, Napoli, Morano, 1985, pp. 120-130).

di tale convincimento.⁴ Vorrei qui aggiungere alcune riflessioni sullo stesso tema, nonché sulla permanente attualità pensiero giuridico-politico calamandreiano alla luce del trentennio decorso dalla morte, avvenuta il 27 settembre 1956, del maestro fiorentino.

2. L'evoluzione del pensiero e dell'impegno politici di Calamandrei si può sintetizzare in due "passaggi" esprimibili con formule dai contenuti strettamente interdipendenti, le quali, se possono apparire generiche e perfino riduttive, mi sembrano capaci di esprimere tuttavia il nucleo essenziale della traiettoria del maestro, traiettoria che riflette del resto, come spesso avviene ai grandi pensatori, la traiettoria stessa dell'epoca che fu da lui intensamente vissuta e magistralmente interpretata.

Il primo passaggio è quello dallo Stato liberale di diritto allo Stato sociale di diritto basato sulla concezione dello Stato promozionale; il secondo passaggio, è quello dal principio di legalità, fondato sull'idea della certezza del diritto come garanzia di un'eguaglianza per lo meno formale, al principio di costituzionalità, inteso non come abbandono della legalità ma come affermazione di una legalità superiore, nella quale si aprono peraltro spazi maggiori alla creatività, e quindi alla responsabilità etico-politica, del giudice e in generale del giurista.

3. Il punto di partenza fondamentale della traiettoria calamandreiana può essere illustrato dagli scritti giovanili, culminati nel grande trattato sulla Cassazione pubblicato nel 1920 quando Calamandrei aveva 31 anni.⁵ Già quell'opera dava la misura del maestro: lo studioso attento "alla realtà effettuale della cosa" — ai fatti ed agli avvenimenti, agli istituti e agli uomini — più che alle mere norme ed alle astratte teorie.

Si tratta di un'indagine poderosa di storia e di diritto positivo e comparato, animata da dichiarati intenti di politica del diritto e segnatamente da un duplice impegno politico. Da un lato, Calamandrei intese offrire una base scientifica alla campagna in favore della Cassazione unica, organo giudiziario supremo garante dell'unità e della certezza del diritto nazionale. Si trattava di portare in tal modo anche in Italia l'istituto della Cassazione alla sua vera ragione d'essere, travisata dal retaggio delle divisioni pre-unitarie e ostacolata da permanenti ambizioni, interessi egoismi locali e regionali. Il successo di questa battaglia dichiaratamente politica non tardò ad arrivare, con la soppressione delle sedi regionali di cassazione.

⁴ Ved., oltre allo scritto cit. in nota 2, *supra*, i due scritti raccolti nel mio volume *In memoria di Piero Calamandrei*, Padova, Cedam, 1957.

⁵ *La Cassazione civile*, 2 voll., Milano-Torino-Roma, Bocca, 1920, ora in *Opere giuridiche*, cit., voll. VI e VII, Napoli, Morano, 1976.

Dall'altro lato, l'impegno politico espresso nel trattato sulla Cassazione era forse meno dichiarato, ma anche più profondo. Nell'istituto della Cassazione, in quanto garanzia di legalità nei rapporti civili e penali, come del resto anche nel Consiglio di Stato in quanto giudice garante della legittimità amministrativa, Calamandrei vedeva il prodotto forse più tipico di quella grande rivoluzione liberale del mondo occidentale, che ebbe come ideale lo Stato di diritto basato sul principio di legalità: il principio secondo cui ogni attività, privata e pubblica — e l'attività stessa giurisdizionale — è vincolata all'osservanza della legge, una legge accertabile appunto dalle corti e, all'apice, dalla giurisprudenza unificatrice della Corte suprema di cassazione.

Il principio di legalità si congiunge così, nella visione calamandreaiana, con quello della certezza del diritto, e quindi dell'uguaglianza, almeno formale, di trattamento di fronte alla legge. Vedremo come tale concezione si evolva, senza peraltro mai essere ripudiata, specie nel periodo successivo alla caduta del fascismo. Ma qui va dato atto che nel periodo più giovanile è assai potente altresì il richiamo agli elementi logici e formali dell'attività del giudice e del giurista. Tipico è lo studio sulla "Genesi logica della sentenza civile" (1914),⁶ dove il giudizio è ancora visto negli schemi del sillogismo formale. Ma anche quando questi schemi si allenteranno e si attenueranno, allargandosi ad una concezione ben più complessa e realistica come nei celebri scritti, commentati anche dal Croce, su "il giudice e lo storico" e su "la relatività del concetto di azione" (entrambi del 1939,⁷ resterà tuttavia ferma in Calamandrei l'idea centrale che compito del diritto è di creare la certezza su ciò che è ciò che non è "legittimo". Calamandrei rimane al fondo un giuspositivista che, rifuggendo dal ricorso a valori che stanno al di fuori delle leggi, valori che per non essere "posti" della legge sono soggetti alle manipolazioni e all'arbitraria interpretazione di ognuno, e specialmente del potente, vede nell'applicazione della legge la moralità del giurista. Si comprende quindi l'entusiasmo con cui leggerà e commenterà il volume di Flavio Lopez de Oñate su "la certezza del diritto" (1942).⁸ L'entusiasmo particolarmente giustificato in un'epoca in cui venivano dalla Germania nazista, ma si sentivano sempre più pressanti anche

⁶ Ora in *Opere giuridiche, cit.*, I, Napoli, Morano, 1965, p. 11, ss.

⁷ Ora in *Opere giuridiche, cit.*, I, pp. 393, ss., 427, ss. Del resto già nello scritto del 1924 su "La sentenza soggettivamente complessa" emerge una più realistica concezione dell'attività formativa del giudizio in cui l'elemento logico si unisce con l'elemento volitivo. *Opere giuridiche, cit.*, I, specie a pp. 108-111.

⁸ Ved. lo scritto su "La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina", in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, pp. 341-357. ora in *Opere giuridiche, cit.*, I, p. 504, ss.

nel nostro paese, inviti ad un "diritto libero" in cui l'interprete dovesse ispirarsi più all'ideologia del regime che al testo della legge.⁹

L'impegno politico di Calamandrei per la certezza del diritto, largamente identificato con la legge positiva e garantito da istituti come la Cassazione, era dunque perfettamente giustificabile in quella fase della storia italiana. Si trattava di battersi per il principio di legalità visto come condizione, non sufficiente certo ma necessaria, della libertà o per lo meno di un residuo di libertà dell'individuo nei rapporti pubblici e privati. A questo principio egli è rimasto fedele attraverso gli anni della dittatura, considerando la fedeltà alla legge come un estremo baluardo e garanzia contro gli arbitri del tiranno e dei suoi agenti, centrali e periferici. Calamandrei ben sapeva che il principio di legalità rappresentava la grande conquista delle rivoluzioni liberali d'Europa: della "Glorious Revolution" inglese del 1688, ispirata al pensiero del Locke, e della rivoluzione francese un secolo più tardi, la quale, ispirata all'insegnamento di pensatori politici come il Montesquieu e il Rousseau, dalla Francia si è audata gradualmente estendendo al resto del Continente. E' il principio che sta al centro dell'idea, variamente espressa dagli scrittori politici che di quella grande rivoluzione liberale europea furono i precursori, della separazione dei poteri intesa nel senso che nessun sovrano, contrariamente alla concezione hobbesiana, potesse essere assoluto ed agire secondo arbitrio. Il giovane Calamandrei che lavora sulla Cassazione è precisamente lo studioso di una delle massime istituzioni che riflettono, e tendono ad attuare, quest'ideale razionalistico, illuministico se vogliamo, ma soprattutto liberale e libertario, che è il principio di legalità —e di certezza nella legalità.

E' vero che, specie in un regime centralizzato e oppressivo come fu quello fascista, la legge stessa poteva essere manipolata e mutata; ed è altresì vero che sempre la legge può essere o divenire ingiusta. Ma non è meno vero che più temibile ancora appariva allora l'arbitrio

⁹ Vanno qui ricordati i duri, coraggiosi commenti con cui Calamandrei, negli anni 1938-42, condannava senza mezzi termini, specialmente sulla *Rivista di diritto processuale civile*, certe perversioni del processo nella Germania nazista; ved. ora *Opere giuridiche, cit.*, Napoli, I, p. 386 ss., e IX, Morano, 1983, p. 702 ss. Nella stessa luce vanno visti gli scritti, tra cui la Relazione sul progetto preliminare Solmi redatta per la Facoltà giuridica fiorentina (ora in *Opere giuridiche, cit.*, I, p. 295, ss.), con cui Calamandrei si batté contro la soppressione del principio dispositivo, nel timore che la riforma del processo in senso accentuatamente pubblicistico e inquisitorio riflettesse la prevalenza "di un modello di stato autoritario che repugnava alla sua coscienza di liberale". Denti, Così V., "Presentazione", in *Opere giuridiche, cit.*, IX, p. x.

capillare dell'esecutivo e l'abuso individuale del privato fiancheggiato dal potere. La legge, dopo tutto, è intesa a regolare categorie generali di casi futuri, essa è una previsione astratta di situazioni, onde un'uguaglianza almeno formale di trattamento è, di regola, intrinseca all'atto legislativo. L'arbitrarietà del legislatore era pertanto meno imminente e pericolosa, per lo meno nelle circostanze dell'Italia degli anni venti e, in parte ancora, degli anni trenta. Ci sono state, è vero, gravissime eccezioni a tale regola, come le infami leggi "razziali" della fine degli anni trenta. Ma in generale la legge, non tanto per merito di uomini quanto per la struttura medesima del processo legislativo, rimaneva l'atto meno suscettibile di perversioni arbitrarie, ciò che rese possibile la partecipazione anche di antifascisti dichiarati, come Calamandrei, ad attività di codificazione, una partecipazione che Calamandrei intese anche in funzione di preservare quel tanto di decente e di libertario che poteva derivare dal principio di legalità, e quindi dalla moralità della fedeltà alla legge.

4. L'evoluzione del pensiero di Calamandrei si manifesta nell'arco intero della sua vita, come quando, passando egli stesso attraverso lo critica del sillogismo formale, si rende ben conto che un elemento di discrezionalità, e quindi di responsabilità etica e politica, è ineliminabile nell'attività del giudice, e in generale dell'interprete della legge.¹⁰ Poiché nessuna legge è del tutto chiara, completa, univoca, il principio di certezza nella legalità può essere soltanto un ideale al quale ci si deve avvicinare, senza però mai poterlo compiutamente raggiungere.

Ma se fu proprio l'impegno politico di Calamandrei a far sì che all'epoca del regime fascista tale consapevolezza, pur emersa, rimanesse contenuta e quasi nascosta, essa si espresse invece in maniera più netta e dichiarata negli anni successivi alla caduta del fascismo, e soprattutto dopo la promulgazione della Costituzione repubblicana. Anche in questa fase peraltro, l'evoluzione, pur profonda, è coerente e riflette una perdurante continuità di pensiero; a torto, ritengo, essa è parsa a qualcuno vera e propria rottura. Se sotto il fascismo il principio di legalità poteva rappresentare un'ultima barriera contro l'arbitrio dell'esecutivo, come pure contro l'arbitrio di giudici troppo spesso assoggettati al propotere dell'esecutivo o di privati da tale prepotere appoggiati, l'esperienza della dittatura, specie negli ultimi anni e nelle tragiche convulsioni della guerra esterna e civile, portò alla constatazione che in situazioni di profonda perversione dei valori, l'arbitrio del legislatore può rivelarsi anche

¹⁰ *Ved.*, la nota 7 e il testo che l'accompagna, *supra*.

più totale. Si afferma così l'idea di una *legalità superiore*, affermatrice di certi valori e diritti fondamentali al cui rispetto anche il legislatore è vincolato e dai quali la legge medesima è limitata e controllata.

Nasce così il Calamandrei costituzionalista, propugnatore, e poi fedele autorevole severo difensore, di una Costituzione nella quale sono posti vincoli, non solo di forma ma anche di contenuti, e quindi di valori, allo stesso legis'atore. Al di sopra delle due grandi istituzioni giurisdizionali storiche nelle quali si era riflessa la rivoluzione liberale europea —la Cassazione come organo unificatore della giustizia civile e penale e, in un secondo tempo, il Consiglio di Stato come organo della "giustizia nell'amministrazione"— si profila così nel pensiero calamandreiano la necessità di una terza istituzione, una Corte costituzionale come organo supremo di supervisione e di limitazione anche del legislatore, a garanzia della "giustizia nella legislazione". Poiché anche il potere legislativo aveva dimostrato la sua potenzialità di arbitrio, anch'esso avrebbe dovuto esser soggetto ad un limite e ad un controllo. Ma come il principio di legalità non è soppresso, ma bensì integrato dal principio di costituzionalità, così il nuovo organo non sostituisce, ma integra quelli tipici delle conquiste precedenti, significativamente uno degli scritti più importanti, e disgraziatamente uno degli ultimissimi scritti, di Calamandrei tratterà appunto dei rapporti —del "buoni" rapporti— tra Corte costituzionale e autorità giudiziaria.¹¹

5. Un altro aspetto dell'evoluzione è immanente in quello testè considerato, e di questo non meno coerente. Poiché la giustizia costituzionale è attuazione di una legge essenzialmente basata su valori, scritti bensì, ma appena accennati e inevitabilmente vaghi e generali —libertà, uguaglianza... —, sarà altresì inevitabile un'accentuazione della creatività, e quindi della responsabilità etica e politica, dell'organo di attuazione di tale legge. Ecco quindi come, pur senza dichiaratamente rinnegare il positivismo giuridico, il costituzionalismo moderno ne rappresenta un superamento,¹² in quanto non può non riconoscere uno stretto rapporto fra morale e diritto, fra politica e legge, un rapporto ed una responsabilità che emergono nettamente negli studi calaman-

¹¹ "Corte costituzionale e autorità giudiziaria", in *Riv. dir. proc.*, 1956, I, pp. 7-55, ora in *Opere giuridiche, cit.*, Napoli, III, Morano, 1968, pp. 609-654.

¹² *Ved.*, i miei studi *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè. 1968 (8a. ristampa 1979), *passim*, spec. a pp. VIII-XII (traduz. spagnola con presentazione di H. Fix-Zamudio, in Cappelletti, M., *Justicia constitucional. Estudios de derecho comparado, México, UNAM, 1986* [?], p. ...); "Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo", in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1978, p. 1381, spec. a pp. 1400-1404.

dreiani del dopoguerra, come in quello, illuminante, su "La funzione della giurisprudenza nel tempo presente" (1955).¹³

Tale rapporto e tale responsabilità sono tanto più accentuati in quanto i valori costituzionali, riflettendo quella che è una delle più profonde esigenze ideali dell'età contemporanea, un'esigenza superbamente interpretata dal Calamandrei, non si limitano più ad essere meri *limiti negativi* del potere. Certo, anche tali limiti ci debbono essere, e sono essenziali. Essi rappresentano la continuità —la permanente validità dell'ideale liberale dello Stato di diritto. Ma altrettanto essenziali appaiono ormai anche i *programmi sociali* di azione, i principi "promozionali". Una moderna concezione della libertà non può più essere quella di una libertà meramente passiva: e funzione del diritto non è più soltanto la difesa, ma anche la promozione attiva, dell'a libertà. Il passaggio, interpretato e propugnato con grande passione da Calamandrei in alcuni dei suoi più importanti scritti del dopoguerra,¹⁴ non è dunque soltanto quello che dallo Stato basato sulla supremazia della legge porta allo Stato basato sulla supremazia della Costituzione —dal principio di legalità al principio di costituzionalità—, ma è anche, come ripeto, un passaggio —graduale, difficile, ma necessario— dallo Stato liberale di diritto, che esalta la libertà individuale, allo Stato sociale di diritto, in cui quella libertà è resa effettiva e accessibile a tutti attraverso l'affermazione dei nuovi diritti sociali. La nuova concezione dello Stato e del diritto come promotori di eguaglianza, e quindi di uguale accessibilità della libertà, impone invero l'inserimento nella Costituzione di quei diritti sociali di libertà, i quali, come Calamandrei ha dimostrato in pagine memorabili che si rifanno al pensiero di altri precursori come Carlo Rosselli,¹⁵ richiedono un impegno d'intervento attivo, un dovere appunto di promozione da parte dello Stato, al fine di eliminare quegli ostacoli economici, sociali, culturali che *di fatto* limitano la libertà dell'individuo, dei gruppi, delle classi sociali.

¹³ Ora in *Opere giuridiche, cit.*, I, pp. 598, ss.

¹⁴ Ricordo in particolare quello su "L'avvenire dei diritti di libertà", originariamente pubblicato come introduzione alla 2a. edizione di Ruffini, F., *Diritti di libertà*, Firenze, La Nuova Italia, 1946, ora in *Opere giuridiche, cit.*, III, pp. 183, ss. Ved., il mio scritto "I diritti sociali di libertà nella concezione di Piero Calamandrei", nel vol. cit. *supra*, nota 4, p. 79, ss.; Barile, P., "La nascita della Costituzione: Piero Calamandrei e le libertà", in De Siervo, (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, Bologna, Il Mulino, 1980, p. 15, ss. Giustamente Barile mette peraltro anche in luce alcuni dubbi e oscillazioni che nel pensiero di Calamandrei si sono manifestati sul problema della "giuridicità" dei diritti sociali; *op. ult. cit.*, p. 25, ss.

¹⁵ Ved., Roselli, Carlo, *Socialismo liberale*, 1a. ed. italiana, Firenze-Milano, Edizioni U., 1945.

Ma proprio questa trasformata concezione dello Stato e del diritto, comporta come corollario un'accentuazione ulteriore di quella inevitabile creatività, e quindi responsabilità dell'interprete, di cui sopra già si è parlato. I diritti sociali, in quanto impongono una graduale attività riformatrice della società e delle sue strutture, pongono l'interprete, e all'apice la Corte costituzionale, di fronte a compiti senza precedenti storia della funzione giurisdizionale. Certo la soluzione più comoda sarebbe quella, pilatesca, di non entrare in questa nuova arena irta di pericoli e difficoltà; e invero un alto grado di prudenza è senza dubbio necessario se la Corte non vuole invadere quella sfera di discrezionalità nell'attuazione delle norme costituzionali di azioni sociali, che dev'essere lasciata al legislatore e in generale alle branche in senso stretto politiche. Ma di fronte a norme che impongono programmi, sia pure graduati, di pubblico intervento, un controllo non può mancare se a tali norme ha da essere assicurato il carattere di veri comandi giuridici anziché abbassarle al ruolo di vuote proclamazioni rettoriche, controllo di ingiustificate deviazioni e di evitabili ritardi. E qui, necessariamente, il rapporto fra diritto e politica, fra norma costituzionale ed etica sociale, sarà anche più stretto; e altrettanto necessariamente l'attuazione giurisdizionale implicherà un grado particolarmente accentuato d'impegno etico-politico ed una corrispondente responsabilità. Nello Stato promozionale non sono soltanto la funzione e la concezione della norma giuridica che si trasformano; l'evoluzione penetra inevitabilmente la concezione e la funzione della stessa giurisdizione, specialmente al livello della giustizia costituzionale.

6. L'evoluzione del pensiero calamandreiano, come s'è visto, è netta e profonda, ma non meno netta è la sua coerente continuità, la sua fedeltà ad un modello etico e politico delineatosi già nelle opere giovanili. L'idea che sta alla base di quell'evoluzione e infatti sempre la stessa: è l'idea che il diritto debba essere strumento di difesa e di promozione della libertà.¹⁶

Non meno chiara è la permanente vitalità di quel pensiero alla luce del trentennio di storia trascorso dalla morte del maestro fiorentino, un trentennio di vicende febbrili, spesso caotiche, nella storia dell'Italia, dell'Europa, del mondo.

Calamandrei invero si è rivelato grande precursore di quelle correnti di pensiero processualistico, e in generale giuridico, che hanno caratte-

¹⁶ Ved., il mio scritto "Piero Calamandrei e la difesa giuridica della libertà", nel vol. cit. supra nota 4, p. 41, ss., e nella traduzione spagnola di H. Fix-Zamudio in *Revista de la Facultad de Derecho de México*, VI (1956), pp. 153, ss.

rizzato, non soltanto in Italia ma in tutto il mondo occidentale, gli studi ed i movimenti di riforma dell'ultimo trentennio.

Una prima corrente di pensiero è quella che ha scoperto la *dimensione costituzionale* del processo e del diritto: con l'analisi di sempre nuovi e spesso impreveduti aspetti e fondamentali costituzionali del diritto e del processo,¹⁷ insieme alla scoperta, appunto, di una nuova forma di giustizia, la "giustizia costituzionale".¹⁸ Per quanto concerne il nostro paese, tale corrente di studi si è sviluppata soprattutto dopo l'entrata in funzione della Corte costituzionale nel 1956, l'anno stesso della morte di Calamandrei; ma è fatto ben noto, e certo non bisognoso di documentazione, che si è trattato di un movimento di pensiero anticipato e promosso in numerosi scritti del maestro fiorentino.¹⁹

Spesso in stretta connessione con la prima, una seconda fondamentale corrente di pensiero è quella che Edmond Cahn, il filosofo del diritto americano amico e ammiratore di Calamandrei, definì "la rivoluzione democratica" negli studi giuridici,²⁰ il trasferimento cioè del centro d'interesse dello studioso moderno dai "produttori" ai "consumatori" di diritto e di giustizia, l'interesse nuovo o rinnovato per i concreti problemi sociali che le parti incontrano quando battono alle porte del sistema giuridico, e in particolare delle corti di giustizia: gli

¹⁷ Mi limiterò a ricordare le analisi comparative in M. Cappelletti, M. & D. Tallon (eds.), *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*, Milano & Dobbs Ferry New York, Giuffrè & Oceana, 1973; Schwab, K.H., & P. Gottwald, "Verfassung und Zivilprozess", in Habscheid W.J. (Herausgeber), *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmaessige Ordnung*, Bielefeld, Gieseking, 1983, p. 1, ss. Ved., inoltre già Fix-Zamudio, H., *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, UNAM, 1974.

¹⁸ Sul grandioso fenomeno dell'espansione internazionale della giustizia costituzionale, ved. da ultimo la mia relazione generale al Convegno dell'Association Internationale des Sciences Juridiques tenutosi a Uppsala nel giugno 1984, ora nel vol. *Le contrôle juridictionnel des lois* (publié par L. Favoreu et J.-A. Jolowicz), Paris & Aix-en-Provence, Economica & Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986, pp. 283, ss.; nonché la mia "Pope John XXIII Lecture", "Repudiating Montesquieu? The Expansion and Legitimacy of 'Constitutional Justice'", in *35 Catholic Univ. Law Rev.*, (1985), p. 1, ss. Ved. inoltre già Fix-Zamudio, H., *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional 1940-1965*, México, UNAM, 1968; nonché *id.*, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, UNAM, 1980; *id.*, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, México & Madrid, UNAM & Editorial Civitas, 1982.

¹⁹ Ved., gli scritti da III a XXVIII ora raccolti in *Opere giuridiche, cit.*, III, pp. 127-675 (di particolare importanza il volumetto *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, Cedam, 1950, in *Opere giuridiche, cit.*, III, p. 337, ss.).

²⁰ Cahn, Edmond, "Law in the Consumer Perspective", 112 *University of Pennsylvania Law Rev.* (1963), p. 1, ss., spec. a p. 9.

ostacoli economici, politici, culturali, sociali dell' "accesso" al sistema, con tutti i temi connessi alla tematica dell'accesso, come quelli dei costi e delle durate dei processi, dell'adattamento, mediante forme "differenziate" o "alternative" di tutela, del processo a speciali necessità di flessibilità e di urgenza,²¹ del superamento delle difficoltà economiche culturali sociali incontrate dalle parti, del patrocinio del povero, delle disfunzioni della macchina della giustizia.²² E' quindi la reazione contro una concezione del diritto e del processo, sempre espressamente condannata dal Calamandrei, esasperatamente "puristica", normativistica, astrattamente dogmatica o, come egli diceva riferendosi a qualche "grande" del suo tempo, costruttrice di vuote "architetture formali". La dimensione sociale, scoperta da questa corrente di studi su quelli che, con formula divenuta di gergo, sono ormai chiamati i problemi dell'accesso, ha portato l'analisi ben al di là della pura "norma": allargandola sia a monte della norma stessa — il suo processo di formazione, gli interessi in conflitto, le persone i gruppi le istituzioni coinvolti in tale processo, nonché, non da ultimo, le persone i gruppi le istituzioni esclusi da esso —, sia a valle della medesima: la sua interpretazione, applicazione ed impatto sull'ambiente sociale, economico, politico e *latu sensu* culturale; insomma, i rapporti fra diritto e società.²³

²¹ In questa luce vanno visti anche gli studi sulle forme differenziate e urgenti di tutela, come quelli sul "procedimento monitorio" e soprattutto il volume del 1936 *Introduzione allo studio sistematico dei procedimenti cauterlari*, tutti raccolti ora nel vol. IX delle *Opere giuridiche*, cit.

Sulla "centralità" della tematica della tutela differenziata negli studi processualistici degli ultimi anni ved. anche il testo che accompagna la nota 30, *infra*. Mi limiterò a ricordare i contributi importanti di Andrea Proto Pisani, ora raccolti in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, Cacucci, 1982, pp. 209, ss. Meno noto ai processualcivili è il mio libro *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, Giuffrè, 1955 (traduz. spagnola di Fix-Zamudio, H., *La jurisdicción constitucional de la libertad*, México, Imprenta Universitaria, 1961), che era tutto inteso a dimostrare la necessità di quella che già allora chiamavo appunto una "tutela giurisdizionale differenziata, rinforzata" delle libertà fondamentali. Ved. *id.*, pp. 6, 16, *passim*.

²² L'interesse di Calamandrei per i problemi della politica giudiziaria e forense risalgono all'epoca giovanile; ved. ad. es. gli scritti su "Il problema giudiziario" e su "L'avvocatura e la riforma del processo civile", entrambi del 1920, nonché il volume *Treppi avvocati!* del 1921, e la prolusione "Governo e magistratura", pure del 1921; tutti raccolti in *Opere giuridiche*, cit., II, Napoli, Morano, 1966.

²³ Dell'ormai vastissima letteratura sui problemi dell'accesso al diritto e alla giustizia mi limiterò qui a ricordare l'opera in quattro volumi *Access to Justice* (M. Cappelletti, qen. ed.), Milano & Alphen aan den Rijn, Giuffrè & Sijthoff and Nordhoff, 1978-79; ved. anche Cappelletti, M. (ed.), *Access to Justice and the Welfare State*, Alphen aan den Rijn & Bruxelles, Sijthoff & Bruylant, 1981, e la versione francese con presentazione di David, R., *Accès à la justice et état-providence*, Paris, Economica, 1984. Per una parziale versione spagnola ved. Cappelletti, M., & B. Garth. *El acceso a la justicia*, La Plata (Argentina), Colegio de Abogados del

Anche qui, Calamandrei è stato precursore. La "rivoluzione democratica" emerge soprattutto, ma non soltanto, negli ultimi scritti e specialmente nelle conferenze messicane su *Processo e Democrazia* (la cui edizione inglese si apre proprio con la presentazione di Edmond Cahn).²⁴ Di esse, Norberto Bobbio ha scritto giustamente che sono "l'espressione più viva e più compiuta del ripensamento" che Calamandrei "fece nell'ultima fase del suo pensiero di tutti i dogmi tramandati nella scienza giuridica continentale".²⁵ In esse, come ebbi a scrivere vent'anni or sono, il diritto processuale è visto come costume giudiziario piuttosto che come norma, il processo come dramma umano e ricerca di giustizia piuttosto che come puro rapporto giuridico, e la sentenza come risultato di una scelta responsabile e creativa, "creazione della coscienza del giudice", onde i concetti sui quali si costruisce la scuola di pensiero e di educazione processuale di Calamandrei sono quelli di "giustizia e politica", di "sentenza e sentimento", di "indipendenza e senso di responsabilità", di "processo e libertà", di "rispetto della personalità ed uguaglianza economica delle parti", insomma: di "*processo e democrazia*". Che sono appunto i concetti di una scuola che ha scelto come proprio criterio "lo studio dell'uomo" anziché quello di più o meno eleganti astrazioni.²⁶ Poiché —come disse appunto Calamandrei nel discorso inaugurale del congresso internazionale di diritto processuale civile tenuto a Firenze nel 1950, riassumendo "in una sola frase il programma per continuare con rinnovata fiducia il nostro lavoro" —è necessario "ricordarsi che il processo è essenzialmente *studio dell'uomo*: non dimenticarsi mai che tutte le nostre simmetrie sistematiche, tutte le nostre *elegantiae iuris*, diventano schemi illusori, se non ci avvediamo che al disotto di essi di vero e di vivo non ci sono che gli uomini, colle loro luci e le loro ombre, colle loro virtù e le loro aberrazioni".²⁷

Una terza corrente di pensiero che, spesso in unione con le prime due, ha caratterizzato molta parte del più moderno pensiero giuridico

Departamento Judicial de La Plata, 1983. Ved., anche Cappelletti, M., & H. Fix-Zamudio, "Access to Justice" in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XIV (1981), pp. 761-771.

²⁴ Calamandrei, P., *Procedure and Democracy* (translated by Adams, J.C., & H. Adams, Foreword by Edmond Cahn), New York University Press, 1956. (Il testo italiano è ora in *Opere giuridiche*, cit., I, p. 618, ss.; Fix-Zamudio, H., ha curato la versione spagnola, *Proceso y Democracia*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960).

²⁵ Bobbio, N., "Ricordo di Piero Calamandrei", in *Studi Senesi*, LXX (1958), p. 25.

²⁶ "Presentazione", *op. cit. supra* nota 2, p. XIII.

²⁷ *Opere giuridiche*, cit., I, p. 576.

e processuale, non soltanto in Italia, è consistita nell'uso più frequente, più vasto e approfondito di quel potente strumento di analisi e di riforma che è la comparazione giuridica. Si tratta di uno strumento che, come risultato finale, può portare alla scoperta, o alla riscoperta, di una *dimensione transnazionale* del diritto e della giustizia, superando così la concezione che vede nello Stato la fonte esclusiva del diritto positivo.²⁸

Un'intera sezione delle *Opere giuridiche* è dedicata a "diritto comparato e ordinamenti storici e stranieri",²⁹ ma l'impegno comparatistico emerge inoltre in molti altri scritti, tra cui, vivissimo, nel trattato sulla Cassazione. E anch'esso è momento di quell'impegno politico, che è sempre alla base del giurista Calamandrei. Come ha scritto di recente Vittorio Denti nella presentazione del nono volume delle *Opere*, mettendo in luce aspetti concernenti l'impegno comparatistico ma allo stesso tempo anche la seconda "dimensione" sopra menzionata:

Gli scritti di Piero Calamandrei, raccolti in questo volume, testimoniano due aspetti non trascurabili della sua opera di studioso dei problemi della giustizia civile: l'attenzione verso quelle forme di tutela, diverse dalla cognizione ordinaria, che meglio esprimono lo sforzo di adattamento alle esigenze di rapidità, e di flessibilità insieme, dell'intervento del giudice, e il costante interessamento per le riforme processuali in atto in altri ordinamenti contemporanei. Due settori di studio dai quali emerge non solo la vastità, ma anche la modernità dei suoi interessi culturali: è appena il caso di ricordare, infatti, la centralità, negli odierni studi processuali, del tema della c.d. tutela differenziata, che ha come punto di riferimento i procedimenti speciali e cautelari. Quanto all'esperienza comparatistica, oggi presente in larghi strati della dottrina processualistica, nessuno studioso tra le due guerre mondiali dimostrò la sensibilità e l'apertura di Calamandrei, soprattutto per quei temi di politica giudiziaria che richiedevano uno sforzo di comprensione della situazione storico-politica dei paesi stranieri.³⁰

²⁸ L'opera di Gino Gorla è fondamentale in questa riscoperta; ved. in particolare, Gorla, G., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981. Ved. ora anche l'opera collettiva *Integration Through Law* (M. Cappelletti, M. Seccombe & J. Weiler, gen. eds.), Berlin & New York, de Gruyter (della quale sono apparsi nel 1985-86 i primi due volumi in quattro tomi, mentre altri quattro volumi sono in preparazione).

²⁹ Si tratta di diciannove scritti ora raccolti in *Opere giuridiche*, cit., IX, p. 525, ss.

³⁰ Denti, V., "Presentazione", in Calamandrei, P., *Opere giuridiche*, cit., IX, p. V.

Ma dove l'interesse comparatistico di Calamandrei va al di là del semplice impegno di politica giudiziaria, traducendosi inoltre in una concezione transnazionalistica del diritto e della giustizia, è negli scritti con cui egli si batté per uno "Stato federale europeo"³¹ e addirittura per una "Costituzione mondiale".³² Calamandrei aveva capito che, dopo le due tragiche "guerre civili" che avevano sconvolto l'Europa, il futuro delle nazioni europee era legato ormai a quello di un'Europa unita, e che i valori affermati dalle moderne costituzioni hanno un fondamento comune, tendenzialmente universale. Egli si è fatto così precursore e animatore anche di quella dimensione soprannazionale metastatauale e, come ideale punto d'arrivo, universale, del diritto e quindi degli studi e della politica del diritto,³³ che dopo la sua morte era destinata a trovare manifestazioni concrete soprattutto nel diritto comunitario, ma anche, al di là di questo, nel diritto espresso ad esempio dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e da altri testi transnazionali,

³¹ Ved. la relazione (del 1948) su "La convocazione dell'Assemblea costituente europea", ora in *Opere giuridiche, cit.*, III, p. 249, ss.

³² Ved. lo scritto (del 1949) intitolato "Disegno preliminare di Costituzione mondiale: Presentazione ai lettori italiani", ora in *Opere giuridiche, cit.*, III, p. 270, ss. (presentazione della versione italiana del *Preliminary Draft of World Constitution* promosso da G.A. BORGESE).

³³ La visione di un governo universale (una "Federazione Mondiale") emerge in Calamandrei con parole che ricordano quelle, posteriori, di Arnold Toynbee (*Cities on the Move*, London, Oxford University Press, 1970, p. 196 *et passim*). Scriveva Calamandrei nel 1949: "...Oggi i negatori del federalismo... europeo... e, a fortiori, del federalismo mondiale non osano disconocere che il fine lontano, verso il quale il genere umano tende nella sua faticosa ascensione attraverso i millenni, sia la federazione universale; e che solo in questa unificazione politica di tutti i popoli il mondo potrà trovare finalmente la pace. Il moto dell'istoria che, come i cerchi sull'acqua, si diffonde in aggregazioni di civiltà sempre più vaste, ha assunto in questi ultimi decenni, per le invenzioni che hanno abolito le distanze e tolto alla lontananza ogni efficacia protettiva, un ritmo precipitoso. Oggi l'Europa, per quanto politicamente disunita, è più piccola di quanto fosse un secolo fa l'Italia, o mille anni fa la Toscana. Il mondo si è contratto sotto i nostri occhi...; e quando in qualche parte di esso scoppia un conflitto, ogni popolo è ormai costretto ad accogersi che la guerra è lì, alle sue porte. La casa è così angusta, che non è più possibile accendere il fuoco in una stanza senza che tutta la casa s'incendi. Questa terribile vicinanza che ormai coinvolge tutto il mondo in un solo destino di salvezza o di distruzione, è sentita da tutti, anche da coloro che osteggiano o irridono il federalismo: i quali ben sanno che, se il genere umano non vorrà prima perire per suicidio (l'arma è già carica), la meta ultima non potrà essere che lo stato mondiale". "Disegno preliminare", *cit.*, *supra* nota 32, pp.270-71.

Altre pagine significative dettate dalla stessa ispirazione transnazionalistica possono vedersi a conclusione dello scritto su "L'avvenire dei diritti di libertà", *supra* nota 14, pp. 208-210, nonché nello scritto "Costituente italiana e federalismo europeo", in *Opere giuridiche, cit.*, III, p.211, ss. Ved. anche Barile, *op. cit.*, *supra* nota 14, pp.23-24.

specie nell'attuazione giurisprudenziale di nuovissimi organi giudiziari come la Corte europea e quella interamericana dei diritti dell'uomo.³⁴

Certo anche altri grandi maestri del nostro passato recente si possono ricordare e onorare come precursori di qualcuna delle grandi correnti di pensiero sopra menzionate, ma in nessuno di essi riesco a vedere un'unione così completa di tutte come in Calamandrei.³⁵ Non può quindi sorprendere il fatto che, a trent'anni dalla morte, il suo nome e la sua opera appaiano ancora vivissimi, e non solo nel ricordo di chi, come me, ebbe la grande fortuna di averlo come maestro.

³⁴ Per una discussione ed elaborazione rinvio ai miei studi "Giustizia costituzionale soprannazionale", in *Riv. dir. proc.*, 1978, p.1, ss.; "Appunti", *cit. supra* nota 12, pp. 1404-1418; "Repudiating", *cit. supra* nota 18, pp. 22, ss.; 28, ss. Ved. ora anche Cappelletti M., & D. GOLAY, "The Judicial Branch in the Federal and Transnational Union: Its Impact on Integration", in Cappelletti, M., M. Secombe & J. Weiler (eds.) *Integration Through Law*, Berlin/New York, vol. 1, book 2, de Gruyter, 1986, p.261, ss.

³⁵ Tullio Ascarelli, ad esempio, è certo stato maestro e precursore geniale quanto alla seconda e alla terza, ma non mi sembra di poter ravvisare una sua forte impronta quanto alla prima delle tre correnti di pensiero esaminate nel testo. Anche l'articolo di Ascarelli, "Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione", in *Riv. dir. proc.* 1957, I, p.351, ss., tratta in realtà problemi del ruolo del giudice e dell'interprete più che problemi specifici della emergente giustizia costituzionale. Ascarelli, d'altro canto, è stato grande precursore anche in quell'analisi degli aspetti economici del diritto, che rappresenta senza dubbio un ulteriore importante corrente del pensiero giuridico contemporaneo, anche se tuttora scarsamente sviluppata in Italia. È naturalmente assai grande è stato il suo contributo di originalità e di pensiero nel campo dell'ermeneutica giuridica, altro campo emergente, o riemergente, degli studi contemporanei (basta ricordare l'importanza che esso è andato assumendo, sia pure con perversioni a volte deprecabili e ingenuità a volte risibili, nella "scuola" che negli Stati Uniti va sotto il nome di "Critical Legal Studies").