R. ISTITUTO SUP. DI SCIENZE ECON. E COMMERC.
BIBLIOTECA
M 14
— VENEZIA —

M. 14

M 14

Da non consegnarsi in nessun caso senza disposizione precisa del Direttore

29/III
79

R. ISTITUTO SUPERIORE DI SCIENZE ECONOMICHE E COMMERCIALI

V E N E Z I A

Di alcune caratteristiche giuridiche del contratto della giuri=
sdizione, dell'arbitrato, della conciliazione nei diritti inter=
sindacale, interindividuale ed internazionale.
Tesi in DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

Relatore il Chiar.mo Prof. FRANCESCO CARNELUTTI

UGO LA MALFA della Sezione Consolare

Maggio 1926

ASSOCIAZIONE P. LANZONI fra gli ANTICHI STUDENTI DELLA R. SCUOLA SUP. DI COMMERCIO (ENTE MORALE) R.D. 15 Febb. 1923 N. 452

R. ISTITUTO SUPERIORE DI SCIENZE ECONOMICHE E COMMERCIALI

V E N E Z I A

Di alcune caratteristiche giuridiche del contratto della gestione, dell'arbitrato, della conciliazione nei diritti internazionali, interindividuali ed internazionali.

Tesi in DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

Relatore il Chiar.mo Prof. FRANCESCO CARNELUTTI

UGO IA MAIRA della Sezione Consolare

Maggio 1928

I CARATTERI DEI CONFLITTI E I CARATTERI DELLE LORO COMPOSIZIONI

"Ci sono dei conflitti d'interessi - dice il prof. Carnelutti(1) - la cui risoluzione il diritto rimette esclusivamente all'accordo delle parti; ce ne sono altri che una parte sola riesce a far risolvere anche senza questo accordo. Se non m'inganno, questo è il punto fondamentale. Quelle sono le controversie economiche; queste le controversie giuridiche. Sono giuridiche non già perchè vengono risolte dal diritto (mediante norme materiali), ma solo perchè il diritto da modo di risolverle, anche se le parti non si mettono d'accordo."

Questa distinzione porrò a base di tutta la trattazione, e di essa mi varrò, in modo particolare, nell'esaminare la configurazione giuridica di molti istituti e fenomeni del campo processuale.

Intanto comincio col distinguere convenientemente i caratteri dei conflitti dai caratteri delle composizioni che per questi conflitti possono ricorrere.

Cominciando dai conflitti giuridici, è evidente che la sola possibilità che, per volontà di una sola delle parti, si risolva il conflitto non toglie che il conflitto si possa comporre anche al di fuori d'ogni attività giurisdizionale. In altri termini, anche i conflitti giuridici possono avere una composizione qualunque, accanto ad una composizione giusta (conforme al diritto, conforme all'equità). Ma per ben intendere ciò, non è inutile distinguere conve-

---

(1) Carnelutti - "Arbitri ed arbitratori" in Rivista di Dir. Proc. Civ. 1924, pag. 124 e segg.

I CARATTERI DEI CONFLITTI E I CARATTERI DELLE NORO COMPOSIZIONI

"Ci sono dei conflitti d'interessi - dice il prof. Carnelutti(1) - la cui risoluzione il diritto rimette esclusivamente all'accordo delle parti; ce ne sono altri che una parte sola riesce a far risolvere anche senza questo accordo. Se non m'inganno, questo è il punto fondamentale. Quelle sono le controversie economiche; queste le controversie giuridiche. Sono giuridiche non già perché vengono risolte dal diritto (mediante norme materiali), ma solo perché il diritto da modo di risolverle, anche se le parti non si mettono d'accordo."

Questa distinzione porrò a base di tutta la trattazione, e di essa mi varrò, in modo particolare, nell'esaminare la configurazione giuridica di molti istituti e fenomeni del campo processuale.

Intanto comincio col distinguere convenientemente i caratteri dei conflitti dai caratteri delle composizioni che per questi conflitti possono ricorrere.

Cominciando dai conflitti giuridici, è evidente che la sola possibilità che, per volontà di una sola delle parti, si risolva il conflitto non toglie che il conflitto si possa comporre anche al di fuori d'ogni attività giurisdizionale. In altri termini, anche i conflitti giuridici possono avere una composizione qualunque, accanto ad una composizione giusta (conforme al diritto, conforme all'equità). Ma per ben intendere ciò, non è inutile distinguere conve-

---

(1) Carnelutti - "Arbitri ed arbitratori" in Rivista di Dir. Proc. Civ. 1924, pag. 124 e segg.

nientemente il carattere formale dal carattere sostanziale della composizione. Si vedrà così come, in tema di conflitti giuridici, si possa avere una composizione con contenuto formale e sostanziale perfettamente contrattuale, nel qual caso, la natura giuridica del conflitto vale soltanto a caratterizzare la manifestazione contrattuale di volontà quale transazione (transazione propriamente detta, riconoscimento, rinunzia) (1). Accanto a questa composizione a contenuto sostanziale e formale contrattuale, un conflitto giuridico può presentare un'altra forma di composizione il cui contenuto sostanziale sia quello proprio della sentenza (giusta composizione della lite) ed il contenuto formale quello proprio del contratto (manifestazione di volontà delle parti), nel qual caso si parlerà di composizione conciliativa o conciliazione.A ~~XXX~~ chi poi ritenga il Jùgement d'éxpedient una sentenza, potrà esser facile annoverare fra i vari modi di soluzione dei conflitti giuridici anche il jugement d'éxpédient, attribuendogli il contenuto sostanziale del contratto (composizione violenta della lite)ed il contenuto formale della sentenza (manifestazione di volontà del giudice) (2).

---

(1) Perchè sotto il termine transazione, io comprenda lo speciale contratto previsto all'art. , il riconoscimento e la rinunzia, dirò in seguito.

(2) E' molto controversa fra gli scrittori la questione relativa al carattere da attribuire al "Jugement d'expédient". Da alcuni autori esso è ritenuto vera e propria transazione, da altri una sentenza.Costoro però non possono negare il carattere transativo della composizione cui si perviene attraverso il "jugement d'expédient".

Il Garsonnet (;pag. 291) così definisce il jugement d'expédient: "On appelle jugement d'éxpédient ou jugement convenu celui qui revêt un contrat des formes judiciaires;les parties qui veulent l l'obtenir,présentent au tribunal un projet signé de leurs avoués,qui relate les points de fait et de droit sur lesquels elles sont tombées d'accord et les arrangements auxquels elles ont respectivement consenti.Ce projet est c communiqué au ministère public,délibéré par le tribunal,et revêtu,s'il l'ap prouve,detoutes les formes du jugement,y compris la formule exécutoire. Il en a même tous les caractères,car la loix ne distingue pas,parmi les jugements,ceux que la justiceimpose aux parties et ceux auxquels elles ont adhéré d'avance,et le tribunal qui adopte,en connaissance de cause,le minis stère entendu,un dispositif arrêté par elles se l'appropie et le convertit ainsi en un jugement ordinaire(292).Il s'ensuit:1)qu'il a l'autorité de la chose jugée;2)qu'il produit un effet déclaratif;3)que les parties qui n'y o ont pas consenti valablement,ou qui prétendent qu'il ne reproduit pas exact tément ce dont elles sont convenues, peuvent et doivent l'attaquer par les voies de recours ordinaires et extraordinaires;4)qui il est susceptible de tierce opposition,toutes les fois qu"il porte atteinte aux droits des tiers". Cita poi il Garsonnet una sentenza della Cassazione del Belgio, in data 22 novembre 1897, la quale si è manifestata per l'invalidità dei cosidetti "jugements d'expedients", o meglio ha dichiarato che: "La juridiction conten= tieuse des tribunaux leur donne le seol droit de connaître des différends qui divisent les parties; aussi, ne peuvent ils pas procéder à la recon= naissance d'actes sous seing privé pui leur sont suomis d'un commun accord par les parties signataires." e d'una sentenza della corte di Tolosa, in data 21 gennaio 1885, per la quale i jugements d'expédients non sono delle sentenze ma dei contratti impugnabili per via d'un'azione principale di

---

nullità.

Critica ambedue le sentenze, pur riconoscendo che la giurisprudenza francese abbia considerato in prevalenza il jugement d'expédient come un contratto giudiziario non suscettibile d'appello.

Io dividerei l'opinione contraria a quella del Garsonnet. Considero il jugement d'expédient come veri e propri contratti, cui il giudice attribuisce tutti gli effetti della sentenza, purchè questi non siano peculiari e propri dell'attività giurisdizionale. Riconoscerei quindi l'esecutorietà d'un jugement d'expedient, ma non parlerei di diritto d'appello, ma di semplice azione di nullità.

Può anche avvenire che la risoluzione di un conflitto giuridico si raggiunga per via d'una sentenza, cioè d'un comando sostanzialmente giusto, i cui presupposti però stiano in una manifestazione di volontà dei soggetti del conflitto che attribuiscano potere di decisione a un determinato organo privato o pubblico. Sarebbe il caso dei cosidetti lodi impropri, che si basano cioè su compromessi irrituali (1).

Infine può ricorrere una composizione di conflitti giuridici che assuma carattere giurisdizionale, che abbia cioè il contenuto formale e sostanziale della sentenza vera e propria (composizione giusta, manifestazione di volontà del giudice), in cui cioè tutti gli elementi siano dovuti all'attività del giudice (sentenza conforme al diritto, conforme all'equità del giudice pubblico, dell'arbitro).

Riassumendo, nel campo dei conflitti giuridici, quattro forme di composizione acquistano rilievo e significato speciale. Il diritto però può limitare le forme di composizione dei conflitti giuridici, imponendo la forma di composizione più conforme alle necessità giuridico sociali: la composizione giurisdizionale, rappresentata dal comando del giudice di diritto o d'equità.

Passando a trattare dei conflitti economici riesce facile anche qui la possibilità di distinguere le varie forme di composizione,

---

(1) Qui non si pregiudica la questione se, in diritto positivo, siano o no valide simili compromesse.

tenendo presente la distinzione tra carattere formale e carattere sostanziale della composizione stessa.

In via pregiudiziale è da osservare però che, essendo il conflitto economico definito dall'impossibilità della composizione senza che esista l'accordo delle parti, qualunque forma di composizione si abbia in concreto, quest'accordo delle parti si presuppone in ogni caso, pur potendo esso ridursi a significato puramente strumentale, cioè ad un'espressione minima di volontà concreta rispetto alla composizione sostanziale del conflitto. Quando in nessun senso ricorra l'accordo di volontà dei soggetti del conflitto, questo non potrebbe qui definirsi come conflitto economico. È perciò che qui non può concepirsi affatto, nel senso più assoluto, il comando autonomo del terzo estraneo al conflitto (giudice).

Ma, per il fatto stesso da noi messo in rilievo, non si può escludere che si possa concepire, nel campo dei conflitti economici, in senso relativo, il comando in certa guisa autonomo del terzo. Ciò nel caso in cui, i conflitti rimanendo economici, l'ordinamento giuridico abbia predisposto in tal modo gli elementi della soluzione giudiziaria del conflitto (costituzione dell'ufficio giudiziario, costituzione di sanzioni, ordinamento della procedura, o abbia caratterizzato in tal guisa la manifestazione di volontà delle parti, in quanto assuma una determinata forma (compromesso), che questa manifestazione di volontà assuma soltanto un carattere strumentale, formale di semplice costituzione o perfino di semplice riconoscimento del potere d'intervento del giudice (arbitro) nel conflitto.

In tal caso, ricorre si una manifestazione di volontà dei soggetti del conflitto, che valga a caratterizzare il conflitto stesso come conflitto economico, ma questa manifestazione è un semplice

presupposto;dell'attività d'un organo giudiziario, il cui comando assume poi tutte le caratteristiche fondamentali del comando giuridico dell'organo giurisdizionale. La teoria dell'arbitrato, così come sarà esposta qui avanti, servirà a delucidare i concetti suesposti.

Oltre a questa possibile composizione giuridica dei conflitti economici, esiste la possibilità di un'altra forma di composizione degli stessi conflitti, in cui il contenuto sostanziale si presenti come quello proprio della sentenza (composizione giusta e il contenuto formale come quello proprio del contratto (manifestazioni di volontà contrattuale da parte dei soggetti del conflitto). Questa forma di composizione si attua principalmente con la conciliazione, laddove quest'istituto sia predisposto a favorire la giusta composizione dei conflitti economici (ciò avviene specialmente nel campo intersindacale ed internazionale).

Finalmente la forma di composizione più propria dei conflitti economici appare quella che si presenta con contenuto sostanziale e formale pienamente contrattuale (composizione violenta del conflitto, manifestazione di volontà contrattuale da parte dei soggetti del conflitto). Questa è la forma normale di soluzione dei conflitti economici; quella che in ogni caso si presuppone perchè il conflitto sia caratterizzato come economico.

Come la forma pienamente giurisdizionale di soluzione dei conflitti è l'unica che non possa mancare nel campo dei conflitti giuridici, così la forma pienamente contrattuale di soluzione dei conflitti è l'unica che non possa mancare nel campo dei conflitti econo-

mici.

E come le altre forme di soluzione dei conflitti giuridici (transazione, conciliazione, arbitrato improprio) sono possibili se e finchè l'ordinamento giuridico le ammetta, così le altre forme di composizione dei conflitti economici sono possibili se e finchè lo ordinamento giuridico le appretta.

E' infatti evidente che l'arbitrato e la conciliazione dei conflitti economici in tanto si presentano come mezzo di soluzione dei conflitti stessi in quanto lo Stato predisponga o caratterizzi giuridicamente quest'istituti nel campo dei conflitti. E il predisporli intanto ha un solo ed inequivocabile significato, e cioè: che la categoria di conflitti economici per risolvere i quali gli istituti stessi vengono predisposti, si avvia lentamente, attraverso queste organizzazioni giudiziarie e istituti impropriamente processuali intermedi, a diventare una categoria di conflitti giuridici.

E' dunque possibile che la forma pienamente contrattuale di soluzione dei conflitti economici sia la sola che si presenti nel campo dei conflitti stessi; ma quando accanto a questa specie di composizione, l'ordinamento giuridico predispone le altre due, è evidente come i conflitti economici rimangano tali per ancora un certo periodo che diremo di transazione, al cessar del quale, i conflitti vengono assunti dall'ordinamento giuridico quali conflitti giuridici, per la di cui composizione, si rendono poi convenienti tutte o alcune delle forme di composizione già esaminate.

E' evidente anche che laddove non esista un principio d'ordinamento giuridico, la forma pienamente contrattuale di composizione

dei conflitti sarà la sola possibile; potrà, accanto ad essa, sussistere l'arbitrato ma come fenomeno pregiuridico e senza alcuna caratteristica che lo metta fuori dal terreno morale o dal terreno contrattuale. Onde resta accertato che la dove esista la conciliazione e l'arbitrato, colle caratteristiche proprie di questi istituti, deve necessariamente esistere un ordine giuridico che li abbia preordinati.

Osservo infine, come questo continuo scindere l'elemento formale dall'elemento sostanziale nelle composizioni, riconducendo i l'uno o l'altro agli elementi propri del contratto della sentenza a seconda dei casi, potrebbe sembrare uno sforzo casistico non rispondente alla struttura giuridica dei vari istituti. Ma è evidente come di questa distinzione si dia più ampia ragione in seguito, quando particolarmente si parlerà del contratto, dell'arbitrato, della conciliazione ecc.

L'ATTIVITA' CONTRATTUALE NEL CAMPO DEI RAPPORTI INTERINDIVIDUALI INTERSINDACALI ED INTERNAZIONALI

Considerando, in un primo tempo, il regime contrattuale come regime di violenza (violenza economica o violenza fisica), ponendo come presupposto l'intervento o la necessità dell'intervento dello ordine giuridico al fine di eliminare la violenza contrattuale(violenza fisica o violenza economica) per spiegare l'intervento o il mancato intervento dell'ordine giuridico per l'eliminazione della violenza, cioè questo arrestarsi dell'autorità sovrana o questo intervenire dell'autorità sovrana dinanzi ad una manifestazione delle forze delle possibilità economiche dei soggetti del conflitto, bisogna che io mi soffermi a considerare i vari aspetti del contratto.

Ora un primo aspetto,e forse il più importante da considerare è quello della stipulazione. Mi ritorna a questo proposito in mente un bellissimo studio del Prof. Carnelutti sulle difficoltà che si incontrano nella stipulazione del contratto, difficoltà che diminuiscono man mano che da un'ambiente economicamente meno evoluto, si passi ad un ambiente più evoluto (esempio: dalla fiera di campagna alla boxe). Ma la mia considerazione vuole giungere ad abbracciare i contratti che si presentano difficoltosi nella loro stipulazione, non solo per quanto riguarda il tempo, ma anche e sopratutto per quanto riguarda il dispendio di energie economiche e di ricchezze, e di contratti che presentano una facilità tale di stipulazione, che per essa non si richiede alcun dispendio economico o fisico.

Non sembri di nessun momento questa rivelazione; essa guarda ad un momento importantissimo dell'attività contrattuale, momento di cui l'ordine giuridico ben rileva le caratteristiche.

per ciò stesso dei particolari atteggiamenti.

Quello che qui mi preme rilevare è che la difficoltà della stipulazione può dipendere dall'importanza dell'interesse contrattuale, dall'equilibrio assoluto della forza dei contraenti (1); dall'assenza d'un presupposto economico che possa guidare l'azione dei contraenti stessi.

In ogni modo, senza aver la pretesa di esaurire l'argomento a me basta di avere accennato a questa prima fase contrattuale.

---

(1) Interessanti, se non del tutto accettabili, si presentano a tal proposito le considerazioni del Pantaleoni che qui sotto riportiamo. A me sembra che il Pantaleoni abbia bensì rilevato le particolari caratteristiche dell'attività contrattuale in certi casi, ma abbia esagerato riconducendo l'espressione contrattuale ad un particolare aspetto della parità di forze negli individui. Il contratto infatti, pur essendo, in certi casi, l'espressione d'una eguaglianza di forze, non cessa di essere un prodotto di violenza, inteso come vero e proprio contratto. Il contratto poi può presupporre, ed anzi presuppone in molti casi, la disparità di forza contrattuale nei soggetti del conflitto.

Quando si dimostra che l'impiego della forza nella spogliazione predatoria o parassitaria può essere così costoso da rendere più utile il contratto, cioè il pagamento dei servizi, non si fa che indicare un caso che costituisce un particolare aspetto della parità delle forze. Infatti, che rimarrà della superiorità di forze, quando il suo esercizio sia sottoposto alla condizione di importare un tale costo da rendere ogni altro sistema più rimunerativo? Il costo, che è connesso con l'esercizio di mezzi violenti di aggressione o di dominazione, va, evidentemente messo tra i mezzi di difesa del gruppo più debole, e può renderlo altrettanto

forte quanto il gruppo che sarebbe più potente, nell'ipotesi in cui l'impiego della sua forza costasse meno o nulla. Bisogna dunque spiegare questo fatto? L'esistenza cioè di rapporti realmente contrattuali sia concludendo che non è vero che tutto il mondo sia diviso fra forti e deboli, sia concludendo che anche se forti e deboli esistono ovunque in natura, le posizioni relative, non sono conosciute alle parti interessate così da fornire una sicura guida sulla quale regolarsi nella condotta reciproca e preferire l'uso della violenza al contratto pacifico. Brevemente, i rivali non possono essere indotti a non combattersi, eccetto che se si presumono di uguali forze. Non sembra che si ottenga una sufficiente spiegazione dell'esistenza del contratto, supponendo che tutto il gruppo sociale sia interessato a imporre la pace fra due qualsivoglia parti contendenti, anche se venisse concesso che la pace è una condizione generale di prosperità. Se la formazione di un organo politico, che imponga la pace ed il contratto, fosse un prodotto storico necessario, le relazioni internazionali sarebbero da un pezzo giunte a creare tale organo. Non avendolo fatto invece, diremo esservi in ciò un altro forte argomento contro tali teorie ottimistiche. E un argomento analogo è fornito dal fatto, che le minoranze sono generalmente oppresse, senza alcun riguardo per i loro interessi, quando esse non possono spiegare una disperata energia, sufficiente a rendere il risultato della lotta alquanto dubbia.

Giammai vedremo casi di abuso di potere politico da parte di una classe contro altre, se la teoria sopra esposta fosse attendibile. Il punto difettoso di tale teoria è la mancanza di un codice della pace, codice che dalle parti sia accettato la pace, va bene, ed è cosa bella e buona a seconda di quelli che ne sono i suoi termini. Ora ho chi è forte e chi è debole,

---

se ambo le parti conoscono la loro posizione, quali sono questi termini? Non dobbiamo dimenticare che il problema, come si presenta ai giuristi, non è identico a quello che si presenta agli storici ed ai sociologi, i quali vanno al di là del codice e domandano il perchè di ciò che esiste nel codice. La loro ricerca non è limitata alla spiegazione della comune pax domini, ma si estende ad una spiegazione dell'equilibrio sociale; ciò che è molto differente."XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX) Pantaleoni - Studi vari di economia - Vol. I; pag. 355 e segg.

Un secondo aspetto del contratto, degno di rilievo, è quello che attiene alla stabilità o meno della composizione contrattuale, questione delicatissima questa, e che forse non ha ricevuto sufficiente trattazione da parte dei giuristi, questione squisitamente giuridica quando si badi al detto "il contratto fa legge fra le parti". Quella ch'io chiamo stabilità del contratto non è altro che la questione del regime giuridico da precostituire al contratto stesso.

A tal proposito, si badi che il contratto è frutto di violenza, e, secondo la felice espressione del Prof. Carnelutti un trattato di pace.

Prodotto d'un equilibrio delle forze economiche o fisiche dei contraenti al momento della stipulazione, il contratto, se deve avere un regime giuridico o altrimenti una certa stabilità, non può però non risentire le conseguenze di questa origine violenta.

All'ordine giuridico, altrimenti all'interesse sociale, s'impone qui una linea di condotta abbastanza cauta affinchè il comando contrattuale, frutto di violenza, se ed in quanto si trasformi in comando giuridico, non costituisca una costruzione quando le forze dei contraenti si siano distribuite diversamente che al momento della stipulazione.

Qui sarebbe interessante una lunga indagine per vedere come l'ordine giuridico abbia risolto la questione di cui sottolineo la importanza. Non essendo ciò possibile, mi limiti ad osservare che se in un contratto non continuativo il comando giuridico contrattuale può esaurirsi coll'esercizio stesso attuale della violenza contrattuale, nei contratti invece a tratto successivo, nei contratti

cioè ad esecuzione non immediata il comando giuridico contrattuale può perdurare, nella sua efficacia obbligatoria, mentre più non si tien conto delle variazioni intervenute nella forza contrattuale dei soggetti del contratto. Non intendo perciò negare la legittimità di un regime giuridico del contratto, ma intendo anche qui far notare come la linea d'azione dello Stato o i particolari atteggiamenti dell'ordine giuridico debbano essere ben diversi, a seconda delle necessità di tutela e conservazione sociale.

Si può pensare ad un ordine giuridico attuato, in un aggregato sociale, almeno per quanto riguarda l'eliminazione della violenza fisica (campo interindividuale). Non si può tuttavia sostenere che tutti i regimi contrattuali si riducono a regimi di violenza economica. Nel campo internazionale, e spesso nel campo intersindacale, la violenza fisica non è stata eliminata affatto o non è stata eliminata del tutto. Così ad esempio la società internazionale è stata (vedremo se lo è ancora) una società completamente anarchica. E già non v'è chi non veda quanto si complichi lo studio del regime contrattuale quando ricorra puranche la possibilità di un esercizio di violenza fisica.

Credo che i due aspetti su accennati dell'attività contrattuale siano di gran lunga i più importanti. L'uno riguarda la maniera con cui si addiviene al contratto; l'altro riguarda la proiezione della composizione contrattuale. Abbiamo così una fase anteriore ed una fase posteriore alla stipulazione del contratto. Le studieremo ambedue nel campo interindividuale intersindacale ed internazionale.

Campo dei rapporti interindividuali.

Nella considerazione del fatto economico non risalgo al di là della rivoluzione industriale, e ciò perchè mi sembra che un sècolo e qualche anno di storia economica ci permettano di venire a delle conclusioni abbastanza precise.

Per le stesse ragioni nella considerazione del fatto giuridico non risalgo al di là della rivoluzione francese; anzi, dirò meglio, prenderò a modello il sistema giuridico di diritto privato compendiato nel Codice Napoleone, come quello che ancor oggi riesce ad essere il sistema giuridico predominante.

Ora, nel campo economico, il fatto più importante, prodotto dalla rivoluzione industriale, fu lo sfrenarsi della concorrenza. In sostanza la scuola classica dell'economia non fece che teorizzare questa tendenza economica alla libera concorrenza illimitata. Prodotto di questa tendenza fu l'atomismo contrattuale, la polverizzazione, se è lecito usare questa parola, del contratto. Non vi è economista che studi il regime di libera concorrenza, che non parli di questo dissolvimento e, di conseguenza, di questo pullulare di contraenti. Ciò che si esprime dicendo che il regime di libera concorrenza, il contraente subisce il mercato , subisce il prezzo, è una piccola particella, in un sistema di equilibrio generale.

In quanto il secolo passato si sia aperto con una tale manifestazione di fenomeni economici, è evidente che il regime giuridico ne abbia subito l'unfluenza.

In sostanza, per quante critiche i giuristi abbiano fatto al sistema di diritto uscito dalla rivoluzione francese, non si può dubita-

Campo dei rapporti internazionali.

re ch'esso costituiva il sostrato giuridico più adatto alle condizioni economiche che si andavano sviluppando. Vedremo che, se deficienze e manchevolezze nel sistema giuridico si scoprirono ben presto, si scoprirono in un campo in cui la libera concorrenza presentava un suo particolare aspetto.

Ho detto che lo Stato, ai fini della tutela dell'interesse sociale, deve badare alla fase anteriore e posteriore del contratto. In quanto queste due fasi si svolgano in certe particolari condizioni, l'ordine giuridico può assumere caratteristiche speciali.

Nei riguardi della fase stipulativa, l'atomismo contrattuale nel campo economico, affievolisce l'interesse contrattuale o, per meglio dire, fa si che l'interesse contrattuale da difendere non sia tale da richiedere un uso di mezzi contrattuali che determini particolare attenzione dell'ordine giuridico. Interesse contrattuale , in un regime di libera concorrenza, è difeso vigorosamente dall'individuo, senza che questa difesa perturbi l'ordine sociale.

Nè la difesa di questo interesse contrattuale produce un dispendio di energie economiche; l'atomismo contrattuale, ho detto, fa si che i contraenti subiscano le condizioni del mercato, in un certo senso e dentro certi limiti, per cui non sta nella più o meno lunga resistenza contrattuale , la possibilità di una più valida difesa dell'interesse. E' tanto vero ciò che nell'istituto più tipico di contrattazione, la borsa, i contratti si conchiudono in pochi minuti (1), e ciò perchè qui, più che altrove, i contraenti subiscono i prezzi, per quanto poi, con la loro condotta, continuamente li modifichino. Ne perturbamento dunque dell'ordine sociale, nè dispendio di ricchezze

---

(1) Carnelutti -

o di forze economiche.

Dal punto di vista sociologico, in una tale fase economica, il regime contrattuale viene ad essere perfettamente giustificato. Che il sistema giuridico napoleonico abbia proclamato la libertà contrattuale è comprensibile, quando si ponga mente a quanto ho detto.

Ma che l'ordinamento giuridico, uscito dalla rivoluzione francese, non fosse , anche nella sua rispondenza alle condizioni economiche d'allora, perfetto e non fosse ugualmente efficace in tutti i casi, è dimostrato dal fatto stesso che il fenomeno economico della libera concorrenza non produce le stesse conseguenze in tutte le possibili condizioni, e che diversi sono i risultati di essa, secondo che agisca fra i produttori o fra i locatori d'opera. Sarebbe allontanarsi di molto dal tema se volessi completamente illustrare questo punto, del resto già discusso abbastanza dagli scrittori.

Mi basti dire che il sistema giuridico del codice Napoleone presuppone contraenti di beni economici identici, ed, in questa presunzione , tratta il contratto di lavoro come un qualsiasi altro contratto, mentre è dimostrato che, se le figure del compratore e del venditore, del mutuante e del mutuatario, del locatore e del locatario di cose, stanno sullo stesso piano, nei riguardi economici, non sullo stesso piano si trovano le figure dell'imprenditore e dell'operaio o locatore d'opera in genere(1).

---

(1) Marshall - Principi di economia: "Ciò è tanto più probabile in quanto che, mentre nelle contrattazioni che si svolgono nel mercato delle merci i vantaggi sono distribuiti quasi egualmente bene tra le due parti, nel mercato del lavoro avviene più spesso che i vantaggi vadano dalla parte del

In sostanza le critiche che, a partire dal Saint - Simon, sono state fatte al sistema giuridico che tuttora vige, si sarebbero arrestate alla rilevazione dell'errore giuridico nella valutazione dell'importanza e delle caratteristiche del contratto di lavoro, ma non sarebbero potute andare più in là, se altri fatti economici, come quello della concentrazione industriale, del monopolio, della grande organizzazione industriale, della cooperazione, non si fossero manifestati.

Posso concludere col dire che nel campo dei rapporti interindividuali, non si è manifestato alcun interesse sociale a sottrarre la serie dei conflitti economici alla composizione contrattuale, presa

---

compratore anzichè da quella del venditore... Il lavoro è venduto spesso in circostanze particolarmente sfavorevoli che dipendono da un gruppo di fatti strettamente connessi; e cioè che il lavoro è una merce che perisce, che i venditori di esso sono ordinariamente poveri e non hanno fondi di riserva e che essi non possono ritirarsi dal mercato... Come noi vedremo quando esamineremo le leghe è più difficile per i lavoratori non qualificati che per i lavoratori qualificati riunirsi in associazioni forti e durevoli, e quindi mettersi in parità di condizioni nel contrattare con i principali. Imperocchè dev'essere tenuto a mente che, quando un uomo impiega un migliaio di altri uomini, egli stesso forma e rappresenta una combinazione assolutamente rigida di un migliaio di unità di compratori, nel mercato del lavoro".

questa espressione nel senso che la società giuridicamente organizzata ha lasciato la composizione dei conflitti al giuoco delle libere forze economiche individuali (1).

Riguardo alla seconda fase contrattuale, quella che ho chiamato la stabilità contrattuale, l'ordine giuridico nel campo individuale, è stato bene esplicito.

Qualunque cosa si dica è certo che il legislatore ha voluto garantire, in ogni modo, l'obbligatorietà del contratto; il comando contrattuale è divenuto una specie di comando giuridico, vincolante nei limiti e nei termini fissati dal contratto.

Quest'attitudine dell'ordine giuridico si giustifica per le ragioni stesse che giustificano il regime contrattuale nel campo interindividuale: limitata importanza dell'interesse economico in giuoco, per cui anche un notevole cambiamento nelle forze economiche dei contraenti non avrebbe, per la tenuità dell'interesse in giuoco, una grande risuonanza. Limitata influenza dei soggetti contrattuali e delle loro forze per cui, nel contratto, più che pesare le forze economiche del singolo contraente, son rappresentate le condizioni generali del mercato.

---

(1) La composizione d'un conflitto economico può interessare l'ordine giuridico, anche nel campo dei rapporti interindividuali. Basti pensare a tal riguardo alle disposizioni della legge in materia di arbitraggio nella determinazione del prezzo , alla diversità di regolamento giuridico a seconda che si tratti di arbitraggio nella vendita civile o di arbitraggio nella vendita commerciale .

Condizione oggettiva la prima e soggettiva la seconda, che permettono al contratto una lunga vita, senza che, per questo, si manifesti alcuna forma di perturbamento sociale.

Nel campo dei rapporti interindividuali, la questione dell'efficacia del contratto nel tempo e dell'obbligatorietà di esso, anche in condizioni economiche diverse da quelle esistenti all'atto della stipulazione, non ha dato luogo ad opinioni discordi, se si eccettuano i periodi veramente eccezionali, in cui, non il singolo contratto viene in discussione, ma tutta una categoria di contratti che impegnano determinate classi sociali.

Della clausola rebus sic stantibus, intesa nel senso più largo, nel senso cioè di clausola che garantisce la persistenza del contratto, finchè le condizioni dei contraenti non siano mutate, di questa clausola dicevo, intesa in questo senso, non si è mai fatto menzione nel campo dei rapporti interindividuali. E' vero che di siffatta invocazione non manca il tentativo in qualche fattispecie decisa dalla nostra giurisprudenza, persino allo scopo di sfuggire agl'impegni assunti in casi di serie difficoltà e non di vera impossibilità oggettiva(1); ma, in ogni modo, qui si tratta di un tentativo rimasto senza seguito, e in virtù del quale, la clausola rebus sic stantibus verrebbe ad avere un'applicazione particolare, unilaterale, quasi ad avvicinare il senso della clausola rebus sic stantibus a quelli che sono i casi classici di caso fortuito e d'impossibilità di prestazione, applicazione ristretta che vedremo essere l'obbietto delle tendenze giuridiche nel campo interdindacale e nel campo internazionale, dove la clausola rebus sic stantibus ha avuto finora la più larga

---

1) Cfr. Sentenza 24 gennaio 1913 Corde d'Appello di Bologna.

applicazione.(1)

Campo dei rapporti intersindacali

Abbiamo visto come, nel campo del diritto interindividuale, il contratto di lavoro venga a confondersi, nella struttura giuridica, cogli altri contratti e come per ciò stesso il regime di esso, nel campo interindividuale, si mostrinben presto insufficiente ad assicurargli una vitalità autonoma.

E' inutile far qui l'esegesi e la storia del movimento sindacale, come è inutile fare quella del contratto collettivo e del concordato di tariffa. Qui osservo soltanto come le condizioni economiche svoltesi per opera della rivoluzione industriale abbiano dato luogo alla più notevole reazione ai principi giuridici che caratterizzarono il principio del secolo scorso. Le condizioni che fecero sorgere il vigoroso individualismo di quel periodo sono ormai tramontate. La fiducia dei giuristi della rivoluzione francese nel potere della concorrenza dare libero sfogo a tutti i singoli operai si è dimostrata vana. Il sistema giuridico napoleonico si è mostrato quello che in fondo era: un codice fatto per dei proprietari e non per dei lavoratori. Per quel codice non esistenva libertà di contratto se non per il capitalista, non mai per l'operaio.

Manifestatosi il movimento associazionista, nel campo del lavoro, non potè sfuggire ad alcuno l'importanza della contrattazione collettiva, contrattazione collettiva che finisce col costituire il

(1) Di questa questione si è ripetutamente occupato l'Osti nella Rivista di Diritto Civile, 1912, pag. 360. "La cosidetta clausa rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico" è 1913, pag. 471,498; 647-697 "Appunti per una teoria della sopravvivenza (la cosidetta clausola rebus sic stantibus nel diritto contrattuale moderno)".

applicazione.(1)

Campo dei rapporti interindividuali

abbiamo visto come, nel campo del diritto individuale, il contratto di lavoro venga a configurarsi, nella struttura giuridica, negli stessi contratti e come per ciò stesso il regime di esso, nel campo individuale, si mostri ben presto insufficiente ed assurga una vitalità autonoma.

Non inutile fare qui l'accenno a la storia del movimento sindacale, come è inutile fare quella del contratto collettivo e del contratto di tariffa. Qui osserva soltanto come la condizioni economiche avutesi per opera della rivoluzione industriale abbiano dato luogo alla più notevole reazione al principi giuridici che caratterizzano il principio del nostro secolo. Le condizioni che fecero sorgere il vigoroso individualismo di quel periodo sono ormai trasformate. La fiducia dei giuristi della rivoluzione francese nel potere della concorrenza data libero sfogo a tutti i singoli operai si è dimostrata vana. Il sistema giuridico napoleonico si è mostrato quello che in fondo era: un codice fatto per dei proprietari e non per dei lavoratori. Per quel codice non esisteva libertà di contratto se non per il capitalista, non mai per l'operaio.

Manifestasi il movimento associazionista, nel campo del lavoro, non potè sfuggire ad alcuno l'importanza della contrattazione collettiva, contrattazione collettiva che finisce col costituire il

---

(1) Di questa questione si è ripetutamente occupata l'Corti nella Rivista [illegible] Diritto civile, 1912, pag. 380. "La cosidetta clausola rebus sic stantibus" [illegible] uno spunto storico" 1913, pag. 471,498; dal-dott "Appunti per una teoria della sopravvivenza (la cosidetta clausola rebus sic stantibus nel diritto contrattuale moderno)".

centro di gravità del movimento sindacale e l'obbietto principale di una costruzione giuridica nel campo dei rapporti sindacali stessi.

Prescindendo per ora, dai tentativi e dai primi passi fatti sul terreno della costruzione giuridica, consideriamo anzitutto il sindacato operaio come un'organizzazione economica. Notiamo subito come, da questo punto di vista prettamente economico, il movimento operaio sia la prima manifestazione di un più largo movimento associazionista nel campo economico. Infatti dal sindacalismo operaio si passa al sindacalismo padronale, ai fini dei rapporti tra capitale e lavoro, e in seguito al sindacato industriale orizzontale e poi verticale, al sindacato fra consumatori ecc. Il movimento associazionista quindi non si sviluppa soltanto per le necessità della difesa delle classi, nel campo del lavoro, ma si sviluppa per altre finalità e per ben diverse necessità.

Ma questo manifestarsi di tendenze associazioniste nel campo economico, non deve condurre a vedere un'unicità di manifestazione dal punto di vista politico e giuridico sociale. Le diverse forme di associazionismo, ubbidendi a diverse necessità, devono essere studiate separatamente e caratterizzate con diversi criteri giuridici.

Si costituiscono sindacati operai e sindacati padronali per contrapporsi l'uno all'altro nei riguardi della contrattazione collettiva del lavoro. Si costituisce il sindacato industriale, non per contrapporsi al sindacato operaio, ma per scopi industriali che, in un primo tempo, possono consistere in un tentativo di dominio del mercato, in un secondo tempo, nella necessità di una riorganizzazione economica che possa garantire all'industria un minor costo di produzione e più grandi benefici sociali. Per mille ragioni le posizioni di ogni manifestazione associazionista vanno tenute distinte, per

quanto tutte le manifestazioni operino nel campo economico.

Ai fini della nostra indagine , prettamente giuridica, interessa di dare rilievo a quei movimenti associazionisti che influiscono direttamente ed immediatamente sul fenomeno contrattuale.

A tal proposito, mentre il fenomeno contrattuale si presentava unico, nel regime giuridico uscito dalla rivoluzione francese, man mano che si manifesta un'evoluzione economica nel senso dello sviluppo del movimento sindacale esso tende a differenziarsi e assume due aspetti. Abbiamo così un fenomeno contrattuale che si manifesta nei rapporti fra capitale e lavoro e un fenomeno contrattuale che rimane nei limiti segnati dal sistema giuridico napoleonico. Il tentativo di determinare un fenomeno contrattuale che si differenzi e dal fenomeno di contrattazione collettiva, nel campo del lavoro, e dal fenomeno di contrattazione interindividuale, tentativo posto in essere dai primi movimenti associazionisti nel campo dell'industria propriamente detta, fallì per la pronta reazione giuridico-sociale cui questo tentativo diede luogo. E' evidente infatti che questo tentativo mirava, non a ristabilire una certa uguaglianza nella posizione economica dei soggetti contrattuali (unica giustificazione, dal punto di vista sociologico, del movimento operaio) ma costituire una posizione di privilegio indiscusso nella contrattazione.

Ho parlato di una manifestazione contrattuale diversa da quella prevista nel diritto interindividuale, nei rispetti solamente dei rapporti fra capitale e lavoro. E' evidente infatti che, nei riguardi della configurazione giuridica del rapporto contrattuale, ogni manifestazione contrattuale di sindacati industriali rientrerà, per la massima parte , nella costruzione contrattuale del diritto interindi-

viduale. Questo costringere ogni manifestazione contrattuale dei sindacati industriali in senso stretto, entro i limiti del contratto tradizionale, è stato possibile in seguito ad una più compiuta elaborazione del principio di libertà contrattuale, quale fu posto dal sistema giuridico tradizionale.

In sintesi abbiamo da un lato una configurazione giuridica del contratto di lavoro, a significazione collettiva, che si diversifica dalla configurazione giuridica di ogni altro contratto, diversificazione, l'ho già detto, determinata dallo svilupparsi dell'associazionismo operaio e padronale; dall'altro lato abbiamo il principio giuridico della libertà contrattuale, nel diritto interindividuale, principio indiscusso, a cui si riconduce ogni forma di contrattazione che non sia contrattazione nel campo del lavoro, se si eccettui il tentativo, subito represso dall'ordine giuridico, di controllare la manifestazione contrattuale, attraverso le formazioni monopolistiche, tentativo , come ho detto, posto in essere da certe forme di organizzazione industriale.

La forma di contrattazione collettiva, nel campo dei rapporti fra capitale e lavoro, ha trovato in un primo tempo un'avversaria accanita nella corrente individualista, che si basava su certe premesse economiche e si era costituito un proprio regime giuridico.

Non è certamente molto lotana da noi, la lotta che l'Inghilterra si condusse contro il sindacato operaio, conducendola in nome del diritto, volendo colpire non l'uso del mezzo violento (sciopero, boicottaggio) nè l'associazione, in quanto tale, ma il fatto contrattuale, che si presentava come fatto nuovo di fronte a cui tutto un sistema di principi giuridici si dimostrava inefficace e sorpassato.

Nè la lotta fu lotta di classi sociali soltanto, perchè lo stesso giudice, ormai abituato ad una logica giuridica tradizionale, a certi fatti e fenomeni giuridici, vedeva un pericolo nel nuovo fenomeno sindacale e un pericolo ben più grave nell'applicazione di vecchi principi giuridici a nuove situazioni.

E se in Inghilterra si elaborava la dottrina della "Conspirancy" in Francia, quasi nella stessa epoca si elaborava la dottrina dell'abuso del diritto, ambedue queste dottrine dirette a colpire il movimento associazionista operaio.

Un fiorire dunque di dottrine che mostra tutto il disagio del giudice, costrettp ad un sistema di logica giuridica, sorpassato pel semplice manifestarsi di situazioni sociali nuove. Questo disagio si manifestò sopratutto nel disordine giuridico che accompagnò l'elaborazione delle varie dottrine giuridiche in materia; e questo disagio si nota ancora, laddove la lotta contro il movimento associazionista operaio non è terminata (per esmpio negli Stati Uniti d'America). Da questo disagio si uscì ben presto in Inghilterra, dove il legislatore, con una legge del 1907, sconfessò tutta la lotta giudiziaria, imponendo l'abbandono della vecchia logica giuridica e dichiarando l'agnosticismo giuridico in materia sindacale, quasi allo scopo di pervenire più rapidamente ad una nuova elaborazione giuridica, da condursi su nuove basi, elaborazione giuridica di cui studierò in seguito le manifestazioni più salienti e la cui caratteristica principale sta nella tendenza alla limitazione di quella libertà contrattuale proclamata nel vecchio regime giuridico individualista.

L'evoluzione del pensiero giuridico in Inghilterra, è tanto più interessante, in quanto con essa il diritto inglese perviene a quella distinzione fra manifestazione contrattuale nel campo del lavoro e manifestazione contrattuale propria dei sindacati industriali in senso stretto, distinzione ch'io ho considerata come la sola capace a far comprendere la diversità giuridico-sociale dei vari fenomeni associazionisti nel campo economico.

A questa distinzione non è pervenuto affatto il pensiero giuridico negli Stati Uniti d'America.

Qui siamo ancora alla lotta che, in nome dell'individualismo, il giudice e l'opinione pubblica muovono al sindacato operaio. E questa lotta viene condotta colle stesse armi con cui si è condotto la lotta contro l'organizzazione monopolistica delle grandi imprese industriali (trusts, pools, mergers ecc.).

Già in quest'ultima, legislazione e giurisprudenza son state costrette a cedere e ad arrendersi alle necessità dell'evoluzione dei fatti sociali. Lo Sherman act (Anti-trusts law del 1890) iniziò la lotta, in America, dichiarando illegale ogni accordo che tendesse al monopolio, nel campo dell'industria. Ma la difesa del principio di libertà contrattuale, nella significazione che questa libertà ha nel diritto interindividuale, s'inizia male. La difesa avrebbe dovuto iniziarsi, riconoscendo l'ineluttabilità economica e sociale del formarsi del sindacato industriale, in quanto reso necessario dalle condizioni stesse di svolgimento dell'attività produttiva.

Riconoscendo la necessità del fatto organizzativo, controllando il fenomeno di organizzazione, affinchè esso non servisse ad influire il fatto contrattuale, il legislatore avrebbe esaurito il suo

compito nei riguardi dell'associazionismo industriale.

Ma, come ho detto, lo Sherman act rappresenta la reazione completa al fatto organizzativo, di cui non riconosce in maniera assoluta la necessità. Si ritenne di poter ristabilire l'equilibrio economico e giuridico, tentando lo scioglimento delle potenti organizzazioni finanziarie. La lotta fu condotta con gli stessi criteri e con gli stessi principi con cui fu condotta, in Inghilterra, la lotta contro il sindacato operaio. La dottrina della "Conspirancy" servì al giudice americano come aveva servito al giudice inglese.

Ben presto però il diritto americano subì un'evoluzione, nel senso di riconoscere la necessità del fatto organizzativo, pur rimanendo a difendere l'integrità del fenomeno contrattuale, quale l'individualismo lo concepiva.

Il Clayton act del 1906 ed il Trade Commission act del 1904 sono il sintomo più evidente di questa evoluzione nel diritto americano. Essi rappresentano nello stesso tempo il riconoscimento del fatto organizzativo e la difesa della libertà contrattuale interindividuale.

Con ciò tutto il fenomeno associazionista, nel campo economico, non viene dominato. Rimane grossissima la questione dell'associazionismo nel campo del lavoro. Si persiste a volervi condurre il fenomeno contrattuale, nei rapporti fra capitale e lavoro, nell'ambito della concezione individualista. Vi si crede di riuscire adottando gli stessi criteri giuridici di controllo del sindacato industriale.

Il giudice americano, esagerando sul terreno giuridico, l'unicità d'un fenomeno economico, trova ancor conveniente di combattere il sindacato operaio colle stesse armi con cui combatte il trust, ed in questa lotta, egli segue la legislazione nella sua evoluzione (1).

---

1) Lambert - La lutte judicuaire entre le capital et le travail aux Etats Unis

All'organizzazione operaio egli applica da prima le disposizioni dello Sherman act e quindi le disposizioni del Clayton act.

Quest'estensione della legislazione contro i sindacati industriali alle organizzazioni del lavoro da luogo a interessantissime dispute nel seno stesso della suprema Corte federale degli Stati Uniti. La corrente oppositrice, capeggiata dal giudice Brandeis, si oppone senz'altro all'estensione stessa, dichiarandosi favorevole al principio di libertà contrattuale sindacale, nel campo del lavoro e condannando l'unicità di valutazione del fenomeno associazionista nel campo economico.

Quest'unicità può condurre infatti a gravi errori.

Da noi il Carrara (1), occupandosi della questione, ha seguito i criteri della legislazione e della giurisprudenza specialmente americana, pervenendo con essa a quell'unicità di valutazione che ho censurato , allargando lo studio dei negozi giuridici impiegati come strumenti di lotta economica fino a comprendervi non solo i negozi giuridici nel campo del lavoro, ma i negozi giuridici nel campo dell'industria vera e propria.

L'impostazione dottrinale del Carrara viene perciò stesso ad essere arbitraria non solo, ma si vale di concetti giuridici, che per obbedire alla tradizione, fino ad un certo punto, possono servire a spiegare i particolari fenomeni della vita sindacale odierna.

Mi riservo di discutere in seguito a fondo la tesi del Carrara. Qui osservo com'egli si preoccupi di definire i negozi giuridici di

---

1) Carrara -"Negozi giuridici impiegati come strumenti di lotta economica" Rivista di Dir. Commer., 1925, pag. 141 e segg.

cui sopra, in modo da poter distinguere l'accordo lecito dall'illecito: "I negozi impiegati come strumenti di lotta economica - egli dice - hanno causa illecita, perchè in contrasto col buon costume, quando superino il limite della difesa di diritti o d'interessi di conservazione, e servono invece a scopi di accrescimento.

Ora le considerazioni da me svolte precedentemente mostrano come lo svolgimento dell'interesse contrattuale non incontri un limite segnato dalla necessità di conservazione o meno, attività contrattuale essendovi per se stessa un'attività di libero svolgimento dell'interesse.

Quello che induce in errore il Carrara, è proprio il fatto della unicità di valutazione giuridica del fenomeno di associazionismo economico. Se il Carrara avesse tenuta distinta le varie manifestazioni sindacali, si sarebbe accorto che: se la legge e la giurisprudenza, in un primo tempo, hanno combattuto l'organizzazione operaia dichiarandone, in certi casi, il carattere illecito del fine, oggi non seguono più la stessa via (salvo che in qualche Paese, come ad esempio gli Stati Uniti) e ambedue combattono, non più l'organizzazione, quanto l'attività contrattuale, e non già perchè questa si presenta illecità nel fine, quanto perchè usa di mezzi che rappresentano dispersione economica di ricchezze e causa di disordine sociale. Avrebbe compreso inoltre che l'evoluzione sia resa necessaria per la comprensione del vero carattere dell'associazionismo operaio, che non risponde a necessità immediate della produzione, ma a necessità di difesa contrattuale, distinguendosi, perciò stesso, dal fenomeno di concentrazione industriale, in senso stretto.

Legittimato il fatto contrattuale sindacale, non è più possibile distinguere fra accordi per la tutela d'un interesse di conservazione e accordi a scopo di accrescimento.

Nel campo del lavoro quello che preoccupa generalmente l'ordine giuridico non è più il fine della manifestazione contrattuale, nè la misura dello svolgimento dell'interesse, ma il mezzo contrattuale il cui uso serve al migliore svolgimento dell'interesse. Nel campo del lavoro, è il mezzo contrattuale che turba l'ordine giuridico, sia esso usato per lo svolgimento dell'interesse di conservazione o dell'interesse di accrescimento tanto che l'ordine giuridico è arrivato ad imporre, in certi casi, o a non imporre l'uso di un certo mezzo di coercizione contrattuale, senza preoccuparsi se esso fosse necessario per la difesa dell'interesse di conservazione o per scopi di accrescimento. L'ordine giuridico non tende che raramente ed in via transitoria a legittimare il mezzo contrattuale, quand'esso sia causa di disordine pubblico dichiarandone l'uso lecito (guerra giusta, sciopero giusto ecc.) ma tende più spesso a sopprimere l'uso del mezzo contrattuale socialmente dannoso, coll'assumere esso stesso la difesa e la determinazione degli interessi in conflitto fra i soggetti di diritto.

Gli esempi che il Carrara dà a dimostrazione pratica del suo enunciato, nel campo del lavoro, non sono convincenti. Egli intanto parte da una concezione del Barassi, interpretandola, a mio modo di vedere, in modo erroneo.

Il Barassi infatti (1), occupandosi del boicottaggio, dopo averne affermato in linea di principio la liceità, sostiene che tale li-

---

1) Barassi - Il contratto di lavoro, Vol.II pag. 61

ceità in tanto può essere ammessa in quanto il boicottaggio è destinato all'esercizio del diritto sindacale, e cioè alla tutela d'interessi professionali; ed aggiunge: "Il diritto resta neutrale finchè si tratta proprio di una competizione di interessi professionali, ma se mancasse questa ragione e si trattasse, ad esempio, di una vendetta, allora si riterrebbero offesi quei doveri sociali di correttezza che portano, se violati, all'applicazione dell'art. 1151".

Ora, a me pare, che qui il Barassi abbia voluto tracciare una linea di distinzione fra diritto intersindacale e diritto interindividuale. L'esercizio del diritto di boicottaggio è una nozione di libertà propria del diritto intersindacale. Questa nozione di libertà non può estendersi fuori del campo sindacale, e penetrare nel campo interindividuale, senza incontrare una serie di norme che regolano l'attività dell'individuo, e la definiscono giuridicamente con le nozioni di diritto ed obbligo, di lecito ed illecito. Si tratta di due piani distinti aventi ciascuno un ordine giuridico che li normalizza. Le interferenze non sono possibili che entro limiti strettamente tracciati.

L'avere legittimato una specie di libertà contrattuale sindacale non ha significato la soluzione di tutte le questioni che la lotta nel campo del lavoro conduce con se. Ho detto che rimane a risolvere la questione dell'uso del mezzo contrattuale, considerato in sè e non in rapporto al fine. Le tendenze legislative a fare del regime contrattuale sindacale un regime giuridico e a trasformarlo poi in un regime giurisdizionale, sono determinate appunto dalla necessità di sopprimere l'uso dei mezzi contrattuali violenti, senza sacrificare gli interessi che, attraverso l'uso di quei mezzi, possono essere tutelati.

Se la regola enunciata dal Carrara non può avere applicazione nel campo dell'associazionismo operaio e padronale, nei rapporti del lavoro, vediamo se essa può avere qualche applicazione nel campo dell'associazionismo propriamente industriale.

A questo proposito si può osservare che, di fronte agli accordi industriali tendenti alle forme monopolistiche, la legislazione dichiara l'accordo illecito, non perchè voglia porre un limite allo svolgimento dell'interesse contrattuale, quand'esso si proponga scopi di accrescimento, ma perchè vuole garantire lo svolgimento di questo interesse entro i limiti della concezione individualistica di libertà contrattuale. Il legislatore colpisce l'accordo, non quando miri ad interessi di accrescimento, poichè quest'indagine sulle intenzioni non potrebbe farsi, ma solo quando miri a spostare i termini della libertà contrattuale. Se e finchè l'accordo intervenga per necessità economiche interne dell'industria, il legislatore non interviene e non potrebbe intervenire senza violare le leggi economiche. E però il fenomeno di concentrazione industriale, avente la sua manifestazione esteriore nella pratica dell'associazionismo, non può avere significazione prettamente contrattuale. Quand'esso l'abbia, la legislazione proibitiva avrà la sua applicazione. La concentrazione industriale, attuata a scopo di predominio contrattuale, è stata la prima manifestazione del fenomeno, ma è ben presto caduta sotto la sanzione legislativa e giurisprudenziale. La concentrazione industriale, attuata, per come dev'essere a scopo di migliore organizzazione delle forze degli elementi produttivi, per necessità puramente interne delle industrie, non può cadere sotto alcuna sanzione. Ma, in tal caso, il fenomeno contrattuale che l'accompagna si presenta identico

sostanzialmente e formalmente, al fenomeno contrattuale di diritto interindividuale. In altri termini la concentrazione industriale non influisce per nulla sull'attività contrattuale normale. Si ha illiceità quando l'accordo tenda a spostare le condizioni di esercizio di questa attività.

Questi due aspetti del fenomeno di concentrazione industriale: l'uno che si riflette sull'attività contrattuale (aspetto illecito), l'altro che si riflette sull'organizzazione produttiva interna dell'industria (aspetto lecito), in quanto non influisce sul contratto) profondamente si distinguono dall'aspetto che normalmente assume il fenomeno di concentrazione sindacale, nel campo dei rapporti fra capitale e lavoro. Ripeto, se v'è una tendenza a fare del regime di rapporti fra capitale e lavoro, un regime giurisdizionale, ciò non tanto per l'illiceità del fine che si ripromettono i soggetti sindacali, quanto per la pericolosità, mi si permetta l'espressione, dei mezzi contrattuali.

Quando si siano seguite queste considerazioni, non si potrà fare a meno di rilevare l'insufficienza delle formulazioni giuridiche del Carrara. Si noti ad esempio l'artificiosità delle seguenti affermazioni: "La formula adottata richiede però qualche spiegazione. Sul primo punto (violazione di un diritto) non sorgono dubbi: qualora una delle parti leda un diritto dell'altra, questa non agirà ingiustamente se ricorra alla costituzione di un negozio di lotta economica (sciopero, serrata, boicottaggio) per ottenere la ricostituzione del diritto leso. E' naturale che tale negozio debba avere per oggetto l'impegno delle parti a compiere atti legittimi, perchè se invece l'impegno riguardi atti illegittimi (per esempio rottura di contratti legalmente formati) il negozio è illecito per l'oggetto". "Apparterreb-

be alla categoria dei negozi leciti, per esempio, lo sciopero che fosse dichiarato per ottenere l'abrogazione di un provvedimento legislativo che abolisse o vietasse le organizzazioni di classe".

Sono tutte affermazioni, queste del Carrara, che non danno il senso s'una visione integrale del problema.

Il dimostrare se e finchè gli accordi sindacali, nel campo del lavoro, sono contrari all'ordine pubblico, se lo sono in ordine al fine o al mezzo contrattuale; il dimostrare se e finchè gli accordi industriali sono contrari alla morale(1) se per il fine o per il mezzo, è un compito molto arduo che il Carrara non sà affrontare.

---

(1) Il Carra afferma che: "La questione dei sindacati industriali sia da considerarsi in relazione alla morale più che all'ordine pubblico". Questa affermazione inconsciamente dà risalto al fatto, da me messo in evidenza, che la manifestazione contrattuale del sindacato industriale, non si presenti mai, dal punto di vista formale, diverso dalla manifestazione contrattuale prevista dal diritto interindividuale. Anche quando il sindacato industriale tenga ad influire sullo svolgimento dell'interesse contrattuale, esso v'influisce in senso sostanziale e non formale. Ciò costituisce, se non ne bastassero altre, una differenza tale fra sindacato industriale propriamente detto e sindacati di lavoro, da giustificare la posizione di diverse nozioni giuridiche al riguardo. L'accordo del sindacato industriale, tendente ad influire sullo svolgimento dell'interesse contrattuale, appare al Carrara contrario alla morale più che all'ordine pubblico, per il semplice fatto che,, generalmente, quest'accordo non prevede l'uso di mezzi contrattuali di tale violenza da costituire causa di disordine sociale.

Vediamo ora perchè lo Stato, ammesso il principio della libertà contrattuale sindacale, sia stato costretto ad intervenire sempre più intensamente nel campo contrattuale.

Anzitutto la contrattazione collettiva determina un primo inconveniente: la difficoltà della soluzione contrattuale. In nessun campo della zona contrattuale, si manifesta una difficoltà di composizione tale quale si manifesta nel campo dei conflitti fra capitale e lavoro. La fase preparativa del contratto si presenta aspra e difficile, e ciò del resto è spiegabile quando si pensi alla fisionomia sui generis dei soggetti contrattuali, all'assenza d'un vero e proprio mercato che non sia dominato dai soggetti del contratto, alla relativa non conoscenza che ciascuno dei soggetti contrattuali ha delle possibilità economiche dell'altro. Questa difficoltà di pervenire facilmente ad una soluzione contrattuale, ha la sua più profonda conseguenza economica nel dispendio di ricchezza accumulata, e la sua più profonda conseguenza sociale nel turbamento dell'ordine pubblico. Una prima spinta all'intervento giurisdizionale dello Stato è dovuta a questi due inconvenienti gravissimi, che, di per sè, potrebbero essere motivi di grande giustificazione nei riguardi della creazione degli uffici di conciliazione. Lo stesso regime giurisdizionale potrebbe poggiare su questa sola giustificazione: la difficoltà in cui i soggetti contrattuali si troverebbero nell'addivenire alla soluzione contrattuale.

Dalla conciliazione alla giurisdizione, è tutta una linea logica d'intervento dello Stato, allo scopo di limitare una zona contrattuale che, per le condizioni in cui si svolge, può essere fonte di gravissimi disordini sociali.

Gl'inconvenienti del fenomeno contrattuale sindacale non si arrestano qui. Guardiamo alla fase posteriore del contratto, e vedremo subito quanti ostacoli presenti la stabilizzazione di una soluzione contrattuale, rispetto a cui non è possibile individuare giuridicamente i soggetti, l'oggetto, la durata i limiti. Il problema della stabilità contrattuale si presenta in una veste tutta nuova, con difficoltà di sanzioni, di esecuzione ecc. Il problema della stabilità si fa, d'altro canto, assillante: se vi è un vantaggio per l'industria nella contrattazione collettiva, esso sta nel fatto che si riesce ad assicurare ad essa un periodo di tranquillità e d'invariabilità di condizioni di lavoro. Ma perchè questo vantaggio possa, sul serio, essere assicurato, dovrebbe sul serio, risolversi il problema della stabilità del contratto. E a tal proposito, tentativi, limitazioni, interventi giurisdizionali di cui mi occuperò, mostrando quali vie abbiano battute i legislatori per soddisfare a queste esigenze.

Un terzo ordine di inconvenienti, deriva dalle ripercussioni che una soluzione contrattuale può avere nei riguardi di altre organizzazioni sia padronali che operaie, nei riguardi degli operai non organizzati, di imprese in libera concorrenza fra di loro, delle condizioni del mercato nazionale ed internazionale del lavoro, nelle condizioni di emigrazione sia interna che internazionale. E la considerazione di questo cumulo di interessi che una soluzione contrattuale sindacale riesce a spostare, a variare, a differenza di quanto avviene nel campo contrattuale interindividuale, che ha spinto parecchi legislatori a studiare attentamente la manifestazione contrattuale , nel campo dei conflitti fra capitale e lavoro. Quale rispon-

denza questo fenomeno contrattuale abbia avuto nella dottrina, si può arguire dalle discussioni infinite, tendenti a dare una veste giuridica al fenomeno stesso. Si è parlato del contratto collettivo di lavoro e del concordato di tariffa come di un atto contrattuale, d'un atto avente valore legislativo o anche regolamentare, di un atto avente valore di negozio giuridico di gestione di affari altrui ecc. tutte tendenze ed opinioni, che esaminate ad uno ad uno, apparirebbero insufficienti a caratterizzare il fenomeno, ma che servono a dimostrare la complessità del fenomeno stesso.

Ora, a chi guardi alla semplicità del fatto contrattuale nel diritto interindividuale, alla chiara definizione giuridica datagli dal legislatore, alla sua scorrevolezza nelle due fasi di preparazione e di esecuzione, non potrà non apparire profondamente diversa la manifestazione contrattuale collettiva, come quella rispetto a cui lo Stato è chiamato all'esplicazione di un più difficile compito. Così, mentre in un primo tempo, il contratto collettivo di lavoro non ha valore giuridico e resta un'espressione economico-contrattuale, giuridicamente ignorata, da parte di organi collettivi giuridicamente ignorati, mentre il contratto collettivo, prodotto di violenza economica muore, in un primo tempo, per violenza economica ed assume un carattere di stabilità, determinato dallo stato continuo di lotta in cui vengono a trovarsi le organizzazioni economiche; in un secondo tempo, si manifesta un interesse sociale alla sistemazione giuridica o del fenomeno contrattuale o dei rapporti che questo fenomeno contrattuale serve a regolare. L'interesse sociale assume tre aspetti: interesse sociale a dare una veste giuridica all'organizzazione economica; interesse sociale a dare una certa stabilità alla soluzione contrattuale, interesse sociale ad una

giusta composizione. La manifestazione del primo aspetto dell'interesse sociale da luogo al riconoscimento giuridico del sindacato, del secondo, alla obbligatorietà del contratto collettivo, del terzo, all'intervento giurisdizionale nella composizione del conflitto.

Troviamo che quasi tutti gli Stati si sono preoccupati di dare una soluzione a queste tre manifestazioni dell'interesse sociale, pure battendo vie diverse. Vedremo in seguito che vie si siano seguite per pervenire al riconoscimento giuridico del sindacato, alla obbligatorietà del contratto, alla giusta composizione dei conflitti.

Prima di chiudere però questo paragrafo, ricorderò come il fenomeno contrattuale sindacale abbia potentemente influito sul regime giuridico del contratto di lavoro nel diritto interindividuale.

Esaminando ora l'attività contrattuale dei sindacati industriali, ricorderò come, normalmente dal punto di vista sostanziale, e sempre, dal punto di vista formale, essa per nulla riuscirebbe a distinguersi dall'attività contrattuale propria del diritto interindividuale. E' certo che in questa attività contrattuale nulla vi dovrebbe essere di caratteristico. Nella manifestazione contrattuale è sempre possibile l'individuazione giuridica dei soggetti, dell'oggetto, della durata, dei limiti del contratto. Il comando contrattuale avrebbe il valore di comando giuridico, come un qualsiasi altro contratto del diritto interindividuale.

Dal punto di vista sostanziale, l'attività contrattuale dei sindacati industriali può presentarsi qualche volta affatto diversa dall'attività contrattuale interindividuale. In tali casi, il legislatore ha quasi sempre dichiarato illegale questa attività. Ed infatti la condizione dei soggetti contrattuali, dal punto di vista delle

possibilità economiche, non sarebbe identica. Fortissimo uno dei soggetti contrattuali (il monopolista) e dominatore del mercato, debolissimo e alla mercè in certo senso della volontà imposta dall'altro, l'altro dei contraenti. L'esercizio della violenza economica, da parte di uno dei soggetti economici, non incontra più quei limiti, che sono pur sempre garantiti nel regime contrattuale del diritto interindividuale. Questa profonda differenza sostanziale è facilmente rilevabile quando si segui la storia dei trusts, negli Stati Uniti, che rappresentano il paese più ricco di esperienze in materia.

E' da osservare però, a tal proposito, che a differenza di quanto avviene nel campo contrattuale del lavoro, il contratto della specie che vado esaminando, non presenta inconvenienti notevoli, nè rispetto alla fase di preparazione della soluzione contrattuale, nè rispetto a quella chè la stabilità del contratto.

Che la profonda differenza sostanziale nella posizione dei contraenti e negli effetti del contratto, possa determinare l'intervento del legislatore, è cosa pacifica. Non deve però sfuggire la differenza fra una tendenza generale degli Stati a intervenire sul terreno dei conflitti del lavoro, e la tendenza particolare degli Stati in cui il trustismo ha assunto speciale carattere.

In ogni modo, a me preme far rilevare che, finchè un regime contrattuale non assicuri un certo equilibrio degli interessi in conflitto si possa determinare un movimento sociale tendente ad una diversa organizzazione economica, ma spesso anche giuridica che ristabilisca l'equilibrio. Quando, negli Stati Uniti i trusts tentarono d'influire sul regime contrattuale, l'opinione pubblica spinse il

legislatore ad una lotta contro di essi, tendente alla loro distruzione; poi, per processo evolutivo, determinato da considerazioni di carattere economico, ad un particolare controllo che ha finito col gravare su tutte le imprese.

Non si può certo dire che negli Stati Uniti si abbia un controllo diretto sul contratto, inteso questo nella sua individualità economica e giuridica. Ma è ben certo che se l'attività giuridico commerciale d'un'impresa, si svolge attraverso una catena di contratti, in quanto vi sia un controllo sull'impresa, implicitamente si ha un controllo sull'attività contrattuale, affinchè questa si esplichi liberamente, nei limiti dell'attività contrattuale del diritto interindividuale.

Per concludere questo argomento, dirò che la Federal Trade Commission, organo amministrativo, tenda ad un'attività quasi giudiziaria di controllo, di modo che il suo controllo sulle imprese industriali e commerciali può parere come la funzione di una commissione permanente d'inchiesta sulle condizioni d'attività delle imprese industriali, allo scopo di tutelare e garantire gl'interessi generali. Questo carattere di organo d'istruttoria fu attribuito dal legislatore americano, allo scopo di facilitare l'opera del giudice e il controllo giudiziario.

Campo dei rapporti internazionali

Il regime dei rapporti internazionali è stato un regime anarchico per eccellenza. Ancora nel campo sindacale, comunque si orientino le forze economiche, abbiamo pur sempre una società giuridicamente organizzata, un potere sovrano che può vigilare le manifesta-

zioni della lotta sindacale e fissare i limiti di questa lotta. Non è senza importanza che nella lotta sindacale, lo Stato sia riuscito ad eliminare, in gran parte, la violenza fisica e tenda a restringere sempre più le possibilità di una violenza economica.

Si badi bene che, nei riguardi sindacali, una società giuridicamente organizzata si è trovata di fronte, in un primo stadio, ad un'organizzazione economica completamente ignorata dal diritto, i di cui membri eran tenuti insieme da un vincolo di solidarietà e d'interesse, capace di garantire il buon esito della lotta economica.

Ma si guardi nel campo internazionale e si vedrà manifestarsi la lotta fra associazioni giuridiche, al di sopra delle quali non è esistito un potere sovrano. Il diritto è stato un'espressione interna dell'associazione; gl'individui della società statale hanno creato il loro diritto e la loro associazione giuridica; le varie associazioni giuridiche non hanno creato, per lungo tempo, nulla che abbia potuto servire a regolare giuridicamente i loro rapporti. Posizione questa perfettamente contraria a quella, che, in un primo tempo, si è delineata sul terreno sindacale.

Il fenomeno contrattuale, nel campo internazionale, si contradistingue o meglio si è contradistinto per il largo esercizio, non solo della violenza economica, ma anche della violenza fisica; onde nel campo internazionale, si è avuto una manifestazione contrattuale assolutamente primitiva. Le due fasi contrattuali, l'anteriore e la posteriore alla conclusione, non presentano particolari caratteristiche. In alcuni casi non vi ha alcuna difficoltà, nel raggiungimento della composizione contrattuale; in altri casi il raggiungi-

mento di questa composizione richiede un notevole dispendio di forze fisiche e di ricchezze. La fase posteriore del contratto è caratterizzata per la sua perfetta instabilità: ciò che è nato come prodotto di violenza economica o fisica, muore in conseguenza dell'esercizio d'un'ulteriore violenza economica o fisica. Regime dunque completamente agiuridico, che fu caratterizzato dalla inesistenza di un interesse sociale internazionale. Ho detto: "che fu caratterizzato" poichè mi pongo la domanda se si ha o no una prima manifestazione sintomatica del sorgere di questo interesse sociale internazionale? Rispondo di sì, poichè l'ultima guerra ha dimostrato che l'esercizio della violenza fisica e spesso anche l'esercizio della violenza economica non implicano un dispendio di forze per coloro soltanto che hanno interesse a pervenire alla soluzione contrattuale, ma per tutti coloro che alla soluzione contrattuale rimangono estranei. E' questa una esperienza importantissima, perchè indica il punto in cui dalla considerazione di un semplice interesse individuale si passa alla considerazione d'un interesse sociale. In fondo le nuove esigenze economiche, che si riscontrano nel mercato mondiale e negli scambi internazionali, rendono sempre più dannoso il regime internazionale contrattuale a giuridico, specie se a base di esso, si ponga, non soltanto la violenza economica, ma sopratutto la violenza fisica.

Per concludere osservo come gran parte delle difficoltà che accompagnano il raggiungimento della composizione contrattuale e sindacale, s'incontrano nel regime internazionale. Anche qui più che la composizione in sè, dà luogo ad inconvenienti sociali l'uso di particolari mezzi contrattuali.

L'ARBITRATO NON GIURISDIZIONALE (Arbitratio del diritto interindividuale, arbitrato obbligatorio dei diritti intersindacale ed internazionale).

Nulla è più difficile a farsi che tracciare i fondamenti giuridici di un istituto come l'arbitrato sul quale si sono manifestate le più diverse opinioni e se, sul terreno dei conflitti giuridici, l'arbitrato dà già luogo alla questione grossissima sui fondamenti giurisdizionali o meno di esso, s'immagini quante e quali opinioni si manifesteranno su questo istituto, quand'esso operi sul terreno dei conflitti economici. Anzi, per questo suo operare sul terreno dei conflitti economici, in campi in cui ogni fenomeno si valuta alla stregua delle necessità d'una costruzione giuridica (campo sindacale ed internazionale, l'arbitrato non giurisdizionale ha assunto ad un'importanza massima, insieme colla mediazione la conciliazione.

E col tenere presente l'importanza dell'arbitrato ai fini d'un regime giurisdizionale da far successivamente prevalere nel campo dei conflitti contrattuali, che io mi accingo all'indagine.

Per fissare le idee, restiamo ancora sul terreno contrattuale. Supponiamo cioè che, intanto un conflitto può esser risolto, in quanto vi sia una manifestazione di volontà concorde delle parti. Questa proposizione dev'essere intesa nel suo vero significato, essa non vuol dire che, sul terreno dei conflitti economici, tutto si risolva attraverso a contratti veri e propri, ma vuol dire questo che ogni mezzo di soluzione del conflitto (arbitrato, conciliazione, contratto) presuppone l'incontrarsi delle volontà delle parti, i cui interessi sono in contrasto. Difatti, dove non si abbia, come fatto necessario,

il manifestarsi concorde delle volontà dei soggetti del conflitto, non vi sarà conflitto economico ma o un non conflitto, o un conflitto suscettibile di risoluzione giurisdizionale.

Osservo poi che l'arbitrato non giurisdizionale presuppone sempre un ordine giuridico, sia pure elementare, il quale caratterizzi giuridicamente il negozio compromissorio(che sta a base dell'arbitrato) ed il potere arbitrale.Se a base dell'arbitrato non sta alcuna norma giuridica, o se neanche il regime contrattuale è caratterizzato da una norma giuridica, l'arbitrato esso stesso non può avere alcun rilievo giuridico, rimanendo soltanto un fenomeno pregiuridico(1), confuso con ogni altro strumento di violenza contrattuale anarchica.

Quest'istituto è caratterizzato da un doppio legame rispetto all'arbitrato giurisdizionale, che è caratterizzato da un solo legame: da una parte, i suoi fondamenti giuridici processuali, nei rispetti della soluzione del conflitto si riallacciano a manifestazioni di volontà dei soggetti contrattuali (ciò che non avviene nell'arbitrato giurisdizionale) dall'altro, a manifestazioni concrete dell'ordine

---

(1) Carnelutti - Lezioni di Dir. Proc. Civ., Vol.I, pag. 35: "Anche l'arbitrato come il contratto è un fenomeno pregiuridico nel senso che può funzionare indipendentemente dalla esistenza di una norma giuridica, che ne imponga la osservanza: può funzionare cioè o per la pura autorità morale o religiosa dell'arbitro, o anche per la sua pura autorità sociale, cioè con la semplice efficacia che gli deriva dalla forza dell'arbitro, capace di castigare il contendente che disubbidisce".

giuridico, che caratterizza e la manifestazione di volontà (compromesso) ed il potere arbitrale (potere giudiziario, comando arbitrale, esso solo costitutivo, modificativo, estintivo di rapporti giuridici) Se all'arbitrato non giurisdizionale si tolga alcuno di questi fondamenti, esso cade o nel regime contrattuale o nell'ordine giurisdizionale (1).

Per definire giuridicamente l'arbitrato, occorre quindi aver riguardo alla caratterizzazione giuridica del compromesso nei confronti della norma che lo prevede, ed alla caratterizzazione giuridica del potere arbitrale, e viceversa (2).

---

(1) Se si ammette infatti che l'arbitro sia sempre un giudice, è evidente che, se le parti costituiscono il giudice nell'assenza di una norma giuridica che caratterizzi la loro manifestazione di volontà, questa costituzione è irrilevante, per il fatto che il giudice deve avere, in ogni caso un potere d'imposizione, e questo i soggetti d'un conflitto non possono di per sè costituire; se è invece lo Stato a costituire il giudice nell'assenza di una manifestazione di volontà delle parti, egli crea perciò stesso un organo giurisdizionale. Nèll'uno e nell'altro caso siamo fuori dell'istituto dell'arbitrato non giurisdizionale: cadiamo o in un regime aggiuridico di conflitti economici, o in un regime giurisdizionale.

(2) Si potrebbe obbiettare che la caratterizzazione giuridica del potere arbitrale è una conseguenza della caratterizzazione giuridica del compromesso, cioè che il potere arbitrale è tale qualo lo crea il compromesso. Ma ciò può avvenire, però può anche non avvenire.

Avviene talvolta che l'arbitro abbia dei poteri processuali, che le parti non gli potrebbero costituire, in quanto eccedono il loro potere dispositivo. Così l'arbitro, nel campo sindacale, ha spesso dei poteri

Non è poi assolutamente necessario che la definizione giuridica del compromesso (cioè d'una sorta di manifestazioni di volontà che può interfenire nel campo dei conflitti economici) si accompagni alla

di coercizione, dei poteri processuali del tutto simili ai poteri del giudice ordinario. Ora, evidentemente, è la norma giuridica che direttamente glieli attribuisce, il compomesso essendo l'occasione per l'esercizio di questi poteri, che spesso vincolano i terzi, e non la causa di questi poteri. Nei riguardi invece del conflitto che si dibatte fra due soggetti contrattuali, nei riguardi cioè della soluzione, si può dire che il compromesso sia a causa,(diversamente caratterizzata però dalle diverse norme giuridiche a seconda delle particolari esigenze) del potere arbitrale. E'proprio quando all'arbitro dei conflitti economici vengono dallo Stato assegnati dei poteri di coercizione, dei poteri processuali, che sorge il dubbio sul carattere pubblicistico o privatistico del compromesso, e quindi di tutto l'istituto arbitrale, ed è proprio per questa costituzione di poteri, discendente direttamente dalla norma giuridica, che l'arbitrato viene a trovarsi su un terreno di transazione fra un regime giurisdizionale e un regime contrattuale, essendo definito immediatamente (di per sè) e mediatamente (attraverso il compromesso) d dalla norma giuridica. E questa potrebbe essere un'obbiezione grave contro i fautori della tesi che attribuisce valore contrattuale al compromesso. Se infatti la norma non fa discendere dal compromesso tutti gli effetti giuridici propri del contratto, non solo, ma, in occasione del compromesso, determina degli effetti giuridici non contrattuali, se la norma fa questo, ciò è già un argomento a favore del carattere non contrattuale del compromesso.

alla definizione giuridica del contratto vero e proprio (cioè di una altra sorta di manifestazione di volontà che può ricorrere nel campo dei conflitti economici). Può benissimo darsi che una norma giuridica strumentale, senza caratterizzare come comando giuridico il comando contrattuale, definisca giuridicamente il compromesso e lo definisca giuridicamente proprio perchè il compromesso non è un contratto, ma è il presupposto di un potere giudiziario.

Se prendiamo ora ad esaminare più compiutamente il compromesso, che è l'atto giuridico fondamentale nell'arbitrato, possiamo fare alcune affermazioni che cerchino di precisare il carattere della manifestazione di volontà dei soggetti contrattuali, contenuta nel compromesso, e ciò per decidere se, come vogliono alcuni autori, il compromesso si debba o non si debba ritenere come contratto, pur essendo per tutti pacifico che il compromesso non processuale presupponga un potere contrattuale nei soggetti del conflitto.

E' indubitato che il compromesso intervanga normalmente là dove non sia possibile la soluzione contrattuale, o dove ad una soluzione contrattuale si possa addivenire, ricorrendo a mezzi contrattuali che rappresentano un dispendio di energie e di ricchezze da parte dei soggetti del conflitto, e che sono, d'altra parte, caratterizzati normalmente dal loro carattere violento (1).

---

(1) Quest'affermazione è comprovata da innumerevoli disposizioni legislative e dalla pratica stessa dell'arbitrato. D'altro canto l'art. 13 del Patto della Società delle Nazioni si esprime come segue a proposito della questione: "I Membri della Società convengono che ogni qualvolta sorga tra di loro una controversia che riconoscono suscettibile di soluzione arbitrale e che non sia possibile comporre in modo soddisfacente nelle vie diplomatiche, sottoporranno tutta la vertenza all'arbitrato".

Ciò mostra come, in fondo, il compromesso sia un sostitutivo del contratto tutte le volte in cui a una soluzione contrattuale non sia possibile pervenire (rendendosi altrimenti necessaria per la rimozione del conflitto, quando ciò sia possibile) o in cui alla soluzione contrattuale si possa pervenire con l'uso di mezzi contrattuali violenti.

Così nessuno può disconoscere come il compromesso nei conflitti economici dal campo dei rapporti interindividuali sia normalmente l'ultimo mezzo per addivenire alla composizione di un conflitto che altrimenti dovrebbe cessare. In regime individuale cioè, all'esercizio influttuoso del potere contrattuale, può seguire o il compromesso o lo stato di cessazione del conflitto (rottura delle trattative contrattuali). In regime sindacale ed internazionale invece all'esperimento di un grado meno intenso di violenza contrattuale può seguire normalmente o il compromesso o un grado più intenso e finale di violenza contrattuale o, ma questo molto più raramente, lo stato di cessazione del conflitto. Ma questo dico raramente poichè, in liena normale, il conflitto sindacale ed internazionale si presenta come conflitto obbligato. Ciò posto risulta evidente come sia erroneo il porre compromessi e contratti sullo stesso piano e considerare il compromesso nient'altro che un contratto o comunque caratterizzare similmente le manifestazioni di volontà nell'uno e nell'altro caso.

Basterebbe intanto rilevare come il compromesso abbia carattere di mezzo indiretto di soluzione rispetto al carattere diretto risolutivo del contratto. Ciò vuol dire che il primo ha un contenuto materiale mentre il secondo ha un ~~c[illegible] [illegible]ltanto [illegible]trumentale o al[illegible] [illegible]nti [illegible] il [illegible]ntratto [illegible]ta [illegible]na [illegible]nifestazione [illegible]lontà (firma)~~

carattere soltanto strumentale o altrimenti che il contratto presenta una manifestazione di volontà(forma) ed una determinazione concreta d'interessi (sostanza)mentre il compromesso non presenta che una manifestazione di volontà(forma). Per pienamente convincere della differenza da noi prospettata riportiamo alcuni concetti del Carnelutti (Op.cit. VolI, pag.28): "La soluzione violenta del conflitto è il frutto dell'equilibrio delle forze dei contendenti; ciascuna parte cede per quel tanto per cui la sua forza non può prevalere. Vi è un punto,a ogni esperimento di forza tra due contendenti,in cui ciascuno dei due sente che non può ottenere di più,si accorge cioè, dell'equilibrio raggiunto. Allora è naturale che i due contendenti cessino dalla lotta la quale, rispetto a ciascun di essi,diventerebbe per il seguito uno sforzo inutile. Allora ciascuna parte si contenta di quel tanto d'interesse che ha potuto raggiungere con la sua forza e poichè la lotta combattuta genera la stanchezza e con questa il desiderio di pace, cerca di consolidare la situazione raggiunta mediante un accordo, diretto a mantenere per un certo tempo la situazione stessa;questo accordo è il contratto". Esso ha cioè un semplice carattere formale.

In terzo luogo il compromesso, a differenza del contratto implica la considerazione di una ulteriore attività, quella dell'arbitro e quindi la definizione giuridica di questa nuova attività che è fondamentalmente diversa dall'attività contrattuale che ogni singolo soggetto compromittente del conflitto avrebbe potuto esplicare(1)

---

(1) Ciò rappresenta già una presa di posizione contro le teoriche della rappresentanza, del mandato ecc.

Attribuito così un carattere strumentale, formale al compromesso, per noi la manifestazione di volontà dei soggetti contrattuali acquista un suo carattere per questo, ch'essa non si presenta più come volontà di ognuno dei contraenti determinante la condotta degli altri contraenti e come interesse limitante un altro interesse (contratto)non si presenta cioè come manifestazione di volontà positiva (che assurge a forma di comando determinante, rispetto al conflitto) ma come manifestazione di volontà che si risolve in un atto negativo (non volontà) in autolimitazione di volontà rispetto al conflitto stesso. In altri termini, mentre nel contratto la volontà contrattuale si afferma positivamente definendo e limitando l'interesse contrattuale, nel compromesso si afferma negativamente nel;senso che si ritrae dal campo in cui normalmente avrebbe agito, il che vuol dire che non si esplica più nella determinazione e nella limitazione dell'interesse contrattuale e quindi nell'effettiva soluzione del conflitto. Intendendo in tal modo la manifestazione di volontà nel compromesso è possibile dare tutto il rilievo giuridico alla figura dell'arbitro, perchè è evidente che là dove è negativa la volontà dei contraenti si ha un'affermazione positiva della volontà dell'arbitro, la dove cessano i poteri ogni singolo contraente interviene il potere dell'arbitro. Ciò vuol dire che nel compromesso la volontà espressa è costitutiva, entro i limiti voluti dalle norme giuridiche di potere. Quali siano i limiti e le caratteristiche di questo potere arbitrale esamineremo in seguito.

In primo luogo si può affermare che, il compromesso, come negozio giuridico fondamentale della procedura arbitrale, venga normalmente caratterizzato come atto costitutivo di potere arbitrale. In tal caso il potere dell'arbitro si esplica in quanto preesista la volontà costitutiva in tutti i suoi elementi o altrimenti questa volontà com-

promissoria si può considerare esistente finchè tutti gli elementi che la costituiscono non integrino una manifestazione di volontà contraria. In tal caso evidentemente il comrpomesso è atto costitutivo di potere giuridico arbitrale in confronto d'ogni singolo compromittente, non in confronto della volontà unica necessaria contraria all'arbitrato di tutti i compromittenti (1).

---

(1) Fra vari modi di scioglimento del rapporto processuale il Salvioli (La Corte permanente dell'Aja - Riv. di Dir. Intern.1924,pag.273) cita: La rinuncia al giudizio prevista dall'art.61 del Regolamento per cui "Si, d'un comun accord, les parties notifient par écrit à la Cour qu'elles renoncent à poursuivre la procédure, la Cour prend acte de cette renonciation et la procédure prend fin". Questa rinuncia può significare riacquisto completo di libertà contrattuale se il compromesso è atto costitutivo, riacquisto limitato di libertà contrattuale se il compromesso è atto di riconoscimento.

Lo stesso art.61 dice: "Si les parties tombent d'accord sur la solution à donner au litige, et notifient cet accord,par écrit a la Cour avant la clôture de la procédure, la Cour donne acte de l'accord intervenu?" Il Salvioli crede che qui ricorra la figura del componimento amichevole. Io non lo credo: il componimento amichevole presuppone l'intervento del terzo che qui non ricorre affatto;la Corte non fa che dar atto dell'accordo già intervenuto.Si ha un caso di transazione giudiziaria.Il Salvioli si pone la seguente questione: Tale convenzione ha il valore di un semplice trattato fra Stati,in modo che per l'esecuzione, in caso di violazione,occorra un procedimento di cognizione da parte del Consiglio o della stessa Corte o di altro Tribunale arbitrale,ovvero è un titolo esecutivo,come lo è la sentenza

Questo che noi esponiamo è un minimo di potere nell'arbitro o una norma giuridica che caratterizzi in tal modo il compromesso l'avvicina perciò stesso in molti suoi effetti al contratto, onde così si spiega la confusione che gli autori han fatto fra contratto e compromesso. Ma anche caratterizzato il compromesso come atto costitutivo di potere arbitrale è evidente che il compromesso non può essere contratto sia per il suo carattere strumentale formale sia per il suo contenuto che è un'autolimitazione di volontà contrattuale; sia per i limiti cui soggiace il potere arbitrale (limiti tendenti a garantire la giuridicità della soluzione arbitrale). Ho detto che in tal caso si ha un minimum di potere arbitrale ed infatti questo potere, intervenuto il compromesso che lo costituisce, si esplica in confronto a ciascun soggetto del conflitto sottoposto all'arbitrato fintantochè o sempre che non intervenga un atto di revoca che sia espressione della volontà unica che ho previsto alla costituzione del potere arbitrale. In altri termini come un interesse xomune dà vita al potere arbitrale un interesse comune ne può produrre l'istruzione o l'inefficacia, nel qual caso, essendo il comrpo-

---

della Corte o la decisione del Consiglio? Soggiunge che "tenando in considerazione il riflesso che questo accordo è stato messo in essere con l'intervento di un organo comune agli Stati associati, e per questo differisce dalla semplice transazione, pare corretto propendere per la seconda tesi".

Ma evidentemente non ricorre nella transazione diretta alcun intervento del potere arbitrale, neanche ai fini conciliativi (componimento amichevole) onde potrebbe perciò stesso respingere la tesi del Salvioli.

messo dalla norma giuridica, caratterizzato come atto costitutivo, i soggetti contrattuali riprendono piena ed intera la loro libertà contrattuale.

Quei poteri di coercizione nei riguardi dei terzi (testimoni, perito ecc.) che la norma giuridica ha concessi all'arbitro in occasione del compromesso (semprechè cioè alcuno sia investito dei poteri di giudice d'un conflitto) cadono soltanto quando venga meno il potere dell'arbitro essendo venuta meno la volontà compromissoria costitutiva di esso.

Ma non soltanto in tal senso una norma giuridica può caratterizzare il compromesso ed il potere arbitrale. L'arbitrato è un istituto la cui nozione giuridica è soggetta a trasformarsi ed a completarsi a seconda dell'integrarsi di quell'interesse sociale alla cui tutela la norma giuridica lo propone.

Così il limite finale di caratterizzazione giuridica dell'arbitrato non giurisdizionale può essere tale che il compromesso si possa considerare come atto di riconoscimento della potestà d'intervento dell'autorità arbitrale che funziona da organo dell'ordine giuridico, come atto di riconoscimento del giudice, in altri termini. Ho detto che questo è un limite finale di caratterizzazione giuridica ed infatti al di là di questo limite non è più possibile l'arbitrato non giurisdizionale; sorge il potere giurisdizionale cioè il conflitto diventa suscettibile di soluzione giurisdizionale, diventa quindi un conflitto giuridico. Quali sono gli effetti di un compromesso caratterizzato come sopra dalla norma giuridica. Il compromesso rimane quello che è: atto formale, autolimitazione di volontà o volontà negativa rispetto alla soluzione del conflitto, ma esso acquista un

carattere definitivo nel senso che, rispetto a quel conflitto o alla conflitto contemplato nel compromesso il potere di decisione dell'arbitro è indipendente da una ulteriore manifestazione di volontà dei soggetti del conflitto almeno per quanto riguarda la realizzazione dell'interesse sociale avuto di dalla norma giuridica. Ciò non vuol dire che la potestà dell'arbitro non debba presentare dei caratteri di giuridicità nel suo svolgimento e nel suo risultato, che anzi le esigenze di tal ordine si fanno maggiori, ma vuol dire, come abbiamo già detto, che neanche il manifestarsi contrario della volontà unica proposta al riconoscimento può avere efficacia revocatoria rispetto ai poteri dell'arbitro. E ciò del resto è una diretta conseguenza del fatto che il compromesso venga considerato come atto di riconoscimento e non come atto costitutivo.

Nè può dirsi meramente scolastica questa ipotesi di un potere arbitrale che si esplichi al di sopra e al di fuori d'una volontà rivocatoria dei soggetti del conflitto. Noi daremo qualche esempio di norme legislative che abbiano in tal senso caratterizzato il compromesso. In verità a base della norma giuridica che caratterizza il compromesso come atto di riconoscimento vi sarà senza dubbio un interesse sociale tolto ad assicurare una certa stabilità ed indipendenza e diciamolo pure, efficacia giuridica all'attività arbitrale. Ciò può avvenire nel campo dei rapporti internazionali e avviene spesso nel campo dei rapporti sindacali. Aggiungiamo però che qui non è necessario che il potere arbitrale sia un senso assoluto indipendente da una manifestazione di volontà rivocatoria da parte dei soggetti del conflitto: ma è necessario che sia indipendente da quelle manifestazioni di volontà rivocatorie che di per sè non garantiscono quell'ordine giuridico per la cui tutela la

norma predispone su basi quasi giurisdizionali l'istituto arbitrale. In altri termini sono impossibili quelle revoche di potere arbitrale che vogliano garantire ai soggetti il riacquisto della libertà contrattuale di cui i soggetti godevano precedentemente alla stipulazione. In quanto questa libertà da un punto di vista politico sociale nella sua estrinsecazione concreta rappresenti un pericolo di disintegrazione e di disordine sociale, il diritto senza limitarla in via assoluta ed universale può, attraverso una manifestazione di volontà speciale (volontà compromissoria) voler raggiungere il risultato di una limitazione. Restano possibili e possono avere una certa efficacia processuale quella manifestazioni di volontà che significhino esplicazione di un'attività contrattuale compatibile con l'ordine sociale (transazione, riconoscimento, rinunzia, come soluzioni contrattuali raggiunte attraverso a quelle forme di attività contrattuale che il diritto continua a considerare anche dopo che sia intervenuto il compromesso.)

Qui avviene in altri termini, che una norma consideri lecito, altrimenti indifferente per il diritto, l'uso di certi mezzi contrattuali o in quanto non sia intervenuto il compromesso riconoscitivo, o li consideri invece illeciti intervenuto che sia un compromesso che riconosca il giudice. Vuol dire anche che il compromesso di per sè importa di quei mezzi contrattuali o di quell'attività contrattuale che il fatto stesso del riconoscimento d'un potere arbitrale già predisposto e dell'autolimitazione compromissoria escludono.

L'autolimitazione di volontà propria del compromesso come atto di riconoscimento da possibilità alle parti o di ad una soluzione contrattuale con mezzi e con risultati ritenuti dalla

norma dall'ordine giuridico, dopo che sia intervenuto un compromesso o di accettare la soluzione altrimenti a riparare agli inconvenienti propri di una limitazione di mezzi contrattuali.

Diretta conseguenza è la seguente: che, implicando il compromesso o una limitazione in senso assoluto o una limitazione in senso relativo delle possibilità contrattuali delle parti esso, per ciò stesso, dà normalmente la più perfetta struttura giudiziaria processuale all'attività arbitrale, per modo che l'esatta conoscenza del conflitto e il giudizio improntato a giustizia d'equità rappresentino le garanzie più ovvie alla limitazione delle possibilità contrattuali delle parti compromittenti. E' vero infatti che, quanto più il compromesso limita la libertà contrattuale delle parti, tanto più rigorosa diventa la procedura arbitrale e tanto più rilievo acquista la figura giuridica dell'arbitro. Che la procedura arbitrale poggi sul potere autonomo dell'arbitro conseguente all'atto compromissorio, si può rilevare: 1) dal fatto,che ogni attività contrattuale delle parti, nei confronti del conflitto, è soggetta al controllo dell'arbitro stesso e ciò, ripetiamo, non soltanto nell'interesse d'una delle parti in confronto dell'altra, ma nell'interesse sociale di cui l'arbitro è in fondo il tutore, in confronto all'interesse attuale delle parti compromittenti. 2) dall'esistenza di poteri di coercizione processuali in genere che la norma attribuisce immediatamente all'arbitro sol perchè giudice d'un conflitto e giudice nell'interesse sociale. L'arbitro cioè, per il fatto stesso del riconoscimento, si trova nella stessa posizione processuale dell'organo giurisdizionale vero e proprio.

Anche in tal caso, e più chiaramente in tal caso, il compromesso non può definirsi come contratto. Perchè in base a tal concetto, l'arbitro sarebbe impotente di fronte alla volontà contrattuale delle parti, volontà sempre pienamente revocata (nè altrimenti la norma potrebbe decidere), mentre può essere essenziale alla nozione giuridica dell'arbitrato, concetto di un potere arbitrale che, all'atto in cui sia riconosciuto, limiti i poteri revocatori dei soggetti del conflitto nell'interesse stesso del diritto.

E' vero che a base dell'arbitrato non giurisdizionale sta sempre una manifestazione di volontà compromissoria, ma questa manifestazione di volontà, a seconda dei fini propri dell'ordine giuridico, può non avere una semplice efficacia nei rispetti degli interessi reciproci delle parti compromittenti ed assurgere ad atto volontario di costituzione, in confronto ad un potere che agisca nell'interesse sociale. In ciò io credo, può risiedere la giustificazione teorica del diffondersi della pratica dell'arbitrato non giurisdizionale nei conflitti sindacali ed internazionali. L'arbitrato si è diffuso, non perchè serve soltanto alle parti, ma perchè serve sopratutto all'interesse pubblico. In questo senso, l'arbitrato non giurisdizionale prelude, in parecchi casi, al regime giurisdizionale. Esso è caratterizzato, in questa fase, dall'affermazione individuale della possibilità di azioni del giudice.

Caratterizzato il compromesso come atto di riconoscimento della potestà d'intervento di un giudice nel conflitto, è evidente che, in tale ipotesi, si abbia un maximum di potere arbitrale nel campo dei conflitti economici; ed è evidente anche come, in tal caso, il compromesso sia atto ben più gravido di effetti giuridici che non in altri casi, ed il potere arbitrale voglia un ordinamento

più rispondente ai fini sociali ed ai fini individuali (dei soggetti compromittenti).

E' ovvio che un compromesso possa essere caratterizzato come atto di riconoscimento o atto definitivo di costituzione del giudice non da una norma giuridica direttamente ma dalla stessa volontà delle parti. Ogni volta che queste, infatti, danno alla loro manifestazione di volontà un carattere di revocabilità, questa particolare caratteristica caratterizza i rapporti del potere arbitrale con le volontà compromittenti, e non le volontà compromittenti in rapporto a sè stesse. L'irrevocabilità non può infatti vincolare i soggetti del conflitto in momenti susseguenti alla stipulazione del compromesso irrevocabile, quando questi soggetti siano contrattualmente interessati ad una revoca. Ma se l'irrevocabilità non può considerarsi una clausola che leghi i soggetti contrattuali, anche quando ricorra una loro comune volontà rivocatoria, si può considerare invece una efficace clausola compromissoria che ha grande valore rispetto alla potestà dell'arbitro nei confronti della volontà stessa compromissoria. L'ordine giuridico può attribuire una efficacia definitiva alla clausola d'irrevocabilità contenuta nel compromesso.

Molti autori hanno mostrato di credere come tutto il rilievo giuridico dell'arbitrato si riduca al rilievo giuridico del compromesso, perchè, dove la norma riconosca l'efficacia del comando contrattuale, il compromesso essendo un contratto acquista efficacia obbligatoria di per se, il lodo obbligando in quanto obbliga il compromesso.

Tutta la esposizione precedente però non ci può che far concludere per la giuridicità e obbligatorietà in sè del lodo arbitrale perchè esso solo costitutivo, modificativo, estintivo di rapporti giuridici. In altri termini è il lodo arbitrale che obbliga,pur obbligando in base ad un presupposto: il compromesso. Il compromesso non crea nessuna nuova situazione rispetto al conflitto, è soltanto il lodo che, alla stessa guisa della sentenza, obbliga i soggetti del conflitto, E' vero che il comando dell'arbitro non è autonomo come il comando del giudice, ma è anche vero che il compromesso non ha esaurito l'obbligatorietà, non è quindi di per sè un comando, ma ha creato il presupposto dell'obbligatorietà del comando.

Il Coppini (1)ritiene invece che l'obbligazione si sia perfezionata al momento della stipulazione del compromesso e che i soggetti del compromesso (gli Stati), aderendo alla decisione degli arbitri, non facciano altro che mettere in esecuzione quello a cui si erano obbligati. E nel caso possibilissimo, che una delle parti si rifiuti di eseguire il dolo commette un atto illecito verso l'altra, violando un patto contrattuale. Ognuna delle parti (lo Stato) si trova obbligata ad accettare le decisioni dell'arbitro non in quanto esiste un'obbligazione ex-novo fra lei e l'arbitro al dover fare, al dover accettare, ma in quanto una norma giuridica (internazionale), precedente alla decisione dell'arbitro, obbliga lo Stato a compiere una prestazione il cui contenuto solamente sarà definito. Il contenuto della norma internazionale, prosegue il Coppini, non è so-

---

1) La tesi del Coppini riguarda più propriamente l'arbitrato internazionale e si contrappone alla tesi del Salvioli, di cui si parlerà più ampiamente nel capitolo che riguarda l'arbitrato internazionale.

lo quello d'impegnare gli Stati, come disse il Salvioli, per la sua concezione di arbitri, organi comuni, a non disturbare la loro attività, non consiste solo nell'obbligarsi a ciò che diranno o stabiliranno. Anzi, in questa maniera, il contenuto della norma sarebbe inesattamente formulato, poichè gli Stati si obbligano a fare o a non fare qualche cosa, solamente rinviano agli arbitri la definizione di questa cosa. Ma tale rinvio è ben lungi dall'essere una futura proposizione di norme, ha un puro carattere interpretativo che in tanto ha valore giuridico in quanto già da prima è parte essenziale della norma internazionale. Senza volere, il Salvioli accetta poi questa tesi, quando, in una nota sul cosidetto compromesso di sottomissione, afferma che questo è necessario in fatto e non in diritto, poichè se lo Stato si obbliga a qualche cosa: a volere o non volere, a fare o non fare, esso è obbligato anche se in seguito non vorrà.

Tenendo presente la tesi del Coppini, le questioni che qui si presentano sono due. Anzitutto si domanda se l'obbligo preesiste alla decisione arbitrale, o se è l'arbitro che obbliga exènovo le parti.

Ora è evidente che il fondamento del potere arbitrale, nei riguardi della soluzione del conflitto, sta proprio nel compromesso; in questo senso l'arbitro è legato ad una manifestazione di volontà delle parti. Ma il comando contenuto nel lodo, essendo il solo perfetto dal punto di vista sostanziale e formale, non è che un comando exènovo che è emanazione sta bene, del potere costituito; dalla volontà stessa dei soggetti del conflitto, ma che è pur sempre un comando che non poteva preesistere al lodo, senza che questo si rendesse inutile. Che se poi si desse al compromesso un fondamento con-

trattuale, è naturale che si trovi in fondo a tutto l'istituto l'esistenza di un obbligo contrattuale. Ma già si è discusso di questa tesi; aggiungo che se si vuole dare un carattere contrattuale all'illecito derivante dall'inadempimento del lodo, non si piega poi perchè, ad esempio nel caso di compromesso a carattere costitutivo definitivo, il lodo obblighi anche quando i soggetti del conflitto siano d'accordo nella revoca del potere arbitrale; se l'obbligo inerente all'arbitrato fosse soltanto un obbligo contrattuale, l'obbligatorietà del lodo non si dovrebbe concepire, quando le parti fossero d'accordo nel respingere la soluzione arbitrale (in proposito la figura dei due aggressori, quale è stata prevista nel Protocollo di Ginevra).

D'altro canto, il lodo arbitrale può acquistare efficacia giuridica di comando, pur rimanendo estraneo l'ordine giuridico alle soluzioni contrattuali vere e proprie, cioè non assicurando l'efficacia giuridica del comando contrattuale. Ora questo diverso comportamento deve avere una ragione d'essere, ed è questa: che compromesso e contratto non si equivalgono; questo è composizione sostanzialmente economica, quindi conseguenza dell'esercizio di violenza economica e spesso anche fisica. Il compromesso invece è composizione sostanzialmente giusta e conseguenza dell'esercizio del principio di autorità. Ciò può già spiegare la diversità di atteggiamenti che l'ordine giuridico può assumere nei rispetti del comando contenuto nel lodo e del comando contenuto nel contratto. Tutto questo non vuol dire che dove sia garantita l'efficacia giuridica del lodo non sia garantita l'efficacia giuridica del contratto; possono coesistere tutt'e due le cose, semplicemente esse acquistano una rilevanza giuridica ben diversa.

Quello che in questa materia è decisivo è la considerazione del carattere giudiziale dell'attività degli arbitri, in questo senso è principalmente per questo carattere giudiziale, la sentenza arbitrale è resa obbligatoria, non in quanto il compromesso, come contratto, non possa essere inadempiuto.

Osservo infine come ogni potere dell'arbitro, in quanto inteso a limitare, preesistendo un compromesso, le possibilità contrattuali delle parti, debba intendersi in un senso relativo. Alle parti, qualunque sia il carattere del compromesso, rimane sempre possibile di ricorrere alle soluzioni contrattuali, purchè queste non implichino l'uso di mezzi contrattuali socialmente dannosi, per evitare il cui esercizio intervenne il compromesso. In altri termini, avviene spesso che la norma giuridica dia il valore di atto costitutivo definitivo al compromesso, non al fine di evitare che le parti possano in seguito ricorrere a una soluzione contrattuale, ma per stabilire a carico dei soggetti compromettenti quella che, sul terreno dei rapporti intersindacali, è stata chiamata "Obligation de paix", divieto cioè dell'uso e dell'esercizio di mezzi contrattuali violenti.

Lo schema da me tracciato dell'arbitrato non giurisdizionale non è che l'ossatura fondamentale dell' istituto. Esso tende a mostrare come sempre ed in ogni caso l'arbitrato sia una forma di giudizio che presupponga un negozio strumentale e non un contratto. L'indagine che farò nei vari campi e dei diversi sistemi legislativi mi permetterà di concludere per la convenienza assoluta di superamento d'ogni tesi che voglia ricollegare le caratteristiche

DELLA R. SCUOLA SUP. di COMMERCIO in VENEZIA

dell'istituto arbitrale ad una manifestazione contrattuale di volontà, al fatto della nomina dell'arbitro da parte dei soggetti del conflitto, al ricorso o meno di poteri di coercizione ecc. ecc.

L'ARBITRATO NON GIURISDIZIONALE NEL CAMPO DEI RAPPORTI INTERINDIVIDUALI

Nel diritto interindividuale, l'arbitrato non ha, come mezzo di soluzione dei conflitti economici, quella larga importanza ch'esso assume invece nel diritto intersindacale e nel diritto internazionale. Nè, nel campo dei rapporti interindividuali, il regime arbitrale può concepirsi come un regime di transazione, nel trapasso dal regime contrattuale al regime giurisdizionale.

Ciò del resto è giustificato dalle seguenti ragioni: anzitutto, da un punto di vista politico sociale, non si è manifestata, in questo campo, alcuna necessità di limitare la zona contrattuale; i mezzi contrattuali di cui i soggetti contrattuali possono servirsi sono mezzi riconosciuti, in ogni caso, dal diritto, quindi legittimi, leciti.

La prima ragione ci dice come il problema delle limitazioni alla libertà contrattuale sia stato risolto in maniera definitiva dal diritto e quindi non vi sia nessun interesse sociale a fissare nettamente le linee giuridiche di quegli istituti che, come l'arbitrato, permettono il graduale trapasso dal contratto alla giurisdizione.

La seconda ragione ci dice come non si possa assegnare all'arbitro, nel campo interindividuale, un potere limitativo dei mezzi contrattuali di cui le parti potrebbero servirsi.

Nonostante che, nel campo interindividuale, si manifestino queste particolari caratteristiche, la cui ripercussione pratica ~~xxxxxxxfax~~ si nota nel fatto della poca rilevanza data al processo arbitrale di conflitti economici, nonostante dicevo queste ragioni, non si può negare che l'arbitrato interindividuale presenti tutti i caratteri fonda-

mentali e la struttura schematica dell'arbitrato non giurisdizionale, struttura e carattere che mi sono sforzato di delineare precedentemente.

Il poco interesse processuale connesso al funzionamento dell'istituto ci spiega, ripeto, del perchè, nel campo dei rapporti interindividuali, le basi processuali di esso siano rimaste nell'ombra e siano state spesso negate dai giuristi.

Purtuttavia, vedremo come, in altri campi (campo intersindacale, internazionale), l'ordine giuridico, ad assicurare il miglior funzionamento dell'istituto arbitrale, si sia valso dei più conosciuti istituti processuali, dall'istituto della rappresentanza processuale delle parti all'istituto della perizia, dall'istituto della contumacia all'istituto dell'onere processuale.

La poca conoscenza dell'arbitrato di conflitti intersindacali, e di conflitti internazionali, ci spiega il perchè delle lunghe dispute dottrinarie che, nel diritto interindividuale, si sono manifestati nei riguardi della definizione giuridica dell'arbitrato stesso.

La configurazione giuridica da me data, sulle traccie del prof. Carnelutti, al compromesso per cui questo più non appare come contratto, ma come un mezzo di risoluzione del contrasto di interessi, mezzo che dal contratto si distingua, non è concordemente accettata sul terreno del diritto interindividuale, anzi è vivamente osteggiata da alcuni autori ed in prima dallo Scaduto.

Questi, ponendosi sulle traccie del Weissmann e di altri giuristi tedeschi, e perfezionandone i concetti, afferma vigorosamente il carattere contrattuale del compromesso(1), e ritiene che la linea distintiva

---

(1) Scaduto "Arbitri e arbitratori ecc." in Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo; pag. 109 e segg. "L'arbitratore non fa che concretare i

fra arbitrato e arbitraggio non si debba ricercare nella natura del rapporto,ma che invece"La clausola d'arbitrato differisce dalla termini dell'accordo delle parti,e non impone il suo giudizio,valut un semplice elemento di fatto o elementi di diritto o rapporti giu ridici"Ora,ildire che è l'essenza della funzione che distingue gli arbitri dagli arbitratori è dir poco;se per essenza di funzione si vuol significare il suo carattere giurisdizionale o meno,si fa una differenziazione,se per essenza di funzione si vuol intendere la po sibilità di decidere nell'accordo contrattuale o nel disaccordo non si può non cadere nelle critiche del Prof.Carnelutti e di altri.

Aggiunge ancora lo Scaduto che:"Pure decisiva è contro il Bonfante l'obbiezione che il terzo non possa dirimere una controversia fra le parti se non con le forme del cod. di proc.civile;tuttavia l'obbie= zione non vale contro di noi,che neghiamo l'esistenza di un contrasi L'istituto dell'arbitratore non rientra nel campo della procedura, appartiene tutto al diritto privato.Se anche non c'è differenza fra imperatività della sentenza ed imperatività del contratta,non si può certamente applicare al secondo il regime costituito per la prima. Le norme del titolo preliminare,capo II del cod.proc.civ. valgono pe il lodo con funzione di sentenza,non per il concretamento della vo= lontà delle parti.Nel primo caso si ha un giudizio logico più un comando;nel secondo si ha solo un giudizio logico,che è anche uh co= manda,non per l'organo che lo emette,ma per il contratto il cui con= tenuto va ad interpretare.Nel primo caso l'effetto di obbligo,e quin di il contenuto di comando,si riconnette,dàldiritto obbiettivo,ad un atto del giudice,come dice il Carnelutti;nel secondo,all'accordo del le parti.Nel primocaso il contrasto vien meno in forza della pronunz zia del giudice;nel secondo è già venuto meno con l'accordo delle pa

clausola d'arbitraggio,perchè l'una attribuisce un potere di decisione estraneo alla seconda;l'una presuppone un dissenso fra le parti, che avrà la sua fine in un provvedimento giurisdizionale,mentre tale dissenso se esiste,in occasione dell'arbitraggio,esso è già cessato con la stipula della clausola,e quindi non vi è bisogno di quel provvedimento giurisdizionale;l'una mira all'imposizione di una decisione e non ha un contenuto materiale,mentre l'altra di questo è dotata ed opera come assunzione immediata della dichiarazione del terzo.... Lo svolgimento dell'arbitrato differisce dallo svolgimento dell'arbitraggio,perchè nel primo,adifferenza del secondo,le parti si trovano in contrapposizione l'una all'altra;l'arbitro ha una posizione autoritativa materiale sulle medesime sesi verifica la soccombenza di una di esse".

Ora è evidente qual'è l'errore in cui cade lo Scaduto.E vero che il compromesso cosidetto proprio o regolare non ha un contenuto materiale,ma è altrettanto vero che il compromesso improprio(qui non si discute ancora se sia ammissibile o men de jiure condito)come la clausola d'arbitraggio non hanno ugualmente questo contenuto materiale.Lo Scaduto è illuso dal fatto concreto della manifestazione di volontà dei soggetti del conflitto,contenuta nel compromesso.Ma è proprio il fatto di questa manifestazione di volontà che non lo dovrebbe condyrre all'errore.Ho detto precedentemente come questa manifestazione di volontà si riduca in un atto di non volontà,in una volontà negativa rispetto alla composizione del conflitto.In altri termini,come,sul terreno contrattuale,la volontà si determina parallelamente allo svolgimento del proprio interesse contrattuale,fino a divenire comando,sul terreno compromissorio,la manifestazione di volontà preclude alla volontà stessa la possibilità di determinarsi in corrispondenza allo svolgimento dell'interesse contrattuale,e,nel caso di compromesso improprio,di determinarsi in modo da ottenere l'intervento dgli organi giurisdizionali.

che se lo scaduto ritenesse questo automilitarsi delle volontà rispetto all'interesse, un superamento del conflitto, dovrebbe logicamente concludere che la lite (strictu sensu; conflitto portato dinanzi all'organo giurisdizionale) non è lite, altrimenti non è un contrasto. Ed infatti, proprio su questo terreno giurisdizionale, non si richiede nemmeno che intervenga un atto di autolimitazione delle volontà, in quanto da una manifestazione di volontà, sia pure a significazione formale, comune ai soggetti del conflitto, si prescinde, ciò che infine caratterizza il conflitto giuridico.

In altri termini, se un atto di autolimitazione di volontà, da parte dei soggetti del conflitto, risolve il conflitto, a maggior ragione il conflitto si deve ritenere risolto quando il diritto prescinda assolutamente dalla volontà dei soggetti del conflitto e riconosca soltanto l'efficacia della volontà dell'organo giurisdizionale. (1)

---

(1) E' tanto vero ciò, che l'atto di volontà, che accompagna la posizione della pretesa in sede giurisdizionale, non ha alcuna efficacia diretta sulla composizione del conflitto, ma un'efficacia puramenteindiretta o strumentale.

Alla stregua del concetto dello Scaduto si potrebbe dire che, quando alcuno ha esercitato il suo diritto all'azione, perciò stesso ha superato il conflitto, avendo determinato la condizione che permette la soluzione giurisdizionale del conflitto medesimo.Ma se di superamento del conflitto si vuol parlare,se ne può parlare in senso formale,nel senso cioè che le volonta dei soggetti del conflitto non possono determinarsi in vista dell composizione sostanziale del conflitto.Ma se ciò è vero per i conflitti g giuridici,èugualmente vero per tutti i conflitti(economici o giuridici) rispetto a cui interviene l'atto compromissorio.Il potere adottare un mez

Ma se è così, e non può essere altrimenti, bisogna concludere che il conflitto risolto col compromesso è più lite della lite, perchè vuole che le volontà di tutti i soggetti del conflitto si risolvano in una non volontà, perchè il conflitto possa essere composto.

Lo Scaduto annette una grande importanza al fatto che, per es., col compromesso irregolare si eviti la lite (strictu sensu); egli per esempio afferma (1) che: "Nei cosidetti compromessi irrituali, in quanto si ricorre agli arbitratori, si fa mancare la controversia e quindi la sua risoluzione" ora evidentemente, col compromesso irrituale non viene meno la controversia come conflitto d'interessi, che questa rimane, ma vien meno la possibilità di promuovere un mezzo di soluzione della lite (il mezzo giurisdizionale). A questo allude, se non erro, il Weissmann, citato a torto dallo Scaduto, quando riconosce che, col contratto di arbitraggio, resta esclusa la possibilità di una lite.

E' vero che resta esclusa la possibilità di seguire un mezzo di risoluzione della lite (intervento del potere giurisdizionale), come resta esclusa, a meno di nuove manifestazioni di volontà la possibilità di seguire un altro mezzo di risoluzione del conflitto (composizione contrattuale). Il compromesso irregolare si muove fra questi due estremi: da una parte, il mezzo giurisdizionale in cui la

---

zo di risoluzione del conflitto non significa sempre avere risolto il conflitto. Ciò è vero in un solo caso: nel caso di composizione contrattuale. Infatti, l'uso di questo mezzo di composizione è sufficiente a comporre, e dal punto di vista sostanziale e dal punto di vista formale, il conflitto. L'uso, invece per contrario, del mezzo giurisdizionale o del compromesso non implica di per sè soluzioni delconflitto.

1) Scaduto - op.cit. pag.104

volontà non può nulla, e dall'altro, il mezzo contrattuale in cui la volontà interviene efficacemente, sotto forma di comando contrattuale.

L'errore dello Scaduto è di credere che il rinunciare alla definizione contrattuale di un rapporto controverso (giuridico od economico, o rinunciare alla definizione giurisdizionale d'un conflitto giuridico, significhi aver superato il dissenzio, avere composto il conflitto. Se ciò fosse la composizione sarebbe sempre o un contratto o un atto giurisdizionale. Il passo del Weissmann che lo Scaduto accetta in parte è sintomatico a questo riguardo. Egli dice che: "colla costituzione d'un arbitratore è esclusa la possibilità di una lite; infatti, poichè le parti si sottomettono al suo giudizio, rinunziano al proprio". Se si toglie quell'infatti, troviamo che il Weissmann ha collocato l'arbitraggio a eguale distanza dall'atto giurisdizionale (lite), dall'atto contrattuale (giudizio proprio).

Ma forse lo Scaduto è stato un po' sedotto da considerazioni psicologiche, più che da considerazioni giuridiche in tema di volontà. In altri termini, la volontà è vista come termine psicologico più che come termine giuridico.(1)

---

(1) Scaduto; Op. cit., pag. 113: "In tal modo il Carnelutti ricade nell'equivoco fondamentale d'identificare mancanza di determinazione concreta e contrasto. Nessun dubbio che la pronunzia del terzo, presa di sè stessa, sia un giudizio; ma in relazione al contratto di arbitraggio non è una decisione; non lo è se si tratta di precisare il contenuto di un elemento del contratto principale, non lo è se si tratta di precisare il contenuto di un contratto successivo di transazione o di riconoscimento

E' evidente infatti che, se di contrasto di volontà si vuol parlare in un senso psicologico, più che in un senso giuridico, questo questo contrasto può rimanere e dopo il contratto e dopo la decisione.

Se ora la tesi dello Scaduto si esamina esclusivamente nei riguardi dei conflitti economici, si nota subito come la parificazione del contratto e del compromesso sia errata per le stesse ragioni per cui è errata la diversificazione fra compromesso regolare e compromesso irregolare.

Nel campo contrattuale a convincere lo Scaduto a persistere nella sua tesi, possono aver giovato argomenti apparentemente più forti . Così per esempio, egli avrà probabilmente pensato che nel

---

Anche il Carnelutti ha lasciato da parte il contratto di arbitraggio ed ha considerato isolatamente la pronunzia dell'arbitratore. Mentre il compromesso tecnico è concluso per avere una decisione della controversia, una soluzione del contrasto, in modo che la posizione di contendente non vien meno dopo la sua conclusione e non viene cancellata nemmeno dalla sentenza, la quale s'impone; il contratto d'arbitraggio, il più delle volte, non sempre, perchè la lite può anche non esserne il presupposto, è concluso appunto per far venir meno il contrasto, che non sopravvive alla sua conclusione, ma resta appianato, perchè l'opera del terzo non è che la specificazione dell'accordo delle parti".

campo dei conflitti economici, il contrasto avrebbe potuto terminare in un non contrasto per cessazione di attività contrattuale, o in un non contratto per composizione contrattuale. Intervenendo il compromesso invece il contrasto si esaurirebbe sempre in un non contrasto per composizione. Ma evidentemente, anche qui bisogna guardare alla realtà giuridica. Noi ci accorgiamo dell'esistenza di un conflitto economico, dal punto di vista degli effetti giuridici, quand'è intervenuto il contratto, dunque quand'esso è cessato per composizione. Tutti i fenomeni precontrattuali non ci interessano dal punto di vista giuridico. Nel caso dell'arbitrato invece, noi rileviamo il contrasto prima della composizione e all'atto del compromesso. In altri termini, mentre col contratto, il contrasto appare all'atto in cui si risolve, col compromesso appare all'atto in cui si deve risolvere.

La differenza fra contratto e compromesso si può rilevare anche da un altro fatto sintomatico; che mentre il contratto interviene a composizione del conflitto concreto, il compromesso interviene anche quando di conflitto concreto non ci sia nemmeno l'ombra.

Nel campo interindividuale, questo avviene più spesso quando ricorrano conflitti giuridici, raramente quando ricorrano conflitti economici. Sul terreno intersindacale ed internazionale invece, avviene il contrario. Le cosidette clausole compromissorie generiche sono di gran lunga prevalenti. Ora, come si potrebbe dire che in tal caso i conflitti sono risolti, quand'essi devono ancora sorgere? A meno che non si pensi ad una risoluzione anticipata di conflitti previsti.

Ma è tanto esatta la costruzione giuridica del compromesso da me data, che, in seguito alla clausola compromissoria generica, scoppiato il conflitto, la posizione giuridica dei soggetti del conflitto stesso

diventa identica a quella delle parti che fanno valere giudiziariamente la propria pretesa. Basta guardare alle procedure arbitrali, nel campo intersindacale ed internazionale per accorgersene. A tal proposito, non è vano citare le contradizioni in cui cade lo Scaduto quando vuole intrattenersi su quella che dovrebbe essere l'attività di cognizione dell'arbitratore, attività di cognizioni che, secondo me, e secondo vari ordinamenti positivi, si basa, specie sul terreno sindacale internazionale, sui principi processuali più noti. (1)

---

(1) Scaduto - Op. cit. pag. 123: "Se il giudice, poi, determini il danno da risarcire, non fissa alcun accordo delle parti sul medesimo; l'arbitratore, invece, determina a quale somma tendeva l'accordo delle parti quanto al risarcimento... Se fosse vero, come il Weissmann ripetutamente dice (pag.278 281, 285, 289, 323), che la pronunzia dell'arbitratore sia decisiva per le parti come il lodo arbitrale, che essa è obbligatoria per le parti non perchè corrisponde alla loro volontà, ma perchè ad essa si sono sottoposte, come mai questa pronunzia potrà essere impugnata?... (pag. 126) Nel caso dell'arbitrato, le parti debbono essere intese, perchè non si può decidere sulle semplici affermazioni dell'una; nel caso dell'arbitraggio, il contraddittorio sarebbe un assurdo e si può prescindere dall'udire non soltanto una, ma entrambe le parti; queste hanno cessato di essere l'una di fronte dell'altra stipulando l'arbitraggio".

Affermazioni queste completamente erronee, quando si badi all'ordinamento processuale dell'arbitrato di conflitti economici, così come è regolato da molte leggi, e nella procedura internazionale. Affermazioni tanto più erronee in quanto, proprio a pag. 128, lo Scaduto afferma come l'arbitratore valuti spesso: "Tutto un rapporto di diritto; non si limita ad un'osservazione mentale personale, ma può essere illuminato dalle parti, dai testi-

Concludendo, sulle traccie del Carnelutti, diciamo che la controversia esiste nel suo elemento sostanziale (conflitto d'interessi), essa potrà non esistere nel suo elemento formale, di volontà cioè dirette a tutelare l'interesse con esplicazione immediata, essendosi col compromesso, le volontà determinate in un atto di non volontà, e quindi di subordinazione, che impedisce loro di ulteriormente determinarsi a tutela dell'interesse in conflitto. Nel senso materiale, il contrasto rimane, e nel senso materiale e formale, la determinazione del terzo è una decisione. Questo in genere è vero per il compromesso di conflitti economici come per il compromesso irrituale di conflitti giuridici. Del resto, lo Scaduto avrebbe dovuto accorgersi come mentre nel campo dei conflitti economici, il compromesso fa mancare il conflitto delle volontà dirette a limitarsi contrattualmente, e non il conflitto materiale, nel campo dei conflitti giuridici, il compromesso irrituale fa mancare e il conflitto delle volontà dirette a limitarsi contrattualmente e la manifestazione di volontà diretta a determinare l'inizio d'un'attività giurisdizionale. In altri termini, il compromesso di conflitti economici ha da muoversi in un campo diverso dal campo contrattuale; il compromesso irrituale di conflitti giuridici, ha da muoversi in un campo diverso dal campo contrattuale e dal campo giurisdizionale.

---

moni, dai documenti... L'arbitratore può udire persona dell'arte e dar luogo ad un procedimento che l'Arena (Op. cit. pag. 40) giustamente chiama informatorio, giacchè una vera e propria assunzione di prove ad opera dell'arbitratore non è possibile per la mancanza del processo".

Ma la critica che ho fatto alla tesi dello Scaduto, mi porta ad esaminare tutto quanto il fenomeno arbitrale nel campo interindividuale, sia che si tratti di conflitti giuridici, sia che si tratti di conflitti economici, e a discutere quindi tutte le varie opinioni che, a tal riguardo, si contendono il terreno.

Se lo Scaduto ha voluto trovare la differenza tra compromesso regolare ed irregolare, dando carattere processuale al primo e carattere contrattuale al secondo, il Rocco ed il Calamandrei hanno risolto la questione nel senso di non vedere alcuna differenza fra compromesso regolare e irregolare, non sul terreno contrattuale generico, come fa lo Scaduto per il compromesso irregolare, ma ad un tipo di contratto della massima importanza giuridica: la transazione.

Così il Rocco (1): "Nel compromesso, le parti dichiarano la loro volontà generica di comporre le loro controversie, secondo quello che verrà stabilito da una o più persone di loro fiducia, chiamate arbitri (nome generico che s'attaglia anche ad altre figure analoghe). La volontà indeterminata delle parti si determina mediante la pronuncia del lodo la cui funzione è appunto quella di determinare il contenuto della volontà delle parti, manifestata indeterminatamente nel compromesso. Il lodo dunque non obbliga le parti, se non in quanto determina la loro volontà dichiarata nel compromesso; è da questa volontà ch'esso attinge tutta la sua efficacia giuridica. Emanato il lodo, la volontà delle parti, integrata o determinata, opera completamente, stabilendo in modo preciso e non controvertibile quali sono i diritti di ciascuno dei compromittenti.

Sostanzialmente il compromesso non è che una transazione con questo

---

(1) Rocco - "La sentenza civile" Pag. 42

di particolare: che la determinazione delle sue condizioni, invece di essere fatta subito dalle parti, è da questa rimessa ad una o più terzi di loro fiducia i quali vi debbono procedere colle norme e nelle forme da esse stabilite. S'intende perciò come il compromesso importi un atto di disposizione più ampio della transazione".

Della stessa idea si mostra, su per giù il Calamandrei (1).

Ora, senza discutere per il momento tutta la tesi del Rocco e del Calamandrei, i quali negano che l'arbitro abbia un potere giurisdizionale o partecipi ad un'attività giurisdizionale, mi sembra interessante discutere quest'affermazione dei due autori per cui il compromesso di conflitti giuridici non è che transazione, anche perchè - come dice lo Scaduto (Op. cit., pag. 100),-dal punto di vista razionale, l'equiparazione della funzione dell'arbitro, come mero giudizio logico, a quella del giudice, non è in contradizione con la teoria privatista, perchè questa non nega che l'arbitro formuli il suo giudizio come un giudice, ma a tale giudizio per se stessa non attribuisce efficacia giurisdizionale.

Dunque, il compromesso è una transazione, per il Rocco ed il Calamandrei.La prima obbiezione è la seguente: se il compromesso è una transazione (strictu sensu) esso dev'essere caratterizzato dalle mutue concessioni; ma la composizione si può risolvere in un riconoscimento o in una rinunzia, dunque il compromesso non può essere una transazione. Ma io voglio supporre per un momento che il Rocco ed il Calamandrei abbiano voluto parlare di transazione, come termine comprensivo del riconoscimento della rinunzia. Ma che cosa contradistingue questa transazione latu sensu, se non la valutazione subbiettiva, da parte cioè

---

(1) Calamandrei - "Il significato costituzionale delle giurisdizioni d'equità".

dei soggetti del conflitto, delle rispettive pretese? Ammettiamo dunque che, per i suddetti autori, transazione sia anche il riconoscimento e la rinunzia; per essere tuttavia il compromesso una transazione, occorre che esso contenga quelle valutazioni subbiettive delle pretese, di cui ho testè parlato. Ma se le contiene, è inutile che intervenga l'arbitro; se non le contiene, non vi possono più essere, perchè ciascuna delle pretese sibisce il giudizio logico dell'arbitro stesso, giudizio che le obbiettivizza in base a un criterio precostituito (equità, diritto) ad ogni possibile valutazione.

Il ricorso che fa il Rocco al principio di determinazione concreta, d'integrazione, non lo può fare sfuggire al dilemma su esposto.

Agli stessi principi ricorre lo Scaduto, quando si tratta di definire il compromesso irregolare. Questi però ha avuto l'accortezza di non dare un nomen juris al contratto, nel caso di conflitti giuridici (per sfuggire a quella che, in fondo, è una conseguenza logica della tesi contrattuale), come ha fatto il Rocco, che pur deve dire se la transazione prevista, il riconoscimento, la rinunzia esistono di già o non esistono, nel caompromesso, come valutazioni subbiettive.

La verità è che l'attività del terzo è sempre guidata da un principio rigido di obbiettività che la contradistingue giuridicamente, mentre l'attività delle parti è guidata da una serie di criteri subbiettivi, che non sono, anche quando s'ispirino a principi obbiettivi, rilevabili dal diritto. Del resto se si volesse affermare che l'arbitro riproduce le valutazioni subbiettive delle parti, bisognerebbe dimostrare che l'attività dell'arbitro diretta all'accertamento e alla conoscenza dei fatti, si rende perfettamente inutile.

Il Calamandrei che ha definito il compromesso come transazione, non sa rinunciare del tutto a vedere nell'arbitro un giudice e ritorna, in certo qual senso alla tesi dello Scaduto, rendendo più incerta la materia (1). Se il compromesso, secondo quanto è stato detto, si presenta come manifestazione di volontà che è come il presupposto del carattere obbligatorio del comando del terzo, il quale poi del resto, impone questo comando in maniera autonoma d'ogni singola volontà, è evidente che l'indagine sul carattere dei rapporti fra parti nel conflitto e terzo (funzionante da organo arbitrale) si deve fare tenendo presente che qui si tratta d'un principio di subordinazione che sostanzia tutto l'istituto. Non si può dire in modo preciso se il carattere di tali rapporti sia pubblicistico o privatistico, trattandosi di una indagine concreta, purtuttavia si può escludere ogni tesi che a quei rapporti voglia dare una significazione alquanto lontana dalla ntura del fenomeno giuridico.

---

1) Op. cit. : "Nè si deve dalla incertezza terminologica essere indotti a far confusioni tra l'amichevole compositore e l'arbitratore: questo ultimo, infatti, interviene non già per dirimere un rapporto litigioso, nel quale ciascuna parte sostenga di avere il diritto dalla sua e si proponga di farlo dichiarare come già esistente, ma per sostituirsi ai contraenti nel conchiudere il negozio ancora indeterminato in uno dei suoi elementi, che l'arbitratore è appunto chiamato a determinare imparzialmente. L'amichevole compositore, dunque, non provoca volontari componimenti di rapporti litigiosi, come il conciliatore; non esplica un ufficio di cooperatore alla formazione di rapporti giuridici, come l'arbitratore; decide, con efficacia dichiarativa, controversie su rapporti giuridici già esistenti, come il giudice

Si badi, a tal proposito alle caratteristiche fondamentali dell'arbitrato non giurisdizionale in diritto romano (1).

Per molte ragioni non si può quindi aderire al concetto di rappresentanza del Bonfante, che così bene è stato criticato dallo Sraffa, a quello di mandato del Borselli, o al concetto di mandato contrattuale a risolvere controversie del Ramella o dello Scialoia(2)

---

pubblico e come l'arbitro giurisdicente privato; con questa differenza da essi, che, nel decidere, non è tenuto ad applicare le regole di diritto".

(1) Codovilla - "Del compromesso e del giudizio arbitrale" pag.45-46: "In diritto romano, la natura non giurisdizionale del compromesso e del lodo non impediva ai jureconsulti di dare all'abitro la denominazione di giudice ed alla sua pronunzia il nome di sentenza (recepisse autem arbitrium videtur qui judicis partem suscepit, ~~xxx~~ finemque se, sua sententia, controversiis impositurum pollicetur: leg. 13 § 2, Dig.); nè di qualificare trattazione della causa il fatto delle parti di fornire all'arbitro le notizie necessarie alla sua pronunzia, come si vede in leg.3, § 1. dig.; dove si dichiara "giustissima cosa che il pretore si debba interporre per costringere l'arbitro ad adempiere l'ufficio assuntosi quando le parti avessero causam iam semel et iterum tractam e avessero nudata utriusque intima et segreta negotii aperta". E, quanto a rimedi o eccezioni contro la sentenza, "stari debet sententiae arbitri, sive aequa sive iniqua sit, et sibi (se non è equa) imputet qui compromisit" (Leg.27, § 2. dig."

(2) Soltanto chi crede che il compromesso sia un contratto potrebbe accettare in parte questi concetti. Così almeno crede lo Scaduto, che, per altro, non fa sua la tesi della rappresentanza.

Sulla tesi della rappresentanza ved. Carnelutti "Arbitrato estero" in Riv. di Dir. Comm., 1916, parte I, pag. 399.

Anche il Mortara è per la tesi del mandato (1): "Abbiamo un rapporto di diritto privato fra le parti e gli arbitri, e sostanzialmente un rapporto di mandato, la cui esecuzione è dallo Stato trasportata fuori del campo del diritto privato in quello del diritto pubblico, mediante il conferimento agli arbitri così nominati della funzione giurisdizionale".

L'insufficienza di queste concezioni si può valutare, quando si guardi a speciali caratteristiche dell'arbitrato di conflitti economici, arbitrato per il quale dovrebbe essere più facile la costruzione del rapporto fra parti ed arbitri sulla base del mandato o della rappresentanza. Si compari ad esempio la vendita civile e la vendita commerciale nei riguardi della determinazione del prezzo. La vendita commerciale con prezzo determinabile dal terzo, è sempre valida poichè, dato che il terzo eletto non voglia o non possa accettare si provvede a nuova nomina o dalle parti o, se non si accordino, dall'autorità giudiziaria (art. 63 cod. di comm.). Ora se l'arbitro può essere nominato dall'autorità giudiziaria, come si fa a costruire il rapporto fra le parti e l'arbitro sulla base del rapporto di mandato? Tanto più che l'arbitro viene nominato dall'autorità giudiziaria quando vi sia disaccordo fra le parti nei riguardi della nomina stessa.

Trattandosi invece di vendita civile, si hanno queste due notevoli differenza: a) che se il terzo deve scegliersi posteriormente al contratto, deve in questo dichiararsi che, non concordando le parti, detta scelta sarà demandata al pretore o al conciliatore del luogo del contratto o del domicilio o residenza di una delle parti;

(1) Mortara - Comm. al Cod. di prod. civ. Vol.III, pag. 57-59.

b) che il contratto non può qui considerarsi definitivo, ma condizionato al fatto che il terzo dichiari il prezzo: e se infatti egli non voglia o non possa dichiararlo la vendita è nulla (art.1454 cod. civ.) (1).

Prima di entrare nel vivo della disputa sull'ammissibilità o meno dei così detti lodi liberi, basati cioè su compromessi irrituali, non sarà inutile intrattenersi sulla questione dell'esistenza o meno di un arbitrato giurisdizionale.

Molti autori (Mortara, Carnelutti ecc.) sono per l'esistenza di un arbitrato giurisdizionale in diritto positivo italiano.

Secondo me, in linea teorica generale, al di fuori di ogni possibile indagine positiva, si può parlare di un arbitrato giusisdizionale che discende dal concetto stesso di giurisdizione. Tuttavia, gli elementi da cui molto spesso gli scrittori arguiscono la esistenza di un arbitrato giurisdizionale non sono di tale rilievo

---

(1) La differenza tra vendita civile e vendita commerciale dà subito la idea dell'interesse che spesso l'ordine giuridico ha per la soluzione arbitrale dei conflitti economici. Nella relazione Mancini sul cod. di comm. della differenza di cui sopra si adotta la seguente ragione: "La rigidezza delle disposizioni contenute nel cod. civ. sarebbe incompatibile coi bisogni e gli usi del commercio...Così si provvede con maggior copia di mezzi, costantemente all'efficacia e al mantenimento delle convenzioni, come è richiesto dalla serietà e dalla buona fede degli impegni commerciali"Comunque si voglia apprezzare questa differenza, nella mente del legislatore essa fu giustificata dalla semplice considerazione delle ripercussioni del contratto in materia civile e in materia commerciale.La stessa questione quindi viene risolta diversamente, pur trattanosi di materia contrattuale, a seconda dell'importanza degli interessi

da togliere ogni dubbio in merito alla questione.

Il Chiovenda ad esempio (1) fa dipendere la caratteristica giurisdizionale dell'arbitrato dal fatto che l'arbitro sia munito di poteri giurisdizionali, e siccome in diritto positivo italiano l'arbitro non è munito di questi poteri, nega che nel nostro diritto si possa parlare di un arbitrato giurisdizionale: "Può darsi una legge che non richieda nemmeno la sentenza o decreto d'esecutorietà del lodo (così in molte leggi svizzere). Ma nemmeno in questa legge il lodo e l'arbitrato avrebbero carattere giurisdizionale, a meno che gli arbitri avessero i poteri giurisdizionali. Mancando questi, la loro attività e la loro decisione, per quanto parificata nei principali effetti ad una sentenza, per quanto esecutoria, non sarebbe giurisdizionale".

Il Carnelutti ha cercato di ribattere alla tesi del Chiovenda affermando che: "Anche se il potere di coercizione per la preparazione del giudizio, quando vi fosse, rientrasse nel concetto di giurisdizione non vi sarebbe ragione di negare, quando non vi fosse, il potere giurisdizionale in chi può pronunciare la sentenza. Per negarlo converrebbe dimostrare che, senza quel potere, il giudice non fosse in grado di giudicare; mentre tutt'al più il difetto di quel potere può togliergli la possibilità di giudicare bene, ma non di giudicare." E dimostrando come i poteri di coercizione non siano logicamente necessari per l'esercizio della giurisdizione.

D'accordo col Carnelutti nel ritenere che i poteri di coercizione non siano fondamentali al concetto di giurisdizione. Ma, quando in un ordinamento positivo, questi poteri siano stati ritenuti necessari per l'esercizio della giurisdizione, per la soluzione

---

(1) Chiovenda - Principi di dir. proc. civ., pag. 109 e segg.

da togliere ogni dubbio in merito alla questione.

Il Chiovenda ad esempio (1) fa dipendere la caratterizzazione giurisdizionale dell'atto dal fatto che l'arbitro sia munito di potere giurisdizionale, e giocare in diritto positivo italiano l'arbitro non è munito di questi poteri, mega che nel nostro diritto si possa parlare di un arbitrato giurisdizionale: "può darsi una legge che non riconosca nessuno la sentenza o decreto d'esecutorietà del lodo (così in molte leggi svizzere). Ma nessuno in questa legge il lodo e l'arbitrato avrebbero carattere giurisdizionale, e meno che gli arbitri avessero i poteri giurisdizionali. Nessuno questi, in loro attività e in loro decisione, per questo partecipano nel principali effetti ad una sentenza, per questo essenziale, non sarebbe giurisdizionale".

Il Carnelutti ha cercato di ribattere alla tesi del Chiovenda affermando che: "anche se il potere di coercizione per la preparazione del giudizio, quando vi fosse, rientrasse nel concetto di giurisdizione non vi sarebbe ragione di negare, quando non vi fosse, il potere giurisdizionale in ogni più pronunciata sentenza. Per negarlo converrebbe dimostrare che, senza quel potere, il giudice non fosse in grado di giudicare; mentre tutt'al più il difetto di quel potere può togliergli la possibilità di giudicare bene, ma non di giudicare." A dimostrando come i poteri di coercizione non siano logicamente necessari per l'esercizio della giurisdizione.

D'accordo col Carnelutti nel ritenere che i poteri di coercizione non siano fondamentali al concetto di giurisdizione. Se, quando in un ordinamento positivo, questi poteri siano stati ritenuti necessari per l'esercizio della giurisdizione, per la soluzione

---

1) Chiovenda - Principi di dir. proc. civ., pag. 193 e segg.

di controversie giuridiche, vuol dire che l'esercizio di essi si è ritenuto necessario alla posizione di un giudizio socialmente utile. Quando poi, nello stesso ordinamento positivo, si ammettono forme di giudizio che non presuppongano l'esercizio di questi poteri giurisdizionali, non vuol dire che queste ultime forme di giudizio non si considerino tali, ma che si considerino diverse dalla forma di giudizio per cui si presuppone l'esercizio dei poteri giurisdizionali. In questo senso il Chiovenda potrebbe avere ragione. Non si tratta infatti di vedere se l'esercizio dei poteri processuali sia fondamentale al concetto di giurisdizione, ma si tratta di vedere per quale ragione in un ordinamento positivo si possano avere forme di giudizio che presuppongono o non presuppongono l'esercizio di questi poteri, e quale ripercussione questa differenza può avere sulla natura e sull'efficacia del giudizio.

Dal punto di vista della caratterizzazione generica dell'istituto arbitrale, la tesi del Chiovenda ha poca importanza. In parecchie legislazioni infatti (ad esempio nella legislazione inglese: Arbitration act del 1889, sect. 8) gli arbitri sono muniti di poteri giurisdizionali; e se questo dovesse far decidere del carattere giurisdizionale dell'arbitrato noi dovremmo estendere il concetto di giurisdizione in tal guisa da snaturarlo.

Per il Carnelutti l'arbitrato di conflitti giuridici è sempre un arbitrato giurisdizionale. Per questo autore infatti il concetto di giurisdizione discende dal concetto di conflitto giuridico e dal concetto di attività giudiziaria.

Ma evidentemente, sia per il Chiovenda, sia per il Carnelutti che per altri autori la risoluzione della questione dipende da una precisazione giuridica del concetto di giurisdizione, ed è su questo concetto che bisognerà far vertere ogni indagine.

Qui si fa notare che, là dove ricorra l'arbitrato giurisdizionale, si dimostra sempre più fallace ogni tesi che attribuisca carattere contrattuale al compromesso. In tale caso infatti, il compromesso non può essere che un accordo processuale, che si spiega con quel potere dispositivo di cui godono generalmente le parti. Insomma dove "la fonte del potere giurisdizionale sia per gli arbitri che per i magistrati è una" il compromesso non può che implicare un diritto di scelta del giudice. Afferma il Carnelutti che "E' un errore credere che un potere della parte per la scelta del giudice sia in contradizione coll'esercizio della giurisdizione da parte di lui. Basta,per convincersene, pensare che una influenza, per quanto limitata, in questa scelta è riconosciuta sempre alla parte, se non forse colla facoltà di prorogare la competenza (relativa) certo col diritto di ricusazione" (1).

Riservandomi di esaurire in seguito la questione dell'esistenza o meno di un arbitrato giurisdizionale, vorrò far cenno alla questione sull'ammissibilità o meno del lodo libero per dimostrare come questa questione, insieme a quella dell'arbitrato giurisdizionale, si possa risolvere soltanto quando si sia precisato il concetto di giurisdizione. Anche in materia di lodi liberi ci troviamo di fronte a varie tesi estremamente deficienti cui si contrappone arditamente la tesi estremamente logica del prof. Carnelutti.

Il Mortara, la cui tesi perfettamente coincide con quella del Bonfante, fa delle affermazioni di questo genere: 1) l'attività dell'arbitro, così come è regolata espressamente dal cod. di proc. civ., è un'attività giurisdizionale, il compromesso formale ha quindi un

---

(1) Carnelutti - Arbitrato Estero - in Riv. di Dir. Comm. pag. 381.

qui si fa notare che, là dove ricorra l'arbitrato giurisdizio-
nale, si dimostra sempre più fallace ogni tesi che attribuisca ca-
rattere contrattuale al compromesso. In tale caso infatti, il com-
promesso non può essere che un accordo processuale, che si spiega
in quel potere dispositivo di cui godono generalmente le parti.
Nemmeno dove "la forma del potere giurisdizionale sia per gli at-
ti che per l'negletti è una" il compromesso non può che implì-
care un diritto di scelta del giudice. Afferma il Carnelutti che
"è un errore credere che un potere della parte per la scelta del
giudice sia in contraddizione coll'esercizio della giurisdizione da
parte di lui. Basta per convincersene, pensare che una influenza,
per quanto limitata, in questa scelta è riconosciuta sempre alla
parte, se non forse colla facoltà di proporre la competenza (rela-
tiva) certo coi diritto di ricusazione" (1).

Riservandomi di esaminare in seguito la questione dell'esisten-
za o meno di un arbitrato giurisdizionale, vorrò far cenno alla que-
stione sull'ammissibilità o meno del foro libero per dimostrare co-
me questa questione, inerente a quella dell'arbitrato giurisdizio-
nale, si possa risolvere soltanto quando si sia precisato il con-
cetto di giurisdizione. Anche in materia di foci liberi si trovano
di fronte a varie tesi estremamente deficienti coi si contrappone
praticamente la tesi estremamente logica del prof. Carnelutti.

Il Mortara, la cui tesi perfettamente coincide con quella del
Bonfante, fa delle affermazioni di questo genere: 1) l'attività del
l'arbitro, così come è regolata espressamente dal cod. di proc. civ.,
è un'attività giurisdizionale, il compromesso formale in quindi un

---

1) Carnelutti - Arbitrato Rotero - in Riv. di Dir. Comm. pag. 381.

semplice valore processuale; 2) il compromesso irrituale si deve ammettere perchè non ha carattere processuale, ma un semplice carattere convenzionale.

Su che basa queste affermazioni il Mortara?

Cito dal Carnelutti (1): "Mortara (per riconoscere efficacia al lodo che non sia destinato a divenire esecutivo) muove dal principio della libertà delle convenzioni; anche il Bonfante si colloca, in sostanza, dallo stesso punto di vista, quando ricollega il compromesso improprio al compromesso romano, il quale, com'egli dice, ci trasporta in un territorio ben diverso da quello dell'ordine dei giudizi, nel territorio della libertà delle convenzioni. Qui però bisogna ragionar cauti, se non si vuol fare dell'aprioriSmo. La libertà delle convenzioni, intesa come principio giuridico, anzichè come principio politico, esiste in quanto... è riconosciuta dalla legge; essa è l'espressione di quel tanto di autonomia che un determinato ordine giuridico concede alle parti nel regolare i loro rapporti. Probabilmente dunque il ragionamento, se vuole essere positivo, dev'essere rovesciato: non conviene dedurre la validità di codesto contratto dalla libertà delle convenzioni, ma la libertà delle convenzioni anche in questo campo... dalla validità di questo contratto! Ora se, per esempio, la legge stabilisce che, affinchè gl'interessati possano far ridimere da un terzo un loro contrasto, anzichè dal giudice, in modo obbligatorio, debbansi seguire le forme prescritte dal cod. di proc. civ., mi par vano addurre contro questa constatazione il principio della libertà delle convenzioni/

---

1) Carnelutti - Arbitrato Estero - pag. 374 e segg.

altrimenti io dirò che, in omaggio a questo principio, si può transigere anche su quelle materie, sulle quali la transazione è vietata!"

Ecco dimostrato un primo errore del Mortara.

Per giungere all'ammissibilità del lodo improprio, non bisogna partire da un'affermazione generica di libertà convenzionale, che altrimenti si cade nella critica del Carnelutti, ma bisogna partire da un'affermazione più concreta. Bisogna osservare che là dove lo Stato ammette che si comprometta, ammette anche che si transiga. Dunque non soltanto da un punto di vista politico, si fa appello alla libertà convenzionale, ma quest'appello si fa tenendo presente che la libertà convenzionale è effettivamente concessa dalla legge. Tant'è vero che bisogna partire da quest'affermazione concreta,che, il prof. Carnelutti, prevedendo in certo senso una possibile obbiezione in questo senso, si vale dello stesso argomento per ritorcerlo contro coloro che sostengono la validità del lodo improprio:"Se pertanto già il contratto conchiuso per risolvere la controversia giuridica è, perciò solo, soggetto a più rigorose forme di quelle che governano gli altri contratti in genere, è coerente che anche il giudizio nel primo caso, debba svolgersi, per essere efficace secondo norme diverse e meno elastiche che nel secondo? A questo punto, anzi, l'argomento potrebbe essere proseguito con sempre maggiore fortuna. Invero, una volta ammessa l'efficacia del giudizio arbitrale su controversie giuridiche per quanto sfornito delle forme volute dal cod. di proc. civ., sotto il pretesto che questo è un istituto diverso da quello che il codice stesso prevede, non vi sarebbe ragione per non prescindere anche dalla norma contenuta nell'art. 11 di quel codice, per non ammettere così il compromesso

verbale, quando il lodo non sia destinato a diventare esecutivo secondo l'art.24; chi non vede dunque incoerenza di questa soluzione in confronto della norma statuita dall'art. 1314 per le transazioni?"

Ma si può rispondere al Carnelutti: d'accordo che non si possa arrivare a superare il limite posto dall'ar. 1314 del cod. Ma perchè, se nel caso di composizione puramente contrattuale basta il semplice scritto, nel caso di compromesso si richieda più del semplice scritto? E' proprio la disposizione dell'art. 1314 che potrebbe dar luogo ad un dubbio legittimo sulla invalidità del compromesso irrituale.

In altri termini l'osservazione che si vuol fare è questa che, là dove sia ammessa la transazione, il processo di composizione dei conflitti giuridici (per cui è concesso di transigere) ed il processo di composizione dei conflitti economici si presenta identico (salvo alcune particolari caratteristiche giuridiche). Questa identità, ammessa rispetto al comando contrattuale, a maggior ragione dev'essere ammessa per tutti quei negozi che non si risolvono in un comando contrattuale, ma nella partecipazione al processo di istituzione del giudice.

Se, cioè, noi riconosciamo possibile, nel campo dei conflitti economici, un negozio che significhi costituzione del giudice, questo stesso negozio dobbiamo ritenere possibile, nel campo dei conflitti giuridici là dove sia ammessa la transazione. Naturalmente il negozio compromissorio avrà caratteristiche giuridiche diverse come caratteristiche giuridiche diverse ha la transazione da qualsiasi altro contratto.

Ed allora si può concludere benissimo come possa esistere una attività del terzo che non sia giurisdizionale, nel senso proprio

di questa parola, nel campo dei conflitti giuridici. La giurisdizionalità dell'attività del giudice è possibile infatti là dove il giudice sia istituito dallo Stato; la istituzione statale del giudice si rivela da tutto un complesso di forme giuridiche che non possono non dare significato di accordo processuale a quella manifestazione di volontà che ne determini l'attuazione. In altri termini la giurisdizionalità dell'attività del giudice deriva dal particolare ordinamento dato dalla legge a questa attività, che non dal carattere del conflitto; il che, in diritto positivo, si esprimerebbe dicendo che non è il carattere del conflitto che attribuisce, ad esempio, giurisdizionalità all'attività dell'arbitro e del pretore, ma è l'attività dell'arbitro e del pretore, in quanto si possa o si debba ritenere ordinata su basi giurisdizionali, che attribuisce valore di accordo processuale al compromesso.

Ma, in verità, il partire dal contratto di transazione allo scopo di ammettere o negare la validità del compromesso irrituale, non può dare che risultati relativi.

Ho detto che la vera fondamentale questione che si dibatte fra i proceduristi, fra Mortara, Carnelutti, Rocco, Scialoia è una sola: la determinazione del concetto di giurisdizione. Determinati i limiti della giurisdizione da un lato, fissato il limite della transazione dall'altro, si può vedere se e fino a qual punto, le parti possano costituire il giudice sul terreno dei conflitti giuridici.

Consideriamo anzitutto la tesi del Carnelutti (1). Secondo questo scrittore la distinzione fra arbitro ed arbitratore non si deve

---

(1) Carnelutti - "Arbitri ed arbitratori" in Riv. di Dir. Proc. Civ., 1924, parte I, pag. 134 e segg.

ricercare nel fatto che l'arbitro decide nel disaccordo ed il giudice nell'accordo, ma la distinzione può essere trovata nella natura della controversia da decidere, non altrove. "Il problema positivo dell'arbitrato e dell'arbitraggio ha due vie di uscita. O si forma dell'arbitro e dell'arbitratore due figure distinte e si nega la necessità di tirare una linea che separi i due campi perchè l'uno e l'altro non si trovano sul medesimo piano. Questa è la tesi dello Scaduto. O si ammette la unità fondamentale dei due istituti, come sembra che faccia, se pur non del tutto apertamente, Scialoia; allora bisogna tracciare la linea. Io, e non io soltanto, avevo detto che codesta linea coincide con la distinzione tra controversia giuridica e controversia economica; di là vi è l'arbitro, di qua l'arbitratore. Naturalmente questa soluzione condanna, in diritto positivo, gli arbitrati liberi su controversie giuridiche".

Secondo il Carnelutti quindi il limite della giurisdizione coincide col limite dei conflitti giuridici: dove c'è attività del terzo diretta a risolvere un conflitto giuridico, ivi c'è giurisdizione.

La formula "attuazione del diritto" è una formula superflua, allo scopo di caratterizzare la giurisdizione, poichè v'è giurisdizione anche dove c'è giudizio d'equità del giudice, dove manca cioè ogni norma materiale astratta.

Badiamo che questa impostazione del Carnelutti è rigidamente logica in tutte le sue parti. Se c'è un punto debole sarà nella premessa. Ma quando si è fatto dipendere il concetto di giurisdizione dalla natura stessa del conflitto non è che sviluppo logico del pensiero, l'affermazione che il giudice di conflitti giuridici (compre-

so l'arbitro giurisdicente e l'amichevole compositore) è istituito dallo Stato, che il compromesso è accordo processuale in ogni caso, che il compromesso irrituale non può avere alcuna efficacia.

Rimane quindi da domandarsi: è accettabile questo concetto di giurisdizione? Si badi che il concetto di giurisdizione del Carnelutti poggia in fondo su una importante constatazione: il carattere costitutivo che spesso ha la sentenza del giudice. Onde questo particolare fatto bisogna far centro di ogni discussione.

In tutti i casi in cui il giudice abbia un potere dispositivo rispetto a un determinato ordine di conflitti, vuol dire che la norma che lo crea giudice di quei conflitti ha soltanto un carattere strumentale. Se questa norma poi, priva di contenuto materiale, limita in senso assoluto il potere contrattuale dei soggetti del conflitto (divieto di transigere), rimandando al giudice la soluzione di ogni conflitto, evidentemente ogni potere dispositivo del giudice non si potrebbe concepire, se non formalmente, in funzione del concreto conflitto da risolvere, nè un potere giurisdizionale che fosse definito dalla semplice natura del conflitto, avrebbe grande significato sociale, venendosi a trovare i soggetti di quell'ordine di conflitti giuridici, rispetto a cui il giudice ha un potere dispositivo, nelle stesse condizioni di incertezza e di anarchia in cui si troverebbero agendo sul terreno contrattuale. Non basta quindi caratterizzare il concetto di giurisdizione come il potere di risolvere il conflitto indipendentemente dalla volontà delle parti. Perchè il concetto giuridico sociale della giurisdizione sia completo bisogna che l'atto giurisdizionale sia caratterizzato da un altro elemento che ne contradistingua la funzione sociale.

Quello che per il giudice di diritto si dice "attuazione del diritto", per il giudice d'equità diventa qualcosa di diverso ma può necessario per qualificarlo come organo di giurisdizione (1).

In altri termini, anche se la differenza fra attività del terzo e attività contrattuale fosse data, sul terreno dei conflitti giuridico, dal carattere di giustizia della composizione e dal potere di decidere in maniera autonoma la lite nel primo caso; dal carattere violento della composizione e dalla manifestazione di volontà dei soggetti del conflitto nel secondo, noi avremmo bensì posto delle distinzioni che hanno la loro importanza formale, ma non avremmo definito la giurisdizione in tutti i suoi concetti essenziali, proprio perchè dal punto di vista dell'ordine della certezza sociale l'attività del terzo e attività contrattuale perverrebbero agli stessi risultati (2).

Tanto che, ai fini sociali, non nel concetto intrinseco, potrebbe sorgere il dubbio se l'attività del terzo, definita secondo il concetto giurisdizionale del prof. Carnelutti, e l'attività contrattuale sul terreno dei conflitti giuridici, non si equivalessero in questo: nella non soluzione del problema giuridico dell'ordine e della certezza sociale. (3)

---

(1) Anche quando la norma strumentale conceda un potere dispositivo al giudice rispetto a un certo ordine di conflitti, senza pertanto limitare la libertà contrattuale noi sentiamo che l'attività del terzo, come attività giurisdizionale, dev'essere lostesso caratterizzata da una soluzione alla questione della certezza e dell'ordine sociale.

(2) Su questa questione, e a maggior chiarimento, il capitolo sul "Giudizio di diritto e giudizio d'equità".

(3) Per esempio, consideriamo una norma strumentale che attribuisca al

quello che per il giudice di pace è detta "attuazione del diritto", per il giudice d'equità qualcosa di diverso ma pur necessario per qualificarlo come giurisdizione (1).

In altri termini, anche se l'intera attività del terzo è attività contrattuale tocca però, al fondo del contratto, giudicare, dal carattere di composizione e del potere di decidere in maniera autonoma e definitiva, dal carattere di volontà della composizione e dell'attuazione di volontà del soggetti del conflitto nel momento penale posto sul piano della giurisdizione che hanno la forma formale, ma non avranno definito la giurisdizione in tutti i suoi concetti essenziali, proprio perchè dal punto di vista dell'ordine certezza nodale dell'attività del terzo e attività contrattuale perverranno agli stessi risultati (2).

Tanto che, al fini nodali, con il concetto intrinseco, potrebbe sorgere il dubbio se l'attività del terzo, definita secondo il concetto giurisdizionale del processualista, e l'attività contrattuale nel terreno del contratto, non si equivalgono in questo: nella non notazione del primo giudizio dell'ordine e della certezza nodale. (3)

---

(1) Anche quando la norma astrattamente come un potere dispositivo di fronte rispetto a un certo ordine di conflitti, nonna pertanto limitata la libertà contrattuale nel momento dell'attività del terzo, come attività giurisdizionale, dev'essere tuttora caratteristica da una normazione alla questione della certezza e dell'ordine nodale.

(2) In questa questione, e a maggior ragione, il capitolo sul "giudizio di diritto e giudizio d'equità".

Ma, invero, il potere giurisdizionale bisogna che sia caratterizzato più profondamente. Occorre che la sentenza giurisdizionale, non solo sia giusta e non solo sia il portato di un comando autonomo, ma sia sopratutto socialmente utile e non a significazione individualistica come il contratto. Giurisdizione significa qualcosa di più che imporre un comando, significa imporre, attraverso il comando, una norma universale, già dichiarata dal legislatore, o da dichiarare dal giudice. Nel primo caso si attua la norma universale elaborata dal legislatore, nel secondo si attua la norma universale elaborata dal giudice. Si potrebbe quasi dire che bisogna guardare, per definire la giurisdizione, alla funzione sociale della sentenza.

---

giudice un potere dispositivo rispetto ad un ordine di conflitti giuridici e lascia alle parti la libertà contrattuale (potere di transigere). Tale potrebbe essere la norma contenuta nella legge sui ~~xxxxxxx~~ conflitti collettivi del lavoro e sul riconoscimento giuridico dei sindacati (Legge Rocco). Questa norma raggiunge un solo risultato immediato: impone la cosidetta "obligation de paix", cioè rende possibile al soggetto d'uno dei conflitti considerati di pervenire o al contratto, senza l'esercizio d'un determinato tipo di violenza, o alla sentenza dell'organo giurisdizionale. Ma, oltre a questo effetto, la norma non ha raggiunto, in via immediata, che la parificazione perfetta del contratto della sentenza in ordine alla sua attuazione. Pure la giurisdizione secondo il concetto del Carnelutti, è attuata: il conflitto è giuridico, l'attività del terzo sarà sempre giurisdizionale. Ma è evidente che, fra le diverse forme di attività giudiziaria del terzo, ve n'è una che avrà un'efficacia sociale, ulteriore, e sarà essa la sola attività giurisdizionale.

Del resto, il prof. Carnelutti è stato uno dei pochi a vedere di quale importanza fosse il problema del potere dispositivo del giudice e la definizione della sentenza costitutiva; egli scrive: "Io preferisco il procedimento inverso: trovo, cioè, che è sostanzialmente identica la funzione dell'uno e dell'altro, perchè l'uno e l'altro impongono, con la loro volontà, la composizione di un conflitto di interessi. Vedo chiaro dove mi porta questo modo di ragionare: conviene ammettere dunque che vi sono poteri strettamente analoghi al potere del giudice anche fuori del processo. Non me ne spavento affatto. Vi è fra il contratto, che costituisce un rapporto giuridico, e la sentenza che lo accerta, un'ampia zona giuridica, la quale non è forse stata del tutto convenientemente esplorata: la sentenza costitutiva, quale la conosce la dottrina moderna, non ne copre che una parte soltanto; su questa zona si trova anche l'arbitratore. Vi sono certo delle differenze strutturali decisive tra questa figura e la figura del giudice; ma come se ne può negare la identità funzionale se l'uno e l'altro servono allo stesso scopo?"

Qual'è la concezione giurisdizionale del Chiovenda?

Afferma egli (1): "La giurisdizione vera e propria mira alla attuazione di rapporti esistenti. Questo è il concetto del Wach che noi accettiamo nella sua sostanza. Noi sappiamo che la giurisdizione comprende il giudizio sopra una volontà di legge concernente le parti e la sostituzione dell'attività dell'organo pubblico alla parte sia nell'affermare la esistenza di quella volontà, sia nel fare quanto è necessario perchè il bene garantito dalla legge sia

---

(1) Chiovenda - op. cit., pag. 316 e 317

conseguito".

Per il Chiovenda quindi, è essenziale al concetto di giurisdizione il fatto "dell'attuazione di una volontà di legge", dell'attuazione quindi del diritto, inteso come insieme di norme materiali.

Ma, allora, al Chiovenda si presenta il problame del significato da attribuire alla sentenza costitutiva. Se per giurisdizione si deve intendere l'attuazione di una volontà di legge, colla sentenza costitutiva quale volontà di legge si attua? Risponde il Chiovenda (1): "Anche la sentenza costitutiva attua, mediante l'accertamento, una preesistente volontà di legge (la volontà che si produca un mutamento giuridico); è quindi identica in ciò alle altre sentenze (di condanna ed accertamenti); e non ha nulla di eccezionale. Ma in quanto la legge connette o condiziona l'avvenire del mutamento all'accertamento stesso, questo è il fatto giuridico che di quello effetto giuridico è causa, per virtù di legge. Non già che il mutamento giuridico sia prodotto dalla volontà del giudice: la volontà del giudice, anche in questo caso, non mira che a formulare la volontà della legge, sebbene la sua mente abbia anche in vista gli effetti che ciò produrrà, e la sua attività sia indirizzata oggettivamente a produrli (sopra pag. 157)."

Ma il modo con cui il Chiovenda risolve il problema della giurisdizione nei riguardi della sentenza costitutiva, non è certo tale da essere condiviso pienamente.

Il Chiovenda infatti, nel caso della sentenza costitutiva, riduce il fatto dell'attuazione della volontà di legge, non all'attuazione d'una norma giuridica materiale, ma all'attuazione d'una norma giuridica strumentale, e precisamente a quella norma giuridica che

conseguito".

Per il Chiovenda quindi, è essenziale al concetto di giurisdizione il fatto "dell'attuazione di una volontà di legge", dell'attuazione quindi del diritto, intesa come insieme di norme materiali.

Ma, allora, al Chiovenda si presenta il problema del significato da attribuire alla sentenza costitutiva. Se per giurisdizione si deve intendere l'attuazione di una volontà di legge, cosa sarà una costitutiva quella volontà di legge si attua? Risponde il Chiovenda (1): "anche la sentenza costitutiva attua, mediante l'accertamento, una preesistente volontà di legge (la volontà che si produca un mutamento giuridico); e quindi identica in ciò alla sentenza (di condanna ed accertamento); e non ha nulla di eccezionale. Ma in questo la legge connette a condizioni l'avvenire del mutamento all'accertamento stesso, questo è il fatto giuridico che di quello effetto giuridico è causa, per virtù di legge. Non già che il mutamento giuridico sia prodotto della volontà del giudice: la volontà del giudice, anche in questo caso, non mira che a formulare la volontà della legge, nebbene la sua mente abbia anche in vista gli effetti che ciò produrrà, e la sua attività sia indirizzata oggettivamente a produrli (sopra pag. 197)."

Ma il modo con cui il Chiovenda risolve il problema della giurisdizione nel rigoroso della sentenza costitutiva, non è certo tale da essere condiviso pienamente.

Il Chiovenda infatti, nel caso della sentenza costitutiva, riduce il fatto dell'attuazione della volontà di legge, non all'attuazione d'una norma giuridica materiale, ma all'attuazione d'una norma giuridica strumentale, e precisamente a quella norma giuridica che

costituisce il potere dispositivo al giudice. Ma se attuazione della volontà della legge vuol dire per il Chiovenda attuazione della norma strumentale, evidentemente il concetto giurisdizionale di questo autore per nulla si diversifica dal concetto di giurisdizione del prof. Carnelutti. E' evidente infatti, che, anche nel caso di applicazione di norme materiali, il giudice attua la volontà d'una norma strumentale, implicita nella norma materiale o distinta da questa. Se dunque il fatto fondamentale è quello dell'attuazione della norma strumentale (che costituisce i conflitti giuridici), è chiaro che qualsiasi attività di terzo, assumente forma giudiziaria nel campo dei conflitti giuridici, implica attuazione della volontà della legge, implica quindi esercizio di facoltà giurisdizionale, nel che consiste, come abbiamo visto, la tesi del Carnelutti.

Così il Chiovenda, partendo dalla concezione della giurisdizione come attuazione della volontà della legge, dovendo risolvere il problema relativo alle sentenze costitutive, o meglio alle giurisdizioni d'equità, si riduce a far coincidere il concetto giurisdizionale con la nozione di conflitto giuridico. Il che, secondo me, si può evitare soltanto, come ho detto, dando una significazione speciale al comando contenuto nella sentenza costitutiva, dandogli cioè una significazione universale, dal punto di vista sostanziale, così come significazione universale alla norma di diritto materiale dal punto di vista sostanziale e dal punto di vista formale.

Non è inutile ora far cenno dello sforzo del Rocco per arrivare ad una precisa definizione della funzione giurisdizionale (1):

---

(1) Rocco - "La sentenza Civile" pag. 48 e segg.

"La funzione giurisdizionale, nello stadio di accertamento, presuppone sempre che le parti non vogliono o non possono assoggettarsi volontariamente alla norma che tutela l'interesse dell'uno di fronte a quello dell'altro: solo in questo caso vi è quella incertezza che l'attività giudiziale deve eliminare:.. intendiamo per giurisdizione l'attività in cui lo Stato procura direttamente il soddisfacimento degli interessi tutelati dal diritto, quando, per una qualunque ragione (incertezza o inosservanza) non sia attuata la norma giuridica che li tutela... Oggi, la funzione giurisdizionale o giurisdizione ci appare come un momento dell'attività dello Stato cronologicamente e concettualmente posteriore alla funzione legislativa, e da questa dipendente. Eppure, la formazione storica dello Stato, l'attività giudiziale precedette la legislativa, e fu mezzo per giungere a questa. La tutela particolare, concessa nei singoli casi, h determinati interessi, e la determinazione fatta volta per volta del diritto del caso singolo, condusse alla tutela generale contenuta nella norma cioè alla formazione di un imperativo giuridico universale. E ciò appunto secondo una legge costante dell'evoluzione del pensiero umano, che ha proceduto sempre dal concreto all'astratto e non viceversa. In quello stadio primitivo, la funzione giurisdizionale e la legislativa erano interamente compenetrate, della quale compenetrazione restano traccie anche in tempi recenti, e,persino nel diritto inglese contemporaneo".

Ho voluto riprodurre i concetti giurisdizionali del Rocco per riuscire a precisare la divergenza fra questi ed il Carnelutti.

Con espressioni più o meno proprie, nel concetto del Rocco è introdotto il principio dell'attuazione della norma materiale legislativa, principio che, del resto, anche il Carnelutti aveva ac-

cettato nel suo "arbitrato estero". Ma il ricorrere (oggi sempre più sovente) di poteri dispositivi nel giudice e lo studio delle sentenze costitutive ha indotto il Carnelutti a respingere il principio dell'attuazione del diritto come elemento fondamentale del concetto di giurisdizione. I dubbi di questo autore rispetto alle affermazioni già fatte nell"arbitrato estero", sono giustificati. Però, per tener conto dei poteri dispositivi del giudice, non è necessario ad allargare il concetto di giurisdizione fino a comprendervi ogni attività del terzo nel campo dei conflitti giuridici. Il Carnelutti avrebbe dovuto accorgersi che, sia quando il giudice dispone, sia quando accerta e dichiara una norma materiale, fa la stessa cosa rispetto all'interesse sociale alla composizione dei conflitti, e perciò solo ha giurisdizione; mentre non ogni terzo che giudica e dispone, nel campo dei conflitti giuridici, attua l'interesse sociale, o per lo meno lo attua così come il giudice investito di potestà giurisdizionale.

Se queste conclusioni sono esatte si può stabilire in linea puramente dottrinaria (a prescindere quindi dalle disposizioni positive della nostra legge, ch'io fin da ora dichiaro contraddittorie ed imprecise) la differenza fra arbitro ed arbitratore, fra arbitro ed amichevole compositore, guardando al concetto più completo di giurisdizione cui io ho, in certo qual modo, fatto cenno, ed alle possibilità contrattuali delle parti nel campo dei conflitti giuridici.

Ma, a questo punto, torna conveniente esaminare la tesi dello Scialoia, potendo convenire col Carnelutti, che questa tesi ha una impostazione degna di essere considerata.

La tesi di questo autore vorrebbe segnare ~~xxxxixxxx~~ il confine fra arbitro ed arbitratore basandolo sulla distinzione tra il giudizio di diritto e giudizio di equità. Partendo dalla tesi che introduce nel concetto di giurisdizione non solo il potere di decidere la lite ma di deciderla con attuazione del diritto obbiettivo, lo Scialoia a buon gioco nel respingere il principio che appartiene esclusivamente allo Stato la cognizione delle controversie, la quale importi attuazione del diritto obbiettivo.

La nostra legge, dice lo Scialoia, ammette che possano le parti contendenti rinunciare alla tutela del diritto e autorizzare la decisione della loro lite non "secondo le regole del diritto" (art. 28 cod. proc. civ.) e cioè, come è comune opinione, secondo l'equità. Se quello è dunque il concetto di giurisdizione e se l'attuazione del diritto non è imposta dallo Stato la conclusione dello Scialoia appare chiara: "infatti, per la questione che ci occupa, è chiaro che da quanto precede discende direttamente il corollario che deve essere riconosciuta in linea di principio la legittimità dei diritti privati per ogni controversia, nella quale non si tratti di attuazione del diritto obbiettivo, onde coi singoli casi di giudizi privati di tal carattere, che sono previsti dalle leggi, non costituiscono eccezioni di stretta interpretazione, ma piuttosto particolari manifestazioni di un istituto generale. Non sarebbe infatti sostenibile che la legge ammetta la rinuncia privata all'attuazione del diritto, e cioè, più esattamente, la rinuncia alla risoluzione delle controversie, secondo le regole del diritto, solo in quanto il giudizio di equità sia affidato ad arbitri formali. Tale esorbitante limitazione della libertà privata non è imposta nè da disposizioni nè da postulati sistematici del nostro ordinamento

giuridico; poichè la ragione per la quale si vuole che l'attuazione del diritto obbiettivo sia compiuta a mezzo di organi dello Stato, o di organi equiparati, non agisce quando la risoluzione della controversia abbia a verificarsi senza l'attuazione del diritto".

Per questa tesi quindi nel campo giurisdizionale potrebbe rimanere l'arbitro giurisdicente, nel campo non giurisdizionale, pure esplicando attività giudiziaria, rimarrebbero l'amichevole compositore o arbitratore in genere.

La prima obbiezione del Carnelutti a questa tesi vorrebbe essere suffragata dal fatto che i giudici statuali ricevono con discreta frequenza il potere di giudicare secondo equità. Ma questa prima obbiezione non mi pare, per quanto ho detto sulle caratteristiche del giudizio d'equità affidato all'organo statuale, irrefutabile. Io non accetto naturalmente i concetti dello Scialoia che, prevedendo questa possibile obbiezione del Carnelutti, si è avvalso della tesi del Calamandrei, di cui ha fatto giustizia il Carnelutti stesso. Io parto da un altro punto di vista: distinguo, come si è visto, nettamente tra giudizio d'equità affidato al giudice statuale e giudizio d'equità affidato al giudice privato (amichevole compositore arbitratore). Mi sembra infatti che la tesi dello Scialoia avrebbe potuto avere una miglire impostazione se si fosse precisato il concetto di equità. Ma lo Scialoia stesso si è affrettato ad osservare come ai fini della sua trattazione non fosse necessario dare del concetto dell'equità una precisa determinazione, il che è stato un errore. Bisognava inoltre che lo Scialoia insistesse sul concetto che non potrebbe considerarsi istituito dallo Stato ogni giudice di conflitti giuridici, ma dovrebbe considerarsi istituito dallo Stato il giudice che realizzi tutti i presupposti del potere giuri-

sdizionale, inteso questo come diretto alla "formulazione della norma particolare al singolo caso desunta dalla norma generale" quando per norma generale s'intenda non soltanto la norma generale attinta nella legge, ma la norma generale quale si va concretando nel corso delle successive esperienze giurisprudenziali delle giurisdizioni d'equità (1).

Gravissima è invece la seconda obbiezione del Carnelutti per la quale la tesi dello Scialoia s'incontra, de jure condito, in una difficoltà insormontabile, non andando d'accordo col codice di proc. civ. Infatti anche per l'arbitrato di equità il cod. di proc. prescrive le stesse forme, che sono statuite per l'arbitrato di diritto.

Ho detto però come la nozione d'arbitrato che il legislatore ha avuto presente sia stata abbastanza imprecisa , per cui alla tesi rigidamente logica del Carnelutti si potrebbe rispondere de jure condito, prospettando quello che potrebbe essere stato l'errore del legislatore, d'introdurre nella nozione di giurisdizione il concetto di esecutività e di attribuire a questo elemento della nozione di giurisdizione un'importanza preponderante. Naturalmente, riuscendo a dimostrare che il legislatore abbia inteso in tal senso il concetto di giurisdizione non si scalfirebbe di un etto la tesi del Carnelutti nei riguardi dell'importanza concettuale dell'elemento esecutivo ed imperativo in un comando, perchè questa tesi è impostata su dei presupposti logici inconfutabili (lo riconosce del resto

---

(1) L'espressione di cui sopra è usata dal Rocco per chiarire il concetto di "attuazione del diritto".

---

(1) L'espressione qui sopra è presa dal Rocco per chiarire il concetto di "attenuazione del diritto".

lo stesso Scialoia), ma si potrebbe dimostrare come il legislatore, proprio per aver inteso in un senso anche logicamente errato, il concetto di giurisdizione abbia voluto dare al compromesso formale una efficacia giurisdizionale. Così il silenzio della legge a proposito dei cosidetti compromessi irregolari sarebbe spiegato per la mancanza appunto di alcuno degli elementi che il legislatore ha ritenuto essenziali al concetto di giurisdizione.

Nè mancano tentativi dottrinari d'introdurre nel concetto di giurisdizione l'elemento di esecutività. Il Redenti ad esempio, citato dallo Scialoia, dice che non il potere di formulare la decisione di una qualsiasi controversia, ma solo quello di dare efficacia esecutiva e cioè di sanzionare la decisione, rientri nel concetto di giurisdizione ("applicare le snazioni e le garanzie previste ed imposte dal diritto"). Lo Scialoia, ad un certo punto polemizza col Carnelutti proprio su questo punto ma ha il torto di non chiarire sufficientemente il proprio pensiero.

Nell'ordinamento dell'arbitrato, il legislatore, partendo da un concetto inesatto di giurisdizione, ha assegnato efficacia giurisdizionale all'arbitrato dell'amichevole compositore; il che non sembra esatto. D'altro canto, ha negato i poteri di coercizione all'arbitro giurisdicente, pur esplicando questi un'attività giurisdizionale. Ha quindi confuso varie forme di attività giudiziaria, unificandole quando questo non era logicamente possibile.

Uno spunto a una più precisa impostazione della questione si ha nello scritto dello Scialoia là dove egli afferma che: "E' vero che un lodo proprio, senza l'omologazione non è obbligatorio, ma ciò non avviene perchè l'omologazione sia parte integrante del lodo, sia un elemento essenziale nella sua formazione, onde non esiste lodo nè, in generale,

giudizio di terzo, senza l'omologazione, bensì perchè il lodo fu voluto obbligatorio, solo in quanto esecutivo, onde l'obbligatorietà è come la conseguenza dell'efficacia processuale e giurisdizionale".

Ma come si vede non si tratta che di un semplice spunto. Si dovrebbe invece porre questa precisa questione: de jure condito, ha il legislatore ritenuto fondamentale al concetto di giurisdizione il principio d'esecutorietà della decisione?

Se la giurisdizione si deve intendere come un insieme di attività e di istituti diretti a raggiungere un certo scopo, è evidente che là dove le parti possono derogare nèll'uso dei mezzi giurisdizionali, si ha una maggiore partecipazione di queste alla soluzione del conflitto con manifestazioni dirette della loro volontà. Vi è un punto in cui le parti rinunciano all'attività giurisdizionale, senza tuttavia rinunciare al giudizio del terzo. A questo punto il giudice non si può più dire istituto, nello stesso campo dei conflitti giuridici, dallo Stato, ma si deve dire istituito dalle parti setesse del conflitto. Naturalmente, siccome ogni istituto giuridico deve soddisfare a criteri di economicità, quanto più le parti partecipano al processo di istituzione del giudice, tanto più diversi saranno gli effetti giuridici dell'attività posta in esse. Onde ad esempio il lodo libero potrà avere degli effetti giuridici diversi dal lodo proprio o regolare.

Dal punto di vista teorico generale, mi preme far rilevare come anche quando ogni terzo che giudichi, nel campo dei conflitti giuridici, possa usare di poteri coercitivi, possa rendere esecutiva la sua decisione, possa giudicare in base ad un atto per la cui validità la legge non richiede alcun requisito formale, anche quando cioè gli effetti del giudizio arbitrale si parifichino agli effetti del giudizio dell'organo statuale, non viene meno la necessità di distinguere fra attività giu=

risdizionale e attività non giurisdizionale, nello stesso campo dei conflitti giuridici, in base al criterio su esposto dell'efficacia sociale della sentenza. (1)

E' evidente che là dove, nel campo dei conflitti giuridici, l'attività del terzo non presenti più alcuna caratteristica giurisdizionale, questa attività completamente s'identifica coll'attività giudiziaria del terzo nel campo dei conflitti economici. Il che vuol dire che la linea distintiva fra arbitro ed arbitratore non si deve basare sulla natura giuridica del conflitto, o sulla sua natura economica, ma si deve basare sulla distinzione fra attività giurisdizionale ed attività non giurisdizionale, inteso il concetto di giurisdizione nel senso da me tracciato.

---

(1) Così il "Federal Arbitration Act" del 1° gennaio 1926 (Stati Uniti d'America) dichiara valida ogni clausola arbitrale contenuta in un contratto, purchè scritta; attribuisce poteri di coercizione agli arbitri (art. 7); attribuisce efficacia esecutiva al lodo, tuttavia è evidente come in questo caso occorra distinguere fra attività giurisdizionale e attività non giurisdizionale, nello stesso campo dei conflitti giuridici.

Quanto ho detto mi permette di concludere per la convenienza a assoluta di superamento d'ogni opinione che voglia ricollegare le caratteristiche dell'istituto arbitrale ad una manifestazione contrattuale di volontà, al fatto della nomina dell'arbitro da parte dei soggetti del conflitto, al ricorso o meno di poteri di coercizione ecc. ecc.

Così per esempio, si suol dire, per negare il carattere giurisdizionale dell'arbitrato, che l'arbitro non ha alcun potere giurisdizionale, come giudice pubblico. Ma a questo si può contrapporre che, per la sezione 8 dell'Arbitration Act del 1889 (Inghilterra), gli arbitri possono esaminare testi e visitare luoghi, mentre, nel caso di conflitti economici sindacali, la legge olandese del 4 maggio 1923 attribuisce agli arbitri estesissimi poteri di coercizione.

Si suol dire per sempio, che l'efficacia del compromesso cessa con la revocazione degli arbitri e si cita l'art. 34 della nostra legge. Ma vi sono innumerevoli leggi, fra cui la suddetta inglese, che statuiscono per la piena efficacia del compromesso, anche quando si revochino gli arbitri.

Si dice che la non volontà di una delle parti ad accettare il lodo arbitrale, dia soltanto luogo al risarcimento dei danni, e ciò per la natura contrattuale del compromesso. Ma vi sono legislazioni che autorizzano l'arbitro a decidere in ogni caso, e statuiscono poi per l'esecuzione del lodo.Così fra l'altro, nell'art.4 del Protocollo di Ginevra 24 sett. 1923 (1), si legge: "Les tribunaux des

1) Firmato il 28 nov. stesso anno dalla Francia, Gran Bretagna, Italia

Etats contractants saisis d'un litige relatif à un contrat conclu entre personnesvisées à l'art. I et comportant un compromis ou une clause compromissoire valable en vertu du dit article et susceptible d'être mis en application, renverront les intéressé, a la demande de l'un d'eux, au jugement des arbitres".

Del resto la sez. 5 della legge inglese citata (1) dichiara che quando uno o più arbitri non siano stati nominati o vengano a mancare, ognuna delle parti in causa può intimare all'avversario o agli arbitri già nominati di procedere alla scelta dei mancanti; se poi tale nomina non ha luogo entro sette giorni dalla notifica della citazione suddetta, l'autorità giudiziaria può su istanza della parte che abbia già proceduto a quella notifica, disporre la nomina richiesta ed il terzo così nominato avrà le stesse facoltà come se egli fosse stato scelto d'accordo tra le parti. La sez. 6 statuisce poi che, in caso di nomina di due arbitri, se l'uno dei due si rifiuti di agire, o sia incapace o venga a morire, la parte che lo nominò può designarne un altro a sostituirlo; se poi la parte interessata non abbia proceduto alla prima nomina o a quella per la sostituzione o abbia lasciato passare sette giorni da quello in cui l'avversario abbia notificato l'istanza di procedere alla nomina

---

ed altri Stati coll'impegno di riconoscere la validità dei compromessi stipulati rispettivamente fra gli appartenenti all'uno o all'altro degli Stati contraenti, nonchè la validità delle clausole compromissorie apposte nei contratti in materia commerciale e aventi per oggetti materie suscettibili di compromesso.

(1) Sarfatti "Arbitrato in Inghilterra" in Riv. di Dir. Proc.civ. Gennaio 1926, pag. 67 e segg.

stessa, l'avversario può incaricare l'arbitro da lui nominato ad agire come unico arbitro e ad emanare il lodo, che sarà(all'opposto di quanto dispone il diritto nostro) vincolativo per le parti come se emanato da un arbitro nominato d'accordo da entrambe.

Queste disposizioni mostrano come neanche il fatto della nomina dell'arbitro sia fondamentale alla nozione dell'istituto arbitrale.

Si è insistito nel costruire il rapporto tra arbitri e parti sulla base del mandato, della rappresentanza. Ma le disposizioni su riportate, nei riguardi dei conflitti giuridici, mostrano come queste nozioni non siano caratteristiche dell'istituto; le disposizioni di varie leggi, in materia sindacale, mostrando come le nozioni stesse non siano essenziali nemmeno sul terreno dei conflitti economici.

Si è discusso in merito alla questione se si debba dar prevalenza "alla considerazione delle persone destinate a decidere, o all'impero della ragion del patto" (1). Ma anche questa questione è superata nel campo legislativo, i vari sistemi adottati mostrando come nessuno dei due criteri sia essenziale per la definizione dell'istituto arbitrale.

---

(1) Sarfatti - Op.cit. pag. 72.

stessa, l'avversario può incaricare l'arbitro da lui nominato ad agire come unico arbitro e ad emanare il lodo, che sarà(all'oppo=sto di quanto dispone il diritto nostro) vincolativo per le parti come se emanato da un arbitro nominato d'accordo da entrambe.

Queste disposizioni mostrano come neanche il fatto della nomi=na dell'arbitro sia fondamentale alla nozione dell'istituto arbitrale.

Si è insistito nel costruire il rapporto tra arbitri e parti sulla base del mandato, della rappresentanza. Ma le disposizioni su riportate, nei riguardi dei conflitti giuridici, mostrano come que=ste nozioni non siano caratteristiche dell'istituto; le disposizio=ni di varie leggi, in materia sindacale, mostrando come le nozioni stesse non siano essenziali nemmeno sul terreno dei conflitti eco=nomici.

Si è discusso in merito alla questione se si debba dar pre=valenza "alla considerazione delle persone destinate a decidere, o all'impero della ragion del patto" (1). Ma anche questa questione è superata nel campo legislativo, i vari sistemi adottati mostran=do come nessuno dei due criteri sia essenziale per la definizione dell'istituto arbitrale.

---

(1) Raffatti - Op.cit. pag. 72.

L'ARBITRATO NON GIURISDIZIONALE NEL CAMPO DEI RAPPORTI SINDACALI

Avviene talvolta, nel campo sindacale, che l'ordine giuridico non caratterizzi giuridicamente l'attività contrattuale nel senso che non solo non assume a comando giuridico il comando contrattuale, ma non dà rilievo giuridico a quelle manifestazioni di volontà che si compendiano in un atto compromissorio. In tal caso l'ordine giuridico lascia tutta l'attività contrattuale al di fuori d'una qualsiasi caratterizzazione giuridica positiva, riconoscendola soltanto come esercizio assoluto di libertà. Più avanti vedremo come un regime contrattuale simile, abbia, per lungo tempo, costituito la base dei rapporti internazionali. La differenza però fra i due fenomeni, sostanzialmente identici, sta in questo: che mentre il fenomeno contrattuale internazionale non è nemmeno caratterizzato negativamente come principio di libertà giuridica, nel campo intersindacale, il fenomeno contrattuale, pure essendo sostanzialmente identico al fenomeno contrattuale internazionale, viene formalmente caratterizzato come esercizio di libertà giuridica. La differenza poi fra un ordine contrattuale sindacale del tipo descritto e un ordine contrattuale interindividuale sta in questo che, nel primo caso, il comando contrattuale non viene assunto a comando giuridico, nel secondo, il comando contrattuale viene assunto a comando giuridico.

Può darsi quindi che, in un ordine contrattuale e sindacale simile, l'arbitrato si presenti come fenomeno pregiuridico colle stesse caratteristiche che l'arbitrato ha presentato in una prima fase del diritto internazionale. L'analogia, da questo punto di vista, è così stretta che in Inghilterra, per esempio, si è creato un tribunale industriale che si trova, in rispetto ai conflitti che risolve,

nazionale dell'Aja, nella prima fase della sua attività. Questo tribunale infatti non ha nessun potere di coercizione, nemmeno quando le parti gli abbiano sottoposta di loro comune volontà una controversia. L'esecuzione del lodo arbitrale è demandato, sempre ed in ogni caso, alla buona fede di ciascuna delle parti.

"La caratteristica più rimarchevole dell'organo attuale d'arbitrato è ch'esso costituisce un tribunale permanente il di cui scopo principale, se non esclusivo, è di risolvere con una procedura giudiziaria le controversie industriali. Prima che quest'organo fosse stato creato, il metodo abitualmente seguito consisteva nel nominare, ricorrendo il caso, degli arbitri individuali. Sir Robert Home sembra avere indicato gli inconvenienti che si sono rimproverati a questo sistema, nella dichiarazione ch'egli fece, in qualità di ministro del lavoro, al tempo della discussione dinanzi al Parlamento, del progetto di legge tendente alla creazione del Tribunale industriale"(In realtà - egli disse - quello di cui voi avete bisogno è un organo costituito da gente che possa farsi un'idea complessiva della questione del lavoro e che, principalmente, possa risolvere in tutta la sua portata la questione del lavoro. Le tariffe dei salari, in un ramo qualsiasi dell'industria, hanno, in una certa misura, un rapporto colle tariffe dei salari di tutti gli altri gruppi industriali. Non si può dissociare la soluzione intervenuta in un caso dalle rivendicazioni che potrebbero essere formulate in un altro caso. Sarebbe vano, per conseguenza, di creare un tribunale ad hoc per ciascuna delle controversie che potrebbero sorgere, perchè allora voi vi trovereste in presenza di decisioni incoerenti, non aventi alcun rapporto fra di loro, e che tenderebbero a creare una confu=

sione là dove sperate di stabilire l'armonia). Ora, l'arbitrato non avrebbe verosimilmente alcuna probabilità di conquistare l'opinione pubblica, se in una controversia le parti avverse fossero persuase che per risolver la questione che loro fosse sottoposta, i membri di un tribunale industriale si basassero non su gli argomenti messi innanzi dagli interessati, ma su considerazioni differenti, estranee all'una come all'altra delle parti, e di cui nessuna di queste ultime sarebbe informata. E' evidente che se si vuol far regnare un sembiante di pace e d'ordine nel dominio delle relazioni industriali, si deve tener conto, formulando delle decisioni, delle reazioni possibili, come delle conseguenze dirette di queste decisioni, e si può affermare che queste considerazioni s'imporranno sempre con una più grande forza a un tribunale permanente più che ad un arbitro" (1).

Ordinato su basi meramente facoltative, senza godere di alcun potere di coercizione e di alcun potere decisorio, sembra dunque che al tribunale industriale inglese non resti di rilevante che la sua attività sostanziale. E in genere, come abbiamo visto, giuristi e legislatori hanno cercato di mettere in rilievo l'opera che il tribunale, nello svolgimento delle sue attività di cognizione, potrà esplicare sul terreno dei principi, dell'affermazione positiva di una vasta concezione giuridica in materia di rapporti fra capitale e lavoro. Ricostruzione giuridica dunque che si vuole attuare

---

(1) Revue Inter. du Travail; luglio-settembre 1922, pag. 41. Si noti la importanza di queste osservazioni ai fini della distinzione fra attività dell'arbitro e attività dell'organo statuale permanente, nei riguardi della decisione di controversie.

al di fuori d'un regime giurisdizionale vero e proprio. Che mira principale, in Inghilterra, sia una costruzione giuridica di principi sul terreno sindacale, lo si rileva non soltanto da quanto è stato scritto dai compilatori della legge e da giurisdi, ma da quella disposizione di legge, in virtù della quale tutte le sentenze arbitrali devono essere pubblicate sotto forma di raccolte: vera e propria giurisprudenza dunque, soggetta a un controllo dell'opinione pubblica, controllo che si esplica non su quello che il giudice ha imposto ma su quello che il giudice avrebbe potuto imporre, se fosse stato investito di poteri giurisdizionali.

Può avvenire invece, nel campo dei rapporti intersindacali, che l'ordine giuridico assuma il comando contrattuale a comando giuridico (caratterizzando in tal guisa anche il compromesso), o dia rilievo giuridico al compromesso, senza preoccuparsi del comando strettamente contrattuale. Nell'uno o nell'altro caso, l'arbitrato è uscito dalla fase pregiuridica e si può ricondurre a una delle forme giuridiche, che s'è cercato di delineare nelle principali loro caratteristiche.

Quali sono le opinioni degli scrittori di diritto sindacale in merito all'arbitrato non giurisdizionale? In genere, l'elaborazione giuridica degl'istituti manca in questo campo, anzi si può dire che l'elaborazione dottrinaria è agli inizi, onde vaste opinioni giuridiche non s'incontrano in materia.

L'Andrews (1), parlando dell'arbitrato non giurisdizionale o volontario, come egli lo chiama, scrive: "L'arbitrato volontario ri=

---

(1) Commons and Andrews - "Principles of labor legislation", New York, pag. 125 e segg.

---

(1) Commons and Andrews - "Principles of labor legislation". New York. pag. 128 e seg.

corre quando le due parti, impotenti a risolvere da sè stesse la controversia o coll'assistenza d'un mediatore, si accordano per sottoporre la controversia stessa a un arbitro alla cui decisione esse s'impegnano di sottostare. L'intera procedura d'arbitrato consiste in certo numero di stadi: I) la sottoposizione della disputa alla decisione d'una terza parte; II) il sottoporsi a un'inchiesta; III) astenersi da ogni sciopero o serrata durante l'inchiesta; IV) la formulazione della decisione; V) l'obbligatorietà del lodo e il divieto di sciopero o serrata durante il tempo della sua efficacia.

L'arbitrato rimane strettamente volontario anche se, ad ogni passo, eccetto il primo lo Stato usa il suo potere coercitivo. La cosa essenziale è che ambedue le parti consentano in anticipo di appellarsi ai poteri dello Stato. Di talchè non è incompatibile colla idea dell'arbitrato volontario, l'uso, da parte dello Stato, del potero di coercizione nell'assumere le testimonianze o nel rendere obbligatorio il lodo, previsto che ambedue le parti abbiano precedentemente stabilito che ciò fosse fatto."

Quanto scrive l'Andrews è in genere esatto, dal punto di vista concettuale, se non sufficientemente elaborato. Le questioni sul carattere del compromesso, dell'attività arbitrale, dei poteri di coercizione, non sono affatto risolte, ma accennate per sommi capi. Rimando quindi a chiarimento di alcuni concetti dell'Andrews, che possono sembrare oscuri, alla parte generale in cui si tratta dei fondamenti giuridici dell'arbitrato non giurisdizionale.

Ho detto precedentemente come uno degli aspetti più importanti dell'arbitrato si abbia quando il compromesso venga caratterizzato, dalla norma giuridica come atto di riconoscimento del potere d'in-

o la procedura di designazione degli arbitri o del presidente e dei membri del tribunale d'arbitrato; c) i punti del conflitto che saranno sottoposti alla decisione del tribunale d'arbitrato; d) il tempo durante il quale la decisione arbitrale sarà in vigore, o una dichiarazione delle parti per la quale esse lasciano la determinazione di questa durata alla decisione del tribunale d'arbitrato; e) una dichiarazione delle parti per la quale esse sottopongono tutti i conflitti cui potrebbe dar luogo la procedura davanti il tribunale d'arbitrato, alla decisione del tribunale stesso; f) ogni altra disposizione delle parti, col consenso necessario del con-

L'art. 22 di questa legge dichiara: "1) Le parti possono, con la cooperazione del Conciliatore di Stato, impegnarsi a sottoporre un conflitto alla decisione d'un tribunale d'arbitrato..."

Nell'art. 23 è prevista la stipulazione del compromesso e le indicazioni ch'esso deve contenere: " 1) l'accettazione dell'obbligazione prevista all'art. 22 fa l'oggetto d'un processo verbale redatto dal Conciliatore di Stato o in sua presenza, e indicante: a) i nomi domicili e luoghi di residenza delle parti; b) i nomi domicili dell'arbitro o del presidente o dei membri del tribunale d'arbitrato, o la procedura di designazione degli arbitri o del presidente e dei membri del tribunale d'arbitrato; c) i punti del conflitto che saranno sottoposti alla decisione del tribunale d'arbitrato; d) il tempo durante il quale la decisione arbitrale sarà in vigore, o una dichiarazione delle parti per la quale esse lasciano la determinazione di questa durata alla decisione del tribunale d'arbitrato; e) una dichiarazione delle parti per la quale esse sottopongono tutti i conflitti cui potrebbe dar luogo la procedura davanti il tribunale d'arbitrato, alla decisione del tribunale stesso; f) ogni altra disposizione delle parti, col consenso necessario del con-

la procedura di designazione degli arbitri o del presidente e dei
membri del tribunale d'arbitrato; c) i punti del conflitto che sa-
ranno sottoposti alla decisione del tribunale d'arbitrato; d) ~~Xx~~ il
~~xxxxx~~ tempo durante il quale la decisione arbitrale sarà in vigo-
re, o una dichiarazione delle parti per la quale esse lasciano la
determinazione di questa durata alla decisione del tribunale d'arbi-
trato; e) una dichiarazione delle parti per la quale esse sottopon-
gono tutti i conflitti cui potrebbe dar luogo la procedura davanti
il tribunale d'arbitrato, alla decisione del tribunale stesso; f) o-
gni altra disposizione delle parti, col consenso necessario del con-

ciliatore di Stato credono necessario inserire nel processo verbale". Negli art. 33 e 34 si tratta di alcune questioni procedurali; si noti a tal proposito, l'importanza dei poteri processuali conferiti al conciliatore di Stato in vista del giudizio arbitrale. La procedura arbitrale viene così elevata allo stesso livello della procedura giurisdizionale. I poteri processuali, si noti bene, vengono esercitati dal Conciliatore di Stato, cioè da un organo pubblico, ma in base sempre a richiesta del tribunale arbitrale, per cui si può dire che gli arbitri non esercitino i poteri processuali direttamente, ma per tramite di un organo statale. Questa ideazione legislativa è quanto mai interessante e potrebbe fornire lo spunto ad importanti considerazioni giuridiche.

Art. 33: "1) Se le persone convocate in virtù dell'art. 31 (imprenditore o salariati appartenenti a una delle parti, membri di comitati direttivi di associazioni che appartengono o i di cui membri appartengono a una delle parti, testimoni, esperti) non forniscono al tribunale d'arbitrato gli schiarimenti necessari, o se il tribunale d'arbitrato stima necessario di sentirle sotto giuramento, il Conciliatore di Stato può, per lettera raccomandata, citarli a comparire in sua presenza, davanti al tribunale d'arbitrato; 2) Il Conciliatore di Stato pone alle dette persone, sotto giuramento o no, in presenza del tribunale d'arbitrato tutte le questioni e confida agli esperti tutte le missioni che stima necessarie e convenienti per informare convenientementemente il tribunale d'arbitrato; 3) Chiunque è stato citato in virtù della disposizione della linea prima, è tenuto a comparire, a prestare giuramento o a prendere impegno solenne davanti al Conciliatore di Stato, e a fornirgli gli

schiarimenti domandati, sotto riserva dei motivi legali di scusa previsti all'art. 163 del cod. di proc. penale. In caso d'interrogatorio sotto giuramento, gli art. 2 e 3 della legge 28 aprile 1916 sono applicabili".

Art. 34: " 1) A meno che il processo verbale previsto all'articolo 23 non escluda questo diritto, il Conciliatore di Stato può, a domanda del tribunale d'arbitrato, esigere che, nel tempo da lui determinato, siano presentati al tribunale d'arbitrato o a degli esperti designati dal tribunale stesso, i libri delle imprese o stabilimenti dal conflitto e ogni altro documento necessario per l'inchiesta del tribunale d'arbitrato, così dalle persone che appartengono all'una delle parti che dalle persone che sono membri d'un'associazione professionale d'imprenditori o di salariati rivestita di personalità giuridica e appartenente a una delle parti; 2) Le dette persone sono tenute a presentare nel tempo fissato, i libri e documenti domandati, se ne hanno la disposizione".

Nell'art. 57 sono poi contemplate le sanzioni, che sono abbastanza gravi. I fatti illeciti, a cui si applicano le sanzioni vengono espressamente dichiarati dalla legge, a seconda dei casi, o contravvenzioni o delitti.

Art. 57:"1) Chiunque è convocato in virtù degli art. 5, 14, 31 e 33, neglige, senza motivo giustificato, di presentarsi, sarà passibile d'un'ammenda non eccedente i sessanta fiorini; 2) Chiunque è convocato in virtù dell'art.33, neglige scientemente di soddisfare a una delle obbligazioni legali che è tenuto, a questo titolo di adempiere, sarà passibile d'una pena d'imprigionamento non eccedente i quattro mesi; 3) Chiunque neglige scientemente di adempiere una delle obbligazioni che gl'incombono in virtù dell'art. 34

alinea 2, o dell'art. 49, alinea 2, sarà passibile d'una pena d'imprigionamento non eccedente i sei mesi, o d'una ammenda non eccedente mille fiorini".

Il valore di queste disposizioni che regolano i poteri processuali e predispongono le sanzioni, sta nella ripercussione ch'esse hanno nei riguardi della definizione giuridica del compromesso.

Il compromesso si presenta come atto di riconoscimento, non perchè, intervenuto, limiti in maniera assoluta ogni potestà contrattuale delle parti, per modo che queste debbano, sempre ed in ogni caso, sottostare alla decisione del tribunale d'arbitrato, ma perchè la stipulazione del compromesso permette alle parti ogni ulteriore composizione contrattuale che sia ottenuta senza che si violi quella "obligation de paix", che la legge ritiene essere stata assunta dalle parti col ricorso alla procedura d'arbitrato.

In altri termini, il potere del giudice arbitrale consiste nell'impedire ogni attività contrattuale che determini quegli inconvenienti(sciopero, serrata), che, senza dubbio, evita la procedura arbitrale. Il carattere riconoscitivo del compromesso sta in questo: che le parti, costituito il giudice, non possono più riprendere quella libertà contrattuale di cui godevano prima che fosse stipulato l'atto compromissorio. Il che si vede dagli art. 33 e 34 combinati con l'art. 57.

Ancora più significativa è la legge Rumena del 5 settembre 1920.

Anche per questa legge l'arbitrato è facoltativo, non giurisdizionale. In questa legge poi non si ha quella separazione fra organi arbitrali scelti dalle parti e organo statuale, nei riguardi dell'esercizio dei poteri processuali, separazione che abbiamo visto essere stata ideata dalla legge olandese. Qui gli organi arbitrali,

scelti dalle parti, vengono assunti ad organi dello Stato,(per cui sembra che il compromesso abbia in questa legge un carattere pubblicistico), ed esercitano direttamente i poteri processuali.

La natura di atto di riconoscimento del compromesso si presenta più esplicitamente confermata in questa legge che nell'altra. All'art. 21 infatti si dichiara che: "Il presidente, di sua iniziativa, o a domanda dei membri della Commissione d'arbitrato, potrà ordinare un'inchiesta perizia, costatazione locale ecc., citare ogni persona ch'egli crederà necessario d'interrogare per dare gli schiarimenti voluti. Per l'esercizio di tutte le sue prerogative, il presidente della Commissione d'arbitrato potrà servirsi delle autorità amministrative e di polizia competenti, che sono tenute ad eseguire le sue disposizioni allo stesso titolo di quelle di qualsia si stanza giudiziaria. L'inesecuzione da parte di queste autorità delle disposizioni prese dal presidente sarà considerata come rifiuto di servizio legalmente dovuto e sarà punito confermemente alla legge"; ed all'art. 31: "Chiunque, regolarmente citato come testimonio dal presidente della Commissione d'arbitrato, non potrà invocare motivo giustificato nel caso di non presentazione, sarà punito conformemente agli articoli 188 e 189 della procedura civile".

Ma più che da queste disposizioni, che costituiscono poteri processuali al tribunale d'arbitrato, a prescindere da ogni accordo processuale delle parti, e che dettano sanzioni per la violazione degli ordini del tribunale, il carattere riconoscitivo del compromesso si può arguire dall'esame dell'art. 24: "La sentenza della Commissione d'arbitrato sarà resa a maggioranza di voti, i membri attivi della commissione essendo al completo.

Nel caso in cui un voto di maggioranza non può essere ottenuto, o nel caso in cui le due parti o solamente una d'esse rifiutano di inviare dei delegati nella commissione d'arbitrato, la sentenza sarà resa dal presidente."

Dunque, per questa disposizione, nel caso in cui le parti si siano rifiutate d'inviare i propri delegati al comitato arbitrale, il presidente del tribunale sarà autorizzato ad emettere la sentenza. Ora, se il compromesso fosse da questa legge considerato come atto di semplice costituzione di potere arbitrale, evidentemente il rifiuto a scegliere l'arbitro dovrebbe valere come manifestazione di volontà rivocatoria dell'atto compromissorio. La legge però ritiene che, intervenuto il compromesso e riconosciuto con questo un potere d'intervento del giudice, questi possa esercitare i suoi poteri al di sopra e al di fuori d'una qualsiasi manifestazione di volontà ulteriore, da parte dei soggetti del conflitto, che non salvaguardi le ragioni di pubblico interesse per le quali l'ordine giuridico ha predisposto, su una base pubblicistica, la procedura arbitrale.

A questi casi può applicarsi quanto il Chiovenda scrive a proposito dei negozi giuridici processuali (1): "Nel processo vi è sempre un elemento speciale da considerare: ed è la presenza dell'organo della Stato sull'attività del quale, sebbene estraneo al negozio questo può spiegare una influenza più o meno diretta; ora è interesse pubblico dominante tutto il processo che l'attività dell'organo dello Stato sia certa e determinata nei suoi risultati, e questo in-

---

(1) Chiovenda - Op. cit. pag. 775

Nel caso in cui un voto di maggioranza non può essere ottenuto, l caso in cui le due parti o solamente una d'esse rifiutano di are dei delegati nella commissione d'arbitrato, la sentenza sa- esa dal presidente."

Dunque, per questa disposizione, nel caso in cui le parti si o rifiutate d'inviare i propri delegati al comitato arbitrale, residente del tribunale sarà autorizzato ad emettere la senten- Ora, se il compromesso fosse da questa legge considerato come at- l semplice costituzione di potere arbitrale, evidentemente il uto a scegliere l'arbitro dovrebbe valere come manifestazione di ntà rivocatoria dell'atto compromissorio. La legge però ritiene intervenuto il compromesso e riconosciuto con questo un potere tervento del giudice, questi possa esercitare i suoi poteri al opra e al di fuori d'una qualsiasi manifestazione di volontà ul- ore, da parte dei soggetti del conflitto, che non salvaguardi agioni di pubblico interesse per le quali l'ordine giuridico ha isposto, su una base pubblicistica, la procedura arbitrale.

A questi casi può applicarsi quanto il Chiovenda scrive a pro- to dei negozi giuridici processuali (1): "Nel processo vi è sem- un elemento speciale da considerare: ed è la presenza dell'orga- ella Stato sull'attività del quale, sebbene estraneo al negozio to può spiegare una influenza più o meno diretta; ora è interes- ubblico dominante tutto il processo che l'attività dell'organo o Stato sia certa e determinata nei suoi risultati, e questo in-

---

venda - Op. cit. pag. 775

teresse potrebbe essere compromesso se in ogni caso si ammettesse che un difetto di volontà nel negozio o il venir meno della causa di esso, potesse influire sui risultati dell'attività pubblica cui il negozio dià luogo".

Anche nel caso di attività giudiziaria pubblica non giurisdizionale (arbitrato a fondamento pubblicistico non giurisdizionale) ogni manifestazione di volontà dei soggetti del conflitto dev'essere riguardata, per decidere della sua efficacia o anche della sua legittimità, nei rispetti dell'influenza ch'essa può esercitare sull'attività dell'organo pubblico, sfornito di potere giurisdizionale d'imposizione autonoma del comando, chiamato a giudicare sul presupposto di una manifestazione precedente di volontà delle parti (compromesso).

Si noti che nella legge rumena l'arbitrato è facoltativo, ma una volta intervenuto il compromesso, o le parti nominano gli arbitri, o il presidente (qualche volta il Ministro del lavoro), in mancanza di questa nomina, designa lui stesso gli arbitri nella persona dei giudici della Corte giudiziaria, procedendo come se gli arbitri fossero stati nominati dalle parti.

Il carattere facoltativo dell'arbitrato si può arguire dallo art. 15 e dal fatto che la legge dichiara all'art. 16 l'arbitrato obbligatorio nelle imprese d'interesse pubblico, nello stesso articolo designato.

Abbiamo visto così, passando rapidamente in rassegna alcune delle leggi più importanti in materia di arbitrato, coma nelle leggi stesse si parli di conflitto, di decisione , di contrasto fra le parti, anche dopo che sia intervenuto il compromesso, pur trattandosi di arbitrato di conflitti economici, restando così dimostrata la infondatezza della tesi dello Scaduto.

Abbiamo visto inoltre regolato dalle suddette leggi l'esercizio di poteri di coercizione da parte di organi non forniti di vero e proprio potere giurisdizionale, ciò potendo servirci a valutare con molta più circospezione la tesi del Chiovenda sull'esercizio dei poteri di coercizione in tema di arbitrato di conflitti giuridici, e a valutare inoltre l'importanza di questo esercizio come elemento integrativo della nozione astratta di giurisdizione.

Abbiamo visto poi, sulla base stessa dell'arbitrato di conflitti economici, fare una distinzione fra organo arbitrale permanente ufficio arbitrale cioè avente carattere di stabilità e arbitro occasionale, scelto dalle parti per la risoluzione di una singola controversia, e abbiamo visto fare questa distinzione principalmente nei riguardi della possibilità o meno che, attraverso all'attività dell'una o dell'altra forma di arbitrato, si pervenga alla posizione, sia pure con valore sostanziale soltanto, di principi giuridici che possano in certo senso guidare l'azione dei soggetti di un certo ordine di conflitti la cui risoluzione interessa l'ordine pubblico.

Abbiamo visto infine attribuito carattere pubblicistico alla attività arbitrale nel campo dei conflitti economici.

Tutte queste osservazioni devono tenersi presenti per valutare sufficientemente l'unilateralità di certe tesi giuridiche da alcuni scrittori, in materia d'arbitrato, prospettate

L'ARBITRATO NON GIURISDIZIONALE NEL CAMPO DEI RAPPORTI INTERNAZIONALI

Nel discutere sul terreno internazionale dell'istituto arbitrale, premetto queste considerazioni.

Finchè una norma giuridica non sia intervenuta o non sia possibile che intervenga a definire un istituto ogni particolare configurazione giuridica di esso sarà incompleta e non potrà che soddisfare a particolari concezioni dottrinarie e di scuola. Quando però un sistema di norme giuridiche sia intervenuto o sia possibile che intervenga a definire giuridicamente un istituto, ogni configurazione giuridica di esso o dovrà essere l'interpretazione dello spirito di queste norme (de jure condito) o l'espressione delle normali esigenze sociali cui le norme dovrebbero soddisfare (de jure condendo).

Ciò posto si può senz'altro affermare che l'istituto dell'arbitrato internazionale si debba concepire in due fasi ben distinte. Nella prima fase, caratterizzata dall'assenza d'un principio di ordinamento giuridico internazionale concepito nel senso più strettamente tecnico e formalistico, l'arbitrato, ad onta degli sforzi lodevoli dei giuristi per dargli un fondamento giuridico, non può avere alcun rilievo giuridico. Esso rimane assorbito dal regime contrattuale, si confonde con l'attività contrattuale. Non è che un semplice espediente soggetto all'interesse egoistico contrattuale dei soggetti del conflitto senza che la sentenza arbitrale rappresenti per nulla un principio di comando giuridico tecnicamente perfetto ed in certo senso autonomo. Gli è che, in questa prima fase, l'arbitro non ha alcuna autorità e, se ne ha, si tratta di pura autorità morale.

L'opera dell'arbitro non assurge a determinazione autonoma delle singole volontà contrattuali. Nessun potere gli vien riconosciuto o costituito dai soggetti del conflitto, sopratutto perchè i soggetti stessi da soli, non glielo possono costituire o riconoscere. L'arbitro si presenta come competenza tecnica e non come soggetto d'un ordine giuridico. E' indubitato infatti che l'arbitrato presuppone non soltanto il compromesso ma altresì l'arbitro come giudice.

Normalmente l'arbitrato in D. Internazionale ha funzionato si dice, ma non si dice per quali conflitti ha funzionato.

Non si dimentichi che l'esecuzione della sentenza arbitrale, nella prima fase, si è demandata alla buona fede degli Stati il che vuol dire ad un sentimento giuridicamente non rilevabile. Supposto un compromesso, evidentemente il conflitto non poteva che esaurirsi con l'esecuzione della sentenza arbitrale. Ma l'esecuzione da parte dei soggetti del conflitto, in un regime anarchico come l'internazionale, voleva dire il controllo del lodo arbitrale, possibilità cioè da parte dello Stato, tenuto all'esecuzione della sentenza, d'esaminare se ed in quanto gli convenga realizzare una composizione contrattuale, respingendo il lodo, di ritornare cioè a valutare le sue possibilità contrattuali all'atto dell'esecuzione. E ciò può avvenire da parte di tutti gli Stati tenuti ad eseguire il lodo che riprendono in tal modo intera la loro libertà contrattuale (sempre che questa condotta possa esser ritenuta illecita nei riguardi ad esempio della tesi dell'Anzilotti) parte di uno qualunque degli Stati tenuti all'esecuzione.

E' infatti questa relativa libertà dello Stato di rivedere, all'atto dell'esecuzione, le proprie possibilità contrattuali che finisce col ridurre l'arbitro ad una funzione di determinazione del

contenuto del contratto. E' questo momento finale che ponendo sugli Stati esecutori un obbligo morale, garantito soltanto dalle possibilità contrattuali degli altri Stati compromettenti e non da una norma giuridica, finisce col ridare agli Stati quell'autonomia di volontà di fronte a cui la volontà dell'arbitro la giustizia della decisione dell'arbitro non hanno alcun effettivo valore giuridico. L'arbitro che, con la stipulazione del compromesso avrebbe dovuto trovarsi in condizione d'indipendenza dalle singole volontà compromettenti, si trova o a dover valutare la posizione finale di ogni compromettente e riesce quindi ad una semplice preparazione del contenuto d'un contratto o si muove indipendentemente dalla considerazione di queste posizioni finali, e corre il rischio di vedere respinta la sua decisione come non confacente all'interesse contrattuale delle parti. E tutto ciò perchè questa prima fase d'attuazione dell'istituto arbitrale è caratterizzata dall'assenza d'un qualsiasi principio d'ordinamento giuridico. L'arbitrato poggerà sulla volontà positiva contrattuale degli Stati, avrà insomma influenza morale, si baserà sulla forza d'imposizione individuale dell'arbitro, ma non avrà una rilevante caratteristica giuridica. A questa forma d'arbitrato si attagliano perfettamente i concetti del Carnelutti che qui riportiamo (Carnelutti Proc. Civ. Vol. I pag. 35) "Anche l'arbitrato come il contratto è un fenomeno pregiuridico nel senso che può funzionare indipendentemente dalla esistenza di una norma giuridica che ne imponga la osservanza: può funzionare cioè o per la pura autorità morale o religiosa dell'arbitro o anche per la sua pura autorità sociale cioè con al semplice efficacia che gli deriva dalla forza dell'arbitro, capace di castigare il contendente che disubbidisce".

L'arbitrato dunque, nella fase esaminata dei rapporti internazionali è fenomeno pregiuridico.

Ora se andiamo a guardare alle opinioni dei vari internazionali in merito all'arbitrato così configurato troviamo che, al di fuori e al disopra di ogni esagerazione ottimistica, l'Anzilotti è stato l'unico che abbia cercato di dare un fondamento giuridico all'arbitrato senza uscire dalla realtà, e ricorre a pericolose identificazioni del fenomeno arbitrale internazionale col fenomeno arbitrale interindividuale in questa prima fase dei rapporti internazionali. Diamo a conoscere la sua tesi: (1) "L'ordine giuridico interno può attribuire e, di regola almeno attribuisce alla pronuncia degli arbitri un valore suo proprio, che presuppone il compromesso, ma non ne deriva. Il compromesso allora crea semplicemente l'obbligo delle parti di deferire la controversia agli arbitri; la definizione della controversia deriva poi dalla pronunzia arbitrale, emessa in conformità della legge. Invece nell'ordine giuridico interindividuale la controversia non può essere risolta che mediante l'accordo delle parti: il compromesso non dà vita ad un obbligo di deferire la controversia ad un giudizio altrui, che sarebbe irrilevante, perchè in detto hanno rilevanza soltanto volontà statuali, definisce la controversia stessa, rimettendo semplicemente all'arbitro la determinazione del contenuto dell'accordo. " " La figura giuridica dell'arbitro è quella di un mandatario delle parti, e propriamente di un mandatario senza rappresentanza: l'arbitro non compie un negozio giuridico riferitole alle parti, compie semplicemente un fatto nello

---

(1) Anzilotti - Corso di diritto Internaz. - pag. 75 e segg.

interesse loro, preparando il contenuto del negozio giuridico."

"La pronuncia degli arbitri è preceduta dal contraddittorio delle parti, cioè degli Stati che hanno stipulato l'accordo risolutivo della controversia. Naturalmente non è il caso di parlare di contumacia: il rifiuto di una delle parti di compiere gli atti rivolti a preparare la pronuncia degli arbitri potrà secondo i casi, significare che lo Stato non reputi opportuno addurre argomenti a propria difesa, oppure che non vuole eseguire il compromesso; nel primo caso gli arbitri pronuncieranno egualmente la loro decisione e l'accordo produrrà tutti i suoi effetti, nel secondo siamo di fronte ad una nuova controversia internazionale, dalla cui risoluzione dipenderà che il giudizio arbitrale abbia luogo o no." (1) "L'arbitro internazionale, non soltanto non nè può essere rivestito d'un potere giurisdizionale, perchè manca l'ente a cui questo potere dovrebbe riferirsi, ma non è neanche un organo comune degli Stati contendenti perchè non manifesta una volontà che valga di per sè, senz'altro come volontà degli Stati. Nell'esercizio della sua missione l'arbitro è e rimane costantemente un privato, incaricato di dare un giudizio, che diventasse il contenuto di un accordo tra le parti contendenti per la risoluzione della loro controversia. In altre parole, abbiamo qui uno dei vari casi in cui il contenuto di un atto vien posto in essere da persone diverse da quelle che poi attribuiscono e sole possono attribuire al contenuto stesso valore giuridico. La rilevanza giuridica della decisione nasce pertanto unicamente da ciò, che gli Stati si sono preventivamente obbligati ad assumere come regolamento di un loro rapporto controverso quello che l'arbitro riterrà essere conforme al diritto prima e dopo la pronuncia non vi è dunque che un rapporto ob-

---

1) Anzilotti - Riv. Dir. Inter. 1913 pag. 516-517

bligatorio nel quale si risolve tutta l'efficacia giuridica dell'arbitrato internazionale. L'affinità tra la funzione dell'arbitro e quella del giudice sta soltanto in questo, che uguale è la loro attività logica, posto che le parti chiedino all'arbitro una decisione conforme al diritto. Ma mentre la decisione del giudice è atto dello Stato, e come tale e perchè tale ha in sè alcuna efficacia, l'acquisterà soltanto divenendo il contenuto di un accordo fra gli Stati i quali si sono a ciò in precedenza obbligati.

(1) " L'arbitro non è organo degli Stati compromittenti, perchè è nell'essenza dell'arbitrato che il giudizio non sia fatto dalle stesse parti contendenti, ma da un terzo di loro fiducia: l'arbitro è perciò un terzo,un privato, che è chiamato a compiere il lavoro tecnico di determinazione del contenuto di un accordo degli Stati già perfetto, ma a contenuto indeterminato. Gli arbitri perciò non manifestano una volontà che valga di per sè e senz'altro come volontà degli Stati: la controversia è già risolta col compromesso".

Questa tesi contiene molte verità, seppure non si può accettare completamente. Essa è tale da consentire quel minimo di costruzione sistemati su cui gl'internazionali potessero adagiare l'istituto arbitrale. La volontà degli Stati compromittenti per l'Anzilotti è l'unico fondamento per una costruzione giuridica, costretto a lasciare nel buio la figura dell'arbitro, per l'Anzilotti, i fondamenti della procedura arbitrale si devono ricercare nella volontà contrattuale, compromissoria attuale gegli Stati.

In quanto gli Stati si mostrano concordi nel limitare o nell'annullare la attività dell'arbitro, la loro attività è pienamente lecita. Il lodo arbitrale può essere respinto concordemente dagli Stati,

rientrando questa facoltà nella sfera della loro libertà contrattuale niente affatto limitata dal compromesso. . Delineata sempre sulla linea della volontà contrattuale attuale la teoria dell'arbitrato, evidentemente agli internazionalisti non restava che costruire una dottrina dell'illecito basandola sulla violazione, da parte di qualcuno degli Stati contraenti, degli obblighi assunti verso gli altri Stati nel compromesso. Una teoria quindi dell'illecito contrattuale che, neanche questa, avrebbe i fondamenti giuridici della teoria dell'illecito contrattuale del diritto interindividuale poichè dove del diritto interindividuale una norma giuridica strumentale assicura l'obbligatorietà giuridica del comando contrattuale, nel campo internazionale, non solo non esiste una norma giuridica che possa assicurare la stabilità del compromesso, ma non ne esiste una che assicuri l'obbligatorietà del comando contrattuale onde neanche quando s'intenda il compromesso come contratto, si ha una posizione di diritti ed obblighi giuridici fra le parti.(1)

---

(1) Queste considerazioni appaiono maggiormente fondate quando si ponga mente a quanto scrive il Politis. Questi critica l'arbitrato internazionale da due punti di vista: da un canto nota la nessuna rilevanza giuridica della persona dell'arbitro da un punto di vista formale, mostra cioè come il potere dell'arbitro sia ridotto, non solo all'esistenza attuale d'una volontà compromissoria comune nei contendenti, ma all'esistenza attuale di una volontà compromissoria in ciascuno dei contraenti. E' vero che dalla mancanza della seconda fa derivare l'illecito contrattuale, ma è anche vero che dalla mancanza attuale della prima non fa derivare alcun illecito. D'altro canto, il Politis nota come, pure nei riguardi dell'attività sostanziale, l'arbitro finisce col non potere realizzare nessuno dei fini cui normalmente dovrebbe soddisfare un simile istituto

---

nel campo dei rapporti internazionali. "En dehors d'une clause formelle du compromis, on ne conçoit pas la procédura par défaut. (Quindi il Politis considera la contumacia d'una delle parti come rottura del compromesso e quindi illecito contrattuale - si noti la differenza con quanto si è stabilito nel protocollo di Ginevra e si suole stabilire nell'arbitrato intersindacale). C'est la conséquence du caractère facultatif de l'arbitrage. Nécessaire pour engager l'instance, l'accord des parties doit persister jusqu'à la fin du procès, autrement le jugement n'est pas possible. Si la sentence était rendue sans que l'une des parties eût présenté sa défense, elle serait nulle et non avenue. Sans dout, le gouvernement qui, après avoir consenti à l'arbitrage refuserait de se prêter à la procédure établie violerait son engagement. Mais cette rupture même du compromis priverait l'arbitre du pouvoir de statuel ..... Le système de la justice facultative, dont on vient de voir le développement et les régles, offre un grave défaut.

Peu efficace comme garantie de la paix, il n'exerce qu'une très faible influence sur la formation du droit, car il ne permet pas la création d'une véritable jurisprudence.

En effet, il ne comporte ni unité d'organe, ni continuité de fonction, ni lien consident entre les divers procès. Les arbitres se succèdent sans se connaître et sans soupçonner l'oeuvre de leurs prédécesseurs. Les précédents, ignorés, ne fournissent pas de guide. De là, les decisions souvent contradictoires.... "

Queste ultime osservazioni del Politis mostrano chiaramente quale sia l'inconveniente del ricorso ad arbitri occasionali, mostra quindi la differenza, su cui si è tanto insistito, fra attività dell'organo giudiziario occasionale e attività dell'organo giudiziario permanente.

E' naturale che, con simile configurazione del compromesso, la figura dell'arbitro debba apparire come giuridicamente irrilevante, il suo compito essendo confinato ad una semplice posisione di elementi sostanziali. Non solo, ma non vi è neanche possibilità di parlare d'un potere formale che si possa costituire al di fuori e al di sopra dei compromittenti; una possibile variazione nel mezzo di risoluzione del conflitto riguarda l'attività sostanziale, non l'attività formale o manifestazione di volontà. Non è possibile nemmeno configurarsi una contrapposizione fra il potere di volontà dell'arbitro e il potere stesso di volontà dei soggetti contrattuali. Vi sarà, entro certi limiti, una semplice contrapposizione del potere di volontà di uno dei soggetti del compromesso al potere di volontà dell'altro o degli altri soggetti del compromesso. Il compromesso infine sarà ravocabile in qualsiasi stadio della procedura arbitrale (prima, nel corso, alla fine) per concorde volontà del compromittente (lecito contrattuale), per manifestazione unilaterale di volontà (illecito contrattuale, secondo gl'internazionalisti).

Ma questo nella fase precedente alla costituzione della Società delle Nazioni.

Se ora invece ci avviamo a studiare il regime internazionale odierno, troviamo subito una novità: l'esistenza di una norma giuridica sanzionata che assicura l'obbligatorietà del lodo arbitrale (1).

---

(1) Per me la Società delle Nazioni rappresenta l'inizio d'un processo formativo d'un vero ordine giuridico, nel campo internazionale. La Società delle Nazioni potrà non essere un organo giuridico perfetto, ma contiene in sè tutti gli elementi che le permettano di svolgere il

All'art. 13 infatti (ultimo comma) del Patto della Società delle Nazioni si dispone: " I Membri della Società convengono di eseguire in piena buona fede il lodo che sarà pronunciato e di non muovere in guerra contro un Membro della Società che si conformi ad esso. In caso di mancata esecuzione del lodo, il Consiglio proporrà i provvedimenti da prendere per darvi effetto".

Basta l'esistenza di questa norma perchè tutta la tesi dell'Anzilotti cada.

Ho già detto come, al di fuori d'una norma giuridica che lo contempli, l'arbitrato rimanga un fenomeno pregiuridico a carattere più o meno contrattuale, questo non importa. L'intervento invece della norma giuridica toglie all'arbitrato ogni significazione pregiuridica e contrattuale, e lo riconduce entro le linee fondamentali da me brevemente tracciate. Nè la tesi dell'Anzilotti può reggere, imperniando l'indagine sul punto di sapere se la suddetta norma giuridica internazionale valga soltanto a sanzionare il comando contrattuale contenuto nel compromesso (tesi dell'Anzilotti), o essa sia intervenuta a dare tutta una nuova veste giuridica al solo compromesso e quindi all'arbitrato. Ho già escluso che, intervenendo una norma giuridica, il compromesso possa apparire come un contratto, e ne ho dato le ragioni precedentemente. Più avanti dimostrerò, a maggior conferma, come nel Patto della Società delle

---

principio di sovranità. Per quanto riguarda l'ordinamento giuridico della Società delle Nazioni, le caratteristiche delle norme sanzionate contenute nel Patto, vedi Salvioli, Coppini, Anzilotti ecc. nelle opere più avanti citate e il capitolo in cui tratto del regime giuridico internazionale.

Nazioni non esista alcuna norma che sanzioni il comando contenuto nel contratto vero e proprio. La norma di cui sopra (art. 13) non contempla quindi un principio di sanzione per l'illecito contrattuale in genere, ma contempla un principio di sanzione per l'illecito che può derivare , nel campo delle istituzioni arbitrali, dalla inesecuzione del lodo arbitrale.

Sulla base del compromesso, l'ordine giuridico internazionale, di cui è espressione la Società delle Nazioni, realizza l'interesse sociale alla limitazione dell'uso di mezzi contrattuali violenti (guerra ecc.). Il compromesso viene assunto a manifestazione di volontà tendente alla costituzione del giudice. L'ordine giuridico internazionale si afferma, nella fase di transazione fra il regime contrattuale ed il regime giurisdizionale.

Superata la tesi dell'Anzilotti, non sarà fuor di luogo discutere quanto il Salvioli (1) ha affermato in materia d'arbitrato.

Anzitutto mi piace riportare di questo autore alcune osservazioni pregiudiziali, che mi sembrano esattissime dà dove affermano l'identità della concezione dell'istituto arbitrale nel campo interno ed internazionale. Dice egli: "Per rendere meno difficile l'indagine, è necessario partire dall'analisi del rapporto tipo, qual'è il più semplice, quello che passa tra gli Stati compromittenti e gli arbitri (nell'arbitrato c.d. isolato). Di esso la dottrina internazionalistica si è gi) ampiamente occupata; ma bisogna riconoscere che i risultati cui è giunta non sono del tutto convincenti. Premetto anzitutto un'osservazione pregiudiziale. La fi-

---

(1) Salvioli - "La Corte permanente di giustizia internazionale dell'Aja" in Riv. di Dir. Intern., 1924.

Nazioni non esista alcuna norma che sanzioni il comando contenuto nel contratto vero e proprio. La norma di cui sopra (art. 13) non contempla quindi un principio di sanzione per l'illecito contrattuale in genere, ma contempla un principio di sanzione per l'illecito che può derivare, nel campo delle istituzioni arbitrali, dalla inesecuzione del lodo arbitrale.

Sulla base del compromesso, l'ordine giuridico internazionale, di cui è espressione la Società delle Nazioni, realizza l'interesse sociale alla limitazione dell'uso di mezzi contrattuali violenti (guerra ecc.). Il compromesso viene assunto a manifestazione di volontà tendente alla costituzione del giudice. L'ordine giuridico internazionale si afferma, nella fase di transazione fra il regime contrattuale ed il regime giurisdizionale.

Superata la tesi dell'Anzilotti, non sarà fuor di luogo discutere quanto il Salvioli (1) ha affermato in materia d'arbitrato.

Anzitutto mi piace riportare di questo autore alcune osservazioni pregiudiziali, che mi sembrano esattissime là dove affermano l'identità della concezione dell'istituto arbitrale nel campo interno ed internazionale. Dice egli: "Per rendere meno difficile l'indagine, è necessario partire dall'analisi del rapporto tipo, qual'è il più semplice, quello che passa tra gli Stati compromittenti e gli arbitri (nell'arbitrato c.d. isolato). Di esso la dottrina internazionalistica si è gi) ampiamente occupata; ma bisogna riconoscere che i risultati cui è giunta non sono del tutto convincenti. Premetto anzitutto un'osservazione pregiudiziale. La fi-

---

Salvioli - "La Corte permanente di giustizia internazionale dell'Aja" in Riv. di Dir. Intern., 1924.

gura giuridica dell'arbitro, sia che giudichi di una controversia fra due privati, fra due persone giuridiche, fra due comuni, fra due Stati, non può esser diversa. Si è ecceduto nel timore di trasportare nel diritto internazionale costruzione di diritto interno, ma bisogna aggiungere più esattamente che, laddove il rapporto identico, non può dirsi che vi sia una costruzione interna ed una internazionale. Se la costruzione è esatta, cioè compiuta sugli elementi più semplici dei concetti giuridici, che sono gli stessi per entrambi gli ordinamenti essa, se è esatta in un campo, non può non essere vera nell'altro. Varierà il contenuto sostanziale dei rapporti obbligatori, ma la forma non può essere che la stessa. Se ciò è vero, potrei limitarmi a dire: l'arbitro internazionale è la stessa figura dell'arbitro in diritto interno e ritenermi dispensato dalle ulteriori indagini; e lo farei volentieri se dal diritto privato e processuale fosse dato trarre una nozione sicura, definitiva dell'istituto arbitrale..Il che non è. Ogni contributo portato quindi su questo argomento dagli internazionalisti può essere utile per i privatisti e viceversa.

Eppure se gli studiosi della nostra disciplina si occupano con tanta cura di questa figura e non accedono de plano alle costruzioni date dal diritto interno, si è per una ragione che non viene mai confessata esplicitamente, ma che pure è l'unica che può spiegare questo stato di malessere. Si cerchi di celare la verità quanto si voglia, è innegabile che dal procedimento arbitrale, dirò meglio, dal lodo, ossia dalla volontà dichiarata dagli arbitri, derivano conseguenza giuridiche internazionali. Ora l'arbitro è un privato, un individuo; come mai una volontà di semplici individui può avere

rilevanza internazionale? Rimane infirmato il dogma che in quest'ordinamento vivono solo gli Stati? O supera esso vittoriosamente anche questa prova?"

La domanda che il Salvioli si pone, nell'ultima parte del suo discorso, dà subito idea dello sviluppo ch'egli darà alla sua tesi. Dovendo tener presente il principio per cui, nel campo internazionale, ha rilevanza la volontà degli Stati soltanto, non essendo d'altro canto disposto ad accettare la tesi dell'Anzilotti che, per esagerazione di quel principio, non dà alcun rilievo alla figura dell'arbitro, non attribuendogli alcun potere di volontà, il Salvioli batte una via già stata battuta nel diritto interno: la costruzione del rapporto arbitrale sulla base della rappresentanza. A sostegno di questa tesi egli afferma che non si spiegherebbe altrimenti come uno Stato, che pur non voglia essere obbligato dalla volontà dell'individuo verso un altro Stato, al manifestarsi di quella volontà individuale, rimanga in diritto ugualmente obbligato.

Pur non avendo battuto la via miglipre, è certo che la preoccupazione del Salvioli di superare la tesi dell'Anzilotti è legittima; egli, in fondo, non vuol vedere nell'opera dell'arbitro una mera determinazione tecnica, ma la manifestazione d'un potere di volontà giuridicamente rilevante; si sforza perciò di ricercar le basi di questo potere di volontà.

Ora è certo che, per la via battuta dal Salvioli, la tesi dell'Anzilotti non si supera. Per superarla, io ho studiato due fasi dell'arbitrato internazionale: arbitrato non caratterizzato da una norma giuridica, arbitrato caratterizzato da una norma.

Nella prima fase non può sorgere un problema rigoroso di diritti ed obblighi; la tesi contrattualistica dell'Anzilotti, sulla base

dell'illecito contrattuale, e già essa stessa un po lontana dalla realtà, mentre la tesi della rappresentanza, volendo dar rilievo alla figura dell'arbitro, ne annulla, nello stesso tempo, le caratteristiche fondamentali. L'individuo che obbliga in rappresentanza di ciascuno degli Stati contendenti, pur avendo la funzione materiale di giudice, è un assurdo giuridico; nè io m'indugierà nella dimostrazione, rimettendomi completamente alle affermazioni brillantissime del prof. Carnelutti (1).

Del resto, ogni indagine tendente a chiarire se l'arbitro, come individuo, possa o non possa obbligare, non ha alcuna importanza quando si tenga presente ciò che ho ripetutamente affermato: non esservi cioè, nell'assenza di una norma giuridica che caratterizzi il compromesso, alcuna posizione precisa di diritti ed obblighi, neanche dal punto di vista contrattuale. In un regime in cui l'arbitrato rimanga fenomeno pregiuridico, il ricorso ad esso è un semplice sintomo della tendenza alla costituzione del giudice, pur nulla esistendo che freni l'arbitrio o limiti la volontà dei soggetti contrattuali; l'arbitro esiste sì, ma è ridotto alla funzione d'un semplice consigliere, nessun potere di volontà, nessuna forza gli viene riconosciuta. Anche quando la sua decisione venga accettata per l'autorità morale di cui gode, per buona fede, per imposizione contrattuale, questa serie di fatti,non può può certo avere rilevanza giuridica.

Nella seconda fase dell'arbitrato, quand'esso viene caratterizzato da una norma giuridica, la tesi dell'Anzilotti si supera, senza dovere perciò cadere nel principio della rappresentanza, come fa il

---

(1) Carnelutti " Arbitrato Estero" in Riv. di Dir. Comm., 1916, parte I, pag. 399.

dell'illecito contrattuale, e già esso stesso un po lontano dalla
realtà, mentre la teoi della responsabilità, volendo dar rilievo
alla figura dell'arbitro, ne annulla, nello stesso tempo, la carat-
teristica fondamentale. L'individuo che obbliga in rappresentanza
di qualcuno deve stare contendenti, pur avendo la funzione mera-
mente di giudice, è un assurdo giuridico; ma io m'indugierò nella
dimostrazione, rimettendomi completamente alle affermazioni brillan-
tissime del prof. Carnelutti (1).

Del resto, ogni indagine tendente a chiarire se l'arbitro, co-
me individuo, possa o non possa obbligare, non ha alcuna importanza
quando si tenga presente ciò che ho ripetutamente affermato: non es-
servi lì, nell'essenza di una norma giuridica che caratterizzi il
comportamento, alcuna posizione precisa di diritti ed obblighi, consi-
derata dal punto di vista contrattuale. In un regime in cui l'arbitrato
fosse un fenomeno pregiuridico, il ricorso ad esso è un semplice ri-
flesso della tendenza alla costituzione del giudice, per nulla esclusa
la che trovi l'arbitro o limiti la volontà dei soggetti contrattua-
li; l'arbitro esiste sì, ma è ridotto alla funzione d'un semplice
consigliere, nessun potere di volontà, nessuna forza gli viene rico-
nosciuta. Anche quando la sua decisione venga accettata per l'autori-
tà morale di cui gode, per buona fede, per imposizione contrattuale,
questa serve di fatti non può certo avere rilevanza giuridica.

Nella seconda fase dell'arbitrato, quand'esso viene caratteriz-
zato da una norma giuridica, la tesi dell'Anzilotti sull'arbitrato di
equità, dovere porsi ovvero nel principio della rappresentanza, come fa il

(1) Carnelutti " Arbitrato Rotero" in Riv. di Dir. Comm., 1916, parte I,
pag. 329.

Salvioli, e senza tradire il principio cui tengono gl'internazionalisti: esistere cioè, in diritto internazionale, soltanto una volontà degli Stati che possa avere rilievo giuridico.

L'intervento della norma giuridica presuppone infatti un ordine giuridico realizzato; l'arbitro non sarà che l'organo di quest'ordine giuridico. E' inutile andare a ricercare come l'arbitro individuo possa obbligare gli Stati. L'arbitro obbliga gli Stati, in quanto organo dell'ordine giuridico internazionale; in altri termini, l'arbitro sarà l'organo di quel potere costituito da cui emana la norma giuridica. Se la Società delle Nazioni inizia un processo di organizzazione giuridica, l'arbitro sarà l'organo di quest'ordine giuridico che va svolgendosi. Nè deve impressionare il carattere pubblicistico assegnato alla funzione arbitrale. Questo carattere è normale nei regimi di transazione fra il regime contrattuale e il regime giurisdizionale. Nel campo dei rapporti intersindacali, ad esempio, l'arbitrato di conflitti economici ha sempre o quasi sempre carattere pubblicistico.

Il Coppini (1), occupandosi della questione, ritiene che l'obbligazione, inerente al giudizio arbitrale, si sia perfezionato al momento della stipulazione del compromesso e che gli Stati, aderendo alla decisione degli arbitri, non facciano altro che mettere in esecuzione quello a cui si erano obbligati.

Mi sono già occupato di questa tesi, nella parte generale, nè è necessario che ritorni a dimostrarne il lato erroneo. Dirò soltanto che se il compromesso è il presupposto fondamentale d'ogni potere arbitrale, il lodo soltanto si presenta come comando giuridico diretto a costituire, modificare o sciogliere rapporti giuridici

attinenti al fondo stesso del conflitto che l'arbitro, coll'esercizio del suo potere, compone.

Nello studiare ora l'ordinamento positivo dell'arbitrato in diritto internazionale, distingueremo quest'ordinamento a seconda che esso sia contenuto nel Patto della Società delle Nazioni, nei Trattati di Locarno, nel Protocollo di Ginevra.

Nei riguardi dell'ordinamento contenuto nel Patto della Società delle Nazioni, resta fondamentale la norma dell'art. 13 del Patto suddetto, così concepito: "I Membri della Società convengono che ogniqualvolta sorga tra di loro una controversia che riconoscano suscettibile di soluzione arbitrale e che non sia possibile comporre in modo soddisfacente nelle vie diplomatiche, sottoporranno tutta la vertenza all'arbitrato.

Le controversie relative all'interpretazione di un trattato, o a una questione di diritto internazionale, o alla sussistenza di un fatto che, se provato costituirebbe la violazione di un obbligo internazionale, o circa la misura e il carattere della riparazione da esigere per tale violazione, si dichiarano comprese tra quelle generalmente suscettibili di soluzione arbitrale.

Per l'esame di tal controversie, la Corte arbitrale a cui la questione sarà deferita sarà quella concordata tra le Parti o contemplata da una convenzione vigente tra di esse.

I Membri della Società convengono di eseguire in piena buona fede il lodo che sarà pronunciato e di non muovere in guerra contro un Membro della Società che si conformi ad esso. In caso di mancata esecuzione del lodo, il Consiglio proporrà i provvedimenti da prendere per darvi effetto".

Una prima osservazione da fare è la seguente:

Mentre il lodo arbitrale è dichiarato esecutivo dall'art. 13 suddetto, che prevede anche le sanzioni per la mancata esecuzione: "In caso di mancata esecuzione del lod, il Consiglio proporrà i provvedimenti da prendere per darvi effetti" per ogni altra questione che non sia sottoposta all'arbitrato, non vi ha che il deferimento al Consiglio, la cui procedura è controverso fra gli scrittori se abbia carattere conciliativo o meno, per quanto la maggioranza di essi sia per il carattre conciliativo di essa. E' certo dunque questo: l'assunzione del lodo a comando giuridico con efficacia garantita dall'ordine giuridico, nei riguardi dell'imperatività e dell'esecutorietà.(1)

Se si pensi che il comando contrattuale non è mai, per le disposizioni stesse del fatto,esecutivo (vedi anche Salvioli) è già possibile una differenziazione evidente tra lodo e contratto in diritto internazionale.

Ma vi ha di più.

---

(1) Questa dell'esecuzuione delle sentenze arbitrali è la questione più difficile e delicata. Per la norma contenuta nell'art. 13, la questione si pone in tal senso: 1) obbligo degli Stati di eseguire in buona fede le sentenze; 2) facoltà data al Consiglio di proporre dei provvedimenti nel caso di mancata esecuzione delle sentenze. Rimane poi da vedere: 1) quali obblighi giuridici sorgano dalle proposte fatte dal Consiglio ai fini della esecuzione della sentenza; 2) di che natura siano le sanzioni.

Si è detto che, nel caso in cui si applichi la norma dell'art. 13, gli Stati non potranno essere obbligati ad eseguire le proposte del Con=

---

siglio. Tuttavia, come bene hanno fatto osservare il Salvioli ed il Coppini, non può essere davvero possibile che la formula usata dal Patto "Il Consiglio proporrà i provvedimenti da prendere" non abbia alcuna rilevanza giuridica; non è possibile cioè che dalle proposte del Consiglio non debba discendere alcuna conseguenza giuridica. Secondo il Salvioli: "Sulla base del Patto esiste un dovere per tutti i membri della Società delle Nazioni di cooperare a che l'esecuzione delle sentenze sia assicurata". Dunque il Salvioli ritiene senz'altro che, dalle proposte del Consiglio, nascano degli obblighi giuridici. Osservo tuttavia che, anche quando non si voglia accettare la tesi del Salvioli, non si può dire che la norma che rende obbligatoria la sentenza sia sprovvista di sanzioni, cioè che non vi sia una sanzione sia pure non perfetta. Non siamo certamente più sul terreno della esecuzione spontanea o violentemente contrattuale, ma siamo sul terreno della esecuzione garantita da una sanzione giuridica, sia pure costituita dalla possibile attività coercitiva da parte degli Stati, cui può dar luogo la proposta del Consiglio. La semplice minaccia di questa attività, anche quando non si voglia parlare di obbligo nell'esplicazione dell'attività stessa, basta a costituire la sanzione efficace ad assicurare l'esecutorietà della sentenza arbitrale. Il Salvioli cita, nel caso d'inesecuzione del lodo, la possibilità di una guerra da parte dello Stato leso, guerra che definisce lecita. E' certo che lo Stato leso può far guerra e guerra lecita; ma questa forma di sanzione non può operare che nel caso innocui lo Stato leso sia in condizione di far la guerra con probabilità favorevoli, mantrechè le proposte del Consiglio pongono lo stato lesn in condizioni di garantire il suo buon diritto, senza preoccuparsi delle possibilità contrattuali dell'altro Stato. Quali siano le sanzioni da prendere non è possibile dire, perchè tutto si riduce alla pratica ed al carattere della lite. Può darsi che queste sanzioni si assomiglieranno o si identifi-

---

siglio. Tuttavia, come bene hanno fatto osservare il Salvioli ed il Coppini, non può essere davvero possibile che la formula usata dal Patto "Il Consiglio proporrà i provvedimenti da prendere" non abbia alcuna rilevanza giuridica; non è possibile cioè che dalle proposte del Consiglio non debba discendere alcuna conseguenza giuridica. Secondo il Salvioli: "Sulla base del Patto esiste un dovere per tutti i membri della Società delle Nazioni di cooperare a che l'esecuzione delle sentenze sia assicurata". Dunque il Salvioli ritiene senz'altro che, dalle proposte del Consiglio, nascano degli obblighi giuridici. Osservo tuttavia che, anche quando non si voglia accettare la tesi del Salvioli, non si può dire che la norma che rende obbligatoria la sentenza sia sprovvista di sanzioni, cioè che non vi sia una sanzione sia pure non perfetta. Non siamo certamente più sul terreno della esecuzione spontanea o violentemente contrattuale, ma siamo sul terreno della esecuzione garantita da una sanzione giuridica, sia pure costituita dalla possibile attività coercitiva da parte degli Stati, cui può dar luogo la proposta del Consiglio. La semplice minaccia di questa attività, anche quando non si voglia parlare di obbligo nell'esplicazione dell'attività stessa, basta a costituire la sanzione efficace ad assicurare l'esecutorietà della sentenza arbitrale. Il Salvioli cita, nel caso d'inesecuzione del lodo, la possibilità di una guerra da parte dello Stato leso, guerra che definisce lecita. E' certo che lo Stato leso può far guerra e guerra lecita; ma questa forma di sanzione non può operare che nel caso in cui lo Stato leso sia in condizione di far la guerra con probabilità favorevoli, mentreché le proposte del Consiglio pongono lo stato leso in condizioni di garantire il suo buon diritto, senza preoccuparsi delle possibilità contrattuali dell'altro Stato. Quali siano le sanzioni da prendere non è possibile dire, perché tutto si riduce alla pratica ed al carattere della lite. Può darsi che queste sanzioni si assomiglieranno o si identifi=

Se l'art. 13 prendesse obbligatorio il giudizio arbitrale in tema d'interpretazioni di trattati o di un ordine di fatti che costituissero violazione di obblighi contrattuali, potremmo dire che, così come l'art. 13 rende obbligatorio il lodo, rende anche obbligatorio il contratto, pur non parificandoli dal punto di vista dell'esecutorietà (il lodo infatti è esecutivo, mentre il contratto non lo è). Ma la dizione dell'art. 13 non lascia dubbi circa la non obbligatorietà del ricorso al giudizio arbitrale in tema di questioni relative ai trattati ed alle convenzioni internazionali (contratti).(1)

---

cheranno con quelle previste dall'art. 13.

(1) Gl'internazionalisti son d'accordo nel ritenere che l'enumerazione dei casi contenuti nell'art. 13 non sia che indicativa, non sia cioè affatto impegnativa, il che mostra come il comando contrattuale non sia in alcun modo assunto a comando giuridico, mentre a comando giuridico è assunto il lodo arbitrale. Osserva il Olof Hoijea ("la solution pacifique des litiges internationaux avant et depuis la Société des Nations" pag.486 487): "Dans le Pacte, l'arbitrage reste toujours volontaire. Il exige le consentement des deux parties en litige, tandis que le recours d'une seule des parties en conflit est suffisant pour saisir le Conseil ou l'Assemblée d'un examen - enquête. Pour qu'il y ait arbitrage, il faut qu'intervienne un compromis qui est une sorte de petit code de procédure à l'usage de ceux qui auront à trancher le différend... Il ne peut pas y avoir d'arbitrage obligatoire puisque l'art.13 exige que le conflit survenu entre deux ou plusieurs Etats soit,à leur avis,susceptible d'une solution arbitrale.....L'énumeration des cas susceptibles de solutions arbitrales contenuex dans cet article est indicative et non limitative.D'autre part puisque les cas énumérés comme susceptibles d"arbitrage le sont seulement

E' necessario bensì che il conflitto in merito a un trattato esistente, in quanto sia tale "da condurre a una rottura" (art.15), venga portato dinanzi al Consiglio, ma se la procedura dinanzi al Consiglio non è definita come procedura di conciliazione, evidentemente non si può, da nessuna norma del Covenant, dedurre l'assunzione a comando giuridico del comando contrattuale, mentre positivamente ciò avviene per il lodo (1).

"en général"chaque Etat pourra à un moment donné,ne pas reconnaître ces cas d'arbitrage comme tels.....On ne peut pas affirmer d'avance que l'interprétation des traités par exemple doit être dans tous les cas soumis à l'arbitrage,car une telle interprétation peut,dans certaines hypothèses, revêtir un caractère politique trop accentué."

Se ciò dunque è vero, coloro che, come il Coppini, collocano il compromesso sullo stesso piano del contratto e li dichiarano ugualmente obbligatori, ricorrendo alla nozione dell'illecito contrattuale, dovrebbero spiegarci questa differenza fra lodo e contratto non soltanto in riguardo all'esecutorietà, ma benanche all'obbligatorietà.

(1) L'art. 13 del Patto dà luogo a quella distinzione fra norme tassative (ricorso all'arbitrato) e norme suppletive (ricorso al consiglio) a cui accenna il Salvioli (op. cit. pag. 21). Quindi, in assenza di un accordo, si ricorre al Consiglio, cosa che al Salvioli non piace, de jure costituendo."Nessuno può negare - egli dice - che, da un punto di vista giuridico, doveva statuirsi il principio inverso: obbligo principale del ricorso alla giustizia arbitrale, a meno che le parti non preferiscano il procedimento non giurisdizionale quello cioè del Consiglio. E ciò sia per la maggiore garanzia che offre un procedimento giurisdizionale, mentre tale non è quello del consiglio, le cui conclusioni non potranno certo sottrarsi

E' necessario bensì che il conflitto in merito a un trattato
esaltente, in quanto sia tale "da condurre a una rottura" (art.75).
venga portato dinanzi al Consiglio, ma se la procedura dinanzi al
Consiglio non è definita come procedura di conciliazione, evidente-
mente non si può, da nessuna norma del Covenant, dedurre l'assun-
zione a comando giuridico del comando contrattuale, mentre positiva-
mente ciò avviene per il Todo (1).

---

(1) "Chaque Etat pourra à un moment donné,ne pas reconnaître cer
d'arbitrage comme tels.....On ne peut pas affirmer d'avance que l'in
rprétation den traités par exemple doit être dans tous les cas soumis à
rbitrage,car une telle interprétation peut,dans certaines hypothèses,
ûtir un caractère politique trop accentué."
De ciò dunque è vero, colvo che, come il Coppini, collocano il com-
messo nullo stesso piano del contratto e il dichiarano egualmente ob-
getto, ricorrendo alla nozione dell'illecito contrattuale, dovrebbero
ogerci questa differenza fra Todo e contratto non soltanto in rigua
all'accontorietà, ma benanche all'obbligatorietà.
) l'art. 13 del Patto dà luogo a quella distinzione fra norme tassativa
ricorso all'arbitrato) e norme suppletive (ricorso al consiglio) a cui
come il Salvioli (op. cit. pag. 21). Quindi, in presenza di un accordo,
ricorre al Consiglio, cosa che al Salvioli non piace, da fare cadtinen
."Nessuno può negare - egli dice - che, da un punto di vista giuridico,
vano ristabilire il principio inverso: obbligo principale del ricorso al-
giustizia arbitrale, a meno che le parti non preferiscano il procedi-
to non giustiziabile quello dal Consiglio. E ciò sia per la ne-
ore garanzia che offre un procedimento giurisdizionale, mentre tale non
quello del consiglio. Je cui conoluzioni non potremmo certo sottoscri

Si può tuttavia obbiettare che, in fondo, l'art. 13 rende obbligatorio il lodo, ma qualora a questo non si pervenga perchè una parte abbia rifiutato di sottoporsi alla procedura arbitrale, pure avendo compromesso la controversia, si ha una violazione che ricade nel campo delle violazioni contrattuali, non suscettibile di risoluzione giuridica in base all'ultimo comma dell'art. 13 (non trattandosi in tal caso di violazione del lodo arbitrale). Ora qui si manifesta più evidente la differenza tra compromesso e contratto. Non solo il carattere sui generis del compromesso consente all'art.13 di rendere obbligatorio, con norma sanzionata, il lodo, ma per lo stesso carattere del compromesso, è possibile, finchè non intervenga una manifestazione di volontà rivocatoria del compromesso, da parte di tutti i soggetti del conflitto, giungere al lodo, e ciò in base al principio che un giudizio, intervenuto il compromesso, è sempre possibile, anche quando sia contumace una delle parti, applicandosi o meno in tal caso il principio dell'onere processuale (1).

Dall'insieme quindi delle disposizioni contenute nel Patto, e dall'insieme delle osservazioni fatte si può rilevare come il compromesso e il lodo arbitrale abbiano avuto una caratterizzazione giuri-

---

alla valutazione dell'elemento politico, sia per la maggiore efficacia della sentenza arbitrale.

(1) In tal senso pure il Salvioli (op. cit. pag.). Ritiene egli che la contumacia di una delle parti non costituisca un ostacolo al proseguimento del giudizio da parte della Corte Permanente.

Si può tuttavia obbiettare che, in fondo, l'art. 13 rende obbligatorio il lodo, ma quadra a questo non si perverga perciò una parte abbia rifiutato di sottoporsi alla procedura arbitrale, pure avendo compromesso la controversia, si ha una violazione che ricade nel campo delle violazioni contrattuali, non suscettibile di risoluzione giuridica in base all'ultimo comma dell'art. 13 (non trattandosi in tal caso di violazione di lodo arbitrale). Ora qui si manifesta già evidente la differenza tra compromesso e contratto. Non solo il carattere sui generis del compromesso comporta all'art.13 di rendere obbligatorio, con norma speciale, il lodo, ma per lo stesso carattere del compromesso, è possibile, finchè non intervenga una manifestazione di volontà rivocatoria del compromesso, da parte di tutti i soggetti del conflitto, giungere al lodo, e ciò in base al principio che un giudizio, intervenuto il compromesso, è sempre possibile, anche quando sia contumace una delle parti, applicandosi o meno in tal caso il principio dell'onere processuale (1).

Dall'insieme quindi delle disposizioni contenute nel Patto, e dall'insieme delle conservazioni fatte si può rilevare come il compromesso e il lodo arbitrale abbiano avuto una caratterizzazione giuridica

---

la volontà dell'elemento politico, ma per la maggiore efficacia della sentenza arbitrale.

1) In tal senso pure il Salvioli (op. cit. pag.). Ritiene egli che la contumacia di una delle parti non costituisca un ostacolo al proseguimento del giudizio da parte della Corte Permanente.

dica che non hanno avuto in genere le manifestazioni contrattuali più proprie del diritto internazionale (trattati, convenzioni ecc.). Ciò non sarebbe stato possibile, se si fosse considerato il compromesso come la posizione di puri e semplici obblighi contrattuali, come vogliono il Coppini ed altri.

Vediamo ora quali siano le caratteristiche più salienti dell'ordinamento arbitrale previsto nei trattati di Locarno del 16 ottobre 1925.

Premetto che con questi trattati, gli Stati contraenti son pervenuti ad un atto compromissorio generale costitutivo di potere nel giudice (potere d'interfento nel conflitto e d'imposizione della decisione).

I trattati prevedono due sorta di conflitti: (1) i cosidetti conflitti giuridici, rispetto a cui si parla di norme di diritto internazionale ad essi applicabili (2), e per il cui regolamento si ricorre alla procedura prevista al secondo capoverso dell'art. 3 del Patto

---

(1) Nella loro essenza, tutti i trattati di arbitrato che sono stati stipulati, sono basati sulla differenza (indicata nell'art.13 del Covenant) tra controversie riguardanti un diritto positivamente riconosciuto e formulato da trattati, testi di convenzioni e principi di diritto internazionale, e conflitti riguardanti interessi che non sono stati positivamente considerati come giuridici. A Locarno, le controversie di quest'ultima specie furono chiamati, con termine non perfettamente corretto, conflitti d'interessi o più semplicemente controversie politiche" ("After Locarno"byEduard Benes,Foreign affairs,An amrican Quarterly Review,Gennaio 1926.)

(2) Lo Statuto della Corte Internazionale dichiara che la Corte dovrà applicare: 1) le convenzioni internazionali, generali o particolari, che pongano norme espressamente riconosciute dagli Stati contendenti; 2) consue-

dica che non hanno avuto in genere le manifestazioni contrattuali più proprie del diritto internazionale (trattati, convenzioni ecc.). Ciò non sarebbe stato possibile, se si fosse considerato il compromesso come la posizione di puri e semplici obblighi contrattuali, come vogliono il Coppini ed altri.

Vediamo ora quali siano le caratteristiche più salienti dell'ordinamento arbitrale previsto nei trattati di Locarno del 16 ottobre 1925.

Premetto che con questi trattati, gli Stati contraenti son pervenuti ad un atto compromissorio generale costitutivo di potere nel giudice (potere d'intervento nel conflitto e d'imposizione della decisione).

I trattati prevedono due sorta di conflitti: (1) i cosidetti conflitti giuridici, rispetto a cui si parla di norme di diritto internazionale ad essi applicabili (2), e per il cui regolamento si ricorre alla procedura prevista al secondo capoverso dell'art. 3 del Patto

---

Nella loro essenza, tutti i trattati di arbitrato che sono stati stipu-
ti, sono basati sulla differenza (indicata nell'art.13 del Covenant) tra
ntroversie riguardanti un diritto positivamente riconosciuto e formula-
da trattati, testi di convenzioni e principi di diritto internazionale,
conflitti riguardanti interessi che non sono stati positivamente consi-
rati come giuridici. A Locarno, le controversie di quest'ultima specie
rono chiamati, con termine non perfettamente corretto, conflitti d'inte-
si o più semplicemente controversie politiche" ("After Locarno"byEduard
es,Foreign affairs,An american Quarterly Review,Gennaio 1926.)

Lo Statuto della Corte Internazionale dichiara che la Corte dovrà ap-
care: 1) le convenzioni internazionali, generali o particolari, che pos-
no norme espressamente riconosciute dagli Stati contendenti; 2) consue-

di Mutua Garanzia e più estesamente all'art. 1° della Convenzione d'arbitrato Franco-Germanico che è del seguente tenore: "Toute contestation entre l'Allemagne et la Francie, de quelque nature qu'elles soient , au sujet desquelles les parties se contesteraient réciproquement un droit, et qui n'auraient pu être réglees à l'amiable par les procédés diplomatiques ordinaires seront soumises pour jugement soit à un tribunal arbitrel, soit à la Cour permanente de Justice internationale ainsi qu'il est prévu ci-après. Il est entendu

---

tudine internazionale evidentemente e generalmente accettate come leggi;
3) I principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili;
4) Le decisioni giudiziarie e gl'insegnamenti dei più qualificati pubblicisti delle varie Nazioni, come mezzi sussidiari per la determinazione delle regole di diritto.

E' inutile che io mi trattenga sul valore relativo della distinzione che nelle varie convenzioni esaminate e da esaminare si fa tra controversie giuridiche e controversie politiche (od economiche). Si tratta invero di una distinzione che, nel campo del diritto internazionale, si suol fare badando più ad elementi sostanziali che ad elemento formale del concetto di norma giuridica. Regole vere e proprie di diritto non vi sono state in diritto internazionale, almeno nel senso che noi sogliamo dare all'espressione "norma di diritto". Comunque, la distinzione va tenuta presente, perchè serve a denotare il tentativo di venire, anche nel campo del diritto internazionale, ad una delimitazione fra la zona dei conflitti giuridici e la zona dei conflitti economici.

que les contestations ci-dessus visées comprennent notamment celles que mention l'art.13 du Pacte de la Société des Nations. Cette disposition ne s'applique pas aux contestations nées de faits qui sont antérieurs à la présente convention et qui appartiennent au passé.

Les contestations pour la solution des qu'elles une procédure spéciale est prévue par d'autres conventions en vigueur entre l'Allemagne et la France seront réglées conformément aux dispositions de ces conventions" (1)., (2)

---

(1) Agli articoli della Convenzione d'arbitrato stipulata fra la Germania e la Francia (annesso C) corrispondono, nella stessa dizione, e nello stesso numero, gli articoli delle convenzioni d'arbitrato stipulate fra Germania e Belgio (annesso B) Germania e Polonia (annesso C), Germania eCecoslovacchia (annesso E). Alle convenzioni suddettee premesso il Patto di Mutua Garanzia .

(2) Quest'articolo è importantissimo da due punti di vista: 1) esso statuisce l'intervento arbitrale quando non si sia potuto pervenire alla soluzione contrattuale con mezzi pacifici. Ciò vuol dire che il compromesso non è ancora un contratto che risolva il conflitto che si manifesterà, in quanto di questo contrasto si suppone possibile la soluzione contrattuale (osservazione che colpisce in pieno la tesi dello Scaduto), il che vuole anche dire che la soluzione contrattuale non è ancora ricorsa; 2) Il contratto cui accenna l'articolo suddetto può non nascere sempre che lo voglia una delle parti del conflitto. Essendo infatti la convenzione d'arbitrato un atto compromissorio generale, la soluzione contrattuale del conflitto concreto che si manifesterà nel futuro non potrà mai essere imposta con mezzi di violenza economica; potrà invece in ogni caso, e per volontà di una sola delle parti , ricorrersi alla

I cosidetti conflitti politici costituiscono l'altro ordine di conflitti per il di cui regolamento dettano speciali disposizioni il terzo comma dell'art. 3 del Patto di Mutua garanzia è, più estesamente, l'art. 17 della convenzione d'arbitrato Franco Germanica: ed il successivo art. 18.

Art. 17 - "Toutes questions sur lesqqelles le Gouvernement Allemand et le Gouvernement Français seraient divisés sans pouvoir les résoudre à l'amiable par les procédés diplomatiques ordinaires dont la solution ne pourrait être recherchée par un jugement ainsi qu'il est prévu par l'art. 1° de la présente convention et pour les quelles une procédure de règlement ne serait pas déjà prévue par d'autres conventions en vigueur entre les parties seront soumises à la Commission permanente de Conciliation qui sera chargée de proposer aux parties une solution acceptable et, dans tous les cas, de présenter un rapport".

Art. 18 - "Si dans le mois qui suivra la clôture des ravaux de la Commission permanente de Conciliation, les deux parties ne se sont pas entendues, la question sera, à la requête de l'une ou de l'autre partie, portée devant le Conseil de la Société des Nations qui statuera conformément à l'art. 15 du Pacte de la Société."

---

procedura arbitrale, di cui l'atto compromissorio generale è un presupposto. Il ricorso, per parte di un solo degli Stati contendenti, a prescindere dalla volontà degli altri Stati contendenti, è possibile per il fatto stesso che, all'atto in cui è nato, il compromesso generale ha superato il conflitto o il possibile conflitto delle volontà contrattuali, asservendole, obbligandole cioè a subire l'intervento e la decisione arbitrale.

Ho detto che il compromesso, di cui nei trattati di Locarno, ha valore di semplice atto costitutivo di potere arbitrale, il che vuol dire che, per l'intervento di questo potere, occorre non si manifesti una volontà rivocatoria, identica, nei suoi elementi fondamentali, alla volontà costitutiva. Per cui, se è possibile all'arbitro intervenire ogni volta che una delle parti ne lo richieda in quanto questa richiesta presuppone l'inesistenza d'una volontà rivocatoria identica alla volontà costitutiva, non è più possibile all'arbitro intervenire quando nessuna delle parti richieda il suo intervento. Ciò risulta benissimo dalla stessa dizione degli articoli 16 e 18 della Convenzione d'arbitrato Franco Germanico.

La libertà contrattuale delle parti viene così, in ogni caso, garantita. Sempre che le due parti vogliono riprendere intera la loro libertà d'azione, esse possono farlo, il potere dell'arbitro a intervenire nel conflitto trovando un limite nella natura stessa della manifestazione di volontà compromissoria.

L'art. 16 della Convenzione d'arbitrato fra Germania e Belgio dichiara: "A défaut de Conciliation devant la Commission permanente de Conciliation, la contestation sera soumise par, voie de compromis soit à la Cour permanente de Justice internationale dans les conditions et suivant la procédure prévues dans sont statut, soit à un tribunal arbitral dans les conditions et suivan la procédure prévues par la Convention de La Haye du 18 octobre 1906 pour le Réglement pacifique des Conflits internationaux.

A défaut d'accord entre les parties sur le compromis et après un préavis d'un mois, l'une et l'autre d'entre elles aura la faculté de porter directement par voie de requête la contestation devant la Cour permanente de Justice internationale".

Quest'articolo è importantissimo perchè vhiarisce, non solo la configurazione giuridica data al compromesso, ma benanche le differenze sostanziali fra le varie forme di compromesso. Infatti il compromesso che si potrà eventualmente stipulare al manifestarsi d'un conflitto concreto(ipotesi prevista nello stesso art. 16) non potrà che avere valore processuale, e non costitutivo, essendo ognuna delle parti già vincolata dalla volontà compromissoria, espressa in precedenza genericamente. In altri termini, il compromesso che si stipulerà al manifestarsi di un conflitto concreto, avrà, in certo senso, lo stesso valore del compromesso giurisdizionale sul terreno dei conflitti giuridici, compromesso che, come abbiamo visto, non ha nessuna efficacia costitutiva ma un semplice valore di nomina del giudice. (1).

---

(1) Anzilotti - Op. cit. pag. 17: "Il compromesso, si è detto, indispensabile finchè si tratta di costituire il giudice, non ha più ragione di essere in relazione con un trattato permanente, che ha già costituito, una volta per sempre, il giudice e stabilito le modalità della sua funzione: in tali condizioni, un compromesso speciale, volta per volta, non è più ragionevole di quello che sarebbe un compromesso fra due privati per ricorrere ai tribunali ordinari. Su per giù, nello stesso ordine di idee, si distingue da alcuni un compromesso proprio, che istituisca exnovo il giudizio arbitrale, e un compromesso improprio, che non fa altro che stabilire talune modalità di un giudizio già previsto e reso obbligatorio da un precedente trattato; altri parla in questo caso di protocollo di sottomissione in contrapposto al compromesso".

Le sanzioni, dirette a garantire il funzionamento positivo dell'ordinamento arbitrale di cui nei trattati di Locarno, sono previste all'art. 5 del Patto di Mutua Garanzia: "La stipulation de l'art. 3 du présent traité est placée sous la garantie des Hautes Parties contractantes ainsi qu'il est prévu ci-après.

Si l'une des Puissance mentionnées à l'art.3 refuse de se conformer aux méthodes de règlement pacifique ou d'éxécuter une décision arbitrale ou judiciaire et commet une violation de l'art.2 du présent traité ou une contravention aux art. 42 ou 43 du traité de Versailles, les dispositions de l'art. 4 du présent traité s'appliqueront.

Dans le cas ou, sans commetre une violation de l'art. 2 du présent traité ou une contravention aux art.42 ou 43 du Traité de Versailles, une des Puissance mentionnées à l'art.3 refuserait de se conformer aux méthodes de règlement pacifique ou d'éxécuter une décision arbitrale ou judiciaire, l'autre partie saisira le Conseil de la Société des Nations, qui proposera les mesures à prendre; les Hautes Parties contractantes se conformeront à ces propositions".

Si noti che i trattati di Locarno sono ricondotti all'ordinamento giuridico proprio della Società delle Nazioni, sono concepiti cioè nello spirito della Lega, e in tutto l'ordinamento della pace ch'esse hanno posto in essere, attribuiscono alla Lega delle Nazioni il compito principale: risoluzione arbitrale dei conflitti politici, propositione delle sanzioni, durata ed efficacia dei trattati d'arbitrato.

Nei riguardi della durata,coll'art. 8 del Trattato di Mutua garanzia, trattato che contiene le linee fondamentali dell'ordinamento arbitrale, viene esclusa la possibilità di determinare la risoluzione del compromesso per semplice denuncia o per applicazione

della clausola rebus sic stantibus (applicazione che ha dato luogo ai maggiori inconvenienti nel campo dei rapporti internazionali". Anche questa differenza fra ordinamento del compromesso e ordinamento del contratto, va tenuta presente per dare maggior rilievo alla natura giuridica dei due istituti.

Art. 8 - "Le présent traité sera enregistré à la Société des Nations conformément au Pacte de la Société. Il restera en vigueur jusqu'à se que, sur la demande de l'une ou de l'autre des Hautes parties contractantes notifiée aux autres Puissances signataires trois mois d'avance, le Conseil, votant à la majorité des deux tiers au moins, costate que la Société des Nations assure aux Hautes parties contractantes des garanties suffisants, et le traité cessera alors ses effets à l'expiration d'un délai d'une année".

Esaminiamo ora il Protocollo di Ginevra e vediamo quale configurazione giuridica si sia data all'arbitrato nel Protocollo stesso. Nel rapporto del primo comitato, relatore il Politis, (1) si legge: "L'arbitrato obbligatorio è la base fondamentale del sistema proposto".

Questa affermazione è esatta soltanto quando s'intenda nel senso che il Protocollo di Ginevra, avendo valore d'un vero e proprio trattato generale d'arbitrato, accettato che sia dagli Stati, rende l'arbitrato obbligatorio in tutti i casi in cui il conflitto non si possa risolvere pacificamente.

L'arbitrato non è obbligatorio nel senso che sia imposto agli Stati, nel qual caso sorgerebbe la giurisdizione, ma è obbligatorio nel senso che gli Stati, che abbiano firmato il Protocollo, abbiano

---

(1) "Protocol for the Pacific Settlement of International Disputes"=The monthly summary of the League of Nations=Supplement,October 1924.

perciò stesso determinato le condizioni d'intervento, nel caso di conflitti non risolti pacificamente, del potere arbitrale. Ma la base di questo potere è sempre il compromesso. Si legge infatti nel rapporto (nota all'art. I del Protocollo): "Appena che il Protocollo entrerà in vigore, le sue disposizioni diverranno obbligatorie tra gli Stati firmatari, e in loro confronto il Consiglio della Lega delle Nazioni potrà subito esercitare tutti i diritti ed imporre tutti i doveri conferiti dal Protocollo.

Tra gli Stati membri della Lega delle Nazioni, il Protocollo può in primo tempo creare un regime dualistico, poichè, se esso non è immediatamente accettato da tutti gli Stati membri, le relazioni tra firmatari e non firmatari saranno ancora regolate dal solo patto della Società delle Nazioni, mentre le relazioni tra firmatari saranno regolate dal Protocollo".

Fissata così la base compromissoria del Protocollo, non possono rilevare come quella frase "arbitrato obbligatorio" abbia un significato speciale che le deriva dalla caratterizzazione giuridica del compromesso, diversa , in parecchi punti fondamentali, da quella che è propria dei Trattati di Locarno.

Nel Protocollo di Ginevra infatti, il compromesso, accettato dalle parti è compromesso di riconoscimento del potere d'intervento del giudice nel conflitto, nonnè compromesso costitutivo come nei trattati di Locarno.

Gli Stati che abbiano firmato il compromesso (Protocollo), hanno costituito un giudice il cui potere d'intervento si esplica ormai indipendentemente dalla persistenza o meno d'una volontà compromissoria attuale nei soggetti del conflitto.

In altri termini, col Protocollo di Ginevra si sente più stretta l'analogia fra manifestazione di volontà contenuta nel Protocollo

stesso e manifestazione di volontà contenuta nel Covenant. Le basi contrattuali mancano nell'uno e nell'altro, mentre assurgono ad importanza le basi costitutive dell'ordine giuridico.

Da che cosa si può arguire il carattere di atto di riconoscimento del giudice, nel Protocollo di Ginevra? Da tutto un insieme di norme, che, pur derivando da una manifestazione di volontà compromissoria, si rendono subito indipendenti da questa manifestazione di volontà. In altri termini, nel Protocollo, l'atto di autolimitazione, propria del compromesso, acquista un carattere costitutivo definitivo.

Per esempio, all'ultimo comma dell'art. 11 si legge: "Se ambedue i soggetti del conflitto sono aggressori ai sensi dell'art. 10, le sanzioni economiche e finanziarie si applicheranno ad ambedue"

Questo comma è interessantissimo e per esso, in fondo, il Protocollo acquista il carattere giuridico di atto di riconoscimento del giudice. Se infatti due Stati non possono riprendere intera la loro libertà contrattuale quale preesisteva prima della firma del Protocollo, non possono cioè manifestare una volontà rivocatoria del potere dell'arbitro, vuol dire che il compromesso non è più una manifestazione di volontà che importi trasferimento o revoca di potere entro i limiti da essa tracciati, ma una manifestazione di volontà che importi delle conseguenze giuridiche (autolimitazione) definitive riguardo a sè stessa. Anche da questo punto di vista, che assume a carattere fondamentale del compromesso, il carattere contrattuale, bisognerebbe che spiegasse come contrattualmente potrebbe prodursi quest'effetto.

Bisogna invece guardare a questo effetto come conseguenza delle necessità dell'ordine giuridico. Il diritto può ben disporre che

un conflitto economico, sottoposto a risoluzione arbitrale, implichi degli obblighi giuridici che eccedano il limite degli obblighi contrattuali tipici. L'ordine giuridico in tal caso rasenta i limiti giurisdizionali, per cui, pur caratterizzando ancora come economico un ordine di conflitti, dà a certe particolari manifestazioni di volontà una tale configurazione giuridica da ridurre al minimo il potere dispositivo dei soggetti del conflitto in rispetto alla soluzione del conflitto stesso.

Nel rapporto del terzo comitato, relatore Benes,(commento all'art. 11,ultimo comma) si legge: "Come, in base all'art. 10 del Protocollo, può avvenire che ambedue gli Stati coinvolti nel conflitto siano dichiarati aggressori, sorge la questione del modo migliore con cui potrebbe risolversi questo problema. Si presentavano tre alternative: applicare il principio contenuto nel par.1, il che praticamente equivale a fare una specie di guerra di polizia contro tutt'e due gli Stati, o lasciare che l'affare abbia il suo corso, o, finalmente, costringere gli Stati che disturbano la pace del mondo a desistere da atti di guerra con l'impiego di misure meno severe di quelle indicate al par. 1. E quest'ultimo metodo che si è voluto scegliere. Misure economiche soltanto saranno prese contro tali Stati, e naturalmente essi non avranno diritto a richiedere l'aiuto di cui all'art. 11, par.3".

Si spiega così perchè si sia parlato di "arbitrato obbligatorio". Firmando il Protocollo, gli Stati non avevano che da scegliere due vie: o regolare in via pacifica e su basi contrattuali il conflitto, o sottoporsi alla procedura arbitrale. Coi Trattati di Locarno invece gli Stati possono seguire tre vie: regolare in via pacifica e su

basi contrattuali il conflitto, sottoporsi alla procedura arbitrale, revocare di mutuo accordo, esplicitamente o implicitamente, il compromesso e riprendere la piena libertà contrattuale. (1)

Nel rapporto del primo comitato si legge ancora: "La realizzazione di questo grande ideale (lo stabilimento di un pacifico e legale ordine nelle relazioni tra i popoli), al quale l'umanità aspira con una volontà che mai fu più fortemente affermata, presuppone, come condizione indispensabile, l'eliminazione della guerra, l'estensione delle norme di diritto e il fortificarsi del sentimento di giustizia. Il Patto della Società delle Nazioni eresse una specie di muro di protezione intorno alla pace del mondo, ma esso fu un primo tentativo di ordinamento internazionale ed esso non ha potuto chiudere la cinta in maniera da non lasciare via aperta alla guerra. Esso ha ridotto il numero delle guerre possibili. Non le condanna del tutto. Ve ne sono alcune ch'esso ha dovuto tollerare. Conseguentemente sono rimaste, nel sistema stabilito, numerose fessure che costituiscono un grave pericolo alla pace.

Il nuovo sistema del Protocollo va più in là. Esso chiude la cerchia eretta dal Patto,; proibisce ogni guerra di aggressione. da ora innanzi nessuna guerra privata tra le Nazioni sarà tollerata. Il risultato è ottenuto col rinforzare i metodi pacifici di procedura previsti nel Patto. Il Protocollo li completa e li estende ad ogni conflitto internazionale senza eccezione, rendendo l'arbitrato obbligatorio. L'arbitrato così contemplato differisce dall'arbitrato classico in vari rispetti: a) esso è soltanto una parte della grande macchina degli accordi pacifici, Esso è posto sotto gli auspici e la direzione del Consiglio della Lega delle Nazioni; b)Esso non è soltanto uno strumento per l'amministrazione della giusti-

zia. Esso è, sopratutto, uno strumento di pace. Gli arbitri devono, senza alcun dubbio, cercare in primo luogo di applicare le regole e i principi del diritto internazionale. Questa è la ragione per cui come si vedrà in seguito, essi sono tenuti a rivolgersi alla Corte permanente di giustizia internazionale se una delle parti lo richiede. Ma se il diritto internazionale non fornisce nessuna norma o principio applicabile al caso particolare, essi non possono, come gli arbitri comuni, rifiutarsi di dare una decisione. Essi son tenuti a procedere in base all'equità, poichè nel nostro sistema di arbitrato è sempre necessario pervenire a una soluzione definitiva della controversia...c) L'arbitrato non si basa soltanto sulla lealtà e buona fede delle parti. Alla forza morale e legale di un arbitrato comune è aggiunta la forza attuale derivante dall'ordinamento internazionale di cui l'arbitrato in questione forma uno dei principali elementi; l'assenza di una sanzione che ha impedito lo sviluppo dell'arbitrato obbligatorio è venuta meno nel nostro sistema... Nel sistema del Protocollo l'obbligo di sottomettere le controversie all'arbitrato ha efficacia diretta poichè quest'obbligo è sempre accompagnato da una sanzione... Le sentenze son sempre sanzionate, con sanzioni adatte alle circostanze del caso e più o meno severe secondo il grado di resistenza offerto all'esecuzione della sentenza" (1).

---

(1) Erich "Le protocole de Genève" in Revue de Droit Intern. et de Leg. Comp., 1924, pag. 509 "D'après le Pacte, comme le fait observer le rapporter M.Politis il y à des guerres prohibées, il y à des guerres légales. Or, à l'avenir, dans la communauté contituée par les Etats signataires du Protocole, le déclenchement d'une guerre sera toujours une chiose

Nel Protocollo di Ginevra, il compromesso essendo caratterizzato come atto di riconoscimento, il potere dell'arbitro può essere soltanto limitato da una manifestazione contrattuale di volontà degli Stati, nei riguardi della soluzione del conflitto, che non implichi l'uso e l'esercizio di mezzi contrattuali che, per il fatto stesso della stipulazione dell'atto compromissorio, la norma giuridica internazionale dichiara illeciti (guerra ecc.).

Questa caratterizzazione giuridica dell'atto compromissorio, per le particolarità proprie dell'ordine giuridico internazionale, è ottenuta attraverso un atto generale (Protocollo) che fa preesistere una manifestazione di volontà compromissoria ad ogni conflitto che potrebbe scoppiare fra Stati. E' sempre dunque un patto sociale che crea le condizioni giuridiche e le norme che caratterizzano, nel campo internazionale, tutta l'attività giuridica (attività compromissoria, contrattuale, lecita, illecita) dei singoli soggetti contrattuali, patto sociale che però si riconduce, in certo qual modo al patto costituzionale fondamentale: il Patto della Società delle Nazioni.

---

illicite, impliquant une culpabilité, une crime international. Il n'est pas hors du domaine des possibilités que lorque deux Etats se font la guerre, ni l'un ni l'autre ne viole, par là même, les droits de la partie adverse, puisque tous deux préfèrent la guerre à toute procédure pacifique. Or, même si tous les deux tiennent à se battre, pareil événement sera toujours, d'après le Protocole, une affaire d'une portée générale et qui intéresse les autres signataires, de sorte qu'il leur incombe réagir contre cette lutte individuelle".

E' di estremo interesse notare come attraverso questo giuoco di patti a carattere strumentale, la Società internazionale cerchi di costituirsi un ordine giuridico che sia il prodotto della volontà sociale contrapposta alla volontà anarchica individuale. I trattati di Locarno non hanno certo l'importanza sociale del protocollo di Ginevra e in ciò sta la loro inferiorità nei riguardi della costituzione d'un più rigoroso ordine giuridico. Per compenso nei trattati di Locarno stessi non manca un ampio riferimento al patto costituzionale, specie nei riguardi dell'obbligatorietà del trattato. Abbiamo visto infatti che l'art. 8 rimanda al Consiglio della Società ogni decisione in merito alla persistenza o meno del trattato.

LA CONCILIAZIONE

Chi ha seguito giuristi e filosofi del diritto in quelle che sono state le dispute interno al significato, alle finalità ed alle opportunità della creazione di istituti di conciliazione (dispute che, penseranno alcuni han fatto il loro tempo, ma che acquistano tuttavia una notevole importanza oggi in cui si torna a discutere del funzionamento di questo istituto in campi ben diversi) non sarà sfuggito come tali dispute si siano aggirate intorno a due dei momenti, dirò così, più rilevanti del funzionamento dell'istituto nel campo del diritto individuale.

Il primo di questi momenti potrebbe riguardare l'attività svolta dal conciliatore per la composizione del conflitto; il secondo, l'attività del conciliatore in dipendenza dell'efficacia giuridica della composizione del conflitto.

La disputa riguardante le caratteristiche del primo di questi momenti rivestì, nei tempi susseguenti alla rivoluzione francese un grande interesse. Uguale interesse dovrebbe rivestire oggi in cui lo stesso problema, per ben altre esigenze, si presenta alla mente del legislatore. Dal giorno in cui l'assemblea costituente in Francia accolse con entusiasmo l'idea di istituire questa speciale magistratura che, oltre al giudicare senza grandi formalità e lungaggini delle più piccole cause, si occupasse di prevenire le liti di maggior valore, si accese la discussione sull'opportunità o meno di attribuire questa seconda funzione al conciliatore. Nè la discussione era oziosa, trattandosi di una istituzione statale cui bisognava pure assegnare una finalità che fosse in armonia colle finalità stesse che lo stato deve

perseguire nell'interesse sociale.

Vediamo così delinearsi una prima concezione, errata in verità, per la quale il conciliatore non dev'essere che un paciere, un semplice mediatore che deve tentare con ogni cura di conciliare i litiganti. Questa concezione si caratterizza per l'avversione profonda che mostra verso i mezzi processuali ordinari: Niente di più dannoso della lite, niente di più costoso del processo. Questi mezzi rovinano senza costituire grandi vantaggi. Lo stato farà bene ad istituire degli organi, destinati a convincere le parti della necessità di evitare tali svantaggi mediante un'accomodamento.

Lo stesso ministro guardasigilli, nella relazione con cui accompagnò la presentazione del Codice del 1865, così parlava intorno alla conciliazione: "Quanto è necessario che la legge impedisca ai cittadini il farsi diritto di loro mano, sostituendo la forza privata alla giustizia sociale, altrettanto conviene che la ragione pubblica non intervenga, se non in sussidio di ogni mezzo volontario, inteso ad antivenire o a cessare le liti, le quali sono di per sè cagione di dissidi, di turbazioni e di rancori infesti al benessere sociale. Ecco a quale intento e per quale proposito il Codice si apre con i due capi della conciliazione, che previene le liti, e del compromesso che le definisce per via amichevole. Ora non vi è maggior pericolo che quello di vedere nella conciliazione l'istituto capace di prevenire tutti i mali dell'ordinamento giudiziario.Intanto parlare di questi mali, proprio all'atto della creazione di un codice di diritto processuale, mi sembra una cosa inopportuna.

Il sestema giudiziario è un male, ma un male che è necessario

per raggiungere un bene. In quanto e finchè questo bene può esser raggiunto per altre vie, in quanto e finchè i soggetti di diritto possano preferire altre vie, lo stato vede legittimata la sua azione. Ma lo stato non può, perchè il raggiungimento di quel bene costa, preoccuparsi semplicemente di evitare il costo del raggiungimento di quel bene sociale. Lo stato non può vietare le transazioni quando ritenga che i soggetti possano disporre del proprio interesse. Ma lo stato che, per esempio, incoraggiasse la transazione, negherebbe le ragioni stesse della sua esistenza, le ragioni stesse dell'ordinamento giuridico.

In ogni modo la concezione che noi abbiamo esaminata, concezione antigiuridica illusoria, assegnava alla stato il compito di rimuovere con speciali istituzioni statali, i danni recati da altre istituzioni statali. Essa, riguardando la conciliazione come un ufficio di mediazione, negava per ciò stesso le finalità giuridiche dello stato. Lo stato che, invece di eliminare quel tanto di svantaggio che dall'adire ai tribunali potesse derivare, spingesse in un modo o nell'altro soggetti di diritto alla composizione contrattuale dei loro conflitti, lo stato che desse vita ad un ordinamento giudiziario troppo costoso, per raggiungere quel bene altissimo che è la composizione nell'interesse sociale dei conflitti, questo stato avrebbe negato per ciò stesso la necessità della sua esistenza.(1)

---

(1) Non sembrino esagerate queste considerazioni. Oggi il problema dell'amministrazione della giustizia dovrebbe preoccupare e preoccupa infatti la coscienza sociale. In tutti i campi e in quello del diritto interindividuale e nel campo dei così detti diritti in formazione (diritto

Un'altra concezione, partendo dalla stessa affermazione: essere cioè la conciliazione una forma di mediazione, si manifesta affatto contraria all'istituto della conciliazione. Coloro che seguono questa corrente critica, sostengono che il conciliatore, pur di accordare le parti, calpesterà diritti, commetterà ingiustizie, approfitterà della debolezza di coloro che non sanno sottrarsi alle esortazioni suadenti.

Evidentemente nessuna di queste due opinioni, per quanto professate da giuristi, risponde ad una rigorosa concezione giuridica e ciò perchè ognuna di esse si basa su un'affermazione pregiudiziale inesatta. Attribuire pregi impagabili o difetti vitali all'istituto, senza prima dire perchè lo stato l'ha creato, come ed ispirandosi a qual principio agirà il conciliatore, quale sarà la caratteristica dell'eventuale soluzione del conflitto, è un volere costruire a vuoto.

Una critica, a parer ~~xxxx~~ mio rigorosamente giuridica per quanto non accettabile, sembra essere stata fatta dal Bentham, nella parte della sua opera in cui si occupa dei "Juges de paix". (1)

---

interindacale e diritto internazionale) il problema dell'amministrazione della giustizia s'impone. Del crescente interesse a questi problemi forse abbiamo un più suggestivo esempio nel campo sindacale ed internazionale.

Ma anche nel campo del diritto interindividuale esigenze nuove e nuovi bisogni si fanno sentire, e non c'è cosa più nociva dell'indifferenza con cui legislatore, giuristi e magistrati accolgono certi sintomi sociali. I problemi dell'arbitrato e del giudice, della scelta e della composizione del giudice, della celerità o meno dei giudizi sono problemi che vanno discussi a fondo come saggiamente mostra di ritenere il mio Maestro il quale continuamente ad essi si richiama nei suoi scritti.

(1) Bentham - Oeuvres - Tom. 3° De l'organisation judiciaire Cap.1 p.1 e segg.

Val la pena di riferire il pensiero dello scrittore. Il Bentham in sostanza afferma: 1° che lo scopo dominante nel processo dev'essere la giustizia della decisione e che la celerità, l'economia, la semplicità sono si scopi importanti, ma ad essi non si deve sacrificare quella che abbiamo chiamata la giustizia della decisione; 2° che la conciliazione ha uno scopo lodevolissimo, ma essa non lo può raggiungere per l'insufficienza dei mezzi. Infatti o la decisione dei conciliatori si fonda su ragioni sufficienti o su ragioni insufficienti. "Nel primo caso - continua a dire il Bentham - la decisione è giusta, ma l'ufficio di conciliazione avrebbe compiuto le funzioni di una corte di giustizia; nel secondo la decisione è ingiusta. L'oggetto di questa istituzione è di prevenire i processi: ma come i conciliatori devono operare? Non hanno essi le parti da ascoltare, delle prove da esaminare, degli argomenti da discutere? Ma esporre le proprie ragioni, fare intendere i testimoni, vuol dire litigare. Ecco dunque una procedura stragiudiziaria istituita per prevenire il processo! Bisogna che la magia delle parole sia ben grande perchè questa abbia potuto incantare tanti buoni spiriti. Una lite in conciliazione deve avere tutte le parti essenziali d'una lite in giustizia: le stesse lungaggini, le stesse difficoltà, le stesse spese, supponendole ridotte nei tribunali all'assoluto necessario. Un ufficio di conciliazione farà dunque tutto il male che una Corte di giustizia può fare, ma fa lo stesso male senza poter operare lo stesso bene. Pronunciare senza ragioni sufficienti è un atto di temerità che non conviene nè ad un uomo, nè ad un tribunale; ma se voi avete una ragione sufficiente per formare una decisione, perchè non decidere? La vostra decisione può fare del bene e non può fare alcun male. Essa fa del bene se le due parti vi acconsentano; perchè, che cosa si può attendere di più dal tribunale più rispettato? Essa non può fare alcun male, poichè,

se l'una delle parti non dà il suo consenso, il ricorso all'Appello l'è aperto, e la causa è portata subito dinanzi al tribunale che le ispira più confidenza".

Non consento con le conclusioni del Bentham, ma devo pur riconoscere che l'impostazione della questione è fatta da questo filosofo da un punto di vista strettamente giuridico. Egli anzitutto non mette in dubbio che il conciliatore sia chiamato a decidere, pur non rivestendo la sua decisione carattere di sentenza, e questa affermazione è tanto più importante in quanto la maggior parte dei giuristi che dopo di lui trattarono dell'argomento non sognarono nemmeno che il conciliatore fosse chiamato a decidere. Ma, ed ecco il problema su quali elementi deciderà il conciliatore? Il Bentham risponde senz'altro che, se il conciliatore vuole decidere con giustizia, non potrà che decidere valendosi degli stessi mezzi di cui si vale un giudice ordinario, con una difficoltà in più: ch'egli dovrà poi sforzarsi a fare adottare la decisione dalle parti. Ora evidentemente tutto ciò si basa sul presupposto che le difficoltà ed il costo d'un giudizio ordinario siano inevitabili per addivenire ad una giusta decisione. Si presuppone che lo stato li abbia ridotti al minimo, e che, al disotto di quel minimo, non si possa scendere senza pervenire ad una ingiusta decisione della controversia. Al di fuori della corte di giustizia, secondo il Bentham, della giurisdizione non vi possono essere che decisioni ingiuste. (1)

---

(1) Non si può negare che, in quanto si miri ad attuare, attraverso il giudizio ordinario, principi universali (elaborati dal legislatore o dal giudice) le affermazioni del Bentham siano esatte. Ma dove lo stato transig-

La critica del Bentham sembra compire in pieno l'istituto della conciliazione e qualche autore, che ha voluto controbatterlo, non è stato sufficientemente convincente. (1)

---

ga sull'attuazione assoluta di principio universale di diritto, lasciando alle parti di contrattare in riguardo a conflitti giuridici, è possibile ammettere che lo Stato stesso promuova delle composizioni contrattuali che si basino sul principio di giustizia(Conciliazione). In altri termini nell'atto in cui lo Stato concede libertà di convenzione rispetto a un ordine di conflitti giuridici, per ciò solo può sentire la convenienza di lasciare che almeno il principio di giustizia si affermi nella convenzione che deroga ai principi universali di soluzione dei conflitti. Osservo di scorcio che il Meyer condivide pienamente le opinioni del Bentham, criticando l'istituto della conciliazione con molto rigore giuridico (Meyer -Istituzioni Giudiziarie - Libro VIII p. 427 e segg.

(1) Pisanelli Vol.I p.117 e segg. "Il principio da cui muove il Bentham è poco esatto, ed è stato a buon diritto confutato dal Boncenne: giammai - questi dice - i tribunali di conciliazione hanno profferito decisioni, udito testimoni, esaminato prove, o estimate le conclusioni delle parti... la citazione presso le magistrature di pace non è un'azione giudiziaria, nè un principio di azione: quivi non si domanda una sentenza. e un invito fatto alle parti di trovarsi insieme affinchè si spieghino ed accordino, se il vogliono. Il conciliatore esorta e non decide: le sue funzioni non hanno nulla di magistrale. A prescindere da questa ragionevole osservazione del Boncenne, noi facciamo notare che il Bentham disaminò il sistema conciliativo forzoso, il quale, sotto molti rispetti, pare anche a noi riprovevole, senza però dir nulla intorno al sistema di conciliazione volontario, fondato sul principio elettivo del conciliatore

Spettava al Cannelutti di distruggere questa critica, delineando in modo perfetto i caratteri fondamentali della condiliazione. E' evidente infatti che accanto alla decisione di diritto, cui pensa il Bentham vi è una decisione di equità, anzi spesso un giudice di diritto è chiamato dalla legge a decidere secondo equità. E nella stessa Inghilterra, patria del Bentham, accanto alle Corti di giustizia, chiamate ad applicare il diritto, vi sono le Corti di equità chiamate a decidere secondo equità. Non staremo qui a dire che cosa s'intenda per equità e se una lite possa avere una soluzione di diritto ed una soluzione di equità.

---

sistema che a noi sembra commendevole, siccome quello che riunisce i vantaggi che derivano dalla conciliazione, ed evita i danni che provengono dal richiederla per forza, ed all'imporre alle parti un giudice addetto a questo ufficio. Senonchè a noi pare che anche nei limiti che si è prefisso, il Bentham vede la questione sotto certi rispetti esclusivi ed accidentali che non valgono a farci dubitare della bontà intrinseca dell'istituzione della conciliazione, la quale, in verità, rimane pur sempre la stessa, a malgrado del tristo carattere delle parti, o della parzialità di un giudice. Ne può dirsi che la conciliazione, come transazione, sia in ogni caso un rifiuto parziale di giustizia; perocchè nelle relazioni fra le parti non è da por mente al solo rigore delle leggi della giustizia , senza punto curarsi dell'equità, della moralità, della concordia che deve stringere i cittadini e che valgono bene il pregio di un qualche sacrifizio da parte dei litiganti".

Questo problema verrà esaminato in pieno nel seguito della trattazione. Qui basta accennare a questo: che sarebbe sufficiente la contrapposizione del giudizio di equità al giudizio di diritto per giustificare in pieno la conciliazione di fronte alle critiche del Bentham. Ma vado più oltre e, sul terreno del diritto interindividuale, ritengo che la conciliazione di possa giustificare anche di fronte al giudizio di equità seguito dinanzi ad un organo giurisdizionale (1). Si può affermare che il giudizio di equità a cui giungerà il conciliatore, sarà in ogni modo raggiunto attraverso una procedura giudiziale molto più semplice di quella di cui si serve un giudice di equità nell'esplicazione della sua attività giurisdizionale. In altri termini contrapponge, nel campo interindividuale, la decisione equa del conciliatore, non solo alla decisione conforme al diritto del giudice ma anche alla decisione conforme all'equità del giudice stesso. In tal modo si riescono a superare vittoriosamente tutte quante le critiche del Bentham. Per comprendere interamente ciò rimando alla trattazione sull'equità ed sul diritto, trattazione che conterrà un esplicito riferimento a questa questione.

Quanto ho esposto mette in chiara luce, io spero tutto quanto l'istituto della conciliazione, che realizza le sue finalità etiche e giuridiche attraverso il regime convenzionale. Alla soluzione contrattuale dei conflitti e nella struttura e nella sostanza, e dal punto di vista formale e dal punto di vista sostanziale, si sostituisce un regime contrattuale di soluzione dei conflitti dal punto

---

(1) Perchè anche in tal caso ritengo che si applichino dei principi universali che non sono certamente dei principi di giustizia del caso singolo.

di vista formale, mentre dal punto di vista sostanziale la conciliazione viene a garantire la realizzazione di un principio di giustizia. Non può dirsi infatti che soltanto il sottrarre la soluzione del conflitto alla volontà delle parti costituisca un regime di giusta soluzione dei conflitti; ritengo che il germe da cui si svilupperà regime giuridico, stia in questo sforzo di garantire un principio di giustizia nella soluzione dei conflitti, pur lasciando che la realizzazione del principio dipenda, in un primo momento, dall'identica volontà delle parti di darvi vita. Un istituto che funzioni in questo senso poggia bensì sul terreno contrattuale, ma già di per sè costituisce un istituto di transazione nei riguardi d'un regime giurisdizionale.

Ho detto come sia stato soltanto il Carnelutti a contrapporre questo carattere dell'equa soluzione della lite, ottenuta in sede di conciliazione, a carattere di composizione violenta della lite, ottenuta attraverso la transazione, e al carattere di soluzione strettamente giuridica per la lite stessa, ottenuta in sede giurisdizionale. Così cade non soltanto la critica del Bentham, il quale non aveva pensato che ad una sola possibile forma di decisione giusta (quella fondata sullo stretto diritto), ma cade anche l'affermazione comune che la conciliazione sia una mediazione, e cadono, di conseguenza, tutte le dispute svoltesi intorno a questo concetto.

In base a quanto ho detto precedentemente, resta accertato: 1°) che lo Stato, creando Tribunale di conciliazione, non ricorre ad un mezzo qualunque di composizione delle liti, negando la giustizia, ma offre un diverso modo di rendere giustizia. Ciò che del resto è comprovato dal fatto che, sul terreno sindacale e sul

terreno internazionale, l'istituto della conciliazione è stato quello a cui si è fatto ricorso per introdurre un elemento di giustizia, di equità nelle soluzioni contrattuali dei conflitti economici.

2°) Che lo Stato, accanto agli organi giurisdizionali, pone organi di conciliazione nell'interesse stesso dei soggetti di diritto, e sempre che questi mostrino volervi far ricorso, per evitare gli inconvenienti inevitabili che derivano dal portare la lite dinanzi all'organo giurisdizionale.

Il primo concetto non ha bisogno di ulteriori illustrazioni. Il secondo esprime come gl'inconvenienti della procedura siano inevitabili. Infatti, il diritto processuale ha carattere assolutamente formale; il processo si svolge attraverso ad una serie di atti formali compiuti dalle parti, dal giudice, da organi ausiliari. Il carattere formale poi del diritto processuale deriva dalle caratteristiche stesse della norma giuridica che il giudice dovrebbe applicare. Ho già detto come la norma giuridica sia un'astrazione e, quanto più astratta esso si presenta, tanto più guadagnerà in agilità, potendo comprendere un maggior numero di casi. La norma giuridica contempla un caso tipico; di ogni caso, che al giudice si presenta occorre ricercare quegli elementi fondamentali comuni al caso tipico contemplato dalla norma, ignorando tutti quegli elementi che nel caso tipico non compariscono. Questo difficile processo di accertamento (necessario affinchè il giudice possa fare una giusta applicazione della norma) determina tutti gli inconvenienti della procedura con i danni che per essi possono derivare

alle parti.

Il secondo concetto ci dice in qual senso debba interpretarsi l'attività dello Stato diretta alla creazione d'istituti di conciliazione. Essa è diretta non ad imporre un mezzo di soluzione delle liti, ma a preordinare, nell'interesse delle parti e sempre che queste se ne vogliano avvalere, questo mezzo di soluzione.

Questa impostazione ci permette di addivenire, nel campo del diritto interindividuale, ad una sola conclusione: che la conciliazione non si debba mai presentare come esperimento obbligatorio (lo ripeto: perchè nessun interesse diretto potrà avere lo Stato a questo esperimento) ma come esperimento facoltativo (lasciato cioè alla volontà delle parti, in quanto vi possano trovare interesse). L'attività dell'organo pubblico sarebbe dunque, per così dire, eccitata dalla volontà delle parti, mentre la veste che dovrebbe prendere questa attività sarà tale da corrispondere ai fini giuridici dello Stato. A questo potrà infatti riuscire indifferente che i suoi soggetti preferiscano una soluzione qualunque, equa o strettamente giuridica della loro lite, ma esso ha il dovere di non influire sulla volontà dei singoli, imponendo l'esperimento d'un mezzo di soluzione delle liti.

Le conclusioni evidentemente saranno diverse su diverso terreno. Il diritto interindividuale può non essere perfetto, ma esiste da secoli. La coscienza di esso si è formata pienamente e se molti conflitti, nel campo della sua applicazione, si risolvono ancora sul terreno economico, moltissimi sono suscettibili di soluzione giuridica, presentano cioè le caratteristiche dei conflitti giuridici.

Non così nel campo dei rapporti intersindacale e internazionale. Non v'è chi non veda come in questi campi lo sforzo ormai secolare dello Stato e della comunità internazionale si diriga verso un obbietto di enorme importanza per l'organizzazione giuridica ulteriore dello Stato e per una vera organizzazione giuridica della società internazionale: quello cioè di porre accanto al contratto, la sentenza; accanto alla soluzione contrattuale la soluzione giuridica.

Non vi è chi non veda come questo compito si sia presentato e si presenti difficilissimo e come quella che, per esempio, nell'ambito dello Stato, potrebbe sembrare facile azione (azione autoritaria dello Stato rispetto ai conflitti del lavoro) è invece una azione difficilissima che non può non essere preceduta da uno stato di elaborazione giuridica e di organizzazione di istituti giuridici. Nè questo concetto sembri esagerato, perchè vediamo come, in paesi in cui si è ricorso all'azione autoritaria dello Stato, si sia manifestato, dopo qualche tempo, un malessere alquanto significativo col desiderio di riprendere con maggiore coscienza di causa la via verso il trionfo del diritto (1)

L'enorme passo che dal campo contrattuale ci porterà al campo giurisdizionale, sul terreno del diritto internazionale ed intersindacale, si è fatto e si fa attraverso stadi successivi, alcuni dei quali si sono raggiunti e superati. Uno di tali stadi se presentato subito alla mente del legislatore statale e del legislatore internazionale, ed è quello della conciliazione.

E' molto significativo il fatto che, mentre sul terreno del diritto interindividuale, nel quale l'autorità dello Stato domina incontrastata, io presenti la conciliazione facoltativa come il miglior sistema cui lo Stato possa attenersi nell'interesse sociale, in campi in cui l'autorità dello Stato non si è manifestata ancora completamente o in campi in cui si costituisca lentamente questa autorità, vagheggi invece il sistema della conciliazione obbligatoria. Ma di ciò più a lungo altrove.

Riprendendo i concetti svolti, se la conciliazione non è una mediazione e se il componimento conciliativo non è una transazione, ma una giusta soluzione della lite, quali saranno i caratteri della funzione del conciliatore? In particolare, su che si basa l'attività del conciliatore? sulla necessità, rispondo, di pervenire alla formulazione di un giudizio logico da fare accettare alle parti. Il conciliatore dovrà svolgere un'attività analoga (ma più semplice in riguardo ai fini) a quella che svolge il giudice ordinario. Egli dovrà quindi conoscere perchè ciò è presupposto indispensabile del decidere.

Attività di cognizione è dunque comune al conciliatore ed al giudice; non solo è comune, ma si basa sugli stessi istituti processuali (comparizione delle parti, audizioni, prove, perizie, ecc.)

Come sia ordinata questa attività di cognizione, di quali poteri processuali sia investito il conciliatore, non è cosa che io posso per ora spiegare. Nei vari campi (interindividuale, intersindacale, internazionale) si sono attuati ordinamenti e procedure diverse che io analizzerò in seguito compiutamente.

Se all'attività conoscitiva succede, nel rapporto giuridico processuale ordinario, l'attività decisiva che si esplica in relazione alla posizione di un sillogismo in cui la premessa maggiore contiene la norma di diritto, la premessa minore il fatto, l'illazione la decisione, uguale attività decisiva si avrà nella conciliazione. Sarà essa attività puramente intellettiva, senza che assuma la forma di comando, ma è certo che essa dovrà sussistere. Rimane da discutere se la decisione si avrà in conseguenza della posizione di un sillogismo. Se e finchè il conciliatore decide in base al principio di giustizia del caso singolo (come avviene per esempio sul terreno interindividuale) il sillogismo non è logicamente necessario essendo la norma d'equità una conseguenza stessa del fatto obbiettivamente accertato. Se e finchè il conciliatore parte da una norma d'equità a carattere universalistico, il sillogismo diventa logicamente necessario. Analizzerò la struttura di questo sillogismo seguendo le traccie del Carnelutti.

Anzitutto il conciliatore dovrà porsi la norma che in tal caso, e per la natura stessa della sua funzione sarà una norma d'equità e non di diritto. Questa norma il giudice conciliatore la trarrà dall'opinione pubblica, dalla coscienza sociale. Il conciliatore dovrà farla sua, dovrà applicarla in quanto ciò possa avve-

nire. La norma d'equità non dovrà derivare dalla coscienza individuale di chi deve pervenire al giudizio, non dovrà nemmeno porsi in maniera che sia più possibile l'accettazione da parte dei contendenti. Se il conciliatore dovesse preoccuparsi fino a che punto la sua soluzione equa sarà accettata dalle parti, se egli avesse a misurare le forze contrattuali rispettive dei contendenti, la sua azione perderebbe d'efficacia e non sarebbe di nessun interesse sociale. Questo al solito è un concetto che, nello studio della conciliazione interindividuale, potrebbe avere un valore insignificante. La posizione della norma d'equità può, fino ad un certo punto, interessare, in questo campo, la società. Essa è fornita di un'arma ben più formidabile, che è il diritto pienamente elaborato.

Ma sul terreno sindacale per esempio, il saper porre la norma di equità, il porla sopratutto, astraendo da quello che potrebbe essere l'equilibrio particolare e temporaneo delle forze dei contendenti che il giudice ha dinanzi a sè, è condizione essenziale perchè l'istituzione abbia uno scopo. Il conciliatore è chiamato a formulare dei giudizi concreti e particolari, ma è proprio da questi particolari che potrà risalirsi all'universale, è proprio da rispecchiare, nella soluzione concreta, non l'equilibrio particolare d'interesse, ma l'equilibrio sociale delle forze contrastanti, quale pensa che debba essere l'aggregato sociale, nel suo insieme, che dipende l'efficacia del giudizio nel tempo e nello spazio.

Alla posizione della norma di equità, seguirà la posizione della fattispecie, e questa sarà posta così come il giudice conci-

liatore l'avrà accertata, in seguito alla sua attività recettizia. L'illazione conterrà finalmente quella che dev'essere la composizione sostanziale del conflitto.

Ho esaminato così brevemente le linee generali del processo di formazione del giudizio logico, cui, il giudice conciliatore, deve in definitiva pervenire. Mi propongo di esaminare in seguito le forme che assume questa attività, secondo quanto è dettato dai legislatori nei vari campi, cercando anche di mettere in chiara luce quelle norme che, avendo un carattere perfettamente processuale, e costituendo dei poteri di coercizione nel conciliatore, danno un rilievo giuridico speciale all'istituto, e costituiscono, per quanto norme processuali, cioè norme dirette a facilitare la composizione del conflitto, un principio d'intervento giurisdizionale, la dove, o per la natura economica del conflitto, o per il carattere contrattuale della composizione questo intervento potrebbe parere ingiustificato. Ciò varrà a dimostrare sempre più il carattere speciale della conciliazione che posa su un terreno intermedio fra il regime contrattuale e il regime giurisdizionale.

Aggiungo che questo processo di formazione del giudizio logico nella conciliazione, nella sua manifestazione esteriore, identico al processo di formazione del giudizio logico nella sentenza, ha tratto l'interesse di qualche scrittore che, per ciò stesso, ha manifestato dei dubbi sull'affermazione ormai invalsa fra gli scrittori di considerare la conciliazione come una forma di mediazione (1)

---

(1) Il Mortara, fra i processualisti, è l'unico forse il quale si sia, in certo qual modo, posto il problema in termini diversi dagli altri ultimo dei quali, il Calamandrè, le cui osservazioni sono tanto distanti dal pensiero del Carnelutti.

Quanto vado affermando in tema di conciliazione (valore di giudizio logico, obbiettivazione delle pretese, carattere di giustizia della composizione) è confermato dalle disposizioni contenute nell'ordinanza germanica del 30 ottobre 1923. In questa ordinanza è regolata una speciale procedura di conciliazione che, si può dire, presenta tre fasi:

Nella prima fase, la commissione ci conciliazione tenta un accordo (dopo avere naturalmente proceduto agli accertamenti del fatto). Nella seconda fase, essendo venuta meno la possibilità d'un accordo amichevole, la commissione di conciliazione emette quella che la legge chiama una sentenza arbitrale. Questa non è che il giudizio logico della commissione, che acquista un carattere definitivo e formale, in quanto ormai le parti non sono che chiamate a dichiarare, entro un certo tempo, l'accettazione o meno di essa. Nella terza fase infine, ad istanza di una delle parti, o semplicemente a richiesta della commissione, se l'interesse pubblico l'esige, un'autorità competente, di grado superiore, può rendere obbligatorio il parere della commissione: 'La sentenza arbitrale", purchè essa tenga: " équitablement compte des intérêts des deux parties et si son application est nécessaire pour des raisons d'ordre économique et sociale."

Ora, a prescindere dalle condizioni per cui una "sentenza arbitrale" può divenire obbligatoria, condizione che esamineremo in seguito, resta però da far rilevare questo: che il giudizio logico della commissione di conciliazione può andare a costituire il contenuto sostanziale d'un contratto o d'una sentenza. Questa possibilità del giudizio logico del conciliatore di divenire materia di contratto e di sentenza è, à mio parere la caratteristica principale della conciliazione.

Si potrà obbiettare, a proposito delle disposizioni dell'ordinanza germanica, che, perchè il giudizio logico del conciliatore, diventi obbligatorio, occorre che l'autorità competente lo trovi equo. Ma a ciò si risponde che questo giudizio sull'equità dell'accordo non potrebbe che confermare la nostra tesi, per la quale il componimento conciliativo deve informarsi all'equità. Infatti, se la decisione della commissione non s'informasse in via normale a principi di equità, essa non potrebbe mai divenire obbligatoria. Piuttosto l'indagine cui accenna l'ordinanza non sarebbe che un sindacato giudiziario diretto, in certo qual modo a rimediare all'inesistenza d'un giudizio di seconda istanza, nel campo delle composizioni conciliative. Tale tesi è resa più convincente mi pare dal fatto che l'autorità, che può rendere obbligatoria la decisione della commissione di conciliazione, non può rivedere in alcun modo la decisione stessa o modificarla, ma essa è chiamata a darle il carattere obbligatorio o meno. Onde, ripeto, se il carattere equo della "sentenza arbitrale" non fosse un requisito normale di essa, mancherebbe sempre una delle condizioni fondamentali per rendere obbligatoria la sentenza.

"La prima condizione - dice il Sitzler (1) - perchè una sentenza possa essere ~~xxxxxxxxxx~~ dichiarata obbligatoria è che essa costituisca una soluzione equa del conflitto. L'autorità competente, per rendere una decisione, deve esaminare il contenuto della sentenza allo scopo di determinare se la soluzione proposta rappresenta un compromesso

---

(1) - Sitzler - La conciliazione obbligatoria dei conflitti industriali in Germania - Revue International du Travail - Ottobre 1925

ragionevole fra gli interessi delle due parti. Tuttavia, questo esame ha unicamente per iscopo di permetterle di decidere se la sentenza sarà dichiarata obbligatoria; non costituisce in nessuna maniera una procedura di seconda istanza. L'autorità in questione non può dunque che dichiarare la sentenza obbligatoria o non; essa non potrebbe nè annullarla nè modificarla".

La seconda obbiezione potrebbe richiamarsi al carattere amministrativo della procedura con cui si rende obbligatoria la "sentenza arbitrale". Questo carattere amministrativo sembra essere stato attribuito dalla dottrina, per rendere maggiore l'analogia fra questi casi di limitazione di libertà contrattuale ed il caso dell'espropriazione per pubblica utilità; volendosi con ciò far rilevare come la limitazione di libertà contrattuale si sia imposta per alti motivi d'interesse pubblico (Vedi Sitzler). Ma, a parte le obbiezioni che si possono muovere a questa tesi, la questione non può essere altrimenti risolta sia che si attribuisca carattere amministrativo sia che si attribuisca carattere giurisdizionale alla decisione che rende obbligatorio il giudizio del conciliatore. Tanto più che, nel progetto presentato al Reichstag dal Governo, progetto che non ebbe approvazione, il potere di dichiarare la sentenza obbligatoria veniva deferito a un tribunale speciale che doveva decidere a maggioranza di voti.

Abbiamo così visto, attraverso un esempio legislativo, come un giudizio logico del conciliatore possa andare a far parte di una sentenza o di un contratto. Vedremo in seguito, attraverso altri esempi legislativi, come , dal punto di vista funzionale

(posizione del conciliatore), nelle conciliazioni che seguono dinanzi a un organo giurisdizionale (per esempio dinanzi al pretore, nel sistema della legge italiana) si abbia uno stadio conoscitivo a carattere pienamente giurisdizionale. In altri termini, l'organo giurisdizionale conosce in questa sua qualità e, soltanto quand'egli ritenga di poter pervenire ad una soluzione equa della lite, quand'egli cioè abbia avuto possibilità di pervenire alla formulazione di un giudizio logico, si trasforma o meglio funziona da conciliatore, preparando il contenuto sostanziale di una composizione contrattuale.

A proposito di giudizio logico del conciliatore può sorgere questa questione: ammesso che, in linea normale e come caratteristica giuridica rilevante della sua funzione, il conciliatore tenda a pervenire ad una composizione giusta della lite o del conflitto economico, ammesso questo, è tenuto il conciliatore ad accettare non soltanto, ma a favorire quelle composizioni contrattuali che, secondo il suo giudizio, possono non essere improntate a giustizia? Qui evidentemente bisognerebbe tener conto di molti elementi. Un divieto espresso di accettare una composizione così come viene offerta dalle parti (accettarla ai fini che sono propri del secondo momento dell'attività del conciliatore: autenticazione, documentazione, autorità di cosa giudicata ecc., di cui in seguito) non è fatto generalmente in modo esplicito da nessun legislatore, come in genere non è fatto al giudice. Qualche volta però esso si deve ritenere implicito, spesso non può essere nella intenzione della legge.

A tal proposito si presenta importantissima la questione del "Ordre amiable" nel diritto francese, in tema di processo di esecuzione, ordine amichevole previsto dall'articolo 751 del Codice di Procedura Civile francese, dagli art. 708 e segg. del Cod. Civ. italiano e dalla Legge del 29 settembre 1819 per il Cantone di Ginevra.

Anzitutto nasce una questione pregiudiziale (1) sul punto in cui debba intervenire il tentativo di conciliazione diretto alla realizzazione dell'"ordre amiable". Senza occuparci per ora di questa questione, a noi interessa sopratutto esaminare il problema della natura giuridica del componimento.

Osserva il Garsonnet: "La conclusione d'un ordine amichevole non esige soltanto il consenso unanime dei creditori; ho detto ai numeri 615 e segg. e 628 e segg. che bisogna anche la sanzione del giudice (2) ed egli deve rifiutarla: 1) se dei consensi son stati dati da persone incapaci o da mandatari muniti di poteri insufficienti; 2) se l'accordo intervenuto fra i creditori non gli sembra conforme alle regole della giustizia. Il giudice gode d'un

---

(1) Garsonnet - Tomo V - Pag. 385 e segg.

(2) Normalmente è il giudice che fa la proposizione di conciliazione e i creditori son chiamati ad accettarla o meno. In tal caso non sorge questione essendo evidentemente la proposizione del giudice improntata a principi di giustizia. Il caso studiato dal Garsonnet riguarda l'omologazione di accordi che il magistrato ritiene non giusti, accordi realizzati direttamente dai ~~giudici~~ creditori e che si discostano da quel componimento ch'egli ha proposto o proporrebbe.

potere discrezionale di cui è difficile d'indicare la misura con precisione, ma è certo che il giudice che non deve pesare sulle parti per ottenere da loro delle concessioni esagerate, non deve neanche ratificare un ordine per il quale esse avrebbero rinunciato leggermente ai diritti meglio accertati, e ch'egli debba, per esempio, rifiutare la sua sanzione se i creditori, abusando dell'inesperienza di uno d'essi, della sua timidità o dell'apprensione che i processi gli ispirano, gli han fatto accettare un grado inferiore a quello ch'egli avrebbe certamente ottenuto ~~xxxxxxxx~~ in un ordine giudiziario o rendere inefficace un'ipoteca ch'egli avrebbe sicuramente fatto porre in ordine utile". (1)

Il Garsonnet crede poi che, sia nel caso di mancato accordo da parte dei creditori, sia nel caso di rifiuto di sanzioni da parte del giudice, si debba aprire senz'altro l'ordine giudiziario, reputandosi l'ordine amichevole come non avvenuto. Opinione questa

---

(1) Si osservi l'insistenza del Garsonnet nel sare rilievo al concetto della giustizia del componimento conciliativo. Questa, mi pare, è la migliore conferma della tesi del Carnelutti. A chi esamini infatti, attentamente, i concetti svolti dal Garsonnet, non potrà sfuggire il significato giuridico che questi dà all'attività svolta dal giudice per la realizzazione dell'"ordre amiable". Tanto più, quando si guardi al modo con cui viene condotta, dai processualisti francesi, la questione sul momento in cui deve iniziarsi l'esperimento conciliativo.

tanto più grave, in quanto la dottrina e la giurisprudenza francese ammettono i cosidetti "jugements d'expédient", contratti cioè rivestiti di forme giudiziarie (omologati dal giudice), contratti nei quali non si può presupporre, naturalmente, la realizzazione di un principio di giustizia; nè la magistratura, nè l'omologarli, ha il potere di sindacare il fondo di essi. Il Garsonnet poi e per la validità dei "jugements d'expédient" non solo, ma li ritiene vere e proprie sentenze, onde il suo rigore a proposito degli accordi fra creditori, realizzati in sede di processo di esecuzione, sembra inspiegabile. Partendo dal nostro punto di vista invece, il rifiuto del magistrato ad omologare e a dare efficacia speciale ad un componimento qualunque è pienamente giustificabile, anche per l'osservazione che svolgeremo in seguito: pel fatto cioè che ogni componimento conciliativo presuppone l'attività di cognizione e l'intervento di un organo di conciliazione.

Perciò, prescindendo dalle osservazioni che andrò facendo in seguito, se è esatto dire che l'ordine amichevole non è avvenuto, è inesatto negare alla volontà concorde dei creditori, i quali siano pervenuti ad una transazione per accordo diretto, ogni efficacia. Il componimento cui son giunti direttamente i creditori, non avrà naturalmente i particolari effetti dell'ordine amichevole, che presuppone, l'ho già detto, l'attività e l'intervento del magistrato, ma come manifestazione contrattuale pura e semplice, esso dovrà e potrà produrre i suoi effetti.

Ma la questione diviene importantissima quando il Garsonnet si domanda (pag. 411 e segg.) qual'è il carattere giuridico dello

"ordre amiable". Osserva egli: "l'obbligazione di convocare le parti interessate, la presenza d'un magistrato e l'ammenda per mancata comparizione sono tanti punti comuni tra quest'ordine e il preliminare di conciliazione. Ma il primo differisce dal secondo da due punti di vista: 1) Esso non presuppone sempre una contestazione e non consiste che nel fare regolare da un magistrato i diritti della stessa natura che coesistono su uno o più immobili situati nello stesso circondario; 2) nè il numero, nè l'incapacità degli aventi diritto impediscono che si proceda.... Ciò posto, l'ordine amichevole è un ordine giudiziario nel quale le forme ordinarie sono abrogate e semplificate nell'interesse dell'economia, o, solamente un ordine consensuale perfezionato, nel quale il giudice si limita a constatare l'accordo delle parti a somiglianza d'un notaio o d'un giudice di pace funzionante da conciliatore? ... La questione ha interesse al fine di sapere; 1) se bisogna o se basta che i creditori, che concorrono all'ordine amichevole, abbiano la capacità di stare in giudizio, se vi figurano il loro nome, e il potere di farlo se vi figurano in nome altrui; (1)

---

(1) Ammesso, come io faccio che l'ordine amichevole non sia che un contratto, evidentemente tutte queste questioni si possono risolvere tenendo conto della natura di esso. così, a proposito del mandato, se alcuno ha avuto il mandato di stare in giustizia, non potrà naturalmente aderire al componimento amichevole, senza sorpassare i limiti del mandato attribuitogli; (in merito a queste questioni, più innanzi, sotto il capitolo che riguarda la transazione).

2) se l'istanza d'esecuzione dell'ordine amichevole e sottoposta, dal punto di vista della forma e del tasso "Du dernier7 ressort", all'applicazione dell'art. 762; 3) se il processo verbale d'ordine amichevole è firmato soltanto dal giudice e dal cancelliere o se esso deve, come il processo verbale di conciliazione, portare la firma delle parti o la menzione ch'esse non hanno potuto o saputo firmare; 4) se il regolamento amichevole deve essere trattato come una sentenza o come un contratto dal punto di vista delle vie di ricorso cui esso è suscettibile: s'esso deve, in conseguenza, essere impugnato per appello , opposizione o richiesta civile nelle forme e nei termini che saranno indicati ai numeri 72[illegible] e segg., o con azione di nullità o di rescissione, che seguirà le forme del diritto comune e si prescriverà conformemente alla disposizione dell'art.1304 del Cod.Civ. ..."

La questione è risolta dal Garsonnet nel senso del valore giurisdizionale dell'ordine amichevole, ch'egli chiama ordine giudiziario amichevole: "amichevole, perchè le parti hanno consentito a valersi di una procedura amichevole per il regolamento del prezzo di distribuzione;giudiziario, perchè esse si trovano dinanzi alla giustizia, in presenza d'un magistrato che esercita una giurisdizione della quale è investito dalla legge." A sostegno della sua tesi il Garsonnet cita alcune frasi d'una circolare ministeriale del 2 maggio 1859, che egli considera come un'interpretazione ufficiale della legge, frasi che però a me sembrano contenere moltissimi errori. Nella circolare il Ministro si sforza di trovare un concetto differenziatore fra ordine amichevole e conciliazione, ma il tutto

si riduce all'affermazione seguente, che noi, per le idee precedentemente esposte, possiamo respingere; "il giudice... dà la sua sanzione all'accordo dei creditori, in quanto lo trovi conforme alle regole della giustizia" (1). Esatta mi pare invece l'opinione espressa dalla Cassazione civile con una sentenza del 28 novembre 1889. A termine di questa, l'ordine amichevole è un contratto fra le diverse parti che vi concorrono, al quale il giudice assicura l'esecuzione. Il contratto è suscettibile di rescissione per causa d'errore sulla sostanza, se questo errore riguarda l'immobile, o sulla natura del contratto del producente o del collocato. L'ordinanza del giudice commissario che constata l'accordo delle parti e lo rende esecutivo, ha l'autorità della cosa giudicata.

In merito alla stessa questione il Glasson scrive che: "l'ordine amichevole, che non bisogna assimilare al preliminare di conciliazione, è un contratto nel quale la giustizia interviene, è l'ordine amichevole è, nello stesso tempo, anche un ordine giudiziario. Ma mentre che l'ordine giudiziario appartiene alla giurisdizione contenziosa, l'ordine amichevole appartiene alla giurisdizione volontaria poichè il giudice non può imporlo e i creditori hanno il diritto di resistere alle condizioni proposte dal giudice".

---

(1) Respingo questa affermazione, non nel senso, s'intende, di negare il carattere di giustizia all'ordine amichevole, ma nel senso di voler vedere per ciò stesso, nell'ordine amichevole un atto giurisdizionale, o altrimenti una sentenza.

Conclude dicendo che l'ordine amichevole non è suscettibile di vie di ricorso, ma solamente dell'azione di nullità.

In contrario ancora Garsonnet (pag. 418): "Le convenzioni liberamente formate non legano soltanto le parti (Cod.Civ. art.1134) esse fanno legge per la giustizia stessa che è tenuta di ratificarle: è il caso dei " jugements d'expédient" e d'un ordinanza d'esecuzione. Il giudice che presiede all'ordine amichevole non ha dunque, in principio e salvo le eccezioni previste al N.630, che da costatare l'accordo delle parti, è il processo verbale che ne è steso, scritto dal cancelliere sotto la sua sorveglianza od anche sotto dettatura, è non soltanto un atto autentico, ma ancora un titolo esecutivo".

Per me l'affermazione conclusiva è questa: che l'ordine amichevole presuppone l'attività conciliativa del giudice (essa stessa basata sull'attività di accertamento); quest'attività deve essere improntata a principi di giustizia: dove vi sia componimento qualunque non vi può essere ordine amichevole, poichè il conciliatore ha il dovere di rendere giustizia. L'ordine amichevole non è una sentenza, poichè le parti sono chiamate ad una manifestazione formale di volontà che, soltanto esse, da rilievo giuridico al componimento. Purtuttavia l'ordine amichevole potrà produrre particolari effetti e, intanto li potrà produrre, in quanto sia espressione insieme e dell'attività conciliativa e dell'attività documentatrice, omologatrice del magistrato.

Nei riguardi del secondo momento fondamentale della conciliazione, occorre vedere, rapidamente, come e con quali mezzi il conciliatore possa influire sulle parti per portarle all'accordo, all'accettazione della sua proposizione. E' certo che qui agisce un

elemento esteriore ch'è dovuto all'opera di persuasione del conciliatore, ed un elemento interiore che è dovuto all'idea che le parti si fanno dell'attività di quello. Che se l'influenza dell'elemento esteriore è tutt'affatto morale, l'influenza dell'elemento interiore preannunzia ed indica l'affermarsi d'una coscienza giuridica. Il fatto stesso che le parti intendano come il conciliatore tuteli, al di fuori e al di sopra di ogni interesse contrattuale, un interesse di giustizia, le pone sulla via un riconoscimento di finalità giuridiche.

Queste considerazioni valgono sopratutto per quelle zone in cui, si può dire che cominci a germogliare il sentimento del diritto. Alludo al campo sindacale ed internazionale.

Nel campo interindividuale può essere rilevabile, in merito alla conciliazione, un sentimento economico di fronte alla soluzione strettamente giuridica (soluzione giurisdizionale), un sentimento giuridico, di fronte alla soluzione strettamente economica (transazione). Comunque, l'opera del conciliatore si compendia nello sforzo di mostrare due grandi categorie di vantaggi: 1) vantaggi giuridici, in quanto la decisione può benissimo soddisfare il sentimento di giustizia dei litiganti; 2) vantaggi economici quali possono essere quelli di evitare le spese, il costo inevitabile della procedura (nel campo interindividuale), l'uso di mezzi costosi di violenza contrattuale nel campo sindacale ed internazionale.

Alcune volte, specie sul terreno sindacale, per convincere le parti ad accettare la soluzione proposta dal conciliatore, si ricorre ad una specie di minaccia di sanzioni puramente morali: la

pubblicazione della proposizione del conciliatore e la denuncia all'opinione pubblica della parte che si rifiuta di aderirvi.

Finchè si tratta di sanzioni puramente morali, rimaniamo al di fuori del campo giuridico ed è salva, intendi bene, la libertà delle parti nei riguardi dell'accettazione o meno del componimento conciliativo, libertà che è il principio basilare, accanto all'altro della giustizia della composizione, della conciliazione. Il guaio si è che qualche autore ha voluto pensare a sanzioni giuridiche, non so con quale giustificazione accettabile, e qualche legislatore, ad esempio il francese è pervenuto quasi a porre un principio di sanzione nei riguardi della mancata accettazione del componimento conciliativo.

Così l'art.55 del Cod. di proc. Civ. francese dichiara: "se una delle parti deferisce il giuramento all'altra, il giudice di pace lo riceverà o farà menzione del rifiuto di prestarlo." Non si tratta qui evidentemente di un giuramento decisorio, ma di un giuramento extra giudiziario che suppone il consenso delle due parti. A proposito di tale disposizione il Carsonnet (Tomo 2,pag. 96) osserva: "Si vede, da ciò, lo scopo della menzione prescritta dall'art.55: esaminato il processo verbale che constata la prestazione del giuramento, il giudice,davanti a cui la domanda sarà, fallito il componimento, portata, darà immediatamente causa vinta a chi ha giurato; se il processo verbale costata il rifiuto del giuramento, il giudice ne trarrà quelle induzioni che giudicherà convenienti."

Infine osservo che forse la considerazione di quest'ultimo stadio di attività del conciliatore, ha condotto molti autori a seguire idee scettiche in merito al funzionamento dell'istituto, li ha spinti a vedere nel conciliatore nient'altro che un mediatore ufficiale dei possibili conflitti, li ha convinti esservi pericolo di mal celate ingiustizie, potendo influire il conciliatore nel senso di costringere chi ha ragione a sacrificare o totalmente o parzialmente la pretesa.

Ma a questo rispondo che ben diversa è la funzione del conciliatore dalla funzione del mediatore, anche quando il primo più non operi in sede di cognizione e che ben poco v'è di pericolo di ingiustizie e di violazioni di sentimenti giuridici, quando si pensi che il conciliatore non si propone una soluzione qualsiasi purchè si raggiunga lo scopo della pacificazione, ma si propone una soluzione equa, di fronte alla quale non può darsi una riduzione giustamente storta di pretese. Tutt'al più il conciliatore potrebbe influire nel senso d'invitare il litigante a non perseverare in una valutazione troppo egoistica del proprio interesse e di sacrificare (sul terreno del diritto interindividuale per esempio) i vantaggi che l'applicazione dello stretto diritto al suo caso, gli costituirebbe agli ideali di una più perfetta giustizia e di un maggior senso di equità verso l'avversario. Questa opportunità di sacrifizio della soluzione giuridica di fronte alla soluzione equa deve poter esserci, altrimenti l'istituto della conciliazione non avrebbe più ragion d'essere e l'ideale della realizzazione della

giustizia si conseguirebbe soltanto (benchè spesso faticosamente) in sede giurisdizionale.

Nello stadio conoscitivo dunque, ho detto, il conciliatore non fa che quello che farebbe il giudice, cioè esplica un'attività recettizia. Egli non influisce ancora per nulla sulla volontà dei contendenti, e questi non devono che esporre le loro pretese ed esplicare tutte quelle attività necessarie a legittimare le pretese stesse. In base al convincimento che il conciliatore si forma, la lite avrà una soluzione improntata all'equità. A questo punto deve intervenire l'accordo delle parti nell'adottare quella determinata soluzione. Ed è qui che la figura del conciliatore perde tutte le caratteristiche della figura del giudice, perchè infatti mentre questi rende obbligatoria la decisione, comanda cioè alle parti, il conciliatore, che fino a ~~xxxxxxxxxx~~ un certo momento, si è trovato sullo stesso piano, ha esplicato un'identica attività conoscitiva, ha deciso avvalendosi dello stesso strumento logico, vede il culmine della sua attività, il fine stesso di essa, lo scopo sostanziale della sua funzione, dipendere da questo fatto: che le parti si accordino nell'adottare la soluzione da lui proposta. Che le parti poi s'accordino per un sentimento economico, per un sentimento del diritto e dell'equità, per un'esigenza morale, interessa fino ad un certo punto. Noi possiamo a diritto presumere che l'accettazione della soluzione proposta dal conciliatore possa seguire, e ci proponiamo di risolvere i quesiti relativi agli effetti giuridici di questa accettazione ed alle caratteristiche della sussseguente attività del conciliatore, se ce n'è una; i quesiti

cioè relativi al terzo momento fondamentale dell'attività del conciliatore. E' certo che, accettata la soluzione conciliativa, il conflitto è risolto, ha avuto una composizione. Se questa composizione vogliamo caratterizzare in una maniera espressiva, diremo che essa sta fra il contratto e la sentenza: ha della sentenza il contenuto di giustizia; ha del contratto il contenuto di due manofestazioni reciproche di volontà, per cui l'una di essa determina l'altra.

Ma, se la sentenza che compone il conflitto, ha in se tutti gli elementi per manifestare un certo ordine di effetti giuridici rispetto alla composizione stessa, se il contratto, che compone il conflitto, ha in se tutti gli elementi per manifestare un certo altro ordine di effetti giuridici rispetto alla composizione, rimane da domandarsi come e in che senso la conciliazione possa apparire quale forma di transazione fra queste due entità giuridiche, nei riguardi degli effetti giuridici ch'essa produce. Vediamo che scrive a tal proposito il Pisanelli: (1)

"Non vi ha dubbio che il componimento conciliativo sia un contratto. Due o più volontà, quelle delle parti s'incontrano nello stesso punto. Il loro consentimento è formulato dal giudice come ufficiale stipulatore dell'atto. Ma qual'è l'indole vera di questo contratto e di questo stipulatore? Il contratto è transazione, riconoscimento di diritti, rinuncia all'azione o recesso

---

(1) Pisanelli - Commentario al Codice di Procedura Civile - Vol. pag.127

della lite; lo stipulatore è giudice che, nel momento in cui il componimento è conchiuso, riprende il suo impero per conferire a quel contratto la virtù di sentenza... Veramente la sentenza suppone che il giudice abbia conosciuto, pronunciato, e provveduto alla esecuzione. Conosciuto secondo le forme prescritte dal Cod. di Procedura e per mezzo delle prove permesse o richieste dalle leggi. Pronunciato sulla controversia definitiva con giudiziale contradittorio. Provveduto alla esecuzione, mediante l'esercizio di quello che gli antichi chiamavano imperium, cioè potere di comandare e di costringere con la forza, ch'è compimento e corona della giurisdizione, juris dictio sine modica coercitione nulla est; perchè l'esecuzione di ciò che è pronunciato extremum in jurisdictione est; ond'è che il giudice dev'essere munito della facoltà di ordinare che la forza eseguisca ciò ch'egli reputa giusto, nei termini della sua propria competenza.

Al componimento delle parti avvenuto dinanzi al giudice, mancano gli elementi costitutivi della sentenza. Il giudice non esaminò la controversia nelle forme giudiziarie, o almeno non ne prese cognizione ampia e precisa mediante giudiziale contradittorio. Nè pronunciò e definì secondo il suo proprio giudizio e la sua propria coscienza quali fossero i diritti delle parti. Cooperando alla conciliazione, e cooperandovi con carattere misto di paciere e di giudice, non può dirsi che abbia sostituito la ragione e la volontà sua alla volontà ed alla ragione delle parti, che abbia insomma sentenziato: tanto che il più delle volte anzi è da credere che la disposizione della sentenza di lui sarebbe stata difforme dai patti consentiti dalle parti".

Senza accettare per nulla le arbitrarie identificazioni e differenziazioni cui perviene il Pisanelli, possiamo fissare questi concetti:

1) L'ultimo stadio dell'attività del conciliatore è contradistinto dalla sua efficacia documentatrice.

2) Il componimento contrattuale, cui si è giunto in sede di conciliazione, normalmente è documentato dal giudice che l'ha promosso.

3) Qualunque siano gli effetti giuridici derivanti dalla documentazione, è certo che essi intanto si producono in quanto presuppongono normalmente l'intervento del conciliatore e l'esplicazione completa della sua attività processuale, nei riguardi della composizione del conflitto (questa osservazione è importante perchè ci serve a distinguere la figura del conciliatore dalla figura del pubblico documentatore).

4) Per il fatto che il componimento presuppone l'intervento del conciliatore, spesso il contratto concluso in sede di conciliazione manifesta degli effetti giuridici che non può manifestare alcun altro contratto comunque documentato.

5) Gli effetti giuridici di cui si parla non riguardano l'obbligatorietà del comando contenuto nel contratto. Che questo è perfetto sin dall'atto della adesione delle parti alla proposizione del conciliatore, ma riguardano alcuni caratteri particolari di questa obbligatorietà, caratteri accessori (ad esempio esecutività del comando) ecc.

A questo riguardo, dall'esame delle varie legislazioni, si può

trarre una conclusione unica e cioè:

Che tutte le legislazioni si sono preoccupate di dare alla conciliazione un ordinamento tale che nei componimenti conciliativi si rispecchi una certa quale attività del giudice conciliatore. Alcune legislazioni sono arrivate a dichiarare che la soluzione contrattuale raggiunta in sede di conciliazione, avrà una vera e propria efficacia di sentenza; dichiarazione che però va esaminata attentamente per vedere fino a qual punto un componimento conciliativo possa produrre gli effetti propri della sentenza, pur essendo una manifestazione di volontà eminentemente contrattuale. Esaminando benanche fino a che punto una manifestazione di volontà contrattuale, espressa in sede di conciliazione, si trovi ad essere integrata da una volontà ed un'attività estranee al contratto.

In ogni modo il fatto stesso che, in certi casi, la conciliazione possa produrre effetti diversi (in parte) da quelli che potrebbe produrre un contratto, comunque documentato, mostra come, anche da questo punto di vista, la conciliazione si trovi ad essere su un terreno di transazioni fra sentenza e contratto vero e proprio. Non tutte le legislazioni dichiarano che il verbale di conciliazione produrrà gli effetti propri della sentenza, ma quasi tutte attribuiscono degli effetti giuridici speciali al verbale stesso. Nè questo fatto può considerarsi con indifferenza, che anzi esso dimostra come il legislatore senta di non poter dare un carattere perfettamente contrattuale alla soluzione, come non può darle un carattere giurisdizionale.

Riservandomi di ampliare lo studio dei tre momenti fondamentali dell'attività del conciliatore dal punto di vista del diritto individuale, sindacale ed internazionale, mi preoccupo ora di delineare le caratteristiche giuridiche della figura del conciliatore rispetto ad altre figure di diritto.

Ho detto già come , nel determinare il contenuto materiale di quello che sarà la soluzione contrattualeddel conflitto, il conciliatore debba prescindere dalla considerazione dell'attitudine contrattuale delle parti rispetto a questo materiale contenuto. Ma a questo punto è pur necessario cogliere tutte quelle caratteristiche che permettano di distinguere la figura del conciliatore dalla figura del mediatore o dalla figura di quel contraente che prepara il contratto nei cosidetti contratti d'adesione.

Il mediatore intanto non è tenuto a rispettare nessuna norma, non costruisce un sillogismo, se pure scelto dalle due parti non ha altra missione (e in ciò sta l'unico vantaggio che reca la mediazione) che di determinare quel punto d'equilibrio dei contrari interessi, punto d'equilibrio a cui le parti sarebbero pervenute con maggior dispendio di energie. Il mediatore non ha una funzione di obbiettivazione di pretese, ma ha la funzione di equilibrare le pretese subbiettive, senza entrare in merito ad esse. In altri termini il mediatore misura le forze e le resistenze contrattuali, riuscendo a determinare il punto preciso d'equilibrio nel contratto. E' tanto vero ciò, che se il mediatore sbaglia e non misura esattamente la forza e l'interesse contrattuale di ciascun contraente, la sua mediazione fallisce lo scopo od altrimenti egli sarà costretto

a variare i termini del possibile contratto, finchè questi corrispondano alla misura effettiva degli interessi dei contraenti.

Si leggano, a tal proposito, le seguenti espressioni dello Andrews : sono dettate a spiegare la conciliazione, ma in gran parte, senza volerlo, definiscono le caratteristiche più salienti dell'azione mediatrice e servono benissimo a distinguere questa azione dall'attività del conciliatore. (1)

"Per mediazione o conciliazione s'intende l'incontrarsi insieme di imprenditori e di operai allo scopo di raggiungere un pacifico regolamento delle loro controversie mediante la discussione ed i negoziati. Il mediatore può essere o un privato o un ufficiale pubblico o un ufficio, e può eseguire delle inchieste senza alcun potere coercitivo, tentando d'indurre le due parti, con mutue concessioni, ad effettuare un accordo. Il mediatore che voglia aver successo non partecipa mai per alcuna delle parti e non entra mai nel merito della disputa. Egli agisce semplicemente come un "go - detxeen", cercando di accertare, in confidenza, il più che una parte concederà e il meno che l'altro richiederà senza pervenire ad una serrata o ad uno sciopero. Se riesce a ciò, egli ha realmente scoperto il potere contrattuale di ambedue le parti e può condurli al punto in cui essi perverrebbero se avessero conchiuso un accordo senza di lui. Dove la difficoltà è dovuta alle parti, in quanto non abbiano completamente discusso insieme del-

---

(1) Andrews And Commons - Principles of labor legislation.

la situazione, il mediatore è spesso chiamato ad indurli a venire a questa discussione e, in pratica, la maggior parte degli accordi sono stati conchiusi attraverso un compromesso. In altri casi le parti non vogliono ammettere reciprocamente l'ultima concessione ch'esse sarebbero disposte a fare, temendo d'indebolire la loro posizione. In tali casi un mediatore a cui ambedue le parti si rivolgano, può rendere preziosissimi servizi come intermediario. Talvolta le parti rifiutano di trattare l'una con l'altra, ma consentono ciascuna a fare in separato accordo col mediatore. Finalmente i mediatori, con la familiarità acquisita nei metodi di risoluzione delle varie difficoltà nelle diverse industrie, possono spesso suggerire una soluzione. In tutti i casi il mediatore è semplicemente un consigliere confidenziale. Anche quando egli sia una autorità statale, non deve esercitare nessuno dei poteri coercitivi dello Stato, e s'egli esplica la sua attività per mezzo di inchieste pubbliche e proposizioni tali da guidare la pubblica opinione nell'apprezzamento dell'attitudine dei contendenti, egli squalifica sè stesso in ordine ad ulteriori servizi di mediazione).

Così il contraente, che prepara il contratto nei cosidetti contratti d'adesioni, ha misurato certamente e preventivamente la forza contrattuale dell'altro contraente. Anch'egli, se sbaglia nella valutazione subisce le conseguenze del suo errore (così la compagnia d'assicurazione se offre un contratto che non rappresenti convenientemente l'interesse degli assicurati, se lo vedrà rifiutare). (1)

Interessante a tal proposito potrebbe essere un richiamo al concetto eco=

Se dunque tanto il mediatore quanto il contraente, nei così detti contratti d'adesione, partono dalla valutazione di posizioni contrattuali, dalla valutazione cioè subbiettiva di pretese, essi profondamente si distinguono dal conciliatore la cui funzione materiale è quella di un vero e proprio giudice. Il conciliatore, nel sistema della conciliazione facoltativa e nel sistema misto proprio della legislazione francese, ha di comune col mediatore questo: che la sua attività può essere in qualunque stadio preparativo della composizione contrattuale, arrestata da una delle parti senza che sorga o si manifesti alcun obbligo giuridico per essa. Nella conciliazione pienamente obbligatoria invece, il conciliatore gode di una serie di poteri processuali, di coercizioni che gli permettono di pervenire all'accertamento processuale, nè le parti possono arrestare la sua attività di cognizione.

Si scorge però come questa figura del conciliatore si trovi sempre su un terreno di transazioni, presentando delle affinità rilevanti con altre figure giuridiche.

Prendiamo ad esempio il giureconsulto, al quale le parti si rivolgono per un consiglio. Anche questi procede ad un accertamento dei fatti e consiglia in base alla formulazione di un giudizio logico, ed in ciò la sua attività sembra pienamente conforme

---

nomico della libera concorrenza è meglio al concetto del monopolio. L'esame di quest'ultimo concetto dimostra infatti come, nelle condizioni più favorevoli, un contraente non possa che determinare alcuni degli elementi del contratto e debba lasciare che la forza e l'interesse contrattuale degli altri contraenti determinino tutti gli altri elementi integrativi del contratto.

a quella del conciliatore. Ma vi è una differenza, secondo me, rilevante tra le due figure giuridiche. Se il giudice infatti, in confronto al giureconsulto, ha il potere di rendere comando quel che per il giureconsulto non è che consiglio, il conciliatore ha l'autorità di attribuire effetti speciali all'assoluzione da lui presentata, in quanto accettata dalle parti. In altri termini, anche quando il consiglio del giureconsulto venga accettato dalle parti, come soluzione del loro conflitto, nel contratto che nasce non v'è alcun riflesso giuridico dell'attività del giureconsulto: il contratto si presenta identico sia che si presupponga sia che non si presupponga l'intervento del parere del giureconsulto. Se si tratta ad esempio di composizione di un conflitto giuridico, attuata attraverso il parere del giureconsulto, essa composizione sarà sempre una transazione, nella sua completa significazione contrattuale.

Non cosp accade, a me sembra, nel caso dell'intervento del conciliatore. Fra le due figure giuridiche, vi è, secondo me, una differenza rilevante per quel che riguarda l'effetto giuridico od anche sociale della rispettiva azione. E' vero che il conciliatore non vincola le parti, è vero cioè che le parti rimangono pienamente libere di accettare o di non accettare la soluzione proposta dal conciliatore, ma è anche vero che se le parti accettano, la composizione assume un carattere che assolutamente estraneo, nel suo elemento sostanziale, alla composizione contrattuale. In particolare, il conflitto giuridico, composto attraverso l'opera del conciliatore, non si potrà dire essersi esaurito in una transazione.

A non parlare poi degli effetti giuridici speciali che il conciliatore può attribuire al componimento raggiunto attraverso la sua attività.

Se c'è stato possibile distinguere convenientemente la figura del conciliatore dalla figura del mediatore, del giudice e del consulente legale, non sarà difficile distinguere la figura del conciliatore dalla figura del notaio (chiamato ad esplicare un'attività documentatrice), quando opportunamente si distingue tra la dichiarazione o il documento che accerta la semplice volontà contrattuale delle parti e quella che dichiara essersi la volontà delle parti conformata alla giusta composizione della lite. Mentre cioè l'attività del notaio non presuppone un precedente stadio di cognizione, l'attività documentatrice del conciliatore lo presuppone. E questa distinzione fra pubblico documentatore e conciliatore è essenziale e distrugge le critiche di quegli scrittori che hanno visto nell'attività del conciliatore una forma di attività del tutto identica a quella del notaio, attribuendo al conciliatore il solo fine di certificare gli accordi a cui son pervenute le parti. Ma evidentemente l'attività di documentazione del conciliatore non può concepirsi in concorrenza all'attività di documentazione del notaio; per meglio dire se il conciliatore si dovesse limitare alla documentazione, senza premettere a questo l'esplicazione di tutta un'attività processuale, si confonderebbe colla figura del notaio, come (e l'abbiamo visto) se si limitasse a cercare un accordo qualunque, si confonderebbe con la figura del mediatore. Il conciliatore non può autenticare o non può attribuire, mediante

la sua attività documentatrice speciale effetti giuridici a una qualunque manifestazione di volontà delle parti. Nel caso di conflitti giuridici intanto, l'accordo contrattuale deve evitare o estinguere una lite. In certi ordinamenti giuridici poi, il conciliatore, ed è questo un elemento differenziatore importante, deve omologare quell'accordo contrattuale che contempli la soluzione equa da lui proposta. In altri termini, questo stadio di attività del conciliatore non può concepirsi se non in connessione al primo stadio di attività.

Volendo procedere nella costruzione della figura giuridica in esame, possiamo ben dire che il conciliatore faccia quello che il giureconsulto, il giudice, il pubblico ufficiale, da diversi punti di vista e con diverso risultato, fanno. Così ad esempio, il notaio attribuisce una certa efficacia a quello che le parti contrattualmente vogliono, il giureconsulto dà dei pareri, ma non può dare alcuna efficacia propria a ciò che le parti han voluto attenendosi al suo responso. Il conciliatore fa l'uno e l'altro. Se esso non raggiunge la figura del giudice, e non lo può, si trova però su un terreno di transazioni.

Quanto ho detto mi sembra che possa servire a lumeggiare il caso dal Carnelutti discusso nella sua nota : "Accettazione del lodo improprio da parte dei contendenti" (1). Scrive egli: "L'arbitro improprio, se si volesse definire con precisione la sua funzione giuridica, ha avuto la figura del mediatore o, più precisa-

---

(1) Rivista di Diritto Processuale Civile - Nota a sentenza

mente, del conciliatore".

Mi pare di avere rilevato le varie caratteristiche della figura del mediatore in confronto alle figure dell'arbitro, del conciliatore ed anche del giureconsulto. Suggestiva sembra l'identificazione che il Carnelutti fa tra arbitro improprio e conciliatore. Ma per la connessione che ho dato ai diversi stadi di attività del conciliatore (attività di cognizioni, attività di documentazione) stadi che si legano strettamente l'uno all'altro, quest'identificazione è possibile entro certi limiti. In particolare: è vero che, nel caso del lodo improprio le parti, rispetto a cui il lodo non è efficace come decisione dal punto di vista formale, hanno accettato questo lodo, ma questa accettazione non ha prodotto effetti giuridici diversi da quelli che si sarebbero prodotti se essi avessero adottato una diversa soluzione contrattuale; in altri termini l'accettazione del lodo improprio, non avente cioè alcuna efficacia obbligatoria per le parti, non dà possibilità ad alcun rilievo giuridico speciale. Non così nel caso della conciliazione: in questa l'accettazione delle parti dà rilievo e significato all'attività del conciliatore e questa rilievo e significato alla manifestazione di volontà delle parti. Sarei piuttosto disposto ad assimilare la figura dell'arbitro improprio alla figura del giureconsulto, tenendo naturalmente presenti le diversità particolari, quali quelle che derivano dalla natura del giudizio logico. Ben dice il Carnelutti a proposito del verbale di conciliazione che: "nessuno pensa in questo caso che la composizione avvenga mediante una sentenza anzichè mediante un contratto". Ma è anche vero che in questo contratto si deve vedere qualcosa di caratteristico

che giustifichi la conclusione del Carnelutti: ch'esso cioè sta fra le due forme fondamentali del diritto il contratto e la sentenza.

Vi sta tanto meglio, quando si tengano presenti alcune particolari formule legislative. Può darsi infatti che l'ordinamento giuridico dell'istituto della conciliazione sia tale che, soltanto nel caso in cui si conformino alla manifestazione di volontà del conciliatore, le parti possano ottenere che il contratto produca certi determinati effetti. Un più completo studio di tutte queste particolarità mi permetterà di rilevare altre notevoli diversità fra gli effetti giuridici della conciliazione da un lato e gli effetti giuridici del contratto o della sentenza dall'altro.

LA CONCILIAZIONE NEL CAMPO DEI RAPPORTI INTERINDIVIDUALI

Ho già detto come nel campo dei rapporti interindividuali, la conciliazione non si debba mai presentare come esperimento obbligatorio (lo ripeto: perchè nessun interesse diretto potrà avere lo Stato a questo esperimento), ma come esperimento facoltativo, lasciato alla volontà delle parti, in quanto esse vi possano avere interesse). L'attività dell'organo sarebbe per così dire eccitata dalla volontà delle parti, mentre la veste che dovrebbe prendere questa attività dovrebbe esser tale da corrispondere ai fini giuridici dello Stato stesso.

Allo Stato potrà riuscire indifferente che, nel campo dei conflitti giuridici, i suoi soggetti preferiscano una soluzione qualunque o una soluzione giurisdizionale della loro lite, ma lo Stato ha il dovere di non influire sulla volontà dei singoli, creando istituti non aventi alcuno scopo di pubblico interesse. Un intervento positivo dello Stato, al fine di creare o di agevolare delle soluzioni non giurisdizionali delle liti, dev'essere tale che, per esso, non si trascurino i motivi di giustizia che devono presiedere all'attività dello Stato stesso.

Ma, pur essendo la conciliazione un istituto attraverso a cui si attua la giustizia, vi si attua, nel campo dei rapporti interindividuali, una forma di giustizia, la di cui affermazione, se legittima l'azione dello Stato, non giova immediatamente che agli individui che la promuovono. Un interesse sociale ben più alto, si afferma, nel campo dei rapporti interindividuali, attraverso gl'istituti giurisdizionali. La conciliazione, in altri termini, non è che l'affer-

mazione d'un interesse sociale, in quanto realizza la giustizia nella composizione delle liti, mentre è affermazione d'un interesse individuale, in quanto esperimento ha carattere facoltativo, ed è esperimento che raggiunge i suoi risultati attraverso la manifestazione concorde di volontà da parte dei contendenti.

In fondo ogni potestà di rimozione della soluzione giurisdizionale, è concessa in tutela soltanto d'un interesse individuale, particolare delle parti. Tanto vero che questa potestà di rimozione non è sempre possibile e non è sempre concessa. Vi sono dei casi in cui la soluzione giurisdizionale è l'unica che possa intervenire nel campo dei conflitti giuridici. La transazione, in quanto possibile, nel campo dei conflitti giuridici, è l'affermazione più alta dell'interesse individuale delle parti. Fra le due posizioni estreme: transazione da una parte, composizione giurisdizionale dall'altra, si muove la conciliazione che è un contemperamento e dell'interesse sociale e dell'interesse individuale, nel campo dei rapporti interindividuali. Per queste ragioni forse, l'istituto della conciliazione è stato considerato dal legislatore in diretta dipendenza dell'istituto della transazione.

Se questo che vo affermando è esatto, evidentemente è erroneo il criterio seguito dal Codice francese, quando rende obbligatorio l'esperimento della conciliazione (1).

---

(1) Art.8 Cod. Proc. Civ. Francese: "Aucune demande... ne sera reçue devant les tribunaux de première instance que le défendeur n'ait été préalablement appélé en conciliation devant le juge de paix ou que les parties n'y aient volontairement comparu".

Infatti non potrà mai giustificarsi questa obbligatorietà da nessun punto di vista. Non vi è alcun interesse nello Stato a non lasciare prevalere la soluzione giurisdizionale dei conflitti.

Tanto questo criterio del legislatore si mostra erroneo, che, accettandolo e sviluppandolo logicamente, alcuno è giunto a delle conseguenze curiose (1) (2).

---

(1) Dramard sostenne infatti nella Revue Critique de Lég. et de Juris., 1875, tom. V, pag. 552 e segg., l'obbligo dei danni interessi per quella parte che avesse fatto fallire il tentativo della conciliazione.

(2) Veramente il sistema francese non è un sistema di conciliazione obbligatoria (presupponendo questa l'obbligatorietà dello svolgersi di tutto il rapporto processuale di cognizione), ma è un sistema misto. Il tutto si riduce a costringere l'attore prima d'iniziare gli atti della procedura, a chiamare in conciliazione il convenuto; ma anche quando questi si presenti, il conciliatore non ha nessun successivo potere di coercizione. Onde in qualsiasi stadio della procedura di conciliazione, ognuna delle parti può ritirarsi.

"La citazione in conciliazione è il primo atto della procedura... La citazione in conciliazione produce due effetti importanti: a) obbliga le parti a comparire; b) interrompe la prescrizione e fa correre gli interessi moratori, purchè la domanda sia presentata un mese, al più tardi, dopo la non comparizione o la non conciliazione.

Se una delle parti non compare vi ha l'ammenda di dieci franchi(art.56) (l'ammenda non è neanche applicata dal giudice di pace; essa è applicata dal Tribunale).

Se tutt'e due le parti non compariscono il conciliatore non ha nulla da fare.

Nei riguardi dell'attività del conciliatore e dell'attività delle parti, in sede di conciliazione, non v'è dubbio che il tentativo di conciliazione si debba svolgere su basi processuali. Epperò i legislatori non sono stati molto espliciti al riguardo. La necessità che il componimento amichevole o la conciliazione si ottenga sulla base di un giudizio logico formulato dal conciliatore, non appare da nessuna precisa disposizione di legge, nel campo dei rapporti interindividuali. La preoccupazione di condurre una battaglia a fondo contro tutte le regole e le formalità procedurali, l'uso invalso fra gli scrittori di considerare la conciliazione come una transazione cui si perviene senza molte lungaggini procedurali, han-

---

Se le due parti compariscono, il giudice di pace non ha altro potere che quello di conciliare le parti: egli non può, senza eccesso di potere, ordinare la loro comparizione, interpellarle, far loro delle ingiunzioni, deferire il giuramento, condannarle all'ammenda, o giudicare il fondo della loro contestazione... Il tentativo di conciliazione si sottrae alle cause d'estinzione che minacciano le istanze: l'attore che desiste nel corso dell'istanza, o che lascia perire gli atti, nonnè tenuto a ricominciare il preliminare e a citare di nuovo il convenuto... Bisogna, nel caso d'infrazione agli accordi convenuti dinanzi al giudice di pace, ritornare in conciliazione davanti al giudice stesso, o si può agire davanti al tribunale di prima istanza senza esperire un nuovo tentativo di conciliazione? Io non scorgo l'utilità di questo secondo preliminare, che non avrebbe nessuna probabilità di successo, e credo che sia il caso di applicare, qui, il principio secondo il quale il tentativo di conciliazione ha effetto per trenta anni."
Garsonnet - Traité de Procédure Judic. - Vol.II; pag. 281 e segg.

no condotto il legislatore a tacere sull'effettiva opera che il conciliatore dovrà esplicare. In qualche relazione a progetti legislativi, si legge poi: essere l'opera del conciliatore, opera di un semplice mediatore (1).

Tuttavia, in qualche legislazione, vi è un accenno a quella che sarà l'attività di cognizione del conciliatore; e qualche scrittore (ad esempio il Mortara) hanno senz'altro fatto cenno di questa attività che rende il conciliatore del tutto somigliante, nella sua funzione materiale, al giudice, in quanto, s'intende, non si tenga conto del potere giurisdizionale di cui questo è investito.

Così il Cod. francese di procedura civile, vi è una disposizione all'art. 55, per la quale si ammette il giuramento fra le parti, in sede di conciliazione, dando però al giuramento stesso carattere speciale convenzionale, per modo che dipenda del tutto dalla loro volontà lo stabilirlo ed il prestarlo, senza però il rifiuto di prestazione produca gli effetti che ne derivano, in sede di giurisdizione(1).

La legge prussiana del 1879 (art.84) dispone che il conciliatore (o arbitro, come ivi è qualificato) possa, col consenso delle parudire testimoni o periti, purchè questi si presentino senza coazione giudiziale; vieta di deferire a costoro giuramenti, come vieta simile mezzo di prova fra le parti.

Una disposizione analoga detta il regolamento di procedura austriaco(§ 205), del disciplinare il tentativo giudiziario di conciliazione, per questa legge sempre facoltativo, in ogni stato della causa, prima della trattazione orale.

A proposito del nostro diritto, il Mortara (comm. al Cod. di proc. civ. ecc.- Vol.III, pag. 21) scrive: "Comparendo le parti, spontaneamente o in seguito all'avviso, è naturale, sebbene la legge nol dica, che il conciliatore ascolti le rispettive ragioni e pretese, esamini i documenti che per avventura gli siano presentati, determini in modo preciso i confini della controversia e interponga il consiglio e l'autorità del suo ufficio per cercare e fare accettare una composizione equa e soddisfacente. Il codice adottò il sistema della legge napoletana che sembra escludere nel procedimento conci-

---

(1) In contrario il Garsonnet

liativo, qualsiasi atto d'istruzione. A dir vero, simile esclusione non è della essenza del procedimento, sebbene sia indiscutibile che qui si possa trattare soltanto di una istruzione sommaria e amichevole, intesa a diradare equivoci, a convincere in via bonaria le parti dello stato preciso dei fatti donde esse deducono le rispettive pretese e non debba perciò assumere forme giudiziarie solenni nè estendere la propria efficacia oltre la sede nella quale venisse eseguita".

La deficienza nell'ordinamento processuale della conciliazione si rispecchia anche in quelle disposizioni che trattano del momento in cui la conciliazione deve correre, sia dinanzi all'organo giurisdizionale, sia dinanzi allo speciale organo di conciliazione.

Il Codice di proc. sardo ad esempio, parlando delle cause in cui la istruzione è verbale, dispone// all'art. 56: "Il giudice, dopo avere tentato un amichevole componimento, questo non riuscendo, provvede sommariamente sulle rispettive istanze ed eccezioni". Quanto alle cause di procedimento scritto il Codice, dopo avere ordinato che l'attore presenti i titoli su cui fonda la domanda (art'58), è data facoltà al convenuto di produrre anch'egli i suoi titoli ed una difesa scritta, permette che il convenuto medesimo, in vista dei documenti dell'attore, chiegga una proroga per la presentazione di questa sua difesa scritta, e che il giudice gliela conceda. Nell'art. 59 prescrive così: " Con la scorta di questi atti il giudice, sentite verbalmente le ulteriori ragioni ed eccezioni delle parti, dovrà innanzi tutto tentare un amichevole componimento" e all'art. 60 soggiunge: "Se la conciliazione non riesce, tutti gli atti ulteriori che possono occorrere per la istruzione della causa, son fatti per mezzo di verbali,

che saranno dal giudice dettati al segretario".

Secondo il Pisanelli (1), dall'esame del Cod. proc. sardo risulta: 1) che così nelle cause di procedura scritta come in quella di procedura orale, il componimento dev'essere tentato prima che il giudice provveda sulle ragioni ed eccezioni; 2) che però il giudice debba tentare il componimento dopo avere udite verbalmente queste ragioni e queste eccezioni; 3) che nelle cause di procedura scritta non elevi adatti, cioè non riduca in iscritto per mezzo di verbali, queste ragioni e queste eccezioni, ne altri espedienti istruttori, se non dopo di avere tentato infruttuosamente il componimento amichevole.

---

(1) Comm. al cod. di proc. sardo - Vol I, pag. 119 e segg.: "Nel codice sardo il giudice di mandamento era incaricato di questo esperimento nella pubblica udienza, il giorno stesso in cui le parti si presentavano per effetto della citazione giudiziale, e prima di procedere alla discussione della causa, alla quale discussione si passava senza interruzioni, se il componimento non aveva luogo. In questo sistema dunque, ristretto alle sole cause minori, è conciliatore, il giudice stesso della controversia, ne vi è chiamata del giudice per conciliare distinta dalla citazione dell'attore: l'esperimento della conciliazione è come la necessaria entratura del giudizio, a cui può arrestarsi il processo, ma che non ne ritarda il componimento se a quella non si vogliono acquetare le parti. A questo modo si ha il vantaggio d'una procedura assai più semplice, e se la conciliazione non riesce, non ne soffrono le parti, nè il corso della giustizia è ritardato... Tuttavia la citazione è di per se stessa un atto che apre la lizza giudiziaria nella quale gli spiriti si riscaldano, sicchè talvolta è più probabile il componimento nel corso di questa lotta, quando le parti sono stanche, piuttosto che in sul cominciare di essa. "

Il sistema seguito dal cod. di proc. sardo non è certo il migliore. Per quanto il codice disponga che il giudice debba tentare il componimento "dopo avere udite verbalmente le ragioni e le eccezioni delle parti", tuttavia il momento processuale scelto per il tentativo di conciliazione, non è tale da consentire al giudice una completa libertà di giudizio, ed una conoscenza esatta della lite.

La nostra legge processuale ha seguito in gran parte il sistema della legge processuale sarda. All'art. 417 infatti dispone:"Il pretore, sugli atti avanti indicati sentite le parti in persona nelle loro ragioni ed eccezioni ulteriori, deve procurare di conciliarle. Se la conciliazione abbia luogo, ne fa risultare con processo verbale sottoscritto anche dalle parti".

Il Mortara (1) molto giustamente critica questa disposizione, come quella che rende inefficace l'esperimento della conciliazione, non conoscendo il giudice esattamente tutti i fatti della lite.

---

(1) Comm. al cod. e alle leggi di proc. civ. - Vol IV; pag. 5: "L'illusione che il codice possa adempiere in via ordinaria una funzione conciliativa si vede ritratta specialmente nell'art. 417; ma non pare che lo sia nel modo più opportuno (giacchè la legge assegna per il tentativo di conciliazione la prima fase della lite, quando, cioè, sono state esposte le prime domande e difese, mentre, poi, fallita la prova della conciliazione, rimarrà da svolgere in pieno la istruzione del processo (art. 418). E' ben vero che niente vieta al pretore di rinnovare il tentativo anche in uno stadio ulteriore; ma è ben inteso... il pretore (leggesi nell'art. 417), sentite le parti in persona... deve procurare di conciliarle. Ma se le parti non hanno l'obbligo di comparire in persona, e se il pretore non ne

Del resto gl'inconvenienti del sistema seguito sono stati subito sentiti, e ad essi si è cercato di porre un riparo, come si può vedere dall'esame dell'art. 5 della legge sulla competenza civile dei pretori e dei conciliatori del 15 sett. 1922, posta a confronto coll'art. 417 del cod. di proc. civ. Quest'articolo infatti dichiara: "L'ordinanza o sentenza che ammette l'interrogatorio ne determina l'oggetto. Il pretore può ordinare che l'altra parte assista in persona all'interrogatorio. Il pretore dirige all'interrogato le domande che ritiene opportune per chiarire la verità in relazione all'oggetto della prova. Se l'altra parte è presente, può rivolgere anche ad essa opportune interrogazioni. Qualora apparisca la possibilità d'una conciliazione, il pretore deve tentarla, facendone inserire mensione nel processo verbale".(1)

---

può ordinare la comparizione, se non nei limiti stabiliti nell'art. 446, ne viene chiaro il corollario che il tentativo di conciliazione cessi di essere obbligatorio solo che una delle parti comparisca per mezzo di procuratore, o non risieda nel comune o nel mandamento.

(1) Mi si permetta una breve diversione. A chi esamini la dizione dell'articolo 5 del R.Decreto 20 sett. 1922, articolo che su riporto, non sarà sfuggita quella espressione: "Il pretore ... qualora apparisca la possibilità di una conciliazione... deve tentarla." Questa frase può interpretarsi nel senso che il pretore debba esercitare la sua funzione mediatrice, in quanto abbia colto delle possibilità di metter d'accordo i due litiganti, può essere interpretata nel senso che il pretore si dorvà accertare delle attitudini che le parti prenderanno di fronte alla soluzione che lui darebbe alla lite. Questa seconda interpretazione mi sembra più confacente

Con questa disposizione di legge, si è scelto, per l'esperimento di conciliazione, uno degli stadi d'istruttoria della causa, e non più il momento processuale che inizia il processo.

L'importanza di questa disposizione sulla conciliazione è posta in luce dal Mortara(1) il quale fa rilevare i vantaggi che derivano dalla scelta di quel momento processuale.

---

alla dignità del magistrato, il quale altrimenti dovrebbe approfittare fi= nanco delle debolezze psicologiche di alcuno dei litiganti, quando si sia accorto della possibilità che questi ceda a qualsiasi proposizione transa= tiva. A me sembra che, in sostanza, al buon giudizio del pretore sia demandato di stabilire, non solo se le parti mostrino attitudine ad accordarsi, ma se mostrino attitudine ad aderire ad una soluzione della lite ispirata a motivi di giustizia.

(1) "La competenza civile dei pretori e dei conciliatori" - Appendice al mat. di proc. civ., pag. Sebbene, come dianzi ho notato, il tentativo di conciliazione appartenga al processo avanti il pretore per disposizione ge= nerale del codice, e possa effettuarsi in qualunque fase di esso, l'espe= rienza negativa del passato giustifica l'opinione che esso possa dare qual= che frutto soltanto nel momento processuale considerato nell'art.5 or ora esaminato, quando, cioè, trovinsi presenti le parti avanti il giudice, e questi, a motivo dell'atto d'istruzione che sta compiendo, possiede comple= ta cognizione del dissidio che fra esse sussiste, misurando anche, dal con= tegno vicendevole, la possibilità di indurle al componimento.".

Il legislatore si è preoccupato dunque di consigliare al giudice il momento più opportuno per esperire il tentativo di conciliazione, scegliendo quel momento in cui il giudice può dirsi che ben conosca i termini della controversia e possa bene formulare un giudizio (1).

Se tutto lo stadio precedente al momento processuale scelto, per l'esperimento di conciliazione, è pur esso uno stadio processuale è evidente che in esso il pretore agisca come giudice, nè la sua importanza sostanziale sarà diversa, in quanto il pretore assuma poi la veste del conciliatore.

La scelta del momento processuale dunque è interessante anche per questo: che può permettere o meno all'organo giurisdizionale che funzioni da conciliatore, l'uso dei poteri giurisdizionali, di cui è normalmente investito, ai fini della conoscenza esatta della lite.

---

(1) Meyer - Istituzioni Giudiziarie; Tom. V, pag. 569 "Il saggio di conciliazione, invece di precedere l'istanza, dovrebbe essere rinviato a causa già inoltrata, quando il giudice, avendo presa una cognizione più positiva della contestazione, si trova meglio in grado di apprezzare i diritti e le pretese rispettive delle parti ed intervenire, non più con delle semplici esortazioni, ma con proposte di convenzioni".
Mortara - Op. cit. pag. 100: "Le leggi processuali recenti favoriscono la interposizione dell'organo giurisdizionale per conseguire la conciliazione delle liti, ponendo in grado però l'autorità giudiziaria di conoscere gli elementi della controversia, prima di accingersi a tale ufficio. Nei riguardi dell'esperimento di conciliazione, di cui all'art.9 del R.D.24 luglio 1928, l'atto di opposizione delinea il conflitto e ne stabilisce i confini; perciò offre modo di scorgere se la mediazione autorevole del giudice avrà probabilità di successo.

Anche dal punto di vista della funzione di conciliazione affidata all'organo giurisdizionale, si delinea, ripeto, una differenziazione fra conciliazione extragiurisdizionale, che segue dinanzi allo speciale organo di conciliazione e che ha un carattere pregiudiziale e che limita (nel campo del diritto interindividuale) l'attività di accertamento del giudice nei confini della volontà delle parti, e conciliazione dinanzi all'organo giurisdizionale, conciliazione che ha un carattere giudiziario, in cui lo stadio conoscitivo può avere un fondamento pienamente giurisdizionale.

Tuttavia, per la stessa natura della funzione giurisdizionale, riterrei inutile e confusionaria ogni attribuzione di funzione di conciliazione agli organi giurisdizionali (pretore ad esempio). E' difficile che l'organo , chiamato ad applicare norme di legge o a porre dei principi astratti, nella risoluzione delle controversie, si adatti ad una forma di giustizia , che richiede sopratutto una grande esperienza pratica e l'assenza d'ogni visione astratta dei problemi del diritto. Il conciliatore, in diritto interindividuale, deve ricorrere a criteri di giustizia estremamente elastici, e ciò non è quasi mai disposto a fare l'organo della giurisdizione.

Il problema dell'assegnazione o meno di funzioni di conciliazione all'organo giurisdizionale, si è presentato spesso alla mente degli scrittori, e alla mente del legislatore, ed è stato variamente risolto. In genere però si sono riconosciuti gl'inconvenienti che possono derivare dalla promiscuità di funzioni di conciliazione e di funzioni giurisdizionali nello stesso organo. (1)

(1) In proposito, seduta 19 aprile 1865 della Commissione nominata per il coordinamento dei codici e delle leggi giudiziarie.

Se la conciliazione presuppone in ogni caso la costituzione di un rapporto processuale, essendo essa, nel campo dei rapporti interindividuali, a carattere facoltativo, i poteri processuali del conciliatore sono notevolmente ridotti o meglio inesistenti, di modo che ogni singola attività processuale diretta all'accertamento degli elementi del conflitto, rimane sempre sottoposta alla volontà concorde delle parti. In altri termini, l'attività processuale del conciliatore si svolge attraverso il consenso delle parti.

Ma il rifiuto di prestarsi ad un accertamento, da parte di uno dei contendenti, dovrebbe considerarsi tale da determinare il fallimento della conciliazione? Se si bada al carattere di giustizia della composizione evidentemente un rifiuto ad aderire all'accertamento, potrebbe impedire il raggiungimento del risultato. Ma il dichiarare in tal caso l'esperimento fallito, dipende da circostanze concrete che qui non è il caso di esaminare.

Comunque, questa particolare subordinazione dell'attività processuale del conciliatore alla volontà concorde delle parti, non sempre s'incontra nel campo dei rapporti interindividuali. Quando l'esperimento di conciliazioneviene affidato ad un organo della giurisdizione, questi di avvale dei suoi poteri giurisdizionali nei riguardi dell'accertamento, promuovendo la conciliazione quando gli sembri opportuno il farlo. In tal caso l'ordinamento processuale dell'esperimento di conciliazione è tale per cui ogni singolo atto istruttorio è possibile anche quando non ricorra il consenso delle parti. Ciò dipende dal fatto che la funzione di conciliazione viene talvolta affidata ad organi chiamati a decidere in via giurisdizionale il conflitto. Questa duplicità di funzione è purtuttavia da

Un'altra questione veramente importante in tema di conciliazione, riguarda gli effetti giuridici del componimento processuale accettato dalle parti.

Ammesso che, dal punto di vista sostanziale, la composizione si presenti come giusta, nasce la questione degli effetti da assegnare alla composizione stessa, apparendo essa dal punto di vista formale, una composizione meramente contrattuale.

In ogni caso, l'adesione delle parti, sempre necessaria, assume, in tema di rapporto processuale conciliativo, il carattere di un'accettazione meramente processuale, dando così una significazione speciale all'accordo intervenuto.

In ogni caso poi l'attività sostanziale del conciliatore è messa in evidenza dalla particolare efficacia ch'egli può attribuire alla manifestazione di volontà delle parti.

La questione tanto dibattuta se la conciliazione accettata è contenuta in un processo verbale debba avere gli effetti propri del contratto o quelli della sentenza, è una questione cui si può dare poca rilevanza quando si pensi che la composizione conciliativa ha un carattere processuale che le costituisce effetti giuridici speciali, effetti che riflettono la particolare natura della composizione, che sta fra il contratto e la sentenza.

Ogni disposizione legislativa che voglia attribuire alla composizione conciliativa gli effetti propri della sentenza o altrimenti gli effetti propri d'un qualunque contratto, mostra perciò stesso di non avere compreso i fondamenti logici dell'istituto.

Così per esempio il Codice sardo di procedura civile disponeva all'art. 57: "In caso di riuscita conciliazione, il risultato di

Un'altra questione veramente importante in tema di conciliazione, riguarda gli effetti giuridici del componimento processuale accettato dalle parti.

Ammesso che, dal punto di vista sostanziale, la composizione si presenti come giusta, nasce la questione degli effetti da assegnare alla composizione stessa, apparendo essa dal punto di vista formale, una composizione meramente contrattuale.

In ogni caso, l'adesione delle parti, sempre necessaria, assume, in tema di rapporto processuale conciliativo, il carattere di un'accettazione meramente processuale, dando così una significazione speciale all'accordo intervenuto.

In ogni caso poi l'attività sostanziale del conciliatore è messa in evidenza dalla particolare efficacia ch'egli può attribuire alla manifestazione di volontà delle parti.

La questione tanto dibattuta se la conciliazione accettata è contenuta in un processo verbale debba avere gli effetti propri del contratto o quelli della sentenza, è una questione cui si può dare poca rilevanza quando si pensi che la composizione conciliativa ha un carattere processuale che le costituisce effetti giuridici speciali, effetti che riflettono la particolare natura della composizione, che sta fra il contratto e la sentenza.

Ogni disposizione legislativa che voglia attribuire alla composizione conciliativa gli effetti propri della sentenza o altrimenti gli effetti propri d'un qualunque contratto, mostra perciò stesso di non avere compreso i fondamenti logici dell'istituto.

Così per esempio il Codice sardo di procedura civile disponeva all'art. 37: "In caso di riuscita conciliazione, il risultato di

Così il Codice sardo di procedura civile disponeva all'art.57: "Nelle cause ~~xxxxxxxxxxxxxxxxxx~~ verbali il risultamento della conciliazione scritto nel registro dei provvedimenti avrà lo stesso effetto della sentenza" e all'art.59: "Nelle cause di procedura scritta, se il componimento ha luogo, il giudice ne farà risultare, richiedendolo le parti o una di esse, con ordinanza la quale provvederà, in pari tempo, per l'esecuzione di quanto nel componimento fu stabilito".

Dunque: è dichiarato espressamente dalla legge che il risultamento della conciliazione avrà lo stesso effetto della sentenza. Ma nonostante questa dichiarazione è evidente che, ad esempio, un processo verbale di conciliazione non potrà essere impugnato per via di ricorso in appello, ma per via di azione di nullità. Il che vuol dire come la natura convenzionale del componimento influisca a determinare particolarà effetti.

Inversamente, la dove il contratto, fatto puranche per atto pubblico, non può generare ipoteca giudiziale, per lo stesso codice sardo il verbale di conciliazione generava ipoteca giudiziaria.
Il che vuol dire che la natura processuale che sta a base del componimento influisce a determinare particolari effetti.

L'azione di nullità, che è propria della materia contrattuale, l'ipoteca giudiziale, che è propria della materia giurisdizionale, costituiscono insieme un particolare effetto della composizione conciliativa, in quanto questa sia un quid intermedio fra contratto e sentenza.

Nella nostra legislazione sembra doversi distinguere a seconda che la conciliazione ricorra per liti di cui l'organo giurisdizio=

Così il Codice sardo di procedura civile disponeva all'art.57: "Nelle cause ~~xxxxxxxxxxxxxxxxxx~~ verbali il risultamento della conciliazione scritto nel registro dei provvedimenti avrà lo stesso effetto della sentenza" e all'art.59: "Nelle cause di procedura scritta, se il componimento ha luogo, il giudice ne farà risultare, richiedendolo le parti o una di esse, con ordinanza la quale provvederà, in pari tempo, per l'esecuzione di quanto nel componimento fu stabilito".

Dunque: è dichiarato espressamente dalla legge che il risultamento della conciliazione avrà lo stesso effetto della sentenza. Ma nonostante questa dichiarazione è evidente che, ad esempio, un processo verbale di conciliazione non potrà essere impugnato per via di ricorso in appello, ma per via di azione di nullità. Il che vuol dire come la natura convenzionale del componimento influisca a determinare particolari effetti.

Inversamente, la dove il contratto, fatto puranche per atto pubblico, non può generare ipoteca giudiziale, per lo stesso codice sardo il verbale di conciliazione generava ipoteca giudiziaria. Il che vuol dire che la natura processuale che sta a base del componimento influisce a determinare particolari effetti.

L'azione di nullità, che è propria della materia contrattuale, l'ipoteca giudiziale, che è propria della materia giurisdizionale, costituiscono insieme un particolare effetto della composizione conciliativa, in quanto questa sia un quid intermedio fra contratto e sentenza.

Nella nostra legislazione sembra doversi distinguere a seconda che la conciliazione ricorra per liti di cui l'organo giurisdizio-

nale avrebbe potuto conoscere in sede giurisdizionale, o ricorra per liti per le quali l'organo non abbia competenza. Gli effetti saranno diversi a seconda dei casi.

Infatti nel nostro Codice è stato trapiantato il testo napoletano, con poche varianti di parole, e coll'aggiunta che il verbale di merito superiore avrebbe la forza di scittura privata riconosciuta in giudizio. ✗

Nella relazione Pisanelli si leggono appunto queste parole: "Gli effetti della conciliazione sono diversi secondo che il valore dedotto in essa eccedano quello di L.50 (ridotto poi nel Codice a L.30). Quando il valore non ecceda la detta somma, siccome sino a tal limite si estende a tal regola la competenza del giudice conciliatore in materia contenziosa, il processo verbale della conciliazione equivale ad un titolo esecutivo. Quando il valore ecceda le lire 30, ossia indeterminato, l'ufficio dello stesso giudice risolvendosi in quello di semplice mediatore, la conciliazione non potrà avere che la forza di una scrittura privata riconosciuta in giudizio".(Relazione senatoria; pag.6).

Distinzione questa che appare poco chiara, non riuscendosi a capire in che cosa influisca la competenza giurisdizionale del giudice nei riguardi degli effetti giuridici del componimento conciliativo.

Piuttosto nebulosa fu la discussione dell'articolo di cui sopra (art.7 del Cod. di proc. civ.) in seno alla commissione legislativa. Eccone il riassunto: "Sopra questp articolo il deputato Camerini propose di esaminare il seguente tema: pare soverchia l'autorità

data ai verbali di conciliazione per far fede delle dichiarazioni e ricognizione delle parti per qualunque somma. Un commissario osservò come veramente fosse eccessiva la forza attribuita all'atto di conciliazione. Quando esso non sia sottoscritto dalle parti, o da persona munita di speciale mandato, non avrebbe a formare che un principio di prova per iscritto. Altri aggiunse pure che in tal caso non potrebbe avere valore di sorta. A queste osservazioni fu risposto che la sottoscrizione del conciliatore e del cancelliere sono sufficienti a dare efficacia intera all'atto di conciliazione. Senonchè un contrario avviso manifestò un altro commissario, sostenendo che l'atto di conciliazione non dovesse avere altro effetto che quello di una semplice scrittura privata perchè il prescrivere che debba aversi come scrittura riconosciuta in giudizio, mentre il conciliatore non ha facoltà di giudice è vera anomalia; e quando tale forza si volesse riconoscere nel caso che l'atto di conciliazione venisse sottoscritto da persona munita di speciale mandato, ne verrebbe l'inconveniente di dare maggior confidenza al conciliatore che al notaio. A ciò rispose un altro commissario che tanto varrebbe determinare che l'eseguita conciliazione non abbia che l'effetto di una privata scrittura quanto il torre di mezzo il sistema della conciliazione perchè, mancando le qualità di titolo incontestabile, a nulla serve la conciliazione, e sarà poi necessaria la lite per definire ciò che siasi con essa stabilito. Laonde la commissione approvò l'articolo quale fu proposto nel progetto ministeriale (art.7 cod. proc. civ.)."

Ora dalle parole della relazione e dall'andamento della discussione in seno alla commissione, si rileva quanto importante fosse la questione nei riguardi dei particolari effetti giuridici della conciliazione.

La discussione si è aggirata intorno a questo punto: non essendo il conciliatore un giudice, non avendo cioè potere imperativo, fino a che punto la sua attività sostanziale, logica, integrata dalla manifestazione di volontà delle parti, diretta a costituire un comando giuridico contrattuale, fino a che punto, dicevo, quest'attività può spiegare la sua efficacia nei riguardi dei particolari effetti giuridici della composizione?

La soluzione data alla questione si può dire in genere insufficiente. Il nostro legislatore non ha compreso l'importanza processuale della composizione conciliativa, e s'è fermato a mezza strada, seguendo in ciò anche il codice di procedura civile francese che all'art.84 dichiarava:"Les conventions des parties, insérées au procès verbal, ont force d'obligation privée" (1).

Invece il codice olandese del 1838 attribuisce al processo verbale di conciliazione l'autenticità e l'esecutorietà, le leggi del lombardo veneto forza ed effetto di convinzione giudiziale, il codice estense del 1852 forza di sentenza passata in giudicato, salvo

---

(1) Il consigliere di Stato Locrè, nella discussione dell'art.84, spiegò essersi bensì voluto che le convinzioni inserite in un processo verbale di conciliazione legassero le parti come in atto pubblico, ma senza ~~arrivare~~ comportare esecuzione forzata o ipoteca; di guisa che, per produrre questi risultati avessero bisogno di essere convertiti in atti notarili o di essere decretate da un giudice competente.

Ho cercato, nella esposizione che precede, di far rilevare la posizione giuridica sui generis nel componimento conciliativo, che presenta, come è già ripetutamente detto, dei caratteri suoi propri in confronto alla sentenza ed in confronto al contratto. Il carattere pubblico dell'organo di conciliazione, l'attività di cognizione da lui esplicata, gli effetti giuridici del componimento, sono tutti elementi e requisiti che contrassegnano queste caratteristiche intermedie della conciliazione. ⁂

Se ora andiamo ad esaminare le opinioni espresse al riguardo da vari autori, troviamo che in essi prevalgono spesso delle concezioni erronee o incompletamente formulate.

Cominciando dal Butera (1), troviamo ch'egli così si esprime in merito alla conciliazione: "A noi, come già si è detto (N.30 e segg.), par chiaro, che quando vi sia, come vi deve essere, l'incertezza del rapporto, e quando, giusto il caso configurato, vi concorra la reciprocità delle concessioni, il componimento amichevole, se pure compiuto coll'intervento del magistrato come tale, è vera transazione, di cui si applicheranno tutte le norme. E che altro è la transazione se non la composizione della lite mediante concessioni reciproche? L'organo che riceve ed autentica la volontà delle parti, sia esso un pubblico ufficiale autorizzato ad attribuire pubblica fede all'atto, o un funzionario rivestito d'autorità giurisdizionale diviene circostanza secondaria ed indifferente? Si ha sempre un atto dispositivo di diritto privato per il quale occorre la legale rappresentanza della parti e la capacità di disporre del diritto, sul quale si transige. Il negozio non cambia stipe

---

(1) Butera - La Transazione; § 92 in digesto italiano.

Ho cercato, nella esposizione che precede, di far rilevare la posizione giuridica sui generis nel componimento conciliativo, che presenta, come è già ripetutamente detto, dei caratteri suoi propri in confronto alla sentenza ed in confronto al contratto. Il carattere pubblico dell'organo di conciliazione, l'attività di cognizione da lui esplicata, gli effetti giuridici del componimento, sono tutti elementi e requisiti che contrassegnano queste caratteristiche intermedie della conciliazione. ##

Se ora andiamo ad esaminare le opinioni espresse al riguardo da vari autori, troviamo che in essi prevalgono spesso delle concezioni erronee o incompletamente formulate.

Cominciando dal Butera (1), troviamo ch'egli così si esprime in merito alla conciliazione: "A noi, come già si è detto (N.30 è segg.), par chiaro, che quando vi sia, come vi deve essere, l'incertezza del rapporto, e quando, giusto il caso configurato, vi concorra la reciprocità delle concessioni, il componimento amichevole, se pure compiuto coll'intervento del magistrato come tale, è vera transazione, di cui si applicheranno tutte le norme. E che altro è la transazione se non la composizione della lite mediante concessioni reciproche? L'organo che riceve ed autentica la volontà delle parti, sia esso un pubblico ufficiale autorizzato ad attribuire pubblica fede all'atto, o un funzionario rivestito d'autorità giurisdizionale diviene circostanza secondaria ed indifferente? Si ha sempre un atto dispositivo di diritto privato per il quale occorre la legale rappresentanza della parti e la capacità di disporre del diritto, sul quale si transige. Il negozio non cambia stile

---

Butera - La Transazione; § 92 in digesto italiano.

per il solo fatto che la controversia è definita mercè composizione amichevole dinanzi quello stesso magistrato che è stato chiamato a risolverla in linea giurisdizionale".

Le considerazioni del Butera sono rivolte contro alcune affermazioni del Chiovenda, affermazioni che è utile qui riportare per la loro importanza nei riguardi della materia che sto trattando(1): "Il componimento processuale è un atto processuale, perchè compiuto con l'intervento del magistrato come tale, e pone immediatamente termine al rapporto processuale: in modo che, dopo avvenuto il componimento, le parti più non possono chiedere una sentenza di merito nello stesso processo. Il componimento può aver luogo anche se l'attore desista completamente dalla sua pretesa, o il convenuto si assoggetti completamente alla pretesa dell'attore, obbligandosi a soddisfarlo, ma insieme cessando la lite. Conseguentemente esso si distingue:

a) Dalla conciliazione, che avviene innanzi al conciliatore prima che sorga il rapporto processuale (sopra N.230);

b) Dalla transazione, che avviene fuori del processo, alla quale da un lato è inerente l'idea della concessione reciproca, e a cui d'altro lato manca l'effetto di por fine al rapporto processuale ed immediatamente.

c) Dalla rinuncia all'azione ed al riconoscimento dell'azione, che non agiscono sul rapporto processuale, ma solo immediatemente sulla sentenza di merito (sopra pag.605);

Come atto processuale il componimento è regolato dalla legge processuale. Esso suppone, come dicemmo, l'intervento del magistrato

---

1) Chiovenda - Principi di diritto processuale civile - 1923 pag. 881).

per il solo fatto che la controversia è definita mercè composizio-
ne amichevole dinanzi quello stesso magistrato che è stato chiamato
a risolverla in linea giurisdizionale".

Le considerazioni del Autore sono rivolte contro alcune affer-
mazioni del Chiovenda, affermazioni che è utile qui riportare per
la loro importanza nel rigoardi della materia che ato trattando(1):
"Il compromesso processuale è un atto processuale, perchè comple-
te con l'intervento del magistrato come tale, e pone immediatamen-
te termine al rapporto processuale: in modo che, dopo avvenuto il
compromesso, le parti più non possono chiedere una sentenza di me-
rito nello stesso processo. Il compromesso può aver luogo anche de
l'attore desista completamente dalla sua pretesa, o il convenuto ri
conosca completamente alla pretesa dell'attore, obbligandosi a
modificarlo, ma insieme cessando la lite. Conseguentemente sono di
stinguo:

a) Nella conciliazione, che avviene innanzi al conciliatore prima
che morga il rapporto processuale (sopra p.230);

b) Nella transazione, che avviene fuori del processo, alla quale
da un lato è inerente l'idea della concessione reciproca, e a cui
d'altro lato manca l'effetto di por fine al rapporto processuale
ed immediatamente.

c) Nella rinuncia all'azione ed al riconoscimento dell'azione, che
non seguono sul rapporto processuale, ma sono immediatamente nulla
contenza di merito (sopra pag.805):

Come atto processuale il compromesso è regolato dalla legge
processuale. Esso suppone, come dicemmo, l'intervento del magistrato

---

Chiovenda - Principi di diritto processuale civile - 1923 pag. 881).

che lo farà assumere in verbale. Il suo effetto processuale è di por fine al rapporto processuale. Esso ha poi effetti sostanziali che possono derivarne come convenzione. Del suo carattere di atto dispositivo del diritto privato non può discutersi, a differenza di quanto vedemmo circa il riconoscimento e la rinuncia all'azione. Ad esso si richiede dunque la presenza personale delle parti e la capacità di disporre del diritto. In ogni caso, essendo ricevuto da un pubblico ufficiale, esso ha gli effetti di titolo esecutivo (art.554, N.3; sopra pag. 254). "

La posizione del Chiovenda e del Butera nei riguardi della materia trattata , è la seguente: il Chiovenda vuol distinguere il componimento amichevole, in cui ricorrono le reciproche concessioni, dalla transazione di cui all'art. 1774, per il semplice fatto che il primo viene promosso da un organo giurisdizionale, mentre il contratto di transazione avviene fuori del processo, e stipulato direttamente tra le parti, non pone fine al rapporto processuale immediatamente; Il Butera obbietta che la distinzione, fatta in tal senso, è rilevante, mentre transazione e componimento amichevole, in quanto ricorrano le reciproche concessioni, si equivalgono.

La verità è che il Chiovenda ha presentito la necessità di distinguere il componimento amichevole dalla transazione, ma non ha saputo mettere in chiaro gli elementi distintivi.

Ha ragione il Butera nell'osservare che il solo fatto che un organo giurisdizionale autentichi la volontà delle parti, non basta a cotituire una differenza. Ma quando non si parli più di semplice autenticazione, ma si parli di tutta un'attività di cognizione da parte dell'organo giurisdizionale, della formulazione di un giudizio

logico che serva di base alla conciliazione, quando si parli di tutta un'attività processuale preordinata allo scopo di pervenire alla conciliazione stessa, quando si spieghi l'attività documentatrice del magistrato, ricollegandola, ai fini della conciliazione, al precedente stadio di attività conoscitiva, allora si che si pone una distinzione fra componimento amichevole e transazione.

Il componimento amichevole presuppone tutta un'attività processuale: l'attività materiale del giudice. La transazione non presuppone nulla di ciò.

Il Chiovenda dice che il componimento amichevole pone fine al rapporto processuale immediatamente. Ma ciò avviene, non per il solo fatto che il magistrato promuova la conciliazione, ma per il fatto che il componimento amichevole è il risultato e la fase ultima d'un rapporto processuale che, per la duplicità di funzione di cui è investito il magistrato (funzione di conciliazione, funzione giurisdizionale) e, nello stesso tempo, rapporto processuale ordinario, rapporto processuale di conciliazione.

La differenziazione poi fra componimento amichevole e conciliazione (che avviene prima che sorga il rapporto processuale), differenziazione su cui insiste il Chiovenda, è possibile soltanto per il fatto stesso della duplicità di funzioni di cui è investito l'organo giurisdizionale; Componimento amichevole e conciliazione pongono sempre fine al rapporto processuale di conciliazione. Ma mentre il componimento amichevole presuppone puranche un rapporto processuale giurisdizionale, la conciliazione non lo può presupporre, perchè questo non è ancora nato.

Per ambedue gli istituti può valere però benissimo quello che il Chiovenda scrive (1): "Si tenga presente che assegnando a un atto

processuale il carattere di negozio giuridico, non si è detto ancora con ciò che il diritto riconosca alla volontà delle parti la stessa importanza che può riconoscerle nel diritto privato; che, ad esempio, il negozio processuale possa impugnarsi per le stesse ragioni per cui può impugnarsi un negozio di diritto privato. Poichè nel processo vi è sempre un elemento speciale da considerare: ed è la presenza dell'organo dello Stato, sull'attività del quale, sebbene estraneo al negozio, questo può spiegare una influenza più o meno diretta; ora è interesse pubblico dominante tutto il processo che l'attività dell'organo dello Stato sia certa e determinata nei suoi risultati, e questo interesse potrebbe essere compromesso se in ogni caso si ammettesse che un difetto di volontà nel negozio o il venir meno della causa di esso, potesse influire sui risultati dell'attività pubblica cui il negozio diè luogo".

Concludendo, di fronte alle affermazioni del Chiovenda ed alle critiche del Butera, il nostro pensiero nei riguardi del componimento amichevole o della conciliazione in genere si determina, tenendo presenti tutti i particolari aspetti dell'istituto della conciliazione e del rapporto processuale di conciliazione, così come sono stati più sopra studiati.

Passo ora ad un altro ordine di argomentazioni che valga a porre sempre più in risalto il carattere particolare del componimento conciliativo.

Afferma il Mortara (1): "Passando all'esame delle disposizioni che governano il procedimento di conciliazione, è da premettere che

---

(1) Mortara - Comm. del Cod. e delle leggi di proc. civ.; vol.III, § 12.

---

il carattere intuitivamente convenzionale di questo mezzo di definizione delle controversie richiama per necessità alle norme del diritto comune materiale interno alla capacità delle parti, al consensi e all'oggetto del contratto. La legge, inoltre, mostra di aver avuto riguardo particolare alle norme dettate a quel contratto, che più vi si accosta per l'indole e gli effetti, vale a dire la transazione. Avvertesi però che conciliazione e transazione non sono affatto sinonimi: se l'una e l'altra servono a prevenire o troncare una lite, la conciliazione può essere ottenuta mercè il pieno riconoscimento da parte del convenuto della pretesa dell'attore, o, viceversa, mediante la resistenza completa di costui alla domanda; la transazione ha invece, per caratteristico elemento la reciprocità delle concessioni (art.1764 Cod.civ.)".

Col Mortara, moltissimi autori fan consistere la differenza principale fra conciliazione e transazione nel fatto che la prima può consistere, a differenza della seconda, in una rinuncia o in un riconoscimento.

Ma anche questo criterio distintivo, così come vien posto, non ha grande significato. La conciliazione si muove in un campo tutt'affatto diverso della transazione di cui all'art.1764, del riconoscimento della rinunzia. Essa consiste sopratutto in una valutazione obbiettiva fatta propria dalle parti; transazione riconoscimento rinunzia consistono in valutazioni subbiettive, contrattiali. Per queste è normale il carattere di composizione qualunque delle liti; per quella è normale il carattere di composizione giusta delle liti. L'una presuppone una valutazione giudiziaria; la transazione

il riconoscimento, la rinunzia non presuppongono una valutazione giudiziario, nè un'attività processuale, ma consistono nella valutazione diretta da parte dei soggetti contrattuali.

Non importa in base a qual principio si formi la valutazione obbiettiva che è propria della conciliazione (norme generali, principio di giustizia del caso singolo); importa che essa sia ed appaia valutazione obbiettiva, valutazione di giudice.

Non importa che questa valutazione venga fatta propria dalle parti: ciò non vale infatti a toglierle il carattere obbiettivo.

In conclusione, esiste una linea netta di separazione fra conciliazione da una parte e componimenti contrattuali dall'altra, in quanto ottenuti direttamente dalle parti, sia pure sotto forma di riconoscimento, rinuncia, transazione.

LA CONCILIAZIONE NEL CAMPO DEI RAPPORTI INTERSINDACALI

Se nel diritto interindividuale l'istituto della conciliazione opera esclusivamente nel campo dei conflitti giuridici, nel diritto intersindacale l'istituto stesso opera normalmente nel capo dei conflitti economici.

Basterebbe questa differenza per giustificare una concezione diversa dell'istituto della conciliazione. Si potrebbe invero, nel diritto intersindacale, concepire l'istituto come un vero e proprio istituto di mediazione ufficiale, inteso cioè a facilitare il raggiungimento della composizione contrattuale. Abbiamo visto, esaminando il regime contrattuale come, specie nel campo intersindacale, la fase preparatoria del contratto si presenti spesso lunga, irta di difficoltà, produttrice di forti dispendi economici e di energie. La conciliazione intesa come mediazione, sarebbe chiamata in tal caso ad eliminare alcuni degli inconvenienti cui ho accennato; nè ciò potrebbe dar luogo alle critiche da me formulate contro questa opinione, sul terreno del diritto interindividuale, per la profonda diversità di regime che s'incontra, passando da questo al campo sindacale. Laddove nel diritto interindividuale si trattava di sostituire una composizione contrattuale ad una composizione giurisdizionale, qui si tratterebbe soltanto di agevolare una composizione contrattuale. Non manca qualche esempio legislativo d'un ordinamento dell'istituto della conciliazione sulla base della mediazione(1).

(1) Un accenno esplicito alla convenienza di partire dalle offerte e domande delle parti, senza entrare in merito a queste, al fine di raggiungere il regolamento contrattuale sulla base delle concessioni reciproche fra le parti, un accenno cioè ad una vera e propria opera mediatrice

Ma in verità, questa via è stata raramente battuta, ed invece si è seguita l'altra, per cui l'istituto della conciliazione viene ad essere ordinato su basi meramente processuali, assegnando alla conciliazione lo scopo della ricerca di una giusta soluzione della controversia, che resterebbe così soltanto formalmente contrattuale. Questa tendenza a lasciar prevalere nella conciliazione fini di giustizia, può essere spiegata nel senso di agevolare la formazione

---

(caratterizzata come ho detto dallo sforzo di ravvicinare le basi contrattuali del contrasto, senza entrare in merito a questa) è fatto dalla legge svedese del 28 marzo 1920 all'art. 6: "I negoziati diretti dal conciliatore con o tra le parti del conflitto avranno, in primo luogo, per oggetto di condurre a un accordo conforme alle offerte o alle proposizioni che possono esser fatte dalle parti stesse nel corso dei negoziati; se e per quel tanto che sembra appropriato allo scopo che quello di raggiungere à un regolamento soddisfacente del conflitto, il conciliatore deve esortare all'accettazione d'ogni accordo d'ogni concessione capace di condurre a quel risultato". Però all'art. 7 si dichiara: "Le parti dovranno comunicare al conciliatore, a sua richiesta, degli estratti di conti ed altri documenti così come dei dati statistici e altri fatti concernenti il conflitto; dovranno dargli accesso nelle officine in questione nella misura in cui ciò è necessario perchè egli abbia una base sufficiente d'apprezzamento del conflitto. Ogni persona che dà il suo concorso al conciliatore, avrà il diritto nella misura da lui ritenuta necessaria, che il conciliatore conservi il segreto su ciò che gli è rivelato in questa maniera". Come si vede dunque, anche in questa legge si trova qualche disposizione che allarga le funzioni del conciliatore fino a permettergli di entrare in merito alla controversia, al di fuori e al di sopra delle affermazioni puramente contrattuali dei soggetti del conflitto.

della coscienza giuridica nei soggetti contrattuali, obbligandoli ad uno ~~xxxxxxxxx~~ esperimento giuridico la cui fase ultima si raggiunge attraverso tutto uno svolgersi di rapporti processuali, formazione della coscienza giuridica che in certo qual modo può essere nel campo dei rapporti intersindacali, il presupposto necessario alla creazione di un regime giurisdizionale (1).

---

(1) Può sembrare strano che qui si parli di formazione della coscienza giuridica, come presupposto di un regime giurisdizionale, prima cioè che intervenga il giudice con le sue sanzioni. Ma a chi guardi alla forza e alla potenza dei soggetti contrattuali che dibattono un conflitto concreto o che si trovano nella possibilità di determinare un conflitto, a chi guardi alla intensità del movimento organizzativo, alla prevalenza delle correnti politiche democratiche, non sarà sfuggita la grave difficoltà d'imporre un regime giurisdizionale, senza prima ben valutare il comportamento di coloro che sarebbero soggetti al regime stesso. Onde è ben frequente che si cerchi prima d'influire a determinare il sentimento del diritto, imponendo, ai soggetti contrattuali, una certa attività processuale che, a lungo andare, finisce col creare una particolare mentalità. Accenno qui ad un fenomeno psicologico che non dev'essere trascurato nemmeno in uno studio di carattere giuridico. Si pensi che i cosidetti sindacalisti puri hanno accusato spesso i dirigenti delle organizzazioni sindacali di divenire, di giorno in giorno, "più causidici" e di trascurare sempre più gli obbiettivi rivoluzionari o l'attività violenta del sindacalismo puro. In fondo costoro pensano che gl'istituto dell'arbitrato, della conciliazione, della commissione d'inchiesta, richiedendo per il loro funzionamento, una certa attività processuale delle parti, abituino le correnti sindacali a particolari considerazioni giuridiche e quindi ad una mentalità antirivoluzionaria e progressivista(come del resto è ogni mentalità giuridica) per eccellenza

Ma l'istituto della conciliazione può volersi realizzare su basi processuali per ancora un altro scopo, per una completa costruzione sistematica di principi, cioè per arrivare ad una larga definizione degli elementi sostanziali del diritto in formazione? E' da questo punto di vista, che la conciliazione ordinata su basi processuali, per il raggiungimento d'un fine giuridico, nel campo sindacale, si distingue dalla conciliazione ordinata sulle stesse basi processuali, nel campo individuale? Il giudice conciliatore nel campo sindacale (o internazionale) è il giudice conciliatore nel campo individuale, organi permaneti ambedue, hanno ben diverse finalità da raggiungere, coll'esplicazione della stessa attività processuale? La questione è evidentemente non può risolversi in un unico senso. Occorrerebbe in ogni modo tenere presenti degli elementi, che, in ogni caso, si riferiscono ad ordinamenti legislativi concreti.

Diciamo soltanto che la prevalenza della giustizia, nella soluzione proposta dal conciliatore, è cognizione necessaria perchè in un secondo tempo si possa fare appello all'opinione pubblica, colla pubblicazione dell'opinamento del Tribunale di conciliazione, pratica che vedremo essere stata seguita da diversi Stati. Sanzione questa puramente morale ma che si può ricollegare a quella seconda fase dell'attività del conciliatore che, in tema generale, ho studiato facendola seguire alla fase conoscitiva e che è caratterizzata da questo: che, pur non essendo attività identica a quella del giudice ordinario,(che ha il potere di dar veste di comando alla sua decisione) riesce a raggiungere obbiettivi identici (prevalenza d'un comando giusto, sia pure attraverso un'accettazione contrattuale)

mediante sanzioni morali (pubblicazione dell'opinamento o del rifiuto di accettarlo) o mediante un'influenza morale (consigli, esortazioni) o mediante particolari vantaggi accordati alle parti nel caso di accettazione (titolo esecutivo, valore d'atto pubblico ecc.). (1)

---

(1) Nella sentenza del 19 febbraio 1923 della suprema Corte Federale degli Stati Uniti nella "Poursuite en injonction"de la Compagnie des Chemins de fer de Pensylvanie contro l'ufficio del lavoro delle ferrovie degli Stati Uniti, sentenza importantissima di cui mi occuperò in altro capitolo, il Presidente della Corte, Taft esprime l'opinione dei giudici al riguardo degli uffici di conciliazione istituiti per dirimere le controversie fra compagnie ferroviarie e i loro impiegati ed operai. Niente di più chiaro di queste parole di un giudice: esse valgono a mettere in luce l'importanza dell'elemento sostanziale nella composizione conciliativa, e la inesistenza d'un qualsiasi obbligo all'accettazione dell'opinamento del Tribunale di conciliazione. " Il titolo terzo del "Transportation Act" del 28 febbraio 1920, non ha mirato a stabilire un tribunale per determinare quali sono gli obblighi e i diritti legali degli imprenditori e degli operai e per metterli in esecuzione o proteggerli. Le Corti soltanto possono farlo. L'ufficio del lavoro è stato creato per decidere come le parti devono esercitare i loro diritti legali per essere in grado di cooperare all'efficace sfruttamento d'una ferrovia. Ciò che l'ufficio cerca di realizzare, è un equo compromesso tra le parti, senza riguardo ai diritti legali che ciascuna parte può far valere incondizionatamente in un Tribunale ordinario..L'ufficio agisce come un Tribunale d'arbitrato. Esso esprime il suo punto di vista

mediante sanzioni morali (pubblicazione dell'opinamento o del rifiuto di accettarlo) o mediante un'influenza morale (consigli, esortazioni) o mediante particolari vantaggi accordati alle parti nel caso di accettazione (titolo esecutivo, valore d'atto pubblico ecc.). (1)

---

(1) Nella sentenza del 19 febbraio 1923 della suprema Corte Federale degli Stati Uniti nella "Poursuite en injonction" de la Compagnie des chemins de fer de Pensylvanie contro l'ufficio del lavoro delle ferrovie degli Stati Uniti, sentenza importantissima di cui mi occuperò in altro capitolo, il Presidente della Corte, Taft esprime l'opinione dei giudici al riguardo degli uffici di conciliazione istituiti per dirimere le controversie fra compagnie ferroviarie e i loro impiegati ed operai. Niente di piò chiaro di queste parole di un giudice: esse valgono a mettere in luce l'importanza dell'elemento sostanziale nella composizione conciliativa, e la inesistenza d'un qualsiasi obbligo all'accettazione dell'opinamento del Tribunale di conciliazione. "Il titolo terzo del "Transportation Act" del 28 febbraio 1920, non ha mirato a stabilire un tribunale per determinare quali sono gli obblighi e i diritti legali degli imprenditori e degli operai e per metterli in esecuzione o proteggerli. Le Corti soltanto possono farlo. L'ufficio del lavoro è stato creato per decidere come le parti devono esercitare i loro diritti legali per essere in grado di cooperare all'efficace sfruttamento d'una ferrovia. Ciò che l'ufficio cerca di realizzare, è un equo compromesso tra le parti, senza riguardo ai diritti legali che ciascuna parte può far valere incondizionatamente in un Tribunale ordinario. L'ufficio agisce come un Tribunale d'arbitrato. Esso esprime il suo punto di vista

nei riguardi dell'obbligo morale di ciascuna delle parti, ~~xxxxxx~~ in quanto membri della società, di cooperare al buon funzionamento del servizio delle ferrovie nell'interesse pubblico. La sola limitazione che s'impone alle sue decisioni è ch'esse debbano stabilire una serie di condizioni che, nella sua opinione, siano giuste e ragionevoli. La sua giurisdizione diretta allo scopo d'invitare le parti a fare ciò che esso stima ch'esse debbano fare, non è limitata dal loro diritto costituzionale o legale di rifiutarsi a farla. In virtù della legge, esse non sono tenute a fare ciò che l'ufficio decide ch'esse debbano fare, che per la sola costrizione morale della pubblicazione della sua decisione... Le decisioni del "Bureau du Travail" non sono messe in esecuzione con una procedura legale. La sola sanzione è la forza della opinione pubblica, alla quale è fatto appello per la leale correzione d'una audizione pienamente contraddittoria delle parti per la giustizia intrinseca della proposizione formulata che fortifica il prestigio ufficiale dell'ufficio, e dalla pubblicazione più diffusa della violazione di questa decisione da parte di uno dei contendenti. Il sentimento evidente del Congresso, nell'emanare queste disposizioni, è stato quello che l'interesse economico di ciascun membro della società allo svolgersi tranquillo del commercio tra gli Stati e i gravi inconvenienti che tutti subiscono a causa d'un'interruzione del servizio, prodotta da un conflitto del lavoro serio ed esteso, attirano fortemente l'attenzione della folla sul conflitto e provocano la critica pubblica contro la parte che è stata ritenuta in torto. La funzione dell'ufficio del lavoro è quella di dirigere questa critica pubblica contro la parte che, secondo il suo avviso, lo merita... Lo statuto dell'ufficio prevede

Una questione importante, sul terreno dei rapporti sindacali, sarebbe quella che riguarda il carattere facoltativo od obbligatorio della conciliazione. Nei pochi casi in cui la conciliazione si presenti colle caratteristiche di una vera e propria mediazione, la questione non sorge o, se sorge, non viene ad avere alcuna importanza. Si può disporre che si ricorra al mediatore quando si voglia; si può disporre che si deve, in ogni caso, ricorrere al mediatore, ma, reso obbligatorio l'intervento di questi, in qualsiasi momento l'opera di esso può essere arrestata. Egli si trova nella stessa posizione di un mediatore sul terreno individuale, per cui basta la non volontà delle parti perchè, in qualsiasi stadio, l'attività mediatrice venga arrestata.

La questione di cui sopra sorge invece, e grave, quando la conciliazione sia ordinata su basi processuali, tenda a raggiungere una giusta composizione del conflitto, si proponga infine delle finalità giuridiche.

---

tutto un ordinamento processuale nei riguardi del dibattimento delle audizioni delle decisioni , della sanzione morale. L'ufficio del lavoro deve conformarsi a queste esigenze del regolamento; ma, avendole osservate, esso non è vincolato nei suoi ragionamenti e nelle sue conclusioni, come l'è una Corte nei riguardi dei diritti legali delle parti... Noi non dobbiamo esprimere un'opinione sul merito delle decisioni dell'ufficio... Tutto quello che noi possiamo fare è di riconoscere che rientra nella sua funzione legale di renderle, e che, non essendo esse suscettibili di esecuzione forzata, non violino nessun diritto legale o equo della società attrice.

Tenendo presente tutte queste caratteristiche, tenendo presente che l'istituto della conciliazione, sul terreno sindacale, opera in rispetto ai conflitti economici, non opera cioè parallelamente ad istituti giurisdizionali, non si può che concludere per il carattere obbligatorio dell'esperimento conciliativo.

Mentre così, nella conciliazione facoltativa, il rapporto processuale sorge o non sorge, e sorgendo, si esaurisce o meno, a seconda della volontà delle parti; mentre nel sistema misto,che è proprio del Codice francese, il rapporto processuale deve sorgere, ma è lasciato alla volontà delle parti che esso si svolga, nella fase conoscitiva e si esaurisca pienamente fino alla formulazione del giudizio logico, nel sistema di conciliazione obbligatoria, non solo il rapporto processuale deve sorgere ma esso deve svolgersi pienamente come attività di cognizione, essendo tutto lo stadio conoscitivo sottratto ad un possibile potere dispositivo delle parti. In altri termini, nel sistema della conciliazione obbligatoria, il conciliatore, non solo esplica l'attività materiale del giudice nei riguardi dell'accertamento, ma la esplica prescindendo da ogni volontà delle parti. Ora questo sistema è l'unico che possa garantire il raggiungimento di tutte quelle finalità che lo Stato si propone di raggiungere col suo intervento nel campo sindacale, intervento attuato, nella sua prima fase, mediante la creazione degli organi permanenti di conciliazione.

E' da aggiungersi tuttavia che non tutti gli Stati hanno adottato il sistema della conciliazione obbligatoria così come io l'ho

delineata nei suoi caratteri più salienti: alcuni si sono fermati al sistema misto di obbligatorietà d'inizio del rapporto processuale e di libertà delle parti in ordine alla sua prosecuzione; altri si sono fermati al sistema facoltativo (1).

---

(1) Un sistema di conciliazione facoltativa ha seguito il legislatore francese. La legge del 27 dicembre 1892 si caratterizza infatti da due punti di vista: d'un lato essa non comporta alcuna obbligazione per i contendenti di ricorrere, prima di ogni dichiarazione di sciopero, alla procedura di conciliazione e di arbitrato ch'essa definisce; dall'altro lato, essa non istituisce alcun organismo permanente, i comitati di conciliazione e d'arbitratro, di cui determina la composizione il funzionamento, essendo essenzialmente temporaneo e non conoscendo che d'un caso singolo.

Per dirigere la procedura e per assistere le parti nel corso del dibattito, la legge ha fatto appello al giudice di pace del Cantone o di uno dei Cantoni in cui esiste il conflitto, senza dubbio in ragione del carattere abituale della giurisdizione di questo magistrato e a causa delle attribuzioni di conciliazione a lui deferite nei processi civili che sono di sua competenza. Egli non può, d'altronde essere scelto come arbitro in nessun caso. Il giudice di pace può intervenire sia a domanda delle parti, sia d'ufficio, ma solamente quando lo sciopero è già un fatto compiuto. Nel primo caso, il giudice di pace avendo ricevuto una proposta di conciliazione o d'arbitrato, ne rilascia ricevuta e la notifica nelle ventiquattro ore alla parte avversaria. Se questa non risponde entro tre giorni, il suo silenzio è ritenuto come un rifiuto. Nel caso in cui la parte avversa accetti la proposta, il giudice di pace invita d'urgenza le parti a riunirsi in comitato di conciliazione; egli deve assistere alla riunione e tenersi a disposizione degli interessati per dirigerne i dibattiti.

Il sistema di conciliazione obbligatoria si distingue per ciò che il conciliatore perviene sempre a formulare una proposizione, e le parti, fin quando ad esse non sia richiesto formalmente l'accettazione o meno di questa proposizione, son tenute ad eseguire quanto il conciliatore comanda, allo scopo di raggiungere una più esatta conoscenza dei fatti. In questo sistema quindi, nello stadio di cognizione, il conciliatore fa quello che farebbe un organo giurisdizionale, godendo spesso degli stessi poteri (in particolare dei poteri di coercizione) non solo; ma oltre che il potere di coercizione verso le parti è di terzi, il conciliatore può fare funzionare il principio dell'onere processuale, in un certo senso e dentro certi limiti. Alcune leggi autorizzano il conciliatore a pervenire alla proposizione del suo giudizio logico anche in contumacia di una delle parti, salvo a comunicare a questa la proposizione perchè, entro un certo termine l'avvetti o meno (1).

---

(1) In proposito, l'ordinanza germanica del 23 dicembre 1918, abrogata con l'ordinanza 30 ottobre 1923, prescriveva: art. 21 "La commissione di conciliazione deve, essa stessa, cercare d'ottenere che la procedura di conciliazione si effettui dinanzi ad essa, se le due parti non hanno fatto appello ad un'altra autorità di conciliazione, o se nessuna autorità di conciliazione è stata prevista nel contratto collettivo o in un'altra convenzione collettiva. In quest'ultimo caso, e se nessuna delle parti ha ancora fatto appello alle autorità di conciliazione, la commissione di conciliazione inviterà gli interessati a presentare il detto appello, nondimeno, l'appello non ha luogo o non è seguito da negoziati, essa stes-

---

sa inizierà una procedura in conciliazione. Art. 27, Se non è stata conclusa una convenzione, la commissione di conciliazione emetterà una "sentence d'arbitragge" che dovrà regolare tutti i punti controversi fra le due parti... Una "sentence arbitragge" deve essere ugualmente emessa, allorchè una delle parti non comparisce o non prende parte ai dibattimenti". Art. 28, Se una "sentence d'arbitragge" è stata resa, essa sarà portata a conoscenza delle due parti che sono, nello stesso tempo, invitate a dichiarare entro un certo termine, se esse si sottopongono alla "sentence d'arbitragge". Se nessuna dichiarazione è stata fatta nel termine fissato, si riterrà che le parti non si siano volute sottomettere alla sentenza". Il termine "sentence d'arbitragge" è usato impropriamente dalla legge. Non si tratta di una vera e propria sentenza arbitrale ma dell'opinamento della commissione di conciliazione, opinamento che riveste un certo carattere formale e che, come abbiamo visto precedentemente, in certi casi, può divenire obbligatorio, anche quando le parti non l'abbiano accettato. Comunque in questa ordinanza germanica è veramente interessante la disposizione dell'art. 27 in base al quale sembra che debba funzionare, entro certi limiti s'intende, il principio dell'onere processuale. Nel caso particolare poi dell'ordinanza germanica, questo principio può acquistare un rilievo speciale, in rispetto anche alla procedura di conciliazione, quando si pensi che l'opinamento della commissione di conciliazione può in certi casi avere forza obbligatoria e quindi gravare anche sul contumacie.

Nello stesso senso l'art.2 della legge austriaca del 18 dic. 1919 "Se l'una delle parti rifiuta di prendere parte al dibattimento, salvo nel caso previsto nel primo alinea dell'art.8 (competenza dei tribunali) o s'astiene di comparire alle sedute, senza presentare alcuna scusa, la procedura segue il suo corso nonostante l'assenza della detta parte".

Evidentemente, non avendo la proposizione del conciliatore forza obbligatoria alcuna, il principio dell'onere processuale può avere un'efficacia limitatissima, ed ecco perchè, per costringere la parte ad intervenire al dibattimento, il conciliatore dispone spesso di un potere più efficace, coercitivo (minacciare un'ammenda o condannare al pagamento d'un'ammenda) (1).

Non sempre il conciliatore perviene, nella conciliazione obbligatoria ad una posizione formale della proposizione conciliativa. In genere, anche in questo sistema, la conciliazione può avvenire, senza che il giudice pervenga alla posizione della proposizione. Quest'ultimo atto, di carattere definitivo è reso necessario quando, non avendo le parti accettata la proposizione stessa in sede processuale, si debba lasciare alle parti stesse un certo termine entro il quale possano dichiarare la loro accettazione, dando loro modo così di valutare, con un maturo esame, la proposizione conciliativa.

Ho dato piena giustificazione al sistema della conciliazione obbligatoria, nel campo dei rapporti intersindacali, badando al fatto che l'istituto debba operare sul terreno dei conflitti economici.

---

1) In proposito art.23 citata ordinaza Germanica: "Il presidente della commissione di conciliazione è autorizzato, allo scopo d'introdurre la procedura o nel corso di questa, a chiamare in giudizio e a sentire le persone interessate nel conflitto. In caso di non comparizione, egli può minacciare le dette persone d'un'ammenda di cento marchi al più, e, se esse continuano a incorrere nel fatto senza alcuna scusa, imporre la detta ammenda. Può essere levato appello contro la fissazione di detta ammenda entro quindici giorni a partire dalla data in cui la sentenza penale è stata resa..."

Quando però, nel campo degli stessi rapporti, si sia pervenuti ad imporre un regime giurisdizionale di ~~s~~composizione dei conflitti, quando cioè i conflitti sindacali abbiano assunto carattere giuridico, l'istituto della conciliazione obbligatoria può dar luogo a tutti gli inconvenienti di cui noi abbiamo parlato a proposito della conciliazione nel campo dei rapporti interindividuali. E' ben vero, che sul terreno sindacale, si è soliti attribuire poca importanza all'affermazione giurisdizionale, servendosi di questa non in via principale, ma in via accessoria alle composizioni contrattuali raggiunte attraverso l'esercizio di un'attività contrattuale legittimata entro certi limiti dalla norma giuridica. Tuttavia nell'ordinare l'istituto della conciliazione, accanto ad istituti giurisdizionali, nel diritto intersindacale, non si può non tener conto dell'interesse sociale all'attuazione delle soluzioni giurisdizionali. (1)

---

(1) A tal proposito ottima mi sembra la soluzione adottata dal legislatore australiano. Nel Queensland, come si sa, esiste il cosidetto arbitrato obbligatorio(regime giurisdizionale di soluzione dei conflitti). La legge del 18 dicembre 1916 che modifica e migliora disposizioni precedenti in riguardo alla magistratura del lavoro, dichiara all'art. 20: "Ogni volta che ~~xxxxxxxx~~ lo giudichi utili o nell'interesse generale, il giudice può agire come conciliatore in ogni affare industriale." Ed all'art.21 "S'egli stima che la cosa sia utile, allo scopo di prevenire o di risolvere un conflitto industriale, il giudice può citare una persona a una discussione presieduta da lui, alla data e nel luogo indicati nella citazione. Chiunque può essere citato, anche se non sia parte in causa, allorquando il giudice

Abbiamo visto come, nel sistema della conciliazione obbligatoria l'attività di accertamento del giudice conciliatore non possa essere, in alcun modo, arrestata dalle parti. Tutti gli stati processuali, diretti a render possibile la più esatta formulazione del giudizio logico, si svolgono, in questo sistema di conciliazione, per così dire normalmente, ed in base agli stessi principi che li regolano nel campo interindividuale. E' interessante il notare questo ripetersi di ordinamenti processuali, non solo in campi diversi, ma in istituti profondamenti diversi dagli istituti giurisdizionali, quali sono i tribunali di conciliazione. Gli ordinamenti processuali, in cui ci si incontra normalmente, riguardano i poteri coercizionali del giudice conciliatore, la contumacia, il giudizio in contumacia, l'audizione delle parti, l'audizione dei testimoni, l'esame di documenti, la nomina dei periti ecc.

---

ritiene che la sua presenza possa favorire la prevenzione o il regolamento del conflitto..."; e infine all'art.32: nel corso dell'udienza, dell'inchiesta o dell'istruzione (così come d'ogni conferenza obbligatoria tenuta dal giudice conformemente alle disposizioni precedenti) riguardante una questione industriale, la Corte farà quelle proposizioni e prenderà tutte quelle misure ch'essa stima giuste e convenienti e di natura tale da assicurare il regolamento amichevole della questione".

E' ottimo questo sistema, ripeto, per il largo potere discrezionale che si concede al giudice nei riguardi della convenienza o meno di tentare una conciliazione, di regolare amichevolmente il conflitto, di prevenirlo ecc. Il giudice, naturalmente, si varrà dei suoi poteri discrezionali nei limiti imposti dalla giustizia e dall'equità.

Riguardo ai poteri di coercizione attribuiti al giudice conciliatore, abbiamo esempi legislativi molto interessanti.

Anzitutto questi poteri vengono attribuiti al conciliatore, non soltanto in riguardo alle parti, ma altresì inrriguardo a tutti coloro (testimoni, periti ecc.) che, in qualunque modo, possono facilitare l'opera di accertamento del giudice, pur rimanendo estranei al conflitto. Sul carattere obbligatorio della conciliazione, ed in particolare, sui poteri di coercizione del giudice conciliatore, insistono parecchie leggi,

Per esempio l'ordinanza ~~xxxxxxxx~~ germanica del 23 dicembre 1918 (più volte citata), abrogata, in alcune sue disposizioni, con l'ordinanza 30 ottobre 1923 così disponeva all'art. 23: Il Presidente della Commissione di conciliazione è autorizzato, allo scopo d'introdurre la procedura o nel corso di questa a chiamare in giudizio ed a udire le persone interessate nel conflitto. In caso di non comparizione egli può minacciare le dette persone d'un'ammenda di cento marchi al massimo, e, s'esse continuano a incorrere nel fatto senza alcuna scusa, imporre la detta ammenda. Può essere elevato appello contro la fissazione dell'ammenda entro un termine di quindici giorni a partire dalla data in cui la sentenza penale è stata resa..." , mentre nell'art. 24 dichiarava: " La commissione di conciliazione deve, dopo aver inteso le due parti, determinare i punti in questione ai fini della decisione. Essa è autorizzata a chiamare in giudizio ed a udire essa stessa o per mezzo del suo presidente, tutte quelle persone che possono fornire utili informazioni per chiarire le circostanze da prendere in considerazione.

Ogni membro della commissione di conciliazione ha il diritto di far delle domande ai rappresentanti o alle persone chiamate a dare delle informazioni".

Più esplicita e ancora più interessante, anche per le affermazioni che contiene in riguardo alla proposizione del conciliatore, ed al divieto di sciopero e serrata durante l'esperimento di conciliazione, la legge 5 ottobre 1920 dello Stato di Colombia. Art.24: "Chiunque è citato dal conciliatore, dal consiglio di conciliazione o dal consiglio d'arbitrato e omette di comparire senza fornire un motivo giustificato e plausibile, o omette di farsi sostituire da una persona autorizzata, sarà condannato a un'ammenda da dieci a cento pesos o a una pena di detenzione corrispondente". Questo articolo è in diretta correlazione con l'art.9:"I rappresentanti delle due parti sono tenute a presentarsi davanti il o i conciliatori ogni volta ch'essi son richiesti di farlo, a meno che non possano allegare un motivo plausibile per l'assenza. Essi sono egualmente tenuti di fornire ai conciliatori tutti i dati richiesti, relativi ai conflitti o alla lite o alla maniera e alla forma possibile per il suo regolamento", ed all'art.11: per il quale ogni sospensione di lavoro è interdetta, prima che sia esperito il tentativo di conciliazione.

Infine nella legge olandese del 4 maggio 1923 sul regolamento amichevole dei conflitti del lavoro si dispone: Art.14 1) Le comité de conciliation peut, avec l'assentiment du conciliateur d'Etat, convoquer les employeurs et salariés appartenant à l'une des parties et les présidents des associations professionnelles qui appartiennent ou dont les membres appartiennent à l'une des parties, ainsi que des témoins et des expert. La convocation est envoyée par lettre racco-

mandée du conciliateur d'Etat.

2) La personne convoquée est tenue de se présenter, à moins qu'elle en soit empêchée par des raisons valables.

3) Le comité de conciliation peut, avec l'assentiment du conciliateur d'Etat, charger des experts d'effectuer une enquête.

Art.15 1) Le président procédé all'interrogatoire des personnes convoquées en vertu de l'art.14.

2) Tout membre du comité de conciliation a qualité pour poser des questions, par l'intermédiaire du président, aux personnes visées à l'alinéa 1).

3) Chacune des parties peut assister à l'interrogatoire desdites personnes, à moins que le comité de conciliation ne juge désirable d'entendre une personne en dehors de la présence d'une des parties ou des deux parties.

4) Le comité de conciliation peut décider que le droit accordé aux parties par l'alinéa précédent ne pourra être exercé que par les mandataires visés à l'art. 20.

Art.16 1) Après l'audition des personnes comparues par le président du comité de conciliation, chacune des parties est autorisée à fournir sur le conflit les précisions que les explications fournies lui paraissent appeler.

2) Ensuite, le comité de conciliation procéde à une tentative de conciliation entre les deux parties.

Art. 57 1) Toute personne convoquée en vertu des articles 5,14, 31 et 33, qui sans motif valable, néglige de se présenter, sera passible d'une amende n'éxédant pas soixante florins.

2) Toute personne convoquée en vertu de l'article 33 qui néglige

sciemment de satisfaire à une des obligations légales qu'elle est tenue à ce titre de remplir sera passible d'une peine de prison n'excédant pas xxxxxxxxxxx quatre mois.

3) Toute personne qui néglige sciemment de remplir une des obligations qui lui incombent en vertu de l'article 34 alinéa 2), ou de l'article 49 alinéa 2), sera passible d'une peine de prison n'excédant pas six mois ou d'une amende n'excédant pas mille florins.(1)

---

(1) Ho già osservato precedentemente come d'una vera e propria applicazione del principio dell'onere processuale non possa parlarsi nel campo della conciliazione, o, per lo meno, non se ne possa parlare che in senso relativo.

Si badi, ai fini della comprensione della vera natura dei poteri di coercizione di cui xxxxxx ho dato tanti esempi legislativi, in quanto poteri di coercizione esercitati da un organo non giurisdizionale, a quanto scrive il Chiovenda (Op. cit.pag. 320): "Il diritto moderno non ammette misure coercitive per ottenere la comparizione delle parti se non in casi eccezionali (Cod. Proc. Civ., art.807: più innanzi paragrafo 50).

Ma l'organo giurisdizionale può rimuovere coercitivamente gli ostacoli che si frappongono all'esercizio della sua funzione, in particolare all'esecuzione dei suoi ordini".

I poteri di coercizione di cui sopra sono concessi al giudice conciliatore in vista dell'accertamento processuale dei fatti; in altri termini, il legislatore ritiene di dover garantire al giudice conciliatore la possibilità di decidere in base ad un vero e proprio accertamento. Ecco perchè l'accertamento stesso deve precedere sia la formulazione del giudizio sia l'atto di accettazione del giudizio stesso da parte dei contendenti.

Un cenno esplicito all'accertamento processuale dei fatti contengono, oltre alle leggi su riportate, la legge 13 agosto 1923 dello Stato di Jalisco (vedi più innanzi), e il paragrafo 5 dell'Ordinanza ungherese del 3 settembre 1923

Paragrafo 5) Le conciliateur qui ouvre la séance par l'établissement des faits est le président.

Les faits établis doivent faire l'objet d'un procés verbal. Les faits mentionnés au procés verbal servent de base aux délibérations ultérieures, à moins d'objection immédiate des parties.

Aprés XX l'établissement des faits le président de la commission s'éfforce de réaliser une entente à l'amiable.

Les délibérations et leur résultat doivent faire l'objet d'un procés verbal. Le procés verbal est signé par touts les membres de la commission de conciliation. Si un membre refuse de signer, le le fait doit être porté au procés verbal; toutefois le refus de signature ne peut entrainer de suites judiciaires.

Les personnes qui ont pris part à la procédure de conciliation sont tenue de garder de secret sur les conditions d'affaires et d'exploitation qui ont pu parvenir à leur connaissance au cours des délibérations.

Il valore formale dell'atto con cui le parti dichiarano di accettare la proposizione del conciliatore, - messo in rilievo da molte leggi, che perciò insistono nella distinzione di due momenti fondamentali nella procedura conciliativa:
la formulazione del giudizio logico; l'accettazione di esso da parte dei contendenti. Così, ad esempio l'art.2, par. 5 della legge austriaca 19 dicembre 1919: "Se un accordo non interviene, l'ufficio di conciliazione pronuncia una "sentenza arbitrale" che è notificata alle parti, le quali sono richieste nello stesso tempo di dichiarare, nello spazio di quattordici giorni, che può essere prolungato su domanda, se esse accettano o no la detta sentenza.

Il difetto di dichiarazione è interpretato come rifiuto di sottomettersi alla sentenza."

Conforme il paragrafo 5 della legge germanica 30 ottobre 1923, è l'art.17 della legge olandese del 4 maggio 1923:
"Art.17 1) Si la conciliation aboutit, il est dréssé un procés verbal, qui est signé par le président, les membres et le sécrétaire du comité de conciliation et par les deux parties ou en leur nom.

2) Si la conciliation échoue, le comité de conciliation peut, à moins que les parties ne s'engagent à soummettre le conflit à la décision du tribunal d'arbitrage prévue au § 3 du présent chapitre, faire connaitre sa décision on ce qui concerne tout les points du conflit et les moyens de régler le conflit. Ladite sentence est communiquée par écrir aux parties.

3) A l'occasion de cette communication, le comité de conciliation demande à chacune des parties de lui faire connaitre, dan en délai

fixé par le comité de conciliation, si elle accepte les moyens proposés en vue du réglement.

4) Si les deux déclerent accepter les moyens proposés, cette déclaration fait l'objet d'un procés verbal, qui est signé par le président, les membres et le secrétaire du comité de conciliation, et par les deux parties ou en leur nom.

5) A' défaut de déclaration de la part des deux parties, relativement à l'acceptation des moyens de conciliation proposée, le comité de conciliation peut publier totalement ou en partie sa décision sur les points litigieux et sur les moyens qu"elle propose en vue de réglement du conflit. L'avis de la minorité est si elle le demande mentionné sur ce rapport."

Interessante, a tal proposito, la disposizione contenuta nell'art. 7 della legge danese del 21 dicembre 1921: "Allorquando una proposta di conciliazione è messa ai voti in una organizzazione, essa non potrà essere presentata sotto una forma diversa da quella che è stata elaborata dal conciliatore e i voti saranno espressi con un semplice si o no. Tosto che i risultati del voto saranno conosciuti, l'organizzazione dovrà immediatamente dare comunicazione scritta al conciliatore del numero di si e di no espressi, come del numero totale dei membri che hanno il diritto di voto.

Allorchè deve avere luogo una votazione, l'organizzazione deve badare a chè tutti i membri ~~xxxxxx~~ aventi il diritto di voto, abbiano conoscenza del progetto di regolamento nel suo insieme, prima della votazione.

La proposizione del conciliatore, ho detto, non deve e non può avere alcuna efficacia obbligatoria, quando non sia accettata dalle parti; nè, d'altro canto, queste possono essere, in alcun modo, costrette all'accettazione. Ogni genere di sanzione giuridica, a tal riguardo, trasformerebbe il giudizio logico del giudice conciliatore con efficacia di semplice proposizione, in un vero e proprio comando giuridico autonomo.

Ma, a tal proposito, interessantissimo si presenta il caso di cui agli articoli 10 a 20 del Decreto Luogot. 13 ottobre 1918 N.1672, prorogato, nelle sue disposizioni, con R.Decreto Legge 31 luglio 1921, n.1098, convertito in legge con legge 17 aprile 1925, N.473 , abrogato dal R.Decreto Legge 15 novembre 1925, N.2069.

Riporto gli articoli: :

"Art.10 - Nei collegi creati in base al presente decreto non è costituito l'ufficio di conciliazione preveduto nella legge 15 giugno 1893 N.295. Il collegio è competente per la conciliazione e decisione delle controversie di carattere individuale secondo le norme stabilite per la giuria nella legge predetta e nel regolamento 26 aprile 1894 n.179.

Art.11 - Tutti i collegi preesistenti o creati in base al presente decreto sono anche competenti a promuover la conciliazione: a) delle controversie di carattere collettivo che sorgano per la validità, interpretazione, esecuzione e risoluzione dei concordati e contratti di lavoro tra una pluralità di lavoratori alla dipendenza di una o più aziende industriali situate fuori della zona di guerra e non

soggette alla mobilitazione industriale e le aziende stesse; b) dei conflitti per la modificazione dei patti in vigore o per la determinazione di nuove condizioni di lavoro fra una pluralità di lavoratori e una o più aziende per le quali ricorrono le condizioni di cui alla lettera a), restando però ferma, tanto per le controversie di carattere collettivo, quanto per i conflitti preveduti nei decreti luogotenenziali 6 gennaio 1918, n.46, e 20 gennaio 1918, n.103, la competenza delle commissioni istituite con i decreti stessi.

Art. 13 - Nelle controversie collettive e nei conflitti il collegio promuove la conciliazione per invito delle parti o di una di esse o del Prefetto della provincia in cui le controversie collettive o il conflitto è sorto, ovvero per invito del Ministero dell'Industria Commercio e Lavoro se la controversia collettiva o il conflitto si estendono a più provincie.

Art.16 Se avviene la conciliazione, il Presidente del collegio la fa risultare con processo verbale. La conciliazione così avvenuta a forza di concordato fra le parti e dil relativo processo verbale fa piena fede.

Art.17 Ove non si consegua la conciliazione, il collegio esprime il proprio giudizio intorno all'oggetto della controversia o del conflitto e ne indica la possibile soluzione. Copia di tale giudizio dev'essere comunicata dal Presidente del collegio alle parti ed all'autorità che promosse l'intervento del collegio: contro di esso è ammesso ricorso al comitato permanente del lavoro a norma dellb art. 19. Il ricorso dev'essere presentato entro quindici giorni

dalla comunicazione di cui al comma precedente: esso non sospende l'efficacia del giudizio del collegio ai sensi dell'art.20.
Art. 20 - Sono nulli i singoli patti con i quali si stabiliscono condizioni di lavoro inferiori a quelle fissate nell'atto di conciliazione o indicate nel giudizio pronunciato dal collegio."

Qual'è l'efficacia giuridica del giudizio, di cui all'art.17, espresso dal collegio in merito alla controversia collettiva? Nessuno può negare, la dizione della legge essendo ben chiara a tal proposito, che il giudizio del collegio non obbliga in alcun modo le parti che dibattono un conflitto a carattere collettivo.

Il Tribunale di Como, innanzi a cui fu portata una questione in merito all'efficacia del parere espresso dal collegio probivirale, con sentenza 21 marzo 1921 (1) così decise: "I concordati collettivi di lavoro non obbligano le ditte che vi rimasero estranee. Secondo il decreto legge 13 ottobre 1918, n.1672, i probiviri, nelle controversie di carattere collettivo, non pronunciano sentenze ma soltanto pareri, la cui sanzione è soltanto quella di rendere nulli i patti coi quali si stabiliscano condizioni di lavoro diverse". Decisione giustissima, si badi, laddove si dichiara essere il giudizio dei probiviri un semplice parere, la decisione non sufficientemente elaborata, per quanto riguarda il valore della sanzione di cui all'art. 20 della legge.

Nei motivi si legge: "Se si può, come vorrebbero gli attori, invocare il parere 1 settembre 1920 del collegio dei probiviri per l'industria poligrafica, attribuendogli il carattere e l'efficacia

(1) Rivista Diritto Commerciale - 1921: Parte II, pag.249 e segg.

di una sentenza obbligatoria fra le parti, in primo luogo perchè, a norma dell'art. 11 del Decreto Luogot. 13 ottobre 1918, n.1672, la competenza del collegio riguarda le controversie di carattere collettivo circa il contratto o concordato di lavoro che nel caso concreto manca, ma più che tutto perchè la pronuncia del collegio, in caso di non avvenuta conciliazione, non ha gli effetti di una sentenza, come si rileva dal fatto che il collegio è competente per la conciliazione e per la decisione della controversia di carattere individuale (art.10 capoverso) mentre invece per le controversie di carattere collettivo, come quella che forma oggetto del presente giudizio, è competente soltanto per la conciliazione ma non anche per la decisione (art.11 prima parte) tanto che esso deve limitarsi ad esprimere il proprio giudizio intorno all'oggetto della controversia e ad indicarne la possibile soluzione (art.17). Che se il decreto usa quella imprecisione di parole che tante volte da tutti fu lamentata nella legislazione eccezionale richiesta dalle condizioni create dalla guerra, non è al solo significato letterale che si deve aver riguardo, tanto più quando questo viene spiegato e determinato da altre disposizioni, quali sono quelle relative alla competenza e quella che fa obbligo al collegio di indicare la possibile soluzione. Se indica la soluzione, vuol dire che non risolve la controversia. Nè può valere ad attribuire l'efficacia di un vero e proprio giudizio al parere del collegio, il fatto che a questo è riconosciuto un qualche effetto e precisamente quello previsto dall'art. 20, di render nulli i singoli patti coi quali si stabili-

scono condizioni di lavoro inferiori a quelle indicate in esso parere, perchè a parte che tale effetto è semplicemente negativo, esso parere, ad onta che gli assegnato un tale effetto, è ben lungi dal riconoscere e dichiarare il diritto controverso, nel che sta l'essenza del giudizio."

Ora, ripeto, se il tribunale argomenta giustamente in merito al parere probivirale nei riguardi dei conflitti collettivi, non è certo sulla giusta via quando considera la sanzione di cui all'art.20:"Un qualche effetto... semplicemente negativo".

La verità è che il parere di cui all'art.17, in base all'art.20, non ha soltanto un qualche effetto, ma un'efficacia giuridica, di cui non si può negare l'importanza, attribuendo al parere stesso un valore tutto negativo.

Ma, mi si può domandare, com'è possibile che nello stesso tempo il giudizio probivirale sia un semplice parere ed una vera e propria decisione producente degli effetti giuridici rilevanti? Ciò è possibile, rispondo, quando si distingua convenientemente tra il valore del giudizio logico nei rispetti delle controversie collettive e il valore del giudizio logico nei rispetti delle controversie individuali. La legge ha tracciato una linea di separazione, e fin qui ha fatto bene, tra i due campi del contendere: il campo intersindacale ed il campo interindividuale. Rispetto al primo, la legge dà valore di semplice parere al giudizio logico probivirale, rispetto al secondo, la legge dà valore di vera e propria decisione al giudizio stesso, non importa se essa sortisca un effetto negativo soltanto od anche positivo. Certo che il prodursi della nullità di cui all'art. 20, è effetto giuridico ben rilevante, implicando una modificazione o una

estinzione di rapporti giuridici precostituiti.

Il caso prospettato è bellissimo, nonostante che l'imprecisione dei termini legislativi dia subito luogo a mille questioni difficilissime a risolvere, specie in mancanza di un'elaborata dottrina e giurisprudenza in tema di concordati e contratti collettivi.

La separazione che, colla disposizione di cui all'art.17, la legge ha attuato fra controversie collettive e controversie individuali, nei riguardi del giudizio logico probivirale, dà luogo ad una prima rilevantissima conseguenza giuridica.

Non essendo il giudizio probivirale vincolativo nei rispetti della controversia collettiva, questa può ancora dibattersi, disponendo le parti di tutta l'ampia libertà contrattuale di cui godevano precedentemente al parere probivirale. Questo parere ha prodotto soltanto effetti giuridici nei rispetti delle controversie individuali; queste infatti si risolveranno in base alla disposizione di cui all'art.20.

In quanto però intervenga un contratto collettivo fra quelle stesse parti, cui il giudizio probivirale si rivolse, questo contratto, di per se, pone le contrverdie individuali sotto il suo regime, venendo meno ogni efficacia giuridica del giudizio probivirale in merito alle controversie individuali stesse.

Questa conseguenza, che discende dal principio stesso della legge, è la più atta a dimostrare il doppio aspetto del giudizio probivirale: l'aspetto conciliativo da una parte e l'aspetto decisivo dall'altra, questo in dipendenza, nei riguardi della sua efficacia,

del ricorso o meno d'un concordato o contratto collettivo,(1).

---

(1) Le disposizioni legislative di cui sopra possono essere messe a confronto con le disposizioni di cui alla legge polacca del 2' marzo 1923 nei riguardi dei conflitti agricoli. Si badi: per questa legge, l'arbitrato è obbligatorio nel caso in cui non intervenga un contratto collettivo e la decisione è, essa stessa, obbligatoria per un anno (art.3). Però il capoverso dello stesso art.3 dichiara che: "Se, dopo una decisione del comitato speciale d'arbitrato, un contratto collettivo è concluso per conciliazione tra imprenditori ed operai agricoli, le stipulazioni di questo contratto divengono obbligatorie e si sostituiscono legalmente alle decisioni corrispondenti del comitato speciale d'arbitrato". Se si tiene presente che, durante il tempo di cui la decisone arbitrale obbligatoria (un anno) è proibito ogni sciopero o serrata, l'uso cioè di mezzi contrattuali violenti, se si tiene altrimenti presente che la sentenza importa "l"obligation de paix", si comprende qualè la diversità sostanziale fra le disposizioni di cui alla nostra legge sui probiviri e le disposizioni della legge polacca.

Per le prime, il giudizio del collegio rispetto ai conflitti collettivi non è obbligatoria non importa quindi "l'obligation de paix"; è possibile altrimenti alle parti usare di tutti i mezzi contrattuali di cui disponevano prima che ricorresse il giudizio probivirale. Per le disposizioni della legge polacca invece il giudizio arbitrale è obbligatorio ed importa "l'obligation de paix". Per ambedue, il giudizio regge le controversie individuali (in senso negativo o positivo non importa) e funge da decisione rispetto a queste controversie. Per ambedue infine, il giudizio perde ogni efficacia rispetto alle posizioni contrattuali

Il disposto di cui all'art.20 della legge sui probiviri del 13 ottobre 1918, si deve interpretare nel senso che il collegio può dichiarare nulli i singoli patti, senza ~~xxxx~~ potere tuttavia imporre le condizioni di lavoro in base al parere di cui all'art.17, o si deve interpretare nel senso che il collegio possa e debba anche imporre le condizioni di cui nel parere espresso? E poi, si tratta di una nullità relativa o assoluta?

In merito alla prima questione, un/argomento favorevole all'applicabilità, fino a che non intervenga un contratto stipulato dai soggetti del conflitto collettivo,delle condizioni fissate nel parere probivirale, può essere questo: che la legge dichiara la nullità anche per quei patti che stabiliscono condizioni inferiori a quelle fissate nell'atto di conciliazione. Ora, essendo quest'atto di conciliazione un vero e proprio contratto collettivo o concordato, cui hanno dato vita le parti, non si può pensare che l'esistenza di un tale contratto produca nullità dei singoli fatti, produca cioè un effetto semplicemente negativo. Si sa infatti, ed è pacifico, che il contratto collettivo regge, in base alle condizioni di lavoro in esso fissate, i patti individuali, e li regge in un senso positivo ed esclusivo. Se dunque la legge usa la stessa dizione, sia che si tratti di contratto collettivo o concordato, sia che si tratti di parere probivirale, vuol dire che gli effetti nell'uno e nell'altro caso,saranno identici: o in ambedue i casi negative o, in ambedue i

---

Individuali quando intervenga un contratto collettivo (comunque ottenuto per la legge italiana) ottenuto "per conciliazione" cioè con mezzi pacifici, per la legge polacca.

casi positivi. Ma essendo assurdo che, rispetto al contratto collettivo, gli effetti possono essere soltanto negativi, bisogna concludere per il valore positivo della sanzione di cui all'art. 20 (1).

Ma, a questo punto, la questione si può complicare per la necessità di un'indagine nei riguardi dell'estensione dell'obbligatorietà del giudizio di cui all'art.17, in quanto voluta per le contrattazioni individuali. La sanzione di cui all'art.20, si applicherà a coloro che parteciparono al conflitto collettivo, che furono rappresentati dinanzi ai probiviri durante lo svolgersi della procedura di conciliazione, o si applicheranno a tutti i partecipanti al ramo d'industrie considerate? La questione non può essere qui risolta, perchè in dipendenza della questione sul valore, l'estensione in genere dell'efficacia giuridica del concordato o contratto collettivo.

Dottrina e giurisprudenza a tal proposito sono insanabilmente divise, ed è naturale che anche quel famoso parere di cui all'art.17, in quanto obbligatoria sul terreno delle controversie interindividuali, subisca l'influsso delle correnti dottrinarie e giurisprudenziali che si manifestano a proposito dell'efficacia del contratto collettivo. (2)

---

(1) In senso contrario il Tribunale di Como.

(2) Mi limito a citare una serie di decisioni giurisprudenziali per mostrare quanta incertezza regni in materia.

Hanno deciso per l'estensione del contratto collettivo: probiviri Como - 9 settembre 1920 (Riv.Dir.Comm., 1921 Parte II, pag. 253); probiviri Monza - 5 ottobre 1922 (Bollett. del Lavoro; novembre 1922, pag.52 - 3) "il Concor-

casi positivi. Ma essendo assurdo che, rispetto al contratto collettivo, gli effetti possono essere soltanto negativi, bisogna concludere per il valore positivo della sanzione di cui all'art. 20 (1).

Ma, a questo punto, la questione si può complicare per la necessità di un'indagine nei riguardi dell'estensione dell'obbligatorietà del giudizio di cui all'art.17, in quanto voluta per le contrattazioni individuali. La sanzione di cui all'art.20, si applicherà a coloro che parteciparono al conflitto collettivo, che furono rappresentati dinanzi ai probiviri durante lo svolgersi della procedura di conciliazione, o si applicheranno a tutti i partecipanti al ramo d'industrie considerate? La questione non può essere qui risolta, perché in dipendenza della questione sul valore, l'estensione in genere dell'efficacia giuridica del concordato o contratto collettivo.

Dottrina e giurisprudenza a tal proposito sono insanabilmente divise, ed è naturale che anche quel famoso parere di cui all'art.17, in quanto obbligatoria sul terreno delle controversie interindividuali, subisca l'influsso delle correnti dottrinarie e giurisprudenziali che si manifestano a proposito dell'efficacia del contratto collettivo. (2)

In senso contrario il Tribunale di Como.

Mi limito a citare una serie di decisioni giurisprudenziali per mostrare quanta incertezza regni in materia.

Hanno deciso per l'estensione del contratto collettivo: probiviri Como - settembre 1920 (Riv.Dir.Comm., 1921 Parte II, pag. 253); probiviri Monza ottobre 1922(Bollett. del Lavoro; novembre 1922, pag.52 - 3) "il Concor-

dato collettivo di lavoro stipulato tra le organizzazioni operaie ed industriali ha valore di uso mercantile e come tale deve essere osservato da tutti coloro che esercitano quel determinato ramo d'industria";probiviri Milano - 23 giugno 1922 (Bollettino del Lavoro; novembre 1922, pag.50-3); probiviri Roma - 23 giugno 1922(Bollettino del Lavoro; dicembre 1922, pag. 69-3); Porbiviri Como - 13 ottobre 1923 (Giurisp. del Lav.; dicembre 1923 "Il concordato collettivo di lavoro è impegnativo per tutta una determinata categoria di industria e maestranze. Conseguentemente non può una ditta derogarvi con pattuizioni particolari concordate direttamente con la propria maestranza"; probiviri Prato - 1 Marzo 1924 (Giur. del Lav.; luglio 1924).

Hanno deciso invece in senso contrario: Commissione arbit. e prov. per dell'impiego privato Milano - 23 febbraio 1921 (Riv. Dir. Commerc., 1921 parte II, pag.253); Tribunale Como - 21 marzo 1921 (Riv.Dir. Commer.,1921 parte II, pag. 253); probiviri Bergamo - 30 ottobre 1922 (Giur. del Lav., agosto settembre 1923, pag.351) "Il concordato di lavoro stipulato fra le organizzazioni di datori e locatori d'opera diviene obbligatorio tra la singola ditta e le maestranze dipendenti solo dopo che sia stato in qualsiasi modo da ambo le parti accettato; pretore Ascoli Piceno - 30 maggio, 4 aprile 1924 (Giur. del Lav.; giugno 1924, pag. 258);probiviri Genova - 14 dicembre, 15 gennaio 1925 (Giur. di Lav.; febbraio 1925, pag.78 "I concordati non sono opponibili che a coloro che li hanno accettati.Un secondo ordine di decisione riguarda l'efficacia giuridica del contratto collettivo rispetto alle controversie individuali: probiviri Milano - 15, 27 marzo 1923 (Giur. del Lav.; agosto settembre 1923, pag.349) "Nella specie è rilevante il fatto che ha la stipulazione del concordato tra assuntori e associazione di classe, non avevano partecipato tutti gli operai.

Essendo stato accertato che il concordato divenne subito notorio, coloro che non avessero creduto di aderirvi, avrebbero dovuto notificare la loro opposizione"; Tribunale Civile Firenze - 16 maggio 1923 (Cassaz. Fiorentina, 99) "Nel contratto collettivo di lavoro, l'inadempienza della massa degli operai organizzatiÀXXXXX e inadempienza dei singoli locatori d'opera e provoca la risoluzione in tronco del contratto in confronto di tutti. Costituisce tale inadempienza collettiva lo sciopero senza congruo preavviso, specie se accompagnato da atti di violenza contro la persona del datore di lavoro..."; probiviri Brescia 14 ottobre 1923 (Giur. del Lavoro; febbraio 1924, pag. 57) "I concordati accettati fra i rappresentanti delle parti devono sempre essere rispettati e non è consentito invocarne l'applicazione solo quando le condizioni in essi contenute sono favorevoli alla parte che invoca. Per l'applicabilità di un concordato non è necessario che lo stesso sia stato firmato dai singoli; le rappresentanze impegnano i singoli ed il concluso concordato è impegnativo per entrambe le parti. Neppure è necessario che sia esposto"; probiviri Torino - 16, 24 luglio 1924 (Giur. del Lav.; aprile 1925, pag.168) " Non può invocare a suo favore la ditta le norme di un concordato quando non l'abbia sottoscritto e siasi anzi rifiutata di aderirvi. In mancanza del concordato soccorrono le norme consuetudinarie ed in mancanza di una consuetudine speciale alle industrie, è osservata quella generale"; probiviri Brescia - 28 febbraio 1925 "Il concordato particolare obbliga anche quando sussista contemporaneamente un concordato generale"; probiviri Milano - 26 settembre 1925 (Giur. del Lav.; ottobre 1925 "Il collegio dei probiviri in mancanza di una norma di legge, di un regolamento di contratto, nella risoluzione di un conflitto sorto fra parti non obbligate alle norme di un concordato stipulato fra terzi, può far ricorso

---

pllo disposizioni del concordato stesso per disciplinare i rapporti delle parti contendenti, anche se il concordato non sia l'espressione di maggioranze. In tal caso non riconosce forza estensiva a siffatto concordato, per se stesso, imponendone l'osservanza anche ai non contraenti, ma riconosce che tale concordato in taluni casi può costituire una norma indicativa, che esso collegio applica come quella meglio rispondente alle esigenze del momento e più intonata al criterio di giustizia distributiva cui s'informa il principio d'equità".

Sentenza importantissima quest'ultima, che può valutarsi alla stregua dei concetti su esposti. Questa tendenza dottrinaria, per cui, non potendosi negare che allo stato della legislazione odierna si versa sempre nell'ipotesi di un'obbligazione - quindi nel puro diritto privato - giustifica qualche deviazione alla rigida applicazione del noto disposto di cui all'art. 1130 cod.civ., riconoscendo alle clausole dei concordati collettivi la forza di una indicazione normativa in casi analoghi,ha un precedente nella sentenza 29 novembre 1923 del collegio dei probiviri di Genova.

Se il parere del giudice conciliatore non può avere alcuna efficacia obbligatoria nei rispetti delle parti chiamate in conciliazione, non è escluso tuttavia che, accettato il parere, al contratto così formato, presupponente, nei riguardi del suo contenuto, la attività di accertamento e l'attività logica del conciliatore, si attribuiscano degli effetti giuridici speciali, non attribuiti spesso a quel contratto in cui non si presupponga l'intervento del giudice conciliatore (1).

Così l'art. 30 della legge austriaca 5 aprile 1922 sui tribunali industriali dichiara: "...1) I giudizi del tribunale industriale e i componimenti amichevoli (arrangements an conciliation) conclusi dinanzi a lui sono esecutivi. Su richiesta della parte, il tribunale industriale è tenuto di rilasciare l'atto d'esecuzione.

2) L'esecuzione richiesta ai tribunali nominati agli art. 18 e 19 del regolamento d'esecuzione e si persegue conformemente alle disposizioni del detto Codice". E l'art. 10 della legge spagnuola del 19 maggio 1908: "Se la conciliazione riesce, le condizioni saranno consegnate in un atto scritto che gli interessati o i loro rappresentanti firmeranno e che sarà depositato nella sede del Consiglio. Gli estratti di quest'atto, firmati da due consiglieri e vidimati dal Presidente avranno la forza probante d'un atto pubblico.

Alle volte si costituisce un vantaggio alla parte che accetta il parere del conciliatore, ricorrendo perciò ad una specie di sanzione indiretta nei riguardi della parte che non accetta il parere

---

(1) Per questo rimando a quanto ho precedentemente scritto.

stesso. Così l'art. 10 della nostra legge sui probiviri 15 giugno 1893: " Nessuna delle controversie indicate nell'art.8 può essere portata innanzi alla giuria, o, se ecceda la competenza di questa, innanzi ai magistrati ordinari, senza previo esperimento di conciliazione innanzi all'ufficio di conciliazione. Della conciliazione non riuscita, sarà, a richiesta della parte non interessata, fatto risultare con processo verbale, esprimente anche il parere dell'ufficio, analogamente da quanto è prescritto dall"art.402 del Cod. di Proc. Civ.

L'operaio che avrà, da parte sua, aderito alla proposta conciliativa è ammesso di diritto al gratuito patrocinio per far valere giudiziariamente le domande sulle quali abbia riportato parere favorevole"

Infine in caso di mancata accettazione, si può ricorrere alla sanzione puramente morale della pubblicazione del parere conciliativo non accettato dalle parti, o da una delle parti. Così l'art.17 n.5 della legge olandese del 4 maggio 1923 dichiara: "In mancanza di dichiarazione da parte dei contendnenti, relativamente all'accettazione dei mezzi di conciliazione proposti, il Comitato di conciliazione può pubblicare totalmente o in parte la sua decisione sui punti litigiosi e sui mezzi ch'essa propone vista della composizione del conflitto. Il parere della minoranza è, se essa lo domanda, menzionato da questo rapporto".

A conclusione di questa lunga indagine legislativa e giurisprudenziale in materia di conciliazione, mi piace riportare per intero le disposizioni che regolano la procedura delle commissioni di conciliazione, contenute nella legge del lavoro 13 agosto 1923 dello; Stato di

Stato di Jalisco (Stati Uniti del Messico):

Art.89 La procédure des commissions de conciliation et d'arbitrage comprendra trois périodes:

I. la période d'enquête;

II. la période de conciliation;

III. la période d'arbitrage.

Art.90 - La première période comprendra 96 heures; la seconde période comprendra 72 heures qui commenceront à courir au lendemain de la clôture de l'enquête; et la troisième période comprendra les 48 heures suivant l'expiration de la période de conciliation.

Art. 91 - Le patron, le travailleur, les associations de travailleurs ou leurs représentants comparaîtront et exposeront devant la commission de conciliation et d'arbitrage, verbalement ou par écrit, leurs plaintes, réclamations ou demandes, dont il sera dressé un procès-verbal circonstancié, et il sera procédé sans délai à la notification aux defendeur ou défendeurs, en faisant connaître aux parties que la période d'enquête est ouverte à partir du moment de la notification.

Art. 92 - Pendant la période d'enquête, les parties produiront toutes leurs preuves et feront les déclarations qu'elles estiment utiles et, à cet effet, jouiront d'une entière liberté et ne seront astreintes à aucune formalité de procédure, sauf en ce qui concerne la déclaration qui doit être exigée dans les preuves de culpabilité ou d'innocence, les témoignages et les rapports d'experts.

Art. 93 - Les commissions de conciliation et d'arbitrage auront tout pouvoir pour effectuer les démarches se rapportant aux affaires de leur competence.

Art. 94 - A l'expiration de la période d'enquête, la commission procédera à la conciliation et à cet effet invitera les parties à régler le conflit à l'amiable en leur proposant les solutions de conciliation qu'elle estime conformes à l'équité et à la justice. Si les parties parviennent) un accord, les conditions dudit accord seront exécutée et dans le cas contraire la période de conciliation sera déclarée terminée et il sera notifié aux parties que la commission va procéder à l'arbitrage.

Art. 95 - Il sera dressé un procés-verbal de chaque séance des commissions qui mentionnera l'essentiel des points traités et des déclarations des parties.

Art. 96 - Lorsque le conflit aura été régle par voie de conciliation, les termes de l'accord seront consignés en un procés verbal dressé en double exemplaire et signé par les intéressés. Le Secrétaire enverra auxdits intéressés les copies certifiées qu'ils demandent et les procés-verbaux et copies feront foi ainsi qu'un document public.

Art. 97 - Le défaut de l'une des parties intéressées ne saurait entrainer la suspension de la procédure.

Come appendice al capitolo, mi piace far cenno alla legge canadese del 1906, importante per ciò che non fa ricorso, nè all'arbitrato obbligatorio, nè all'arbitrato volontario, nè ad una vera e propria procedura di conciliazione, ma adotta il principio dell'inchiesta pubblica. L'istituzione della Commissione d'inchiesta, di cui tanto s'è parlato nel diritto internazionale, è un fatto compiuto per questa legge. Ma, mentre nel campo internazionale, per lungo tempo nessun obbligo fu fatto agli Stati contendenti di lasciare esaurire la procedura della Commissione d'inchiesta prima d'iniziare ogni possibile ostilità, nel campo sindacale alla procedura della Commissione d'inchiesta si è voluto dare un carattere permanente ed obbligatorio, sottraendo l'attuazione o meno di questa procedura alla volontà delle parti in conflitto. Ciò mostra che, nonostante la quasi identità di fenomeno nel campo sindacale e nel campo internazionale, e nonostante la più antica elaborazione di dottrine e d'istituzioni nel campo internazionale, le stesse dottrine e le stesse istituzioni hanno avuto un'applicazione più rigorosa nel campo sindacale.

Il principio della obbligatorietà della procedura della Commissione d'inchiesta si è affermata nel Canadà in tutta la sua estensione, ed in conseguenza di questo principio, si è fatto obbligo alle parti contendenti di sospendere l'inizio dello sciopero o della serrata e di non cambiare i termini del contratto vigente, prima dell'esaurimento della procedura.

Il tratto distintivo tipico fra Commissione d'inchieste e Commissione di conciliazione dovrebbe essere dato da questo: che la prima si limita, normalmente, all'accertamento processuale dei fatti, mentre la seconda, dopo questo accertamento, in conseguenza di esso,

Come appendice al capitolo, mi piace far cenno alla legge canadese del 1908, importante per ciò che non fa ricorso, nè all'arbitrato obbligatorio, nè all'arbitrato volontario, nè ad una vera e propria procedura di conciliazione, ma adotta il principio dell'inchiesta pubblica. L'iniziativa della Commissione d'inchiesta, di cui tanto s'è parlato nel diritto internazionale, è un fatto compiuto per questa legge. Ma, mentre nel campo internazionale, per lungo tempo nessun obbligo fa fatto agli Stati contendenti di lasciare la procedura della Commissione d'inchiesta prima d'iniziare ogni possibile ostilità, nel campo studiato alla procedura della Commissione d'inchiesta si è voluto dare un carattere permanente ed obbligatorio, sottraendo l'attuazione o meno di questa procedura alla volontà delle parti in conflitto. Ciò mostra che, nonostante la quasi identità di fenomeni nel campo studiato e nel campo internazionale, e nonostante la più antica affermazione di dottrine e d'iniziative nel campo internazionale, le stesse dottrine e le stesse iniziative hanno avuto un'applicazione più vigorosa nel campo studiato.

Il principio della obbligatorietà della procedura della Commissione d'inchiesta si è affermato nel Canadà in tutta la sua estensione, ed in conseguenza di questo principio, si è fatto obbligo alle parti contendenti di sospendere l'inizio della ed opera o della sentenza e di non cambiare i termini del contratto vigente, prima dell'esaurimento della procedura.

Il tratto distintivo tipico fra Commissione d'inchiesta e Commissione di conciliazione dovrebbe essere dato da questo: che la prima ma si limita, normalmente, all'accertamento procedurale dei fatti, mentre la seconda, dopo questo accertamento, in conseguenza di esso,

procede alla formulazione d'un giudizio logico. Ma di ciò più a lungo, quando si tratterà della Commissione d'inchiesta in diritto internazionale.

Aggiungo qui, che questo tratto differenziale si attenua nei vari sistemi legislativi. Ricorre infatti spesso il caso di una commissione d'inchiesta chiamata, dopo l'accertamento processuale dei fatti, a formulare "una raccomandazione". Se questa formulazione è resa obbligatoria dalla legge, evidentemente l'istituto della conciliazione e quello della Commissione d'inchiesta si confondono, l'unica differenza potendo esser data, nei riguardi della procedura, dal carattere formale di essa, più rilevante nella Commissione d'inchiesta che non nella Commissione di conciliazione. Ma se la formulazione del giudizio, da parte della Commissione d'inchiesta, è reso dalla legge facoltativa, questo potrebbe anche costituire un carattere distintivo fra commissione d'inchiesta (che non deve in ogni caso pervenire alla formulazione d'un giudizio logico) e Commissione di conciliazione che vi deve pervenire.

A proposito della Commissione d'inchiesta scrive l'Andrews (1): "Sotto il sistema dell'inchiesta obbligatoria, un ufficio creato dallo Stato accerta fatti ed assume testimonianze ad iniziativa di una parte nella disputa, senza il consenso dell'altra, o di sua stessa iniziativa, senza il consenso di nessuna delle due parti. Si tratta di un ufficio d'inchiesta e raccomandazione senza alcun potere legale d'imporre la decisione. L'inchiesta obbligatoria è talvolta accompagnata dalla proibizione dello sciopero o della serrata, finchè pende l'inchiesta e non sia pubblicata la raccomandazione."

---

(1) Andrews - Op. cit.

procede alla formulazione d'un giudizio logico. Ma di ciò più a lungo, quando si tratterà della Commissione d'inchiesta in diritto internazionale.

Aggiungo qui, che questo tratto differenziale si attenua nei vari sistemi legislativi. Ricorre infatti spesso il caso di una commissione d'inchiesta chiamata, dopo l'accertamento processuale dei fatti, a formulare "una raccomandazione". Se questa formulazione è resa obbligatoria dalla legge, evidentemente l'istituto della conciliazione e quello della Commissione d'inchiesta si confondono, l'unica differenza potendo esser data, nei riguardi della procedura, dal carattere formale di essa, più rilevante nella Commissione d'inchiesta che non nella Commissione di conciliazione. Ma se la formulazione del giudizio, da parte della Commissione d'inchiesta, è reso dalla legge facoltativa, questo potrebbe anche costituire un carattere distintivo fra commissione d'inchiesta (che non deve in ogni caso pervenire alla formulazione d'un giudizio logico) e Commissione di conciliazione che vi deve pervenire.

A proposito della Commissione d'inchiesta scrive l'Andrews (1): "Sotto il sistema dell'inchiesta obbligatoria, un ufficio creato dallo Stato accerta fatti ed assume testimonianze ad iniziativa di una parte nella disputa, senza il consenso dell'altra, o di sua stessa iniziativa, senza il consenso di nessuna delle due parti. Si tratta di un ufficio d'inchiesta e raccomandazione senza alcun potere legale d'imporre la decisione. L'inchiesta obbligatoria è talvolta accompagnata dalla proibizione dello sciopero o della serrata, finché pende l'inchiesta e non sia pubblicata la raccomandazione."

---

(1) Andrews - Op. cit.

LA CONCILIAZIONE NEL CAMPO DEI RAPPORTI INTERNAZIONALI

Il più importante ordinamento dell'istituto della conciliazione nel campo internazionale, è stabilito nel protocollo finale della conferenza di Locarno, firmato il 16 ottobre 1925.

Nelle varie convenzioni d'arbitrato, annessi al protocollo finale, è prevista e regolata minutamente una speciale procedura di conciliazione (1).

Questa procedura si applica ai conflitti previsti all'art. 1 ed ai conflitti previsti all'art. 17 della Convenzione d'arbitrato tra Belgio e Germania. Si noti che all'art. 1 sono considerati e contemplati i conflitti suscettibili di soluzione in base a norme di diritto internazionale ("au sujet desquelles les parties se contesteraient réciproquement un droit"), o meglio quei conflitti che gl'internazionalisti sogliono indicare come conflitti giuridici (termine usato , in tal modo, impropriamente).

All'art. 17 sono contemplati invece i cosidetti conflitti politici, conflitti cioè per la cui risoluzione non è possibile fare appello ad "una norma giuridica di diritto internazionale".

Riguardo ai primi, l'esperimento di conciliazione deve ritenersi facoltativo. L'art. 2 infatti della convenzione d'arbitrato tra Germania e Belgio dichiara: "Avant tout procédure arbitrale ou avant toute procédure devant la Cour permanente de Justice internationale, la contestation pourra être, d'un commun accord entre les parties, soumise à fin de conciliation à une commission internationale permanente , dite Commission permanente de Conciliation, constituée conformément à la présente convention.".

---

1) Nel citare le disposizioni del protocollo, mi riferirò normalmente alla

LA CONCILIAZIONE NEL CAMPO DEI RAPPORTI INTERNAZIONALI

Il più importante ordinamento dell'istituto della conciliazione nel campo internazionale, è stabilito nel ~~[illegible]~~ protocollo finale della conferenza di Locarno, firmato il 16 ottobre 1925.

Nelle varie convenzioni d'arbitrato, annessi al protocollo finale, è prevista e regolata minutamente una speciale procedura di conciliazione (1).

Questa procedura si applica ai conflitti previsti all'art. 1 ed ai conflitti previsti all'art. 17 della Convenzione d'arbitrato tra Belgio e Germania. Si noti che all'art. 1 sono considerati e contemplati i conflitti suscettibili di soluzione in base a norme di diritto internazionale ("au sujet desquelles les parties se contesteraient réciproquement un droit"), o meglio quei conflitti che gl'internazionalisti sogliono indicare come conflitti giuridici (termine usato , in tal modo, impropriamente).

All'art. 17 sono contemplati invece i cosidetti conflitti politici, conflitti cioè per la cui risoluzione non è possibile fare appello ad "una norma giuridica di diritto internazionale".

Riguardo ai primi, l'esperimento di conciliazione deve ritenersi facoltativo. L'art. 2 infatti della convenzione d'arbitrato tra Germania e Belgio dichiara: "Avant tout procédure arbitrale ou avant toute procédure devant la Cour permanente de Justice internationale, la contestation pourra être, d'un commun accord entre les parties, soumise à fin de conciliation à une commission internationale permanente , dite Commission permanente de Conciliation, constituée conformément à la présente convention.".

---

(1) Nel citare le disposizioni del protocollo, mi riferirò normalmente alla

In quanto facoltativa, la conciliazione si presenta possibile solo se le parti accettano di adire la commissione permanente di conciliazione. Questa opinione è ancor più suffragata dall'art. 6 che dichiara: "La Commission permanente de Conciliation sera saisie par voie de requête adressée au Président par les deux parties agissant d'un commun accord ou à défaut, par l'une ou l'autre des parties.

La requête, après avoir exposé sommairement l'objet du litige, contiendra l'invitation à la commission de procéder à toutes mesures propres à conduire à une conciliation.

Si la requête émane d'une seule des parties, elle sera notifiée par celle-ci sans délai à la partie adverse."

Naturalmente la parte notificata può rifiutarsi di adire la commissione di conciliazione, e questa conclusione si giustifica, tenendo anche presente l'art. 2 in cui si parla d'un comune accordo fra le parti perchè la contestazione possa essere portata dinanzi alla commissione. Nè può un'opinione contraria basarsi sull'art.14 che dichiara: "Les Gouvernements allemand et belge s'engagent à faciliter les travaux de la Commission permanente del Conciliation et, en particulier, à lui fournir dans la plus large mesure possible tous documents et informations utiles, ainsi qu'à user des moyens dont elles disposent pour leur permettre de procéder sur leur territoire et selon leur législation à la citation et à l'audition de témoins ou d'experts et à des transports sur les lieux."

Convenzione d'arbitrato stipulata fra la Germania ed il Belgio (annesso B), ricordando che lo stesso numero portano gli articoli relativi alle convenzioni d'arbitrato stipulate fra Germania e Francia, Germania e Polonia, Germania e Czecoslovacchia (annesso C, D,E).

E' vero che, in base a questo articolo, sembra che le parti assumano l'impegno di rispettare la più larga libertà d'azione della commissione, finchè essa non sia pervenuta alla formulazione del suo giudizio logico, ma questo in quanto le parti abbiano accettato di ricorrere alla procedura di conciliazione, o in quanto la procedura stessa si presenti obbligatoria ai sensi dell'art.17.

Nei riguardi dell'attività sostanziale della commissione permanente di conciliazione, non vi è dubbio che essa sia ordinata sulla base dell'attività sostanziale del giudice. Lo dichiara espressamente l'art. 8: "La Commission permanente de Conciliation aura pour tâche d'élucider les questions en litige, de requeillir à cette fin toutes les informations utiles par voie d'enquête ou autrement et de s'efforcer de concilier les parties. Elle pourra, aprés examen de l'affaire, exposer aux parties les termes de l'arrangement qui lui paraitrait convenable et leur impartir un délai puor se prononcer." E molto più espressamente l'art. 9: "A moins de stipulation spéciale contraire, la Commission permanente de Conciliation réglera elle-même sa procédure qui, dans tous les cas, devra être contradictoire. E, matiére d'enquêtes, la commission, si elle n'en décide autrement à l'unanimité, se conformera aux dispositions di Titre III (Commissions internationales d'enquête) de la Convention de la Haye du 18 octobre 1907 pour le Réglement pacifique des Conflits internationaux (1)".

---

(1) "notamment de celles qui concernent l'audition des témoins, la procédure par experts, les commissions rogatoires, le transport sur les lieux, le remplacement des membres de la Commissions"(risoluzione n.IO adottata dall'Assemblea della Società delle Nazioni, in data 28 settembre 1922. Nell'articolo I7 del regolamento adottato nella risoluzione si legge:

L'art. 12 regola poi il diritto di rappresentanza delle parti in sede di conciliazione: "Les parties seront représentées auprés de la Commission de Conciliation par des agents ayant mission de servir d'intermédiaire entre elles et la commission; elles pourront, en autre, se faire assister par des conseils et experts nommés par elles à cet effet et demander l'audition de noutres personnes dont le témoignage leur paraît utile". Riassumendo tutti i principi processuali sono nei suddetti articoli previsti e regolati. Il principio del contraddittorio, della rappresentanza processuale delle parti, delle prove in giudizio. Una questione importante a proposito dell'attività sostanziale della Commissione permanente di Conciliazione diretta alla formulazione d'un principio logico sarebbe questa. Ha la Commissione poteri coercitivi di cui usare nello svolgimento della sua attività? Sembra che poteri coercitivi veri e propri la Commissione non abbia, più anche per il carattere facoltativo della Commissione. Tuttavia le parti in causa (e non i terzi si possono ritenere vincolati ad eseguire quanto la Commissione richiede nell'interesse dell'accertamento processuale della controversia in base all'art. 14 da noi su riportato per cui:"Les Gouvernements allemand et belge s'engagent à faciliter les travaux de la Commission permanente de Conciliation et en particulier..."

"La Commission fera un rapport sur chaque différend quolui aura été soumis. Le rapport comportera, s'il y a lieu, un projet de réglement du différend. L'avis motivé des membres restéser minorité sera consigné dans le rapport.

Scopo dell'attività della Commissione è di pervenire alla formazione d'un giudizio equo che le parti formalmente accetteranno o respingeranno. Il capoverso dell'ar.8 dichiara: "La Commission pourra, aprés examende l'affaire exposer aux parties les termes de l'arrangement qui lui para trait convenable et leur impartir un délai pour se prononcer. A la fin de ses travaux, la Commission dressera un procés-verbal constatant, suivant le cas, soit que les parties se sont arrangés et, s'il yalieu, les conditions de l'arrangement, soit que les parties n'ont par être conciliées.

Les travaux de la Commission detrout à moins, que les parties enconviennent différemment, être terminés dans le délai de six mois à compter du jour ou la Commission aura été saixé du litige".

Notevole il fatto che la Commissione formulando il suo giudizio possa stabilire un termine di accettazione. Questa mostra due cose che noi del resto abbiamo dichiarato fondamentali della conciliazione: I che il giudizio logico nel suo in quanto regolamento ~~fondamentale~~ sostanziale del conflitto, non si presenta come transazione ma come giudizio composizione improntato all'equità; II Come l'accettazione o il rifiuto dell'arrangement sia condizione della concessione del termine previsto dall'art.8, in altri termini la Commissione concede il termine non in quanto le parti cerchino un nuovo accordo, che questo non interessa la Commissione, pervenuta già di per sè alla composizione , ma in quanto le parti accettino o rifiutino formalmente l'arrangement cui è pervenuta la Commissione.

In quanto ai conflitti previsti all'art. 12 la conciliazione si presenta come esperimento obbligatorio cui le parti debbono sottomettersi. Lo dichiara lo stesso art. 17: "Toutes questions sur les quelles le Gouvernement allemand et le Gouvernement belge seraient san pouvoir le résoudre à l'amiable par les procédés diplomatiques ordinaires dont la solution ne pautrait être recherchée par un jugement ainsi qui il est prevu par l'article 1° de la présente convention et pour les quelles une procédure de réglement ne serait pas déja prévue par l'autres conventions en vigueur entre les parties, aront soumises à la Commission permanente de Conciliation qui sera chargée de proposer aux parties une solution acceptable et, dans tous les cas, de présenter un rapport. La procédure prévue par les articles I à 15 de la présente convention sera appliquée".

Il carattere obbligatorio dell'esperimento si rileva dalle parole "seront soumises" di quest'articolo in confronto alle parole "pourra être soumise" dell'art. 2 e più che altro si rileva dall'art. 18 per cui: "Si, dans le mois qui suivra la clôture des travaux de la Commission permanente de Conciliation, les deux parties ne se sont pas entendues la question sera, à la requête de l'une ou, de l'autre partie, portée devant le Conseil de la Société des Nations, qui conformément à l'art. 15 du Pacte de la Société " da dove si rileva come la procedura giudiziaria vera e propria (8 marzo al Consiglio della Società delle Nazioni) non possa avere annunzio che ad un certo tempo dalla chiusura dei della Commissione, donde bisogna concludere e un carattere di obbligatorietà dei lavori della Commissione in questo caso.

Abbiamo affermato più sopra come di veri e propri poteri coercitivi la Commissione non sia fornita, salvo a considerare tali quei poteri che derivano alla Commissione dal carattere generale e particolare di subordinazione di volontà che prende il compromesso anche in rispetto alle questioni processuali. Così l'art. 19 sotto il titolo "Disposition générale" dichiara: "Dans nous les cas et notamment si la question au sujet de la quelle les parties sont divisées résulte d'actes déja effectuées ou sur le point de l'être, la Commissione de Conciliation ou, si celle-ci ne s'en trouvait pas saisie, le Tribunal arbitral ou la Cour permanente de justice internationale statuent conformément à l'article 41 de son statut, indiqueront dans le plus bref délai possible, quelles suesures provisoires doivent et prises. Il appartiendra au Conseil de la Société des Nations s'il est saisi de la question, de pourvoir de même à des mesures provisoires appropriées. Les Gouvernements allemand et belge s'engagent respectivement à s'y conformer, à s'abstenir de toute mesure susceptible d'avoir une répercussion préjudiciable à l'exécution de la décision ou aux arrangements proposés par la Commissione de Conciliation, ou par le Conseil de la Société des Nations, et en général, à ne procéder à aucun acte, de quelque nature qui il soit susceptible d'aggraver ou d'étendre le différend." Da questo articolo come dal precedente art. 14 si rileva come i cosidetti poteri coercitivi possono essere esercitati in virtù di una manifestazione di volontà dei soggetti del conflitto o dei probabili conflitti del tutto simile alla manifestazione di volontà compromessavi, senonchè essa avrà carattere costitutivo di potere non rispetto al conflitto principale ma

rispetto ai conflitti che sorgono in occasione delle procedura rivolta a risolvere il conflitto principale. In altri termini come il compromesso sta a presupposto del potere di decisione, così può stare a presupposto dei poteri coercitivi.

Se nel caso dei conflitti previsti dall'art. 17 la conciliazione si presenta obbligatoria si può domandare se vi sia una sanzione contro la violazione di simile obbligo. Le sanzioni sono contenute nell'art. 5 del Patto a cinque ch'è una diretta conseguenza dell'art. 3. Dichiara questo infatti: " Prenant en considération les engagements respectivement pris pas elles dans l'art.2 du présent traité, l'Allemagne et la Belgique, et l'Allemagne et la France s'engagent à régler par voie pacifique et de la manière suivant toutes questions de quelque nature qu'elles soient qui viendraient à les diviser et qui n'auraient par être réglées par les procédés diplomatiques ordinaires.

Toutes questions au sujet des quelles les parties se contesteraients réciproquement un droit seront soumises à des juges, à la décision desquel les parties s'engagent à se conformer.

Toute autre question sera soumise à une commission de conciliation et si l'arrangement proposé par cette commission si est pas agrée par les deux parties, la question sera porta e devant le Conseil de la Société des Nations, statuant conformément à l'art. 15 du Pacte de la Société.

Les modalités de ces methodes de réglement pacifique sont objet de conventions particulières signées en date de ce jour".

N.B. - Dalla dizione di quest'articolo si nota subito come per un certo ordine di conflitti la conciliazione si presenti subito obbligatoria e per un altro ordine come facoltativa"

Dicevamo essere le sanzioni contenute nell'art. 3°. Infatti: "La stipulation de l'art. 3 du présent traité est placée sour la garantie des hautes parties contractantes ainsi qu il est prévu ciàaprés si l'une de Puisson ces mentionnées à l'art. 3 refuse de se conformer aux méthodes de réglement pacifique ou d'éxecuter une decision arbitrale ou judiciaire et connet une violation de l'art.2 du présent traité ou une contravention aux articles 42 ou 43 du Traité de Versailles les dispositions de l'art. 4 du présent traité s'appliqueront dans le cas ou, sans connetre une violation de l'art.2 du présent traité ou une contravention aux articles 42 ou 43 du Traité de Versailles, une des Puissances mentionnées à l'art. 3 refuserait de se conformer aux méthodes, de réglement pacifique ou d'éxécuter une decision arbitrale ou judiciaire l'autre partie le Conseil de la Société des Nations, qui proposera les mesures à prendre; les toutes parties contractantes se conformerant à ces propositions".

Salvo ghe gli articoli contenuti nel patto di Mutua garanzia, tutti gli altri articoli (contenuti nella convenzione Belgo Germanico) sono contenuti (contrassegnati dallo stesso numero) nella convenzione d'arbitro tra Germania e Francia (Annesso C) tra Germania e Polonia (Annesso D) tra Germania e Czeco Slovacchia (Annesso E).

Nei riguardi dei cosidetti conflitti politici, oltre alla procedura di conciliazione obbligatoria, di cui abbiamo testè parlato, è prevista, nel trattato di Locarno, una speciale procedura giudiziaria innanzi al Consiglio della Società delle Nazioni.

Veramente, anche prima della stipulazione del protocollo di Locarno, nel Covenant era ugualmente prevista una procedura speciale dinanzi al consiglio stesso, procedura di cui si discute molto fra gl'internazionalisti se abbia avuto carattere di procedura conciliativa o di procedura giudiziaria. (1)

Accettando l'opinione della maggior parte degli scrittori, possiamo aderire alla tesi che considera la procedura prevista nel Covenant procedura da seguire dinanzi al consiglio, come vero e proprio tentativo di conciliazione obbligatoria.

Ma a tal proposito, ricordo come l'assemblea della Società delle Nazioni abbia votato, il 22 settembre 1922, una risoluzione invitante gli Stati a concludere delle convenzioni aventi per iscopo di sottoporre le loro controversie a delle commissioni di conciliazione istituite da loro stessi.

In conseguenza della votazione di una tale risoluzione, hanno discusso gl'internazionalisti se, concludendo due Stati la convenzione prevista nella risoluzione (come han fatto Svezia e Cili con trattato del 26 marzo 1920), gli Stati potessero derogare agli obblighi e rinunciare ai diritti previsti nel patto, nei riguardi della procedura di conciliazione obbligatoria da seguire dinanzi al consiglio (art. 14 del Copenant).

---

1) Salvioli - La corte permanente di Giustizia internazionale dell'Aia - Rivista di Diritto Internazionale 1924; pag.

Il Devisscher (1) osserva che: "A termine dell'art. 15 del Patto se sorge tra i membri della Società una controversia susceptibile "d'entrainer une rupture", spetta a ciascuno d'esse di deferirne l'esame al consiglioq La procedura s'inizia con citazione diretta ed unilaterale. A questo principio, d'una portata considerevole nell'economia generale del Patto, gli Stati non possono derogare per via di convenzioni particolari. Se sorge tra gli Stati firmatari d'una convenzione di conciliazione una controversia che, secondo il loro avviso, e, per il suo carattere acuto "susceptible d'entrainer une rupture", non si può certamente ammettere che prigioniero della procedura di conciliazione dinanzi alla Commissione, ognuno degli Stati sia costretto di sottomettervisi prima di potere far uso del diritto di ricorso immediato e diretto al Consiglio espressamente previsto, in simile caso, dall'art.15 del Patto"..

Ora io non vedo perchè le parti non possano obbligarsi ad esperire un tentativo di conciliazione, dinanzi ad una commissione speciale, da loro eletta, prima di rivolgersi al Consiglio della Società delle Nazioni.

Non si può, lo riconosco, assumere l'obbligo di non adire, in via assoluta, il consiglio della Società, ma si può benissimo assumere l'obbligo di ricorrere a una procedura speciale, precludendosi, in tal caso temporaneamente la via del ricorso al Consiglio.

Del resto le ragioni addotte a sostegno della tesi non mi sembrano sufficienti. Il Devisscher dice che: "Non può dipendere dalle

---

(1) Devisscher - Revue de Droit inter. et de Leg. comp. 1923; pag. 25 e seg.

parti di modificare, nei loro rapporti reciproci, le condizioni di intervento di un organo della Società tal quali sono fissate, in vista d'una funzione d'interesse generale, dalle disposizioni costituzionali del Patto". Ma se l'art. 15 del Patto fosse inderogabile, la Società delle Nazioni non avrebbe dovuto votare una risoluzione raccomandante l'istituzione di speciali procedure di conciliazione. Infatti tali convenzioni non potrebbero non derogare all'art. 15 del Patto stesso, almeno fin che le parti non d'accordo nel deferire la controversia alla Commissione di conciliazione.

Ma se le parti possono derogare, di mutuo accordo, all'art.15 del Patto, vuol dire che la disposizione contenuta in questo articolo non è inderogabile. E del resto non lo può essere, in quanto la procedura prevista dal Patto ha carattere sussidiario ai fini della composizione della controversia. Essa si presenta come l'ultimo tentativo pacifico di soluzione del conflitto. Ora, se le parti si obbligano a seguire una diversa procedura prima di adire il Consiglio, non vedo perchè quest'obbligo debba considerarsi illecito, così come lo dichiara il Borso.

La verità è che bisogna distinguere fra norme che prevedono lo svolgersi di una procedura per il regolamento del conflitto (norme derogabili non in via assoluta ma in via relativa) e norme che richiedono un certo comportamento delle parti durante lo svolgersi della procedura (norme queste veramente inderogabili). Nel nostro caso, non è inderogabile la norma dell'art. 15, ma è inderogabile la norma dell'art. 17. Vi si dice: "Qualora uno dei Membri della

Società ricorra alla guerra in violazione dei patti di cui agli art. 12, 13 e 15, sarà considerato ipso fatto come colpevole di avere commesso un atto di guerra contro tutti gli altri membri della Società i quali s'impegnano fin da ora ecc. (son previste le sanzioni)".

Questa sì che è una norma inderogabile, e lo è nel senso ch'essa è predisposta a tutela di quell'interesse sociale internazionale che è il fondamento del Patto. Riconosciamo pure che le condizioni d'intervento d'un organo della Società, fissata in vista dell'interesse generale, possano non essere derogate. Ma in tal caso bisognerebbe dimostrare che per l'art. 15 è interesse generale quello d'imporre una certa soluzione del conflitto, conformandosi alla procedura da seguire dinanzi al Consiglio, e non quello di tentarne un componimento pacifico qualunque. Soltanto nel primo caso l'intervento potrebbe avere carattere principale ed esclusivo, non certo nel secondo.

La verità è che le parti possono obbligarsi ad esperire ogni altro mezzo di regolamentazione pacifica, prima di avvalersi della procedura di cui all'art. 15, purchè (ed è questo l'essenziale) non si obblighino a non ricorrere all'art. 15, nel caso di fallimento di ogni mezzo di regolamentazione pacifica del conflitto. E' vero che (Devisscher: "Bisognerebbe considerare come incompatibile con l'art.15 del Patto.una convenzione per la quale gli Stati contraenti s'interdicessero in maniera assoluta il ricorso diretto e unilaterale al Consiglio, subordinando in tutta ipotesi l'intervento di quest'ultimo all'accordo delle parti"; ma non è vero che bisognerebbe consi-

derare incompatibile, come vuole l'autore stesso, coll'art. 15 del Patto, una convenzione per la quale gli Stati contraenti s'interdicessero il ricorso unilaterale al Consiglio subordinandolo "al previo fallimento della procedura di conciliazione dinanzi alla commissione speciale istituita da loro". In tal caso infatti le parti non s'interdicono in maniera assoluta il ricorso diretto e unilaterale al Consiglio, ma lo subordinano all'avverarsi d'una condizione (fallimento della procedura di conciliazione, senza la posizione della quale, ogni procedura istituita dalle parti sarebbe superflua, se non inutile.

E' piuttosto da notare che una tale clausola non può derogare agli obblighi di astensione da ogni preparazione al conflitto armato, in quanto contenuti nel Patto. Ogni deroga a tal proposito, determina veramente, nonostante qualsiasi patto in contrario il diritto dell'altra parte in conflitto, di adire il Consiglio. In tal senso si deve interpretare la frase contenuta nella risoluzione adottata dall'assemblea della Società delle Nazioni: "Sous réserve des droits et obligations mentionnées à l'article 15 du Pacte".
Tant'è così, che, nel trattato fra Svezia e Cili, l'art.1, alinea 2 dispone che, xxxxxx prima di ricorrere agli uffici della commissione di conciliazione istituita dal trattato "Nessuna delle parti potrà portare il conflitto, secondo l'art. 15 del Patto della Società delle Nazioni, dinanzi al Consiglio della detta Società". Clausola questa lecitissima, in quanto non deroga a nessuno degli obblighi fondamentali del patto, ma rimanda l'inizio d'una procedura al momento in cui una procedura diversa abbia avuto fine.

Il Devisscher interpreta questa clausola come comportante l'obbligo per le parti di astenersi, durante la durata dei preliminari di conciliazione, d'ogni passo suscettibile di determinare il pericolo d'una rottura e di determinare quindi tra i due Stati, la situazione prevista dall'art. 15 del Patto e alla quale quest'articolo resta, nonostante ogni convenzione contraria, invariabilmente applicabile. L'errore sta qui nell'attribuire soverchia importanza alla frase: "Una controversia tale da condurre a una rottura". Ora tale frase trova la sua spiegazione nel fatto che una controversia per la quale non sia previsto l'arbitrato, può non avere soluzione. Ora finchè essa non si presenta particolarmente grave "tale da condurre a una rottura" il Patto non crede di dover imporre l'obbligo alle parti di portare la controversia dinanzi al Consiglio. Ora non si può arguire per contrario che ci sia obbligo di portarla dinanzi al Consiglio, quando ricorra il caso previsto, ma si può arguire per contrario che ci sia obbligo di portarla dinanzi al Consiglio quando non ci sia o non si tenti altro mezzo specifico di soluzione. In altri termini, la contrapposizione avviene fra controversie che rimangono insolute, dopo i vani tentativi di composizione e che, per il loro carattere di poca gravità, possono non portarsi dinanzi al Consiglio, e controversie che rimanendo insolute ed essendo di qualche gravità, devono essere portate dinanzi al Consiglio della Società.

Il Salvioli dubita se sia consentito di adire il Consiglio, quando non sia stato prima esperito il tentativo di conciliazione, beninteso nell'ipotesi che esista una convenzione di conciliazione.

Il Borsi (1) dice che questo dubbio non sembra neppure propo-

---

(1) Borsi - Rivista di Diritto Internazionale 1924.

nibile. Cita le parole della relazione Adacti alla risoluzione votata dall'assemblea della Società delle Nazioni: "en aucun cas la convention des parties ne peut porter atteinte au fonctionnement de l'art. 15 du Pacte: le recours de l'une des parties au Conseil, aussitôt que se produit la situation prévue par cet article, est toujours possible et a pour effet de suspendre immédiatament la procédure de conciliation directe". L'errore di questa tesi sembra ancor più evidente quando si pensi come, nel trattato di Locarno, si sia derogato all'art.15, istituendo una procedura speciale di conciliazione.(1)

In che cosa fanno consistere i caratteri fondamentali della conciliazione gl'internazionalisti?

Il Politis (2), occupandosi della mediazione osserva che: "La mediazione tradizionale, muovendosi in un'atmosfera carica di diffidenza, su un terreno cosparso di suscettibilità, è un meccanismo pesante, difficilissimo a maneggiarsi", soggiunge che è possibile renderne l'uso più agevole e più sicuro ed a crescerne la virtù pacificatrice, se gli Stati deferissero le loro contese a consigli di persone intelligenti ed imparziali, seguendo una procedura di carattere facoltativo.

---

(1) Nei riguardi di questa questione, il secondo quesito formulato da giuristi: "Il Consiglio adito conformemente all'art.15 , par.1, da uno dei Membri della Società delle Nazioni, deve, sia a domanda d'una parte, sia d'ufficio soprassedere all'esame della controversia, quando per altra via si persegue, con consenso delle parti, la soluzione di questa controversia?"

(2) Politis - L'avenir de la médiation - Revue générale de droit intern. 1910, pag. 136 e segg.

Vi è nelle affermazioni del Politis un tentativo imperfetto, dal punto di vista giuridico concettuale, di pervenire a una distinzione concreta fra mediazione e conciliazione, distinzione che il Carnelutti ha posta, dicendo che il mediatore mira a una composizione qualunque (1), il conciliatore a una composizione giusta. Al solito, il criterio distintivo si trova guardando se il terzo (che interviene nel conflitto per favorirne la soluzione) rimane nell'ambito delle valutazioni subbiettive delle pretese, tendendo all'equilibrio di queste, o mira a pervenire a un'obbiettivazione delle pretese stesse, attraverso la sua attività di cognizione. Nel primo caso si ha mediazione nel secondo conciliazione. Del resto a rilevare meglio la profonda differenza esistente fra mediatore e conciliatore, basta pensare alla conciliazione obbligatoria prevista nel trattato di Locarno in riguardo ai cosidetti conflitti politici. Se la conciliazione fosse niente altro che una mediazione non si potrebbe parlare di un sistema di mediazione obbligatoria. Avremmo tutt'al più una mediazione facoltativa, cui le parti potessero ricorrere volendolo, od una mediazione obbligatoria che però non potrebbe essere istituita sulla base di una attività di cognizione da esplicarsi dall'organo di mediazione. All'attività di cognizione per pervenire alla formulazione di un giudizio logico, il mediatore non può arrivare. Il suo intervento

---

1) Bene l'Anzilotti :

"Essenziale alla mediazione è che gli Stati contendenti restino sempre liberi di accettare o no le proposte del mediatore; è invece assolutamente erroneo dire che questi ha l'obbligo di agire in modo che il diritto riesca affermato e salvaguardato."

può essere reso obbligatorio, ma in qualsiasi momento l'opera sua può essere arrestata. Nella conciliazione obbligatoria invece, le parti sono obbligate a subire l'attività di cognizione dell'organo di conciliazione, ed a prestare ogni mezzo perchè questa attività raggiunga i suoi fini. Lo stadio processuale quindi ricorre in ogni caso (mentre la mediazione lo ignora) e la volontà delle parti riprende intera, solo quando esse si trovino di fronte ad una proposizione elaborata dal conciliatore.

Meglio il Perassi (1) : "La natura stessa della funzione che è attribuita al Consiglio permanente di conciliazione, faccia comprendere che il Consiglio, nel formulare le sue proposte, s'informa a criteri di opportunità e di convenienza politica. Proporre una soluzione d'una contesa internazionale che non ha il carattere di una controversia giuridica, non significa valutare un determinato caso alla stregua di una norma di diritto, ma, al contrario, significa prospettare uno schema di un nuovo diritto considerato idoneo a contemperare i contrastanti interessi degli Stati in contesa. Mentre il Tribunale arbitrale dà per una controversia una risoluzione, che è un accertamento del diritto nel caso concreto, il Consiglio permanente di conciliazione, per le contese che esso esamina, formula, come proposta una soluzione la cui attuazione esige, generalmente, un atto di creazione di diritto nuovo." (2)

---

(1) Perassi - Rivista Dir. Intern. - 1921-22, pag. 173.

(2) Nella conferenza dell'Aia del 1907 si propose di rendere obbligatoria la mediazione; ma la proposta fu respinta. Inoltre, la delegazione dell'Haiti suggerì una modificazione all'art. 8 (riguardante la mediazione) della convenzione, allo scopo di assicurare un mediatore imparziale, pro-

Se gl'internazionalisti non sono riusciti a porre una chiara distinzione fra mediazione e conciliazione, meno che mai riescono a dare una chiara idea della differenza che corre fra conciliazione da una parte e inchiesta di fatto (regolata dalla conferenza dell'Aia), inchiesta mediatrice (tipo Bryan) dall'altra.

Vediamo, a tal proposito, che ne pensa il Borsi: "Nel caso dell'inchiesta di fatto, una Commissione mista, normalmente composta di membri designati dalle parti e di un membro con funzione presidenziale scelto d'accordo fra quelli, o da un terzo Stato, o in altri modi che ora non importa specificare, investita della cognizione di una controversia sorta da diverso apprezzamento di circostanze di fatto, deve accuratamente indagare intorno alle medesime un contraddittorio delle parti, redigendo una relazione contenente gli accertamenti cui è pervenuta, che lascia i contendenti pienamente liberi di provvedere come meglio credono alla sistemazione dei loro rapporti. E' stato detto (dal Politis) che questo procedimento attinge tanto alla mediazione quanto all'arbitrato, ma noi non siamo di tale avviso per ciò che concerne la mediazione.

In ordine al punto o ai punti di fatto intorno a cui si è manifestata la controversia non si ha mediazione, ma, quando gli

---

pose cioè che i mediatori scelti dalle parti a loro volta scegliessero un terzo che agisse con loro. Ma questa proposta, fondata evidentemente su una errata valutazione del carattere vero della mediazione, fu rigettata dal Comitato (Vedi relazione del Barone Guillaume, pag.201).

elementi raccolti consentano di pervenirvi, si ha decisione che, limitatamente al suo particolare oggetto, appare dotata di efficacia morale non inferiore a quella di una pronuncia arbitrale. Si è dunque, come è facile intendere, molto lontani dalla conciliazione che, inquanto sia possibile, si sostanzia in una mediazione, si riferisce alla controversia nella sua integrità e, nel rilievo degli elementi di fatto, non assume quel carattere di constatazione definitiva, che è proprio dell'inchiesta."

Anche qui noi vediamo porre qualche elemento esatto di distinzione, senza che tuttavia si riesca ad individuare e a definire e a distinguere i due istituti.

Se la conciliazione mira,(come deve mirare, essendo chiamata a comporre un conflitto) a un giudizio logico, è naturale che questo giudizio logico non possa che basarsi su un accertamento dei fatti. Quella che si suol chiamare la posizione del fatto è una delle necessità fondamentali della funzione di conciliazione, perchè l'organo di conciliazione possa pervenire ad un giudizio logico. E' tanto necessaria alla funzione conciliativa la posizione del fatto, che è proprio questo uno degli elementi distintivi fra conciliazione e mediazione.

Piuttosto è vero questo: che laddove le parti si obbligano a deferire in una commissione d'inchiesta l'accertamento dei fatti, l'accertamento, da parte della Commissione, ha un carattere arbitrale ed obbligatorio per le parti: "Fa legge fra le parti", mentre non l'ha mai naturalmente questo carattere obbligatorio, l'accerta-

mento dei fatti raggiunto in sede di conciliazione. In questo solo caso si può ammettere quello che dice il Borsi: "Che il procedimento conciliativo possa aver ragione prima che dopo l'inchiesta."

Un'altra distinzione sta in questo: che, nella procedura conciliativa, la posizione del fatto non è fine a se stessa, essa serve in quanto si debba pervenire ad un giudizio logico. Or dunque, mentre nella conciliazione intanto si pone il fatto in quanto si deve pervenire ad un giudizio logico, nell'inchiesta invece si pone il fatto di per sè, si ha il puro accertamento del fatto. In altri termini si fa, nell'uno e nell'altro caso, la stessa cosa in riguardo all'accertamento dei fatti; soltanto che, nella procedura conciliativa, si perviene ad un giudizio logico rispetto alla controversia fondamentale, al quale non perviene normalmente la procedura diinchiesta. (1)

Il Borsi ha tentato di esprimere ciò scrivendo che: " L'inchiesta facilita la soluzione, eliminando le incertezze e le divergenze in ordine ai fatti; la conciliazione la facilita invece, non già eliminando, bensì suggerendo come meglio si possa eliminare ogni dissenso". Distinzione che in fondo non si comprende molto bene.

Nessuna diversità sostanziale, escluse alcune particolarità secondarie, v'è tra procedimento conciliativo e inchiesta del tipo Bryan

---

1) In fondo, la mera inchiesta di fatto è un semplice mezzo d'investigazione e - dice bene il Politis - essa è destinata a sparire col diffondersi dell'arbitrato e "col sorgere della mediazione su basè più salda" (intendi conciliazione): "Comprimée broyée entre l'arbitrage triomphant et la mediation regénérée, elle sera ramenée à son vrai rang de simple moyen d'investigation" (la Commissione Internazionale d'Inchesta nella Revue Gén. de Droit Int. Pubblic. - 1912, pag. 149).

Nell'inchiesta del tipo Bryan infatti, la Commissione è chiamata anche ad esprimere il proprio parere in merito alla risoluzione della controversia (1).

---

(1) La Convenzione tra gli Stati Uniti e le Repubbliche dell'America Centrale per l'istituzione di una commissione internazionale d'inchiesta, conclusa il 7 febbraio del 1923, attribuì alla Commissione il potere non solo di investigare e riferire, ma anche di raccomandare una soluzione o regolamento che, nella sua opinione, potesse parere conveniente, giusto, consigliabile.

dell'inchiesta del tipo Bryan Infatti, la Commissione è chiamata anche ad esprimere il proprio parere in merito alla risoluzione della controversia (1).

---

(1) La Convenzione tra gli Stati Uniti e la Repubblica dell'Amerigia Centrale per l'istituzione di una commissione internazionale d'inchiesta, conclusa il 7 febbraio del 1923, attribuì alla Commissione il potere non solo di investigare e riferire, ma anche di raccomandare una soluzione o regolamento che, nella sua opinione, potesse parere conveniente, giusto, consigliabile.

GIUDIZIO DI DIRITTO E GIUDIZIO D'EQUITA'

Che cosa sia il giudizio di diritto è inutile qui ripetere. Piuttosto è interessante notare in che senso e sotto quale aspetto il giudizio di diritto si contrapponga al giudizio d'equità. Anzitutto il giudizio d'equità assume sempre una forma? A questa domanda noi rispondiamo negativamente aggiungendo che la funzione del giudizio d'equità va intesa in conclusione delle particolari caratteristiche giuridico-sociali dell'organo giudiziario chiamato ad esprimerlo. Ad ogni modo noi incominciamo col considerare l'aspetto che secondo le opinioni degli autori, è il più comune del giudizio d'equità, quello in cui cioè l'equità venga applicata come giustizia del caso singolo. Questa particolare forma del giudizio d'equità è in fondo perfettamente antitetica nella forma propria al giudizio di diritto. Mentre qui la norma è concepita come astrazione ha un carattere cioè universalistico, là la norma è concepita nel suo aspetto più concreto ha un carattere particolare. Nel giudizio di diritto tutti i particolari aspetti del caso concreto (conflitto da risolversi) non sono rilevanti al fine della posizione della norma, ma son degni di rilievo quegli oggetti che la norma stessa in sè contiene. Nel giudizio d'equità inteso come giustizia del caso singolo tutti i particolari aspetti del caso concreto sono rilevati al fine della posizione della norma, è la fisionomia completa del caso concreto che in certo senso plasma la norma. Da ciò una conseguenza importante; che nel giudizio di diritto la forma sillogistica del giudizio è resa necessaria, come manifestazione logica, dal carattere universalistico della norma nel giudizio d'equità inteso come principio di giustizia del caso singolo

GIUDIZIO DI DIRITTO E GIUDIZIO D'EQUITÀ

Che cosa sia il giudizio di diritto è inutile qui ripetere. Piuttosto è interessante notare in che senso e entro quale rapporto il giudizio di diritto si contrapponga al giudizio d'equità. Analizzando il giudizio d'equità assume sempre una forma? A questa domanda rispondiamo negativamente aggiungendo che la funzione del giudizio d'equità va intesa in conformazione delle particolari caratteristiche giuridico-sociali dell'organo giudiziario chiamato ad esprimerlo. Ad ogni modo noi incominciamo col considerare l'aspetto che assume la opinione degli autori, e il più comune del giudizio d'equità, quello in cui cioè l'equità venga applicata come giustizia del caso singolo. Questa particolare forma del giudizio d'equità è in fondo perfettamente antitetica nella forma propria al giudizio di diritto. Mentre qui la norma è concepita come astrazione da un carattere cioè universalistico, là la norma è concepita nel suo aspetto più concreto in un carattere particolare. Nel giudizio di diritto tutti i particolari aspetti del caso concreto (conflitto da risolversi) non sono rilevanti al fine della posizione della norma, ma non degni di rilievo quegli aspetti che la norma stessa in sè contiene. Nel giudizio d'equità invece come giustizia del caso singolo tutti i particolari aspetti del caso concreto sono rilevanti al fine della posizione della norma, è la fisionomia completa del caso concreto che in certo senso plasma la norma. Da ciò una conseguenza importante; che nel giudizio di diritto la forma mitigatrice del giudizio è resa necessaria, come manifestazione logica, del carattere universalistico della norma nel giudizio d'equità invece come principio di giustizia del caso singolo

la forma sillogistica non si rende necessaria, come manifestazione logica, per il carattere particolaristico della norma. Ma queste due posizioni sono estreme e sono diversamente importanti nella realizzazione dei fini giudizi della società.

Infatti il carattere universalistico della norma che sta a base del giudizio di diritto soddisfa a tutte le esigenze giuridiche della società, non permette il soddisfacimento di nuove esigenze universalistiche, l'intervento di nuovi processi

D'altro canto il carattere particolaristico della norma che sta a base del giudizio d'equità nella forma da noi tracciata precedentemente non soddisfa che a qualcuna delle esigenza giuridiche della società ed alla fine questo particolarismo finisce coll'essere uno ostacolo alla creazione giuridica.

Ma se ciò è vero, è dunque necessario ricercare se fra le due posizioni estreme non vi sia una posizione intermedia. Senza ricercare se esista e in che senso una diversa forma di giudizio di diritto, ci pare indubitabile che esista (e la nostra giustizia ce lo mostra ogni giorno) una diversa forma di giudizio d'equità, in cui l'equità non possa più intendersi come principio di giustizia del caso singolo, ma debba intendersi come la possibilità, per il giudice, di trarre da una continua esperienza giuridica attuata attraverso l'esame dei veri casi concreti, il carattere universale della norma. In tal caso l'equità si presenta come metodo di formazione della norma di carattere universale e di creazione di principi. Questa diversa forma del giudizio d'equità è contraddistinta dall'influenza che l'esperienza di ogni caso concreto esercita sulla norma (e in ciò si av-

vicina al giudizio di equità della prima forma) ma si distingue da questo per il fatto che la norma non è espressione di tutti gli elementi del caso concreto, ma è espressione e di questa e delle precedenti esperienze è quindi una specie di norma che per il suo carattere sempre più astratto si avvicina alle norme proprie del giudizio di diritto. Se dunque ognun caso concreto influisce ma non determina la norma, in queste forme di giudizio, la forma sillogistica, come necessità logica, si rende evidente. La verità è che in certe forme di giudizio d'equità la norma tende ad universalizzarsi. Quando questo processo di universalizzazione attraverso certe forme di procedura d'equità, sia a completo è difficile dire. Alcune volte è il legislatore che, prendendo la norma, elaborata dal giudice, dà un carattere definitivo alla norma stessa, altre volte, come avviene in Australia, è il giudice che fa ciò.

Quando si può dire che ricorra l'una o l'altra forma del giudizio d'equità? Noi abbiamo risposto a questa domanda dicendo che la funzione del giudizio d'equità va intesa in funzione delle particolari caratteristiche giuridico-sociali dell'organo giudiziario chiamato a giudicare. Questo aspetto della questione sarà esaminato più tardi. Piuttosto soffermiamoci a considerare ancora qualche aspetto delle due forme che assume la procedura d'equità.

In tutti i casi in cui l'equità nel giudizio funzioni come principio di giustizia nel caso singolo, è evidente la necessità di applicare a quel caso un principio di giustizia che sia inerente ad esso soltanto in quanto si presenti con quegli elementi di fatto dal giudice accertati. Il giudice deve così dinanzi ad ogni caso risolvere un problema particolarissimo percependo, con sensibilità squisita,

la soluzione che la coscienza pubblica darebbe a quel singolo caso di cui tutti gli elementi di fatto assurgono ad elementi essenziali ai fini della decisione. Ma evidente, in tal forma di giudizio, deve essere necessariamente scartata ogni preoccupazione di costruzione giuridica, di affermazione di principi, la composizione del conflitto sarà la più vicina alle forme di giustizia perfetta, realizzerà l'interesse che le parti hanno alla soluzione giusta, ma essa sarà al difuori di ogni influenza sociale se accanto al bisogno di giustizia si pone un bisogno di certezza, e al difuori quindi di una qualsiasi influenza nel sistema della costruzione dottrinale o giurisprudenziale del diritto. Queste forme di giudizio, sono possibili laddove esse si presentano come sussidiarie ad altre forme di giudizio in cui i problemi più gravi e più strettamente giuridici s'impongano al giudice e siano da questi risolti.

Diciamo qui, e in seguito ne daremo la ragione, che queste forme di giudizio si realizzano:attraverso l'istituto della conciliazione e l'istituto dell'arbitrato quando l'arbitro sia un giudice occasionale nominato dalle parti per il regolamento del conflitto che fra loro si dibatte.

Ma eccoci a trattare della seconda forma del giudizio d'equità a quella che può benissimo soddisfare al bisogno sociale per cui, nel regolare i conflitti, non vi si debba preoccupare soltanto della giustizia della decisione ma più anche dell'influenza di essa nel determinare la condotta sociale.

Ricordo a tal proposito che un autore, lo Zitellmann difendendo il sistema per cui al giudice è affidato il compito di dichiarare

il diritto e non di crearlo, osservava che i sostenitori della scuola del diritto libero che il diritto, oltre che giustizia, è sicurezza (meglio certezza, secondo il Prof. Carnelutti). L'osservazione è esattissima, ma se essa vuol provare la necessità assoluta che, in ogni caso, vi sia un giudice che aplichi e non crei il diritto, i fatti e l'esperienza sociale ci dicono come, specialmente oggi, le cosidette giurisdizioni d'equità si siano notevolmente diffuse, ed il giudice, in tal caso, dispone e non dichiara (1).

Ma se il diritto è giustizia e certezza, come ciò si concilia con l'enorme sviluppo che le giurisdizioni d'equità hanno avuto negli ultimi tempi?

Ora, se noi guardiamo un po' alle cause che hanno condotto alla creazione delle giurisdizioni d'equità, e se noi badiamo ai fini ch'esse devono proporsi di raggiungere, noi vedremo delinearsi chiaramente la funzione ed il carattere di quel particolare giudizio di equità, che non significhi soltanto giustizia del caso singolo.

Si ricorre al giudice d'equità o quando il diritto inteso come insieme di norme materiale astratte, non si è potuto creare, o quando quell'insieme di norme materiale astratte che già esistono si dimostrano inefficaci nei riguardi della risoluzione dei conflitti giuridici che si manifestano in seno alla società. Questa inefficacia può dipendere o da un mutamento dei sentimenti sociali o da un diverso manifestarsi dei rapporti sociali.

In periodi di trasformazione sociale, il legislatore suole ri-

---

Calamandrei - "Il significato costituzionale delle giurisdizioni d'equità" Arch. Giur., 1921, parte 1.

il diritto e non di crearlo, osservava che i sostenitori della scuola del diritto libero che il diritto, oltre che giustizia, è sicurezza (meglio certezza, secondo il Prof. Carnelutti). L'osservazione è esattissima, ma se essa vuol provare la necessità assoluta che, in ogni caso, vi sia un giudice che aplichi e non crei il diritto, i fatti e l'esperienza sociale ci dicono come, specialmente oggi, le cosidette giurisdizioni d'equità si siano notevolmente diffuse, ed il giudice, in tal caso, dispone e non dichiara (1).

Ma se il diritto è giustizia e certezza, come ciò si concilia con l'enorme sviluppo che le giurisdizioni d'equità hanno avuto negli ultimi tempi?

Ora, se noi guardiamo un po' alle cause che hanno condotto alla creazione delle giurisdizioni d'equità, e se noi badiamo ai fini ch'esse devono proporsi di raggiungere, noi vedremo delinearsi chiaramente la funzione ed il carattere di quel particolare giudizio di equità, che non significhi soltanto giustizia del caso singolo.

Si ricorre al giudice d'equità o quando il diritto inteso come insieme di norme materiale astratte, non si è potuto creare, o quando quell'insieme di norme materiale astratte che già esistono si dimostrano inefficaci nei riguardi della risoluzione dei conflitti giuridici che si manifestano in seno alla società. Questa inefficacia può dipendere o da un mutamento dei sentimenti sociali o da un diverso manifestarsi dei rapporti sociali.

In periodi di trasformazione sociale, il legislatore suole ri-

---

Calamandrei - "Il significato costituzionale delle giurisdizioni d'equità" Arch. Giur., 1921, parte I.

correre alle giurisdizioni d'equità, nelle quali il giudice ha una funzione costitutiva e non più dichiarativa.

Ma questo ricorso non deve interpretarsi nel senso d'un fallimento dell'ordine giuridico fatto di norme materiali.

I fautori della scuola del diritto libero errano sul significato della giurisdizione d'equità, e non si accorgono come non esista un problema di libertà del giudice che nei rispetti della funzione di creazione di posizione delle norme di diritto materiale. Nella giurisdizione d'equità il giudice pone esso stesso queste norme, aventi d'altronde le stesse caratteristiche fondamentali astratte delle norme di diritto materiale emanate dal legislatore. La decisione d'un giudice d'equità vanno sempre più sacrificando l'interesse economico e processuale individuale (giustizia del caso singolo) delle parti, per realizzare un fine sociale molto più complesso che quello della semplice composizione del conflitto, quel fine sociale che tende, più che alla composizione, all'eliminazione dei conflitti giuridici, col determinare la condotta dei consociati (1).

Se all'equità si è pensato come ad un'arma per mezzo della quale il giudice può rendersi libero, e se la giurisdizione d'equità si è pensata come forma di giurisdizione che garantisca libertà di posizione di norme particolari, proprie del caso concreto, si è commesso un grave errore. L'equità non può servire a distruggere il diritto materiale; l'equità ricostruisce soltanto il diritto materiale.

---

1) Basta guardare alla giurisprudenza dei collegi probivirali, giurisdizio[ni] d'equità per eccellenza, per notare lo sforzo di assurgere ad un sistem[a] principi, di pervenire a una costruzione giurisprudenziale di norme ma[te]riali.

In sostanza le giurisdizioni d'equità, nate per le necessità stesse della giustizia sociale, non possono che morire, avendo soddisfatto a quel bisogno di certezza, senza del quale non esisterebbe o non sarebbe necessaria l'esistenza del diritto. (1)

Tutto ciò mi sembraimportante a dire affinchè non si esageri l'importanza del giudizio d'equità. ~~xxxxxxxxx~~ Il giudizio d'equità è dinamico in quanto tende a una stabilizzazione, ma non potrebbe essere perennemente dinamico, senza distruggere la ragione stessa del diritto.

Si è forse un po' troppo discorso sulla variabilità dei rapporti sociali, e si è esagerato. S'è creduto che il diritto costituito non possa servire per il fatto stesso di questa variabilità; si è creduto che i rapporti sociali si trasformino, in maniera da richiedere una continua rivalutazione giuridica. Ma non si è pensato che il giudice di equità dovrebbe in ogni caso dare un contenuto ed un'importanza sociale alla sua funzione. L'ordinamento giuridico dovrebbe guardarsi in funzione delle necessità di persistenza sociale e di esperienza sociale; anche il problema delle lacune dovrebbe guardarsi da tal punto di vista.

---

1) Calamabdrei - Op. cit., pag. 344: "Ma di equità si parla anche in un altro senso, che possiamo dire generale o sociale, quando, partendo da un sentimento di equità naturale, che si ritiene comune a tutto un popolo in un dato momento storico, si condanna come contraria a questo sentimento una norma di diritto positivo, considerata in sè, indipendentemente dalla sua applicazione ad una fattispecie concreta, e si mira con ciò a contrapporre ad essa, jure condendo, un'altra norma generale ed stratta, meglio corrispondente a quel sentimento comune."

Quanto ho detto può essere meglio compreso quando si badi alla funzione del comando astratto e alle caratteristiche che servono a differenziarlo dal comando concreto.

Se una norma strumentale intervenisse a costituire una nuova serie di conflitti giuridici, rimandandone al giudice la soluzione materiale, evidentemente la condotta dei soggetti non potrebbe che essere determinata dal comando concreto contenuto nella sentenza. Prima che intervenisse questo comando, non vi sarebbe un diritto sostanziale per l'individuo, ma un semplice diritto all'intervento giurisdizionale. Il comando concreto del giudice avrà invece una significazione materiale, servirà a costituire dei diritti e degli obblighi, a fondamento prettamente sostanziale (riguardanti il contenuto stesso del conflitto). Non solo, ma il comando concreto avrà il vantaggio, di fronte ad un ipotetico comando astratto, di determinare, nel modo più efficace, una condotta dei soggetti del conflitto, che sia conforme a quella imposta dal comando.

Ma questa significazione del comando concreto e questo particolare vantaggio di una sua più certa attuazione, hanno in ogni caso un riflesso particolaristico (giustizia del caso singolo), che riguardi soltanto l'attività dei soggetti rispetto a cui opera il comando concreto? Se sì, il comando concreto, contenuto nella sentenza, avrebbe, rispetto all'interesse sociale, quasi la stessa efficacia del comando concreto contenuto nel contratto. Soltanto che il costo del contratto sarebbe sostituito dal costo della sentenza.

Ma questa significazione atomistica della sentenza costitutiva darebbe luogo a tutti gli inconvenienti cui dà luogo il carattere atomistico del contratto. Per quei soggetti di diritto, che sono

estranei al conflitto giuridico rispetto a cui è intervenuto il comando concreto, dovrebbe rimanere invariato il problema della definizione sostanziale del loro conflitto, essendo a loro soltanto possibile determinare la propria condotta in forza di un comando concreto, richiesto in virtù del diritto all'intervento giurisdizionale.

Questo si potrebbe anche esprimere dicendo che, prima che intervenga un comando concreto rispetto a un determinato conflitto, per i soggetti del conflitto e per gli estranei al conflitto, e, dopo che intervenga un comando concreto rispetto allo stesso conflitto, per gli estranei al conflitto, non v'è ricorso d'un diritto materiale, ma possibilità di porre delle pretese. Insomma la norma strumentale che crei il giudice d'equità costituisce delle pretese, laddove la norma materiale costituirebbe dei diritti. In altri termini, la pretesa non diviene un fatto eccezionale (come nel caso di ricorso della norma materiale) ma diviene un fatto normale.

Ora se il legislatore costituisse la norma strumentale per fare, si badi bene, della pretesa un fatto normale, avrebbe mancato al suo compito come mancherebbe al suo compito il giudice che, nell'assenza di una norma materiale, si limitasse a dare significazione particolaristica ai suoi comandi.

La verità è invece diversa: il comando concreto del giudice di equità in un regime di semplici norme strumentali, finisce con l'avere la stessa efficacia sostanziale del comando legislativo. In altri termini, la definizione materiale del conflitto, contenuta nel comando concreto, dal punto di vista sostanziale, determina la condotta degli altri soggetti, così come avviene per la norma giuridica materiale, il comando astratto.

Così, anche il regime di giurisdizione d'equità, la pretesa finisce coll'essere un fatto eccezionale. Ciò vuol dire che anche il comando concreto dell'organo istituito dallo Stato con attribuzione di funzioni costitutive, è un comando che si rivolge alla generalità dei soggetti di diritto (1).

---

(1) Carbelutti - Lez. di dir. proc. civ.; Vol. I, pag. 159: "Il comando astratto si può anche concepire come una forma di evoluzione del comando concreto; se questa evoluzione sia destinata a raggiungere un grado tale che ne rimanga completamente eliminato il comando concreto, come forma autonoma di composizione del conflitto, è questione che non può essere qui risoluta.

Qui può accennarsi soltanto che, se il comando astratto ha sul comando concreto il vantaggio di conseguire una maggiore stabilità dei rapporti sociali, ha il danno di possedere una minore efficacia nel caso singolo. Si rifletta che la efficacia del comando giuridico dipende tutta dalla determinazione di uno stato d'animo dell'obbligato, il quale teme, se non obbedisce la esecuzione o la pena. Di fronte al comando concreto questo stato di animo si determina senz'altro; può essere più o meno intenso per cagioni varie, che qui non si debbono analizzare, ma sorge col comando medesimo, di fronte al comando astratto può essere invece che questo stato l'animo non si determini per un essere di valutazione dei fatti, che costituiscono il presupposto del comando da parte dell'obbligato, in quanto cioè l'obbligato non sappia o non creda che si sia avverata la fattispecie del comando e perciò non sappia o non creda di essere obbligato" Ho riportato questi concetti, perchè si possa ben valutare la posizione del comando astratto rispetto al comando concreto sia nei riguardi della determinazione della condotta dei soggetti di diritto, sia nei riguardi della certezza sociale e dei rapporti fra pretesa e diritto.

Così, anche il regime di giurisdizione d'equità, la pretesa finisce coll'essere un fatto eccezionale. Ciò vuol dire che anche il comando concreto dell'organo istituito dallo Stato con attribuzione di funzioni costitutive, è un comando che si rivolge alla generalità dei soggetti di diritto (1).

---

1) Carbelutti - Lez. di dir. proc. civ.; Vol. I, pag. 159: "Il comando astratto si può anche concepire come una forma di evoluzione del comando concreto; se questa evoluzione sia destinata a raggiungere un grado tale che ne rimanga completamente eliminato il comando concreto, come forma autonoma di composizione del conflitto, è questione che non può essere qui risoluta.

Qui può accennarsi soltanto che, se il comando astratto ha sul comando concreto il vantaggio di conseguire una maggiore stabilità dei rapporti sociali, ha il danno di possedere una minore efficacia nel caso singolo. Si rifletta che la efficacia del comando giuridico dipende tutta dalla determinazione di uno stato d'animo dell'obbligato, il quale teme, se non obbedisce la esecuzione o la pena. Di fronte al comando concreto questo stato di animo si determina senz'altro; può essere più o meno intenso per ragioni varie, che qui non si debbono analizzare, ma sorge col comando medesimo, di fronte al comando astratto può essere invece che questo stato d'animo non si determini per un essere di valutazione dei fatti, che costituiscono il presupposto del comando da parte dell'obbligato, in quanto cioè l'obbligato non sappia o non creda che si sia avverata la fattispecie del comando e perciò non sappia o non creda di essere obbligato" Ho riportato questi concetti, perchè si possa ben valutare la posizione del comando astratto rispetto al comando concreto sia nei riguardi della determinazione della condotta dei soggetti di diritto, sia nei riguardi della certezza sociale e dei rapporti fra pretesa e diritto.

Se due sono gli aspetti che assume il giudizio di equità: l'aspetto sociale e l'aspetto individuale, su questa linea bisogna rintracciare la distinzione fra giudizio ordinario e giudizio arbitrale e non sulla linea di un'attribuzione di efficacia costitutiva al giudizio dell'amichevole compositore ed efficacia dichiarativa al giudizio d'equità dell'organo giurisdizionale.

Soltanto la considerazione della funzione sociale della sentenza nell'un caso e nell'altro, può darci un criterio discretivo fra sentenza pronunciata dall'organo giurisdizionale di equità e lodo emesso dall'arbitro amichevole compositore; non il criterio che vorrebbe fornirci il Calamandrei, quando dà ad una specie di sentenza carattere dichiarativo, all'altra carattere costitutivo.

Ambedue le sentenze avranno carattere costitutivo, ma mentre l'una costituisce diritti ed obblighi la cui efficacia non va al di là dei soggetti cui s'applica la sentenza, l'altra costituisce diritti ed obblighi la cui efficacia, dal punto di vista delle attività susseguenti e dallo svolgersi dei rapporti sociali, non può negarsi.

A questa conclusione avrebbe dovuto pervenire il Calamandrei quando si domanda: "Ma le stesse ragioni che si possono addurre finchè siamo dinanzi alla decisione di un arbitro privato, autorizzato dagli stessi compromettenti a decidere secondo equità una controversia singola, si può ritenere che valgano anche quando ci troviamo di fronte alle pronuncie di organi giudiziari pubblici, ai quali il potere di decidere secondo equità tutte le controversie ad essi affidate, è conferito dallo Stato" e non alla conclusione del diverso carattere della sentenza. E appunto perchè nell'un caso il giudice chiamato a decidere una singola controversia, nell'interesse processuale economico

delle parti, mentre nell'altro un giudice è chiamato a decidere un ordine di controversie, nell'interesse sociale, che le due sentenze si diversificano.

E' tanto vero che questo maggiore o minore ravvicinamento delle parti al giudice costituisce il carattere differenziatore rilevante, che il Calamandrei finisce, col vedere nel loro dell'amichevole compositore una forma di transazione, una forma contrattuale dunque, dimenticando fra l'altro che l'amichevole compositore, scelto dalle parti, può sostituire il giudice d'equità; ed in tal caso, come definire transazione un giudizio d'equità, sol perchè emanato da un giudice privato, attribuendogli efficacia costitutiva, e sentenza lo stesso giudizio d'equità, reso da un giudice statale, attribuendogli efficacia dichiarativa?

La funzione sociale cui adempie il giudice d'equità, nel formulare le sentenze, si può anche esprimere col dire che essa si compendia nell'assicurare un sempre maggior grado di prevedibilità (1).

Se ora si vuol porre una distinzione fra sentenza emanata dal giudice d'equità e legge, si deve dire, che, dal punto di vista sostanziale, quanto maggiore sia il numero delle esperienze giuridiche, tanto più la sentenza del giudice d'equità avrà i caratteri sostanziali della legge. Dal punto di vista formale la sentenza è sempre un comando concreto, e perciò si differenzia dalla norma legislativa.

Nel giudizio d'equità, ho detto, ad un certo grado di elaborazione

---

1) Bachi - "I poteri del giudice in un sistema di codice e di "Judge made law" e di equità". Riv. Intern. di Filos., 1925 pag. 247 e segg.

dei principi giurisprudenziali, la sentenza finisce col comprendere il principio legislativo.

E'in questo senso che noi possiamo chiamare legislatore il giudice d'equità (1). Ma evidentemente la sentenza del giudice d'equità comprende, e l'ho detto, il principio legislativo nella sua significazione sostanziale, ma essa stessa non è legge. La sentenza del giudice d'equità rimane sempre dal punto di vista formale, un comando concreto, rivolto ai soggetti del conflitto. Il giudice d'equità è un legislatore in questo senso: che finisce col porre a base delle sue decisioni l'elemento sostanziale del comando legislativo.

Ciò produce due dirette conseguenze: muovendosi il giudice attraverso comandi concreti, egli è nella possibilità di modificare quella premessa maggiore della decisione, che potrebbe intendersi come il contenuto sostanziale di una ipotetica legge, e ciò perchè egli è in continuo contatto con quella realtà sociale che il legislatore soltanto a lunghi intervalli riesce a percepire. L'altra diretta conseguenza costituisce però uno svantaggio. Il giudice, potendo modificare la premessa maggiore del suo giudizio logico, potrebbe lasciarsi trascinare dalle esigenze di giustizia, dimenticando i fini

---

(1) Calamandrei - Op.cit., pag. 247: "Ed ecco che, senza volerlo, siamo giunti a definire l'ufficio di queste giurisdizioni di equità con una formula che ricorda assai da vicino quella famosa adottata dall'art.1 del cod. civ. svizzero, il quale, nei casi non previsti dalla legge nè dalla consuetudine, invita il giudice a decidere "secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore".

di quella certezza del diritto, senza di cui ogni attività giuridica non realizzerebbe alcun interesse sociale.

A questo svantaggio si suole porre riparo in mille modi: si fonda per esempio la regola dello "stare decisis", si determina la figura del giudice legislatore ecc.

Si pongono insomma alcune regole giurisprudenziali, aventi lo scopo di delegare il giudice d'equità, in modo da dargli ad un tempo la veste di legislatore e di giudice.

In fondo nel processo di formazione giuridica possiamo distinguere dal punto di vista formale, la figura del legislatore dalla figura del giudice d'equità; ma dal punto di vista sostanziale queste due figure, ad un certo punto, ad un certo stadio di elaborazione giuridica tendono a confondersi.

Ho detto che ad eliminare gli svantaggi che derivano dal principio del "judge made law" si suole ricorrere ad un sistema di regole giudiziarie adatte allo scopo. La regola dello 'stare decisis" infatti, seguita nelle corti inglese ed amaricane, finisce col legare i giudici inferiori alle decisioni del giudice supremo (1)

---

(1) Calamandrei - "Nel sistema del "droit coutumier" (judge made law) il tratto caratteristico è questo: il;carattere obbligatorio delle decisioni dei tribunali superiori. Il giudizio motivato del giudice inglese sui fatti che gli sono sottoposti fa giurisprudenza per tutti i giudici di rango uguale od inferiore. La camera dei lords, che il tribunale supremo ha affermato diverse volte ch'essa è legata dalle sue stesse decisioni, di maniera che tutte le regole legali formulate da essa, prendono definitivamente forza di legge e non sono più suscettibili d'appello. Tuttavia le regole del diritto coutumier non sono intangibili: restano subordinate

E' sintomatico poi come, nei paesi anglo sassoni, allo scopo di rimediare agli inconvenienti delle decisioni di stretto diritto, si siano create delle corti di equità; ma queste corti, ben presto, non solo hanno finito col giudicare esse stesse in base ad un insieme di norme giurisprudenziali astratte, ma hanno anche finito coll'introdurre il principio dello 'stare decisis". Ciò che dimostra come anche il giudizio d'equità finisca (e non potrebbe essere altrimenti) col negare la ragione per cui nacque: la giustizia del caso singolo.

---

a una doppia influenza. In caso di conflitto, sono sottoposte a un sistema legale collaterale: la legge d'equità; è cosa estremamente importante, esse possono essere modificate o abrogate da un atto del Parlamento... Inoltre, le cancellerie (giurisdizione d'equità create per rimediare agli inconvenienti delle decisioni di stretto diritto) cessarono di giudicare i casi particolari secondo il loro sentimento personale di giustizia e cominciarono a porre delle regole suscettibili d'applicazione generale. Così si sviluppò poco a poco un nuovo edificio legislativo, composto di decisioni aventi forza obbligatoria per tutti i giudici di rango eguale, appartenenti alle corti di cancelleria (giurisdizione d'equità).

La legge del 1873 (judicatur act) unificò le due giurisdizioni, creando una sola giurisdizione di 'droit coutumuer" e d'equità. In caso di conflitto fra i due sistemi la legge accorda la precedenza alle norme d'equità.. Le decisioni d'un giudice d'una corte inferiore non fanno giurisprudenza. Questi è tenuto ad applicare la legge elaborata dalle giurisdizioni superiori, e la sua decisione, allorchè non esiste il precedente giudiziario , non ha valore che per la fattispecie, in occasione della quale, la decisione stessa fu presa.

Le speciali caratteristiche su cui si fonda l'ordinamento giurisdizionale anglo-sassone hanno sollevato numerosissime questioni, il cui interesse non può essere messo in dubbio, quando si pensi ch'esse riguardano direttamente il valore del principio dello :"stare decisis" delle norme dettate dal giudice d'equità, l'efficacia in genere delle regole giurisprudenziali. (1)

---

(1) Il Lambert ha scritto delle belle pagine, nell'op. cit. sul valore legale della giurisprudenza in materia di conflitti del lavoro, sulle caratteristiche che questa giurisprudenza ha presentato o presenta. "Mais cette attitude de résolution et de fermeté intransigeante(verso le organizzazioni operaie) avait - elle changé d'être observée toujours sans faiblesse ni concession? Oui, sans doute, si l'on se fiait aux enseignements de la doctrine du stare decisis qui tend à garantir la sécurité et la stabilité des relations juridiques en obligeant les juges, quand ils ont tranché, après mûres réflexions, une question de droit par une décision rendue du haut du banc, à se considérer désormais comme liés eux - mêmes par la solution ainsi donnée....

Mais il ne faut point oublier que, si la doctrine du stare decisis s'est comuniquée du droit anglais à la jurisprudence américaine on y a toujours compris qu'elle comportait quelques tempéraments. On s'y dissimule si peu qu'elle est impuissante à empêcher tout revirement de jurisprudence que la doctrine constitutionnelle a prévu elle - même ceux de ces revirements qui sont appelés à se produire dans la pratique des judicaturis d'Etates et a fixé les répercussions p'ils doivent avoir sur l'administration de la justice par les cours fédérales. ... Et l'ensemble de la jurisprudence des trust témoigne de l'impuissance de la doctrine du stare decisis à résoudre une fois pour toutes les problèmes vivants et

In fondo, a niuno sfuggirà che, nel sistema delle giurisdizioni d'equità più sopra prospettato, non esistano leggi, ma sentenze, non esista una codificazione, ma un insieme di principi giurisprudenziali, non esista insomma un giudice che sia nello stesso tempo, e dal punto di vista sostanziale e dal punto di vista formale, un vero e proprio legislatore.

Originalissimo invece è la figura del giudice industriale nella Australia. Questo infatti può essere e un giudice chiamato ad emanare comandi concreti, ed un legislatore, chiamato ad emanare comandi astratti.

---

omplexes posés par la concentration industrielle.

L'expérience de ces dernières années a montré que les revirements se roduisaient avec une particulière fréquence dans ceux des chiaprites de a jurisprudence qui règlent les grands et redoutables problèmes de l'organisation du travail, du commerce ou de l'industrie... L'un des plus illustres représentantis de la science juridique américaine, le doyen ohn H. Wigmore, relève la tendance des cours à ne plus se plier avec une omplète docilité à la domination du "vénérable stare decisis" q'en ce ui concerne le droit de la propriété et "les matières de pratique ou de rocédure qui sont fond ées, non sur des principes mais sur des règles lus ou moins arbitraires"... Commons et Andrews ponent en cette matière ette formule: "Une cour supreme peut toujours franchement renverser sa propre jurisprudence quand elle constate que la décision antérieure a été rendue sans une pleine connaissance des faits".

Qui è possibile vedere quella continuità, nel processo formativo del diritto, per cui neppure dal punto di vista formale, è più possibile distinguere il giudice dal legislatore. Il giudice giudica il caso singolo, emette comandi concreti; ma risale anche a principi generali e laddove lo ritenga opportuno, può emettere comandi astratti. Crea la legge e la crea in base alla sua diretta esperienza di giudice, in base ai principi posti, sviluppati, saggiati nei comandi concreti. E lo stesso giudice d'equità insomma che si trasforma in legislatore quando ritenga opportuno esercitare quest'altra funzione.

Così la legge del Queensland del 28 agosto 1923, portante modificazioni alla legge principale 19 dic. 1916, così si esprime all'art.9 n. 1 e n.2: "La Corte può, di tempo in tempo pubblicare delle norme generali relative a qualsiasi questione industriale allo scopo di "renseigner" le parti che sollecitino il suo ufficio o quello dei consigli, ed allo scopo d'evitare la molteplicità delle inchieste relative alle stesse questioni. Le regole suddette sono obbligatorie prima facie in quanto decisioni della Corte, per la Corte essa stessa come per ogni consiglio o giudice industriale".

L'estensione quindi delle decisioni giudiziarie è prevista esplicitamente dal legislatore australiano, che si preoccupa di evitare un ricorso frequente alla magistratura del lavoro, a cagione dell'incertezza dei rapporti di diritto ed obbligo fra le parti in conflitto. A tal proposito così scrive il Sellis (1): "Tecnicamente, la decisione di un tribunale australiano non s'estende che alle parti che compariscono davanti ad esso; ma i tribunali di ciascuno Stato hanno la facoltà di dichiarare che la loro sentenza sarà considerata,

---

(1) "La reglementation des salaires par ~~xx~~ l'Etat en Australie et en Nouvelle Zélande" - Rev. Inter. du Travail; Nov. 1924; pag.840.

per il futuro, come regola di diritto comune (Commonn rule); essi possono così estenderne la portata a tutto il ramo d'industria in causa. Il tribunale federale non possiede dei poteri analoghi e la sua attività se ne trova spesso fortemente ostacolata, poichè i padroni, colpiti da una delle sue decisioni, rischiano spesso di soffrire della concorrenza dei vicini".

L'importanza delle disposizioni contenute nelle leggi australiane, è indubbia.

Per esse, la funzione del giudice d'equità apparisce nella sua vera essenza di funzione creativa, nel senso formale e sostanziale, di vere norme giuridiche, di comandi astratti.

In breve, il giudice d'equità appare in queste leggi, nella piena esplicazione di due funzioni sociali: funzione di composizione giurisdizionale dei conflitti; funzione di determinazione della condotta dei soggetti del diritto in confronto ai possibili conflitti giuridici.

Questa assimilazione della funzione del giudice d'equità alla funzione del legislatore, non solo dal punto di vista sostanziale, ma benanche dal punto di vista formale, è propria dei cosidetti diritti in formazione, dei diritti cioè che si attuano e si perfezionano attraverso l'esperienza giudiziaria e giurisprudenziale dei conflitti giuridici.

Ho detto che per studiare bene le caratteristiche che presenta la figura del giudice nel campo del diritto, bisogna guardare principalmente alla figura del giudice d'equità. Soltanto il giudice di equità acquista, nel campo giurisdizionale, una funzione di autonomia, nell'espressione del comando giuridico. Il giudice di diritto vede limitato il suo compito all'integrazione concreta del comando giuridico astratto.

Nel campo del giudizio d'equità è possibile cogliere tutte le caratteristiche giuridiche e le differenziazioni tra la figura del giudice vera e propria, la figura dell'arbitro e quella del conciliatore. Ho detto,parlando dell'equità, come una precisa definizione di questasi possa dare, quando si consideri il giudizio d'equità in funzione del giudice chiamato a~~d~~/~~f~~ formularlo.

E' evidente infatti, e l'ho già precedentemente osservato, che se la definizione dell'equità è facile, quando si tratti d'un semplice rapporto fra la nomma latente fra la coscienza pubblia e un singolo caso concreto, la questione invece si complica quando la norma latente nella coscienza pubblica si debba mettere in relazione a una serie ininterrotta di casi da giudicare.

Ma evidentemente questa possibilità di una serie ininterrotta di esperienze e di giudizi, è possibile soltanto laddove la funzione giudiziaria abbia un carattere di permanenza e di stabilità tale, da consentire, attraverso accorti sistemi, la funzione creativa e costruttiva del giudice.

Ciò avviene principalmente col cosidetto giudice statale, colla quale espressione non voglio intendere soltanto il giudice nominato dallo Stato, ma quell'organizzazione giudiziaria che assicuri conti-

nuità di esperienza e di tradizione giurisprudenziale al giudice, nel campo dei conflitti da risolvere.

Ora, se, accanto a questa figura di giudice, noi poniamo quella del giudice la di cui esperienza si limita ad un solo caso concreto, noi ci troviamo di fronte a due posizioni estreme, in cui l'equità finisce coll'essere una cosa ben diversa.

Non è possibile negare la esistenza di forme di giudizio particolari, in cui il giudice si presenti come giudice di quel solo conflitto. La figura del giudice scelto dai soggetti del conflitto, è caratteristica a questo riguardo. E se non m'inganno, al di fuori di ogni abuso di termini, arbitro dovrebbe chiamarsi soltanto questa speciale figura di giudice d'un caso concreto.

Le due posizioni estreme del resto, ai fini sociali, si presentano con ben diverso valore: che mentre il giudice permanente, nel campo dell'equità, finisce col realizzare gli estremi del diritto e tutti quindi i benefici del diritto: giustizia e certezza; l'arbitro o il giudice occasionale realizzano soltanto un aspetto del diritto: la giustizia del caso singolo, un aspetto quindi tutto individuale del diritto.

Estendendo l'indagine, vediamo così come il contrapporsi dell'individuale al sociale acquisti un sintomatico significato, quando si pensi all'altro individuale, che è rappresentato dalle soluzioni contrattuali.

Se noi consideriamo un conflitto giuridico e lo consideriamo passibile di risoluzione, attraverso norme materiali o giudizi di equità di Corti permanenti, e se noi consideriamo altresì le altre forme di soluzioni: transazione, arbitrato, conciliazione, troviamo

che, di fronte al giudizio profondamente sociale, la transazione, come un aspetto dell'attività e delle esigenze puramente individuali, che sono proprie del campo contrattuale, e l'arbitrato, come un aspetto dell'attività (scelta del giudice) e delle esigenze -giustizia del caso singolo) puramente individuali che sono proprie del campo della giustizia assoluta, si equivalgono , e si equivalgono, non perchè siano un non giudizio rispetto al giudizio, o una non giustizia rispetto alla giustizia, che anzi per questo si considerano come veri contrari, ma perchè ambedue si presentano antisociali rispetto alle necessità giuridiche della società. Ciò del resto si può notare, osservando l'atteggiamento che spesso il legislatore assume verso la transazione e verso l'arbitrato. Il legislatore spesso vieta la transazione, e ciò appare chiaro a molti, considerando il carattere puramente contrattuale della transazione; ma il legislatore diffida dell'arbitrato, e qui, alcuni accettano il criterio del legislatore, in quanto confondono l'arbitrato con la transazione -Rocco) il che è un errore, altri respingono il criterio del legislatore, vedendo nell'arbitro la figura del giudice più perfetto (giudice scelto dalle parti, giudice competente). Ma son proprio queste caratteristiche dell'arbitro che rendono prodenti i legislatori. Se ad ognuno fosse consentita la scelta del giudice più conveniente ai propri fini, non vi sarebbe più diritto ma un non diritto. IIXXXXXXX

Il problema si presenta più complicato, quando si voglia considerare la posizione del giudice conciliatore.

Intanto, soffermandoci alcun poco nella zona interindividuale, troviamo già delle notevoli caratteristiche nel campo della conciliazione. Troviamo anzitutto ch'essa è ammessa laddove sono ammessi e

arbitrato e transazione. Ho cercato di spiegare la ragione per cui il legislatore ha posto sullo stesso piano il negozio contrattuale ed il giudizio arbitrale. Sembra dunque che la stessa ragione consigli il legislatore a porre sullo stesso piano la funzione di conciliazione. Già ho osservato come, nel suo contenuto, la conciliazione si presenti come un giudizio d'equità (composizione giusta), nella forma come una transazione. Ma perchè questo suo contenuto si diversifichi dal contenuto d'un giudizio dell'organo giurisdizionale, perchè cioè il giudizio logico contenuto nella conciliazione si presenti economicamente vantaggioso ai fini individuali, di guisa che i soggetti del conflitto lo possano preferire al giudizio dell'organo giurisdizionale, occorre ch'esso si presenti come l'espressione più semplice della coscienza giuridica, occorre al conflitto da conciliare si applichi la forma più immediata d'equità: la giustizia del caso singolo.

Da questo punto di vista puramente sostanziale, la conciliazione si avvicina all'arbitrato, od altrimenti, dal punto di vista puramente funzionale, il conciliatore s'identifica con l'arbitro. E non potrebbe essere altrimenti, se la funzione del conciliatore vuole avere un significato di fronte alla funzione giudiziaria vera e propria.

Ad agevolare la funzionalità di questo semplicissimo mezzo di soluzione giuridica che è la giustizia del caso singolo, giova indubbiamente, nel campo della conciliazione, il fatto che il conciliatore incontri, al termine della sua attività materiale di giudice, la volontà delle parti, un elemento cioè che è proprio della transazione.

L'identità sostanziale fra attività dell'arbitro ed attività del conciliatore non si può in alcun modo negare. Nè l'identità si riduce

a ciò che ambedue giudicano, poichè questo elemento, che ha riguardo alla funzione materiale di giudice, è comune anche all'organo giurisdizionale normale. L'identità si spinge fino a caratterizzare ugualmente la funzione materiale di giudice, nel conciliatore e nell'arbitro, dal punto di vista del principio in base a cui la funzione stessa viene esplicata: principio di giustizia del caso singolo.

Ha torto perciò il Calamandrei quando afferma (1) che: "I due istituti (amichevole compositore e conciliatore) hanno scopi profondamente diversi, perchè, mentre il conciliatore più che cercare a quale tra i due interessi in conflitto spetti la tutela giuridica, mira ad esercitare sulla volontà dei due litiganti un'opera di persuasione, per indurli a dar vita, con efficacia costitutiva, a un nuovo negozio giuridico che ha natura affine a quella di una transazione, l'amichevole compositore mira a decidere la lite, anche contro la volontà delle parti, con efficacia meramente dichiarativa". Ha torto ripeto, il Calamandrei laddove vuole fare una differenziazione nei rispetti della funzione materiale del conciliatore e dell'amichevole compositore. Ha torto quando afferma che: "a soddisfare l'interesse al mantenimento della pace sociale a scapito dell'interesse all'attuazione del diritto mira anche lo stato moderno, quando d'intromette in un litigio per mezzo del conciliatore, il quale non si cura di accertare quale dei due litiganti abbia ragione, ma solo si adopra a comporre la controversia magari a vantaggio della parte che, a rigor di legge, avrebbe torto." Perchè se è vero che, in fondo, la conciliazione si attua a scapito dell'interesse all'attuazione del diritto, così come a scapito dell'interesse all'attuazione del

---

(1) Calamandrei - Opc cit.

diritto, si affermano transazione ed arbitrato, non è da negarsi tuttavia il carattere di giustizia della composizione conciliativa, e la funzione materiale di giudice nel conciliatore.

Se la posizione giuridica dell'arbitro è quella da me tracciata dovrò concludere colla condanna di ogni principio legislativo che non tracci dei limiti alla libertà delle parti di deferire la soluzione d'una controversia giuridica al giudizio arbitrale.

Questa però potrebbe parere una presa di posizione contro quei processualisti e commercialisti, primo fra tutti il prof. Carnelutti, i quali hanno mostrato le più larghe simpatie per il giudizio arbitrale, e sono per una più larga possibilità del ricorso a questa forma di giudizio. D'altro canto, è vera un'altra cosa: che, coll'intensificarsi dei rapporti economico-commerciale-industriale, si è manifestata una tendenza crescente, negli Stati economicamente più evoluti, a ricorrere al giudizio arbitrale, per la soluzione d'innumerevoli conflitti giuridici.

La corrente dottrinale quindi e la corrente sociale, la prima in funzione dell'altra, sembrano smentire in pieno le affermazioni che, in merito al giudizio arbitrale, ho fatte.

Ma, in verità, la questione, dal punto di vista sociale, va esaminata attentamente.

La crescente tendenza a ricorrere ai giudizi arbitrali è un patto sicale indiscutibile. In Inghilterra, in America, in Italia la clausola compromissoria si accompagna quasi sempre al contratto commerciale. Ma questo fenomeno, che è l'indice più sicuro della crisi in cui si dibatte l'ordinamento giudiziario di tutti i paesi (1), ha attraversato due fasi; nella prima fase, si tendeva a sottrarre

---

(1) Carnelutti - Riv. di Dir. Proc. Vic.

alla giurisdizione ordinaria la decisione delle controversie, mentre poi il giudizio arbitrale seguiva nelle forme e colla procedura e dinanzi a giudici scelti dalle parti, che usufruivano largamente della loro possibilità dispositiva. Nella seconda fase invece, il fenomeno, dal punto di vista sociale e giuridico, prende un altro aspetto: nei ceti stessi, in cui più si diffonde l'arbitrato, si sente l'inconveniente di questa eccessiva libertà di costituzione del giudice e di ordinamento della procedura. Il carattere individualistico, irrilevante del giudizio arbitrale, produce ancora uno stato di disagio e d'incertezza, forse più grave di ogni inconveniente che derivi dalla procedura ordinaria. La composizione dei conflitti ubbidisce a criteri particolari, non a criteri generali. I rapporti giuridici non sono definiti in base ad unicità di principi, ma in base a principi che siano in funzione di posizioni soggettive ed individuali.

La seconda fase quindi del fenomeno arbitrale è caratterizzata dalla costituzione, da parte degli organi più rappresentativi delle classi industriali, commerciali ecc., di organi arbitrali permanenti, a cui le parti dovrebbero deferire le loro controversie, organi arbitrali che agiscono in base a regolamenti procedurali uniformi, che pubblicano le sentenze, che fanno giurisprudenza, che costruiscono infine un nuovo diritto. Ma allora ai giuristi, il fenomeno non deve apparire come un fenomeno di semplice ricorso all'arbitrato. Il fenomeno arbitrale puro, nel campo dei conflitti giuridici, è quale noi l'abbiamo descritto; tende ad una forma di comando che sostanzialmente diversa dalla forma che assume il comando giurisdizionale. Il fenomeno sociale su descritto è invece l'espressione tipica della crisi dell'ordinamento giudiziario ed della tendenza alla giurisdizione

speciale. E' proprio così: per mezzo della libertà compromissoria, garantita dalla legge, le classi sociali tendono alla giurisdizione speciale. La interessantissima analisi che il Calamandrei ha fatto, nello studio delle giurisdizioni speciali, anche dal punto di vista sociale e politico, può servire magnificamente a far comprendere quali siano le esigenze e i bisogni per il di cui appagamento certe classi sociali predispongono le Corti arbitrali (1). Tutto ciò mostra come i problemi sociali, nei riguardi della soluzione dei conflitti giuridici, si debbano risolvere entri i limiti d'un ordinamento giurisdizionale.

L'arbitrato implica libertà di superare i limiti dell'ordinamento giurisdizionale, ma questa libertà viene contenuta, in forza degli interessi stessi sociali, entro certi limiti. Se attraverso la libertà compromissoria si tende a superare uno stato patologico dell'ordinamento giurisdizionale, ciò avviene, non perchè si voglia realizzare la forma del comando arbitrale, ma perchè si vuole realizzare la forma del comando giurisdizionale, attraverso un ordinamento e una procedura giudiziaria più consoni alle necessità che il legislatore spesso non avverte.

Tanto è vero ciò, che, dopo essersi avvalsi della libertà compromissoria, ai fini della deroga all'ordinamento giurisdizionale positivo, le classi sociali tendono a limitarla, ai fini della soluzione del conflitto, riconducendo i compromittenti a forme già concretati di procedura arbitrale, a giudici già scelti, ad organi permanentemente destinati all'ufficio arbitrale. Ne mancano esempi di sanzioni contro chi, valendosi della libertà compromissoria, deroghi non soltanto alla giurisdizione ordinaria, ma alla procedura arbi-

---

(1) In proposito l'art. del sulla Camera arbitrale della Borsa di riesce

trale. Così come è stata preordinata, ai fini della risoluzione di determinate controversie.

In fondo si è manifestata e si manifesta, in seno alla società, una tendenza al decentramento giudiziario e giurisdizionale, che acquista rilievo d'importanza, specialmente attraverso il fenomeno della nomina del giudice, nomina attuata non dalle parti ma dai gruppi sociali, della creazione di Corti arbitrali permanenti, della creazione della specializzazione del giudice, della giurisdizione speciale ecc.

Ora, più che allargare le basi della libertà compromissoria (come vogliono molti processualisti e commercialisti), libertà socialmente inutile per se stessa, occorrerebbe che il legislatore si preoccupasse di studiare entro quali limiti potesse attuarsi un decentramento giurisdizionale e come potesse agevolarsi l'opera di revisione dell'ordinamento giudiziario che inconsciamente si va compiendo in seno alla società.

Se l'opera di riorganizzazione arbitrale, che i gruppi sociali van compiendo, viene studiata e limitata dal legislatore, probabilmente ne uscirà un ordinamento giurisdizionale assai più adatto alle odierne necessità.

LA TRANSAZIONE

Abbiamo visto come nel campo dei conflitti economici possano operare degli istituti (conciliazione, arbitrato) la cui essenza fondamentale è giudiziaria, fondandosi esse sulla posizione di un giudizio logico.

Nel campo dei conflitti giuridici operano inversamente degli istituti la cui essenza è prettamente contrattuale, ed è contrattuale nel senso che poggia su manifestazione di volontà dei soggetti stessi del conflitto. Tali istituti sono ad esempio: la transazione, la rinuncia, il riconoscimento.

La definizione giuridica di questi istituti ha occupato moltissimo i giuristi, ma essa riesce difficile a darsi per il carattere speciale dei suddetti istituti operanti, si può dire, in una zona limite ancora indefinita ed oscura. Purtuttavia, per intendere l'effettivo significato giuridico di essi, fisserò due concetti, il primo dei quali mi permetterà di distinguerli da altri istituti contrattuali o giurisdizionali, ed il secondo una chiara differenziazione tra di esse.

Ho detto che transazione, rinunzia e riconoscimento come espressione di volontà contrattuale, operano nella zona dei conflitti giuridici, sono cioè mezzi qualunque di composizione dei conflitti stessi. Chi tenga presente il concetto di conflitto giuridico, quale è stato da me accolto sulle tracce del Carnelutti, non avrà difficoltà a comprendere in quale zona operino i suddetti istituti. Infatti, se transazione e composizione contrattuale, e una composizione contrat-

LA TRANSAZIONE

tuale presuppone un conflitto che, nel nostro caso, per il carattere stesso dell'istituto, dev'essere un conflitto giuridico, evidentemente ogni speciale terminologia che ad esprimere tal concetto si usasse, non farebbe che confondere le idee.

Dire che la transazione definisce dei diritti incerti o dei diritti litigiosi non è perfettamente esatto, quando si badi al particolare significato che noi sogliamo dare a queste due espressioni. Usarle nel caso della transazione, significa volere estendere o restringere il campo in cui opera e può operare il suddetto istituto.

L'espressione "diritto incerto" è particolarmente usata dal Butera (1) accanto a quelle di "rapporto giuridico incerto", "stato d'incertezza" ecc.; ma evidentemente questa terminologia, oltre a determinare confusione fra diritto valutato obbiettivamente (diritto che non è mai incerto e diritto valutato subbiettivamente e che genera la pretesa giuridica (2), porta a riconoscere la possibilità di una più lata applicazione del contratto di transazione.

E'il Butera (3) a dire che:"è utile agli individui di eliminare le liti che possano eventualmente sorgere a causa d'un qualunque stato d'incertezza, che sia idoneo a produrre una lite giudiziariamente perseguibile" concetto oscuramente espresso, che l'autore chiarisce soggiungendo che si debba chiamare transazione: "un accordo diretto a consolidare un vantaggio qualora la prestazione dipenda da un ele-

---

(1) Butera - La transazione in Dig. Ital. Vol.XXIII n.12

(2) Il Butera scrive che: "la pendenza della lite rende giuridicamente incerto il diritto".

(3) Butera - Op. cit. n. 12 pag. 1675

---

(1) Buzzetta - La transazione in Dig. Ital. Vol.XXIII n.12

(2) Il Buzzetta scrive che: "la pendenza della lite rende giuridicamente incerto il diritto".

(3) Buzzetta - Op. cit. n. 12 pag. 1878

mento incerto o il diritto si acquisti sotto condizioni o vi sia una speranza di diritto" citando, a tal proposito, e chiamando transazione, il contratto che l'erede sotto condizione fa con colui a cui andrebbe l'eredità se si verificasse la condizione prevista nel testamento, contratto diretto ad assicurarsi una parte dell'eredità.

Ora, a parte l'inesattezza giuridica di definire il rapporto giurido incerto il rapporto giuridico che intercede fra l'erede sotto condizione e colui a cui andrebbe l'eredità se si verificasse la condizione, di definire diritto incerto il diritto sotto condizione (1), rimane da osservare come sia fuor di luogo parlare nei casi cui accenna il Butera, di transazione, e di parlarne sol perchè il diritto si acquista sotto condizione o vi sia una semplice speranza di diritto. Può intervenire un contratto fra i portatori d'un diritto soggetto a condizione, senza che questi pensino ad una lite o si contestino reciprocamente il diritto condizionato. Il desiderio di eliminare uno stato d'incertezza materiale, dipendente da un semplice evento estraneo, futuro ed incerto (condizione), può condurre due individui ad una manifestazione contrattuale tendente a difidere i vantaggi e gli svantaggi del rischio, senza che per nulla gl'individui pensino a contestarsi i reciproci diritti ed obblighi. Così ad esempio l'erede sotto condizioni può accordarsi con l'altra parte, pur non disconoscendo per nulla i diritti che a questa spetterebbero all'avverarsi della condizione. Nè vale a giustificare l'estenzione il ricorso che il Butera fa alla disposizione contenuta nell'art.1764

---

(1) Butera - Op. cit.; n.15, pag. 1677

Cod. Civ. (1). E' vero che la suddetta disposizione parla di transazione con cui le parti... prevengono una lite che può sorgere. Ma con questa dizione ci s'intende riferire non al conflitto che possa derivare"dall'incertezza della prestazione medesima, senza alcun rapporto alla lite", come vuole il Butera; ma ci s'intende riferire a quelle liti, intese nel senso più strettamente tecnico, che però non abbiano determinato l'inizio d'un rapporto processuale; ci s'intende riferire cioè a quei conflitti giuridici che non sieno già stati portati dinanzi al giudice.

L'errore del Butera deriva dal fatto ch'egli si è tenuto fedele ad una terminologia imprecisa e spesso inesatta. L'estensione poi, cui perviene il Butera, è molto lata; egli perviene anzi ad affermare che: non vi è alcuna relazione tra azione giudiziale o lite propriamente detta e rapporto giuridico incerto. Ciò che esige la transazione è che vi sia un rapporto di diritto incerto, non una vera lite rpomessa o da promuovere. L'incertezza non la litigiosità, è un requisito essenziale di questo negozio. Così, ad esempio, dai diritti condizionali non sorge interesse ad agire in giudizio, ma è fuor di questione che si può sui medesimi transigere. Lo stesso deve dirsi per i diritti a termine" (2).

La nozione di conflitto giuridico ci permette invece di porre in piena luce il significato giuridico da attribuire al contratto di transazione,il riconoscimento e la rinuncia, guardando in linea principale, all'attitudine tutta soggettiva delle parti rispetto a quel

---

(1) - Butera - Op. cit. n.13 pag. 1675.

(2) - Butera - Op. cit. n.15 pag. 1677.

(1) - Bastero - Op. cit. p. 81. Leg. 1918.

(2) - Bastero - Op. cit. p. 82. Leg. 1918.

particolare bene interesse che viene in concreto ad essere l'oggetto del conflitto. Il conflitto giuridico è invero caratterizzato dalla simultanea presenza di più pretese rispetto a un particolare bene interesse, da uno stato cioè tutto soggettivo che determina la possibilità e l'ulteriore volontà di far valere giudiziariamente le proprie ragioni.

E questo particolare è stato soggettivo a costituire il presupposto fondamentale del contratto di transazione, come della rinunzia e del riconoscimento. E'l'esistenza di questo stato soggettivo che riduce a pretesa ogni e qualsiasi diritto. Il sorgere di una nuova pretesa, rispetto a un certo bene interesse, riduce essa stessa a pretesa quanto poteva parere diritto. Alla stregua di questi concetti, se l'erede sotto condizione contesta il diritto condizionato dell'altro riducendolo perciò stesso a pretesa e poi ricorre ad una composizione contrattuale, allora soltanto fa una transazione, e non in altri casi.

Quello stato soggettivo di cui parlo è uno stato transitorio, stato di conflitto, direi quasi, mentre poi la composizione giurisdizionale o la composizione contrattuale del conflitto, rappresentano un quid successivo che tende alla modificazione di quello stato soggettivo senonchè mentre nella composizione giudiziaria, è il giudice che produce colla sua valutazione obbiettiva la modificazione dello stato soggettivo, nella composizione contrattuale sono i soggetti stessi della pretesa giuridica che pervengono a una composizione che si riflette sullo stato soggettivo precedente. Più estesamente poi, transazione, riconoscimento e rinunzia si distinguono dalla conci=

liazione, arbitrato, giudizio ordinario, perchè non presumono quella valutazione obbiettiva delle pretese che è nell'essenza di questi ultimi istituti.

La legittimità di queste osservazioni non potrebbe essere messa, in alcun modo, in dubbio nei riguardi del contratto di transazione. Il Carnelutti l'ha ben dimostrato quando alla transazione, intesa come composizione violenta ha contrapposto gl'istituti attraverso ai quali si realizza la giusta composizione. Più difficile potrebbe parere la fondatezza delle osservazioni di cui sopra nei riguardi del riconoscimento e della rinunzia. Purtuttavia a me pare che riconoscimento e rinunzia siano manifestazioni di attività contrattuale, ed implichino, per ciò stesso, una valutazione tutt'affatto subbiettiva. In altri termini, il riconoscimento e la rinunzia si distinguono dalla transazione di cui all'art. 1764 per alcune particolarà caratteristiche, ma tutt'e tre gl'istituti, si badi bene, sono modi di composizione economica del conflitto, e, per questo loro rilevante elemento sostanziale, si trovano sulla stessa linea, in riguardo al loro preciso significato giuridico.

Un conflitto che non si risolva per giudizio obbiettivo(sia impromtato questo a giustizia o ad equità), non può risolversi che per interesse contrattuale. Riconoscimento e rinunzia non presuppongono, come manifestazioni di volontà delle parti, un giudizio obbiettivo; non possono quindi che muoversi sul terreno economico contrattualè delle valutazioni subbiettive. Si potrebbe obbiettare che anche il fatto di seguire la norma, dell'ubbidienza alla norma giuridica, da parte dei soggetti, avviene per una valutazione subbiettiva. Ma

è proprio questo fatto dell'attuazione della norma, senza sollevare alcun conflitto, che toglie la possibilità di parlare di composizione e di distinguere quindi tra composizione violenta e composizione giusta, tra valutazione obbiettiva e valutazione subbiettiva. Soltanto l'idea del conflitto ci dà l'idea del carattere delle composizioni. Dove non c'è conflitto non c'è valutazione subbiettiva od obbiettiva. C'è soltanto la norma giuridica o la sentenza o il contratto che determinano la condotta dei soggetti. L'ubbidire alla norma, alla sentenza al contratto non è normalmente un fatto che serva a comporre un conflitto, che anzi è un fatto che non presuppone alcun conflitto. E' conseguenza normale e diretta del comando contenuto nella norma, nel contratto, nella sentenza. Quando non si produce , vuol dire che si è determinato uno stato d'incertezza produttivo di conflitto, conflitto la cui soluzione presuppone un'opera d'accertamento (1). Quando l'accertamento è fatto dalle parti con effetto rinunciativo, riconoscitivo, transativo, l'accertamento ha un puro valore contrattuale. Del resto il principio di responsabilità che si pone a carico di chi inizia una lite temeraria, si può comprendere soltanto quando si guardi all'effetto che deve produrre normalmente il comando contenuto nella norma, nella sentenza, nel contratto.

---

(1) Quanto più il comando giuridico si concretizza (sentenza, contratto), tanto più normale diventa la conseguenza, presupposta dal comando, la certezza di esso e l'ubbidienza ad esso: la sua attuazione cioè da parte dei soggetti. E' naturale quindi che in tal caso il principio di responsabilità per la lite temeraria deve avere una più larga applicazione.

xxxx obbiettivamente posto, ma si determina in vista d'un conflitto e della necessità della sua composizione, pervenendo ad un atto di efficacia costitutiva.

Senza volerlo, il Chiovenda ha fatto risaltare il carattere tutto soggettivo della valutazione contenuta nell'atto di riconoscimento o di rinunzia, quando ha contrapposto questi due istituti all'istituto del componimento amichevole, dichiarando che quelli non pongono fine al rapporto processuale immediatamente così come avviene per questo. Scrive il Chiovenda:(1) "Riconoscimento dell'azione e rinuncia all'azione .Anche queste attività delle parti costituiscono un limite al potere del giudice, nel senso che esse hanno in sè il contenuto della sua sentenza. Il riconoscimento è la dichiarazione del contenuto che la domanda dell'atto è giuridicamente fondato. In ciò differisce dalla confessione , la quale volge sopra i singoli fatti, non sull'affermazione giuridica nel suo complesso. La rinuncia è la dichiarazione dell'attore che la sua azione è infondata: e anch'essa differisce dalla confessione, perchè non si conosce alcun fatto affermato dal convenuto, ma nega soltanto la consistenza giuridica dell'azione. La rinuncia all'azione si distingue poi dalla rinuncia agli atti del giudizio, la quale rende nulla procedura ma non implica negazione dell'azione (art.343 e 341). Riconoscimento e rinuncia non fanno cessare il rapporto processuale; ma essi hanno influenza immediata sul contenuto della sentenza. La sentenza in questo caso da atto del riconoscimento della rinunzia e dichiara fondata o infondata l'azione (2).

---

(1) Cgiovenda - Op; Cit. pag. 736

(2) Vedemmo sopra (pag.572), che nel processo austriaco questa sentenza

Non si può certamente escludere che l'accertamento subbiettivo, facente seguito ad un conflitto, possa coincidere con quella che sarebbe stata la valutazione obbiettiva delle pretese, possa rappresentare ad esempio l'attuazione del diritto, quale si sarebbe richiesta, come attività normale dell'individuo; ma in tal caso, la valutazione subbiettiva intervenuta a comporre il conflitto, non sarebbe altro che l'esplicazione tardiva di quell'attività normale che ogni comando giuridico presuppone; e che non esplicata neanche tardivamente, quando si dia luogo alla valutazione obbiettiva, condurrebbe all'applicazione del principio di responsabilità per lite temeraria. Ma queste sarebbero ipotesi puramente accademiche, perchè non essendo rilevabile il ricorso della responsabilità che attraverso un'attività processuale, per necessità stessa di cose, ogni valutazione subbiettiva riveste carattere di composizione economica, potendosi parlare di attuazione del diritto soltanto in un senso figurato.

Dicevo dunque che, sorto il conflitto, sia esso giuridico od economico, ogni composizione acquista un suo rilievo speciale, ed è caratterizzata diversamente a seconda di questo suo rilievo. Il riconoscimento e la rinunzia intervengono dopo un conflitto; se si risolvono in un atto in cui si dichiara fondato il diritto altrui o infondato il proprio, quest'atto non è certo espressione di un accertamento obbiettivo o per lo meno di un accertamento obbiettivo giuridicamente rilevabile, ma è un semplice atto con cui s'influisce immediatamente e direttamente sulla composizione del conflitto. La volontà non si determina in vista d'un comando giuridico

Il semplice fatto del riconoscimento però non dà diritto all'attore di avere una sentenza favorevole: resta libero il giudice di esaminare se esiste una norma astratta applicabile al caso, se la causa del contratto è lecita e se risulta provato un interesse ad agire. Per l'importanza che il riconoscimento o la rinuncia può avere sulle sorti del diritto, si discute se questi siano puri atti dispositivi di diritto privato e quindi soggetti alle impugnative per i negozi giuridici privati. Comunque è certo che essi sono sopratutto attività processuali; dal che deriva che alla loro validità si richiede la forma voluta per gli atti processuali (ad esempio comparsa) non quella voluta dal diritto civile per gli atti corrispondenti di disposizione del diritto. Il loro possibile effetto sul diritto sostanziale non appare come tale, perchè si produce per mezzo della sentenza, che dà chiarazione di diritto (sopra pag. 64)".

Ora, senza intrattenermi lungamente sulle varie inesattezze contenute nelle affermazioni del Chiovenda, mi sembra anzitutto neà cessario rilevare come quella differenza fra componimento amichevole da una parte e riconoscimento o rinuncia dall'altra, differenza su cui tanto insiste il Chiovenda, trova la sua giustificazione proprio per il carattere tutto speciale degli istituti del riconoscimento della rinunzia, caratteri cui ho cercato di dare rilievo.

Se, coà riconoscimento o colla rinunzia, le parti esercitano direttamente ed immediatamente un potere dispositivo, al di fuori di qualsiasi rapporto processuale che guidi le parti stesse nell'esplicazione di questo potere dispositivo, è evidente che la sentenza del magistrato non possa che essere una sentenza omologatrice, conformantesi, entro certi limiti, alla volontà manifestata dalle parti.

---

può essere emanata anche nell'udienza preliminare.

Non voglio entrare per ora nella questione grossissima della natura giuridica della rinuncia o del riconoscimento; se questi due istituti abbiano o possano avere carattere contrattuale o meno.

Osservo soltanto che dottrina e giurisprudenza, a proposito della rinunzia, si sono da gran tempo soffermate sulla distinzione fra rinunzia traslativa e rinunzia abdicativa.

Alla prima, da molti si è voluto attribuire efficacia contrattuale; della seconda invece si è discusso se consista nel non esercizio del diritto, o nell'abbandono o dismissione d'un diritto o d'un vantaggio giuridico.

La Corte di Cassazione (1) si è espressa in tal senso, in merito alla distinzione: "L'atto o il patto con il quale alcuno rinunciò ad un diritto stabilmente acquisito al suo patrimonio, non può non costituire un'aumento per il patrimonio di colui a favore del quale è fatta la rinunzia, che necessariamente diventa traslativa; se invece la rinunzia esaurisce in sè stessa la propria finalità giuridica, senza che per altri nè derivi alcun vantaggio economico, si ha una semplice abilitazione da parte del rinunciante, il quale, con il non esercitare la facoltà a suo favore stabilita dalla legge, non trasferisce alcun diritto ad altre". E' certo che questa distinzione contiene alcun errore, nè le critiche dell'Ottolenghi (2) sono da respingersi.

A me serve soltanto far notare come in riferimento all'accer-

---

(1) Sentenza 10 giugno 1920; Riv. di Dir. Comm., 1921, Parte II, pag.14 segg.

(2) Nota alla sentenza di cui sopra nella stessa Rivista

scimento patrimoniale sia, nel caso di rinunzia alla pretesa, importantissimo, su questo concetto imperniandosi tutta la questione. Siccome la rinuncia alla pretesa presuppone un conflitto, e quindi normalmente un'altra parte che si trovi di fronte a chi fa rinunzia si comprende come la rinunzia stessa abbia efficacia nei rispetti della posizione giuridica di quell'altra parte.

Tenendo presente questo concetto, si comprende come si faccia aspra la disputa nei riguardi del carattere contrattuale o meno della rinunzia.

L'Ottolenghi si mostra disposto a vedere nella rinunzia un negozio unilaterale."Poichè -dice egli - la volontà che in essa si manifesta non può essere che mera volontà di abbandono, la quale persiste come tale, anche se, in alcuni casi, è richiesto come elemento integrativo l'accettazione altrui. Non può essere invece un negozio bilaterale, a meno che s'intenda il suo concetto nel senso improprio, estendendolo a qualunque caso in cui si faccia luogo alla alienazione d'un diritto, cosa ben diversa dalla rinuncia e che per taluno è persino il contrapposto" . Questa opinione mi sembra esagerata, come l'altra per cui: " La rinunzia espressa e preventiva non ha, perchè tale, carattere traslativo e la cosidetta rinunzia pattizia (a cui allude la Corte), colla quale si trasferisce ad altri un vantaggio o un diritto non ha i caratteri della vera rinunzia, che è mera perdita d'un diritto".

E' infatti evidente come una concezione assoluta della rinunzia come perdita di un diritto, sarebbe per lo meno insufficiente, quando non si consideri l'effetto giuridico, che deriva dalla perdita, come elemento caratteristico del concetto di rinunzia. In altri ter-

mini, il concepire la rinuncia come mera perdita non avrebbe significato, se non si badasse agli effetti normali di quella perdita, si producono questi effetti ope legis o per contratto, questo non importa conoscere per ora.

Nel caso poi di rinunzia alla pretesa, abbiamo visto come l'effetto si manifesti immediatamente a beneficio dell'altra parte, ciò che deve lasciare molto dubbiosi sulla concezione della rinunzia come mera perdita di diritto.

La semplice esistenza di quello stato soggettivo che deriva dalla posizione delle pretese basta di per sè, quando il diritto lo permetta, a dar luogo a un negozio giuridico di transazione o un riconoscimento a una rinunzia.

Non è necessario che quello stato soggettivo sia particolarmente qualificato, altrimenti che la posizione della pretesa avvenga in particolari condizioni; è necessario per esempio che essa sia fondata .

Già il giudizio sulla fondatezza o meno della pretesa che sta a presupposto d'una transazione o d'un riconoscimento o d'una rinunzia, implica una valutazione obbiettiva della pretesa stessa, che è da escludersi in un campo in cui unico rilievo acquistano l'attitudine e la volontà delle parti al negozio contrattuale. Spetta ad ognuna delle parti di valutare la pretesa dell'altra (valutazione soggettiva) è qualunque sia il risultato di questa valutazione, in quanto si sia pervenuta ad una composizione, si è perciò stesso riconosciuta l'efficacia dell'attitudine dell'altra parte, efficacia, dico, ai fini della conclusione del negozio, il che non vuol dire che si sia riconosciuto sempre ed in via assoluta la legittimità della pretesa. Che se alcuno, pur riconoscendo l'infondatezza della pretesa altrui la riconosce, rinunzia alla propria o transige, per ciò stesso si è obbligato pienamente e validamente. L'ho già detto a proposito del riconoscimento e della rinunzia; l'ipotesi di un riconoscimento, di una rinunzia, di una transazione che implichino attuazione del diritto è un'ipotesi puramente accademica; l'indagine del giudice o del giurista si fermerà all'accertamento dell'esistenza di un conflitto

giuridico senza valutare se il conflitto poteva o non poteva porsi. Naturalmente la validità del negozio contrattuale incontra i limiti che incontra la validità di ogni altro contratto o negozio giuridico; tutto quanto può infirmare un contratto, infirma in genere, esclusa qualche piccola diversità, la transazione il riconoscimento la rinunzia.

Queste considerazioni faccio per ribattere la tesi del Butera(1) secondo cui, per la validità della transazione è necessario "che vi sia un dubbio sia pure nella mente e nel pensiero delle parti". Il che vorrebbe dire che una transazione sarà valida soltanto quando le parti abbiano dubbi sulla legittimità delle rispettive pretese. Forse il Butera segue qui il concetto espresso in una massima di Papiniano, secondo il quale chi nel processo abbandona senza corrispettivo un suo diritto certo non: "non transactionis sed donationis haec verba esse".

Ora questa massima è fondamentalmente errata appunto perchè, durante lo svolgersi del processo, nessuno può dire di abbandonare un diritto certo, ma di abbandonare soltanto una pretesa. Che se poi questa pretesa viene considerata fondatissima dal soggetto di essa, questa valutazione subbiettiva non è efficace a trasformare la pretesa in diritto certo; se giudicata fondata dal giudice, che esamini il negozio giuridico con cui si sia abbandonata la pretesa, questi purtuttavia non può valersi del suo giudizio per giudicare il negozio, non può considerare diritto quello che al momento della stipulazione del negozio non poteva che essere una semplice pretesa. In

---

(1) Butera - Op.cit. n.14 pag. 1676

altri termini, come il soggetto del negozio giuridico non può chiamar diritto una pretesa, all'atto in cui stipula, così il giudice non può chiamar diritto quel che fu pretesa all'atto della stipulazione, ancorchè ne riconosca la fondatezza. E' evidente che, nello svolgersi del processo, non potendosi in alcun modo abbandonare un diritto certo, non si può che abbandonare una pretesa. Ma allora non è più questione di chiamar donazione invece che transazione o negozio simile, quando venga fatto senza corrispettivo, ma di chiamarlo a volta, e a seconda delle particolari circostanze, transazioni, rinunzie e riconoscimento. Così come non si può parlare di un diritto certo durante lo svolgersi del processo, non si può nemmeno aver dubbio sulla questione della validità della transazione che prevenga o arresti una lite temeraria. Il caso vien discusso dal Mirabelli che lo risolve giustamente nel senso della validità della transazione (1).

---

(1) Mirabelli - Contratti speciali; Transazione, pag.528 e segg. "Una lite temeraria pendente, una lite che si minaccia, ancorchè evidentemente ingiusta, può essere causa legittima di transazione, purchè l'avversario abbia voluto transigere per troncarla e prevenirla, liberamente consentendovi, senza che il suo consenso sia stato viziato da un errore di fatto, dalla violenza o dal dolo sulla persona e sull'oggetto della transazione. Imperocchè il terror litis consiste allora nella sola estimazione della parte, se le convenga piuttosto fare un sacrificio per acquistare la pace, oppure affrontare la lite e quietarsi dopo una certa vittoria, non si può permettere che avendo liberamente scelta la via creduta migliore, si penta e, ritornando indietro, sotto pretesto di essere stata tratta in errore di fatto o violato

Ammessa l'ipotesi del ricorso d'una lite temeraria, le conclusioni del Mirabelli appaiono logicissime. Ma, al solito, escludo che in tema di transazione, riconoscimento o rinunzia si possa parlare di lite temeraria, al di fuori del punto di vista puramente scolastico. Infatti perchè si possa parlare in concreto, di lite temeraria, occorre che il giudice esamini le pretese delle parti, proceda agli accertamenti e formuli il suo giudizio logico in relazione alle pretese stesse ed in base agli accertamenti. Ora, lo ripeto, il giudice, esaminando un contratto di transazione, un riconoscimento o una rinunzia, dichiarandone la validità, deve prescindere da ogni valutazione giuridica delle pretese, ma deve accertare soltanto l'esistenza delle pretese stesse e la volontà contrattuale di por fine alla lite.(1)

---

il suo consenso o carpito con dolo dall'altra parte. Non ci può essere estorsione o concussione dove vi è libertà di consenso, per cui se il consenso prestato non sia stato l'effetto di una frode usata dall'avversario, posteriormente scoperta, non si possa in caso di lite temeraria fare annullare la transazione per errore o per mancanza di causa" - L'ipotesi della lite temeraria è prevista agli arti. 370 e 872 Cod. proc. civ.

(1) Il giudizio della convenienza della transazione non è dato all'autorità giudiziaria, la quale non è chiamata ad indagare, se competa qualche diritto ad alcuna delle parti contro l'altra, dappoichè ciò che si dà o promette può essere compenso o della dubbiezza della lite, od essendone certo l'esito, delle spese straordinarie che non sempre si ha diritto a ripetere, della tranquillità d'animo e della facilità di rivolgere la propria attività ad altri oggetti più utili. Giudice della convenienza di proseguire la lite o di transigere con una concessione, o di prevenirla se la si teme, deve

E' evidente allora la inesattezza della questione che pone il Butera: se può costituire cioè materia di transazione la rinuncia ad intentar giudizio (1). Infatti la rinuncia d'intentare giudizio, la rinuncia cioè all'accertamento giudiziale del diritto controverso è implicitamente contenuta in qualsiasi negozio di transazione, nè può costituire un oggetto specifico di esso. Non c'è infatti transazione che non implichi di per se, qualunque sia l'oggetto di essa, la rinuncia da parte di ciascun contraente ad intentare o proseguire la lite. Del resto, la rinuncia ad intentare il giudizio implica la rinuncia a far valere giudiziariamente una pretesa; l'esistenza di questa pretesa dà valore giuridico alla rinuncia.

Per l'art. 1764 del Cod. civ.: " La transazione è un contratto, con cui le parti, dando, promettendo o ritenendo ciascuna qualche cosa, pongono fine ad una lite già cominciata o prevengono una lite che può sorgere". Ora per questa definizione, la reciprocità delle concessioni si presenta come un requisito essenziale del negozio di transazione. Questo requisito essenziale serve in fondo a far distinguere il contratto specifico di transazione dal riconoscimento o dalla ri-

---

essere la sola parte. Il pericoloso esito di una lite pendente o che si minaccia, ed i danni materiali o morali che ne possono provenire da lei debbono sentirsi ed estimarsi, non dal sentimento o dalla estimazione altrui sentimenti e giudizi che raramente si concordano in tutto.

(1) Butera - Opera cit. n.27

nunzia, che non presuppongono affatto una reciprocità di concessioni.

Per valutare poi sè ricorre o meno la reciprocità delle concessioni, non bisogna naturalmente aver riguardo ai diritti delle parti, quali sarebbero stati accertati obbiettivamente, ma bisogna sempre aver riguardo alle pretese di ciascuno dei contendenti, ed alla misura in cui queste pretese vengono reciprocamente ridotte nel contratto di transazione. E' sempre il fatto della pretesa che ci permette di definire giuridicamente la transazione, il riconoscimento o la rinunzia; mai il fatto del diritto quale sarebbe stato dichiarato dal giudice.

La reciproca riduzione delle pretese, requisito essenziale del contratto di transazione, si contrappone all'affermazione o negazione integrale della pretesa, nel riconoscimento o nella rinunzia.

La transazione completamente si distingue dal compromesso.

Alcuno (1) ha confuso i due istituti. Ma le considerazioni da me precedentemente svolte, valgono a respingere questa identificazione. Qui osservo che: il compromesso non evita la lite, la transazione l'ha già evitata; il compromesso non contempla una soluzione del conflitto giuridico dal punto di vista sostanziale, ma il mezzo con cui la lite dev'essere risolta, nella transazione invece i soggetti del contratto sono pervenuti ad equilibrare i loro interessi in conflitto. In un certo senso possiamo seguire il Mortara, (2) col dire che la transazione si è già rinunziato alla lite, col compromesso si è rinunziato ad esercitare la lite dinanzi agli organi naturali. Basta infine pensare che mentre nella transazione, rilevanza giuridica acquistano soltanto le valutazioni subbiettive contrattuali, col compromesso si vuol pervenire alla valutazione obbiettiva, conforme al diritto o all'equità.

A tal proposito, il Butera scrive: (3) "S'intende che, in ultima analisi, pure il compromesso tende a terminare le liti". Ma questa osservazione ha un valore relativo; in qual senso il compromesso pone fine alle liti? Il compromesso ha il semplice scopo di sostituire certe forme di attività ad altre forme di attività giudiziaria, ma per ciò non supera la lite. E' vero che, in definitiva, si perviene ad un superamento del conflitto d'interessi, mediante il giudizio arbitrale, ma anche l'esercizio dell'azione tende a superare il conflitto d'interessi. Evitare il conflitto d'interessi non vuol dire evitare la

---

(1) Rocco - La sentenza civile, n.17: "Sostanzialmente il compromesso non è che una transazione".

(2) Mortara - Comm. Cod. Proc. Civ., III, n.34

(3) Butera - Op. Cit.; n.32 nota 2

lite. La transazione, l'esercizio dell'azione, il compromesso mirano a porre termine al conflitto di interesse, ma mentre la transazione riesce ad eliminare la lite eliminando il conflitto d'interesse, l'esercizio dell'azione e il compromesso determinano la composizione del conflitto d'interessi senza purtuttavia eliminare le liti.

Purtuttavia non si può negare che il compromesso abbia qualche cosa di comune con la transazione. E' certo che la tesi del Rocco, pure essendo fondamentalmente errata, è l'espressione di alcune percezioni giuridiche in sè non errate. Il compromesso, in certi casi, apre la via ad una forma di giudizio in certo senso diversa dalle forme giurisdizionali ordinarie. Ho creduto di aver afferrato il senso della differenziazione studiando la figura dell'arbitro sia in relazione al giudice statale, sia in relazione alle parti.

Una delle ragioni per cui molti giuristi sono stati portati a ravvicinare il compromesso alla transazione ed alla conciliazione, è riposta propriamente in quella disposizione, in virtù della quale le questioni che non si possono compromettere non possono essere transate (art. 8, Cod. Proc. Civ.). Ora se certe questioni sono sottratte, oltre che alla transazione ed alla conciliazione, anche all'arbitrato, vuol dire che per esse, non soltanto non si ammette una soluzione qualunque, ma non si ammette una giusta soluzione che non sia conforme a principi universali, accertati dagli organi più propriamente giurisdizionali. Perciò han torto quegli autori i quali, nel veder sottratte alcune materie alla conciliazione, vedono per ciò stesso espresso il timore del legislatore che quelle materie, in sede di conciliazione, siano transate. A quegli autori infatti non resterebbe

più alcun significato da attribuire al divieto di compromettere di cui all'art. 8, non essendovi d'altro canto dubbio alcuno che l'arbitrato sia un vero e proprio giudizio d'equità (salvo aggiungere alla negazione di questo carattere dell'arbitrato, come fa il Rocco per essere coerente alla sua tesi del compromesso con valore di transazione)

Onde sempre più riceve conferma la tesi dell'importanza assoluta che lo Stato annette a certe determinate soluzioni giurisdizionali, soluzioni che sono come l'elemento essenziale su cui l'ordine giuridico si basa. Certo la dottrina, che pone a base di certe restrizioni alle disponibilità di diritti, il principio di ordine pubblico, è ben formulata, però quando si tenga presente che il concetto di non disponibilità è relativo nel campo del diritto privato, anche per quelle branche di esso, normalmente rette dal principio dell'ordine pubblico. Occorre inoltre adagiare il principio dell'ordine pubblico su basi molto più precise e scientificamente più accettabili.

Vi sono delle disposizioni (art. 9 cod. proc. civ. 1742 cod. civ.) che possono dar luogo a qualche dubbio sul carattere dell'atto compromissorio in confronto all'atto di transazione. Il Butera in merito scrive: "Finalmente il compromesso, importando rinunzia alla cognizione giudiziaria, è atto pim grave della transazione, cosicchè la capacità di compromettere suppone la capacità di transigere". Ora è evidente che anche la transazione importa rinunzia alla cognizione giudiziaria, anzi in ciò sta appunto una delle caratteristiche fondamentali della transazione. Si può dire soltanto che, mentre nella transazione le parti dominano, per così dire, la soluzione del conflitto e la fanno dipendere da una loro materiale valutazione, col

compromesso invece le parti si precludono la via ad un intervento diretto e sostanziale nella soluzione del conflitto, che anzi l'attribuiscono ad un terzo.

Pur accettando il Butera l'idea di una differenza sostanziale tra transazione e compromesso, la fa consistere principalmente in ciò: che nell'una è caratteristico il sacrificio reciproco che manca, o è indifferente nell'altro; concetto ch'io respingo senz'altro

Il Butera poi a proposito dell'arbitraggio scrive: "La transazione si distingue ancora dall'arnitrator, nella doppia forma di arbitrium boni viri e arbitrium mere voluntatis, altrimenti detti "Lodo libero" perchè mentre l'arbitrator del diritto comune è un amicabilis compositor chiamato a determinare, in un rapporto giuridico per sè pacifico un elemento non definito dalle parti. L'arbitrator non dichiara diritti esistenti, giacchè non è rivestito di funzione giurisdizionale, non sostituisce il processo, ma completa i rapporti giuridici, determina il prezzo nella vendita, la quota nella società, la mercede nella transazione". La differenza principale dunque tra arbitraggio e transazione sembra consistere, secondo il Butera in ciò, che mentre l'arbitrator risolve conflitti economici, cioè conflitti rispetto a cui non è possibile che sorga una lite giudiziale, la transazione risolve invece conflitti giuridici. L'altro concetto differenziatore sembra che il Butera lo faccia consistere in ciò: che mentre la transazione regola un rapporto o una serie di rapporti giuridici, l'arbitrator fissa un elemento di un rapporto già precostituito. Chi ha seguito la mia tesi che, sulle traccie del prof. Carnelutti, definisce il carattere del compromesso di conflitti economici ricorderà come la semplice volontà di con-

trattare, cioè di conchiudere un certo negozio, non costituisca di per sè contratto o conclusione di negozio. Dire che in un contratto in cui non si è determinato il prezzo di vendita, manchi un elemento di esso e non il contratto, significa commettere un errore. La dove non si sia determinato il prezzo, il conflitto d'interessi non si può dire risolto completamente dal contratto. La dichiarazione contenuta ad esempio, nel contratto di compravendita, di voler comprare o vendere una cosa, non rappresenta, di per se, la soluzione del conflitto d'interessi, quanto il presupposto necessario perchè sorga il conflitto, nascendo questoquando i contraenti si trovino a porre l'un contro l'altro i propri interessi. E'quindi principalmente la questione del prezzo quella che costituisce l'essenza del conflitto. Ora se questa questione le parti non risolvono ma deferiscono al giudizio d'un terzo, perciò stesso si sono precluse l'esercizio di quell'attività contrattuale e la possibilità di quella valutazione subbiettiva, che sono i fondamenti della transazione.

Il deferimento al giudizio del terzo d'un elemento del contratto non elimina il contrasto, quanto la possibilità che si tolga il presupposto del conflitto (ad esempio che non più si contragga).

Distingue il Butera la transazione stragiudiziale dalla giudiziale (1). "Evidentemente - egli dice - la transazione stragiudiziale può seguire dinanzi ad una autorità" e cita tutti i casi in cui la legge parla di conciliazione. Quindi per il Butera la conciliazione non sarebbe che una specie di transazione stragiudiziale. Non è necessario che io mi fermi sulle differenze sostanziali tra transazione e conciliazione, anche perchè nel capitolo precedente ho accennato

---

(1) Butera - Op. cit. n.92

a questa questione.

Piuttosto mi occuperò di una disposizione legislativa, che è, in fondo, la migliore giustificazione delle differenze sostanziali fra transazione e conciliazione.

La conciliazione, a differenza della transazione, può essere impugnata per errore di diritto (art. in connessione cogli articoli 1109 e 1772 n.2 cod. civ.

Osservo che, secondo il Bigot Préameneu, la somiglianza essenziale fra transazione e sentenza si faceva consistere in ciò che entrambe non possono venire rescisse per errore di diritto. Ma questo è un errore grossolano, poichè la causa principale di riforma delle sentenze è appunto l'errore di diritto.

Nel codice francese non si trova la disposizione dell'art. 1109 del codice italiano: "L'errore di diritto produce la nullità del contratto solo quando ne è la causa unica e principale".

L'art. 1771 vieta non pertanto d'impugnare la transazione per causa d'errore di diritto (facendo eccezione con ciò all'art. 1109). Perchè si è fatta questa eccezione alla regola generale? Riporto dal Mirabelli: "Il Gillet, oratore del tribunato, nella sessione del corpo legislativo del 20 marzo 1804, presentando il voto di ammissione, così si esprimeva: quanto all'errore di diritto, quantunque esso possa essere in certi casi, una ragione per cassare le sentenze, non è una per rescindere le transazioni - ciò deriva dall'essere le sentenze la manifestazione del potere pubblico, e però esse debbono esprimere ciò che il potere pubblico ha dettato. Le transazioni invece sono il prodotto della volontà individuale, e la loro regola principale si è che le volontà confergono in una determinazione comune. L'oggetto della giustizia è d'imporre silenzio alle passioni e perciò la sua misura dev'essere esatta.

Lo scopo della transazione è di ravvicinare i sentimenti e perciò la sua misura vuole essere flessibile". Avendo il codice italiano - soggiunge il Mirabelli - concesso alla transazione l'autorità di una sentenza irrevocabile, il ragionamento del Gillet non ha per noi alcun valore; le sentenze irrevocabili non si possono toccare per errore di diritto appunto perchè sono divenute irrevocabili. La transazione avendo perfino lo spegnere o il prevenire una lite, non era conveniente concedere l'azione di nullità, sotto pretesto di un errore di diritto. Se la medesima fosse ammessa, all'antica lite pendente, che risorgerebbe o a quella minacciata che si potrebbe introdurre, se ne aggiungerebbe una del tutto nuova; pericolo che si è voluto evitare, sempre dannoso, anche quando gli oggetti delle medesime, talvolta si potessero definire in un sol giudizio, riunendole. L'errore di diritto non si presume; si presume invece, senza ammettersi prova in contrario, che sia la legge conosciuta e che nonostante in nessun diritto, siasi voluto transigere per acquistare la pace".

Senza soffermarci per ora su queste considerazioni del Mirabelli, ricordo come il Laurent abbia censurato la disposizione contenuta nell'art. 1772, come contraria al diritto. Il Ricci si unisce al Laurent, ritenendo quella disposizione un errore di redazione.

Avendo riportato i pareri dei principali autori, mi preoccupo d'impostare la questione in modo da risolverla dal mio punto di vista; osservo:

che l'errore di diritto è causa di riforma della sentenza, però entro certi limiti, oltrepassati i quali, la sentenza diviene irrevocabile; che l'errore di diritto non produce nullità della transazione; che l'errore di diritto produce nullità della conciliazione; che l'errore di diritto produce nullità del contratto, quando ne è causa unica e principale.

Nei riguardi della prima disposizione, osservo come la riforma della sentenza, per causa d'errore di diritto, sia un prodotto della necessità di una reale attuazione del diritto, così come prodotto di questa necessità sono le giurisdizioni di secondo e di terzo grado; osservo inoltre come la fissazione di un limite alla revocabilità della sentenza per errore di diritto, sia prodotto di una necessità di certezza del diritto, non potendosi ammettere la possibilità indefinita di riforma delle sentenze, così come non si può ammettere una lunga serie di giudizi di grado superiore al primo. La soluzione adottata dal legislatore nei riguardi della revocabilità o meno della sentenza, è una soluzione di compromessi che salva le ragioni di giustizia e di certezza.

Epperò è da osservare come il legislatore, oltrepassato un certo limite, non neghi la possibilità di riforma della sentenza per errore di diritto, ma soltanto finge che una sentenza divenuta irrevocabile non possa contenere più un errore di diritto. E quindi in virtù d'una funzione giuridica, la sentenza è irrevocabile si considera, in via assoluta, completamente conforme al diritto.

Errerebbe invece chi volesse ritenere implicita questa finzione nel caso della transazione, ne il legislatore poteva presupporre in questa una soluzione perfettamente conforme al diritto.

Non mi pare d'altro canto che gli autori su accennati dieno ben chiare ragioni della eccezione che, nei riguardi della transazione, si fa alle regole sul contratto in genere.

A me pare che l'unica ragione plausibile dell'eccezione si trovi nella natura stessa del contratto di transazione. Ho detto come in questo non sieno rilevanti che le valutazioni subbiettive delle reciproche pretese, valutazioni che, in via generale, si possono rite-

nere non conformi al diritto o almeno non confortate da alcuna valutazione giuridica obbiettiva. E' proprio della transazione l'attuare volontà contrattuale, su terreno dei conflitti giuridici. Ora, se è implicito al concetto di transazione, la valutazione contrattuale di fatti giuridici, che dovrebbero normalmente essere valutati da un organo giurisdizionale, è evidente che sarà normale e rispondente alla natura del contratto medesimo la valutazione errata o non conforme al diritto.

Riconoscere la nullità della transazione per errore di diritto, significherebbe negare ogni utilità all'istituto della transazione, poichè sarà sempre facile dimostrare che la transazione sia stata determinata da un errore di diritto, cioè da una inesatta comprensione, od ignoranza di norme giuridiche esistenti, da un falso convincimento sull'esistenza d'una norma giuridica. Non è soltanto perchè pone fine alla lite, che la transazione non può essere annullata per errore di diritto, perchè allora questa ragione dovrebbe valere, sempre ed in ogni caso, per le sentenze e per le conciliazioni, che esse stesse pongono fine alla lite, ma perchè essa stessa presuppone un'attività che non può essere conforme al diritto, pur essendo rivolta alla valutazione di fatti giuridici.

E' dunque il carattere di nessun obbiettività della soluzione transativa che rende il contratto inscindibile per errore di diritto; non solo, ma poichè scopo del contratto è di evitare questa valutazione obbiettiva (giurisdizionale o meno) è evidente che, se si vuole raggiungere lo scopo, bisogna eliminare tutte quelle disposizioni che sono incompatibili con lo scopo stesso del contratto.

Il carattere sui generis della transazione ci dice perchè essa facci eccezione alle regole che dominano il contratto ed alle regole che dominano l'attività sostanziale del giudice.

Essendo, d'altro canto, per disposizione di legge, la conciliazione rescindibile per errore di diritto, basterebbe questo fatto, per censurare l'opinione di coloro che identificano la conciliazione con la transazione.

Il legislatore ha voluto che la conciliazione si potesse annullare per errore di diritto, per il solo fatto, che ha tenuto presente il carattere di valutazione obbiettiva della composizione conciliativa. E come ogni valutazione obbiettiva, presupponendo un'attività sostanziale di giudice, è perciò stesso valutazione giusta, è naturale che l'errore di diritto debba, normalmente, infirmare la valutazione stessa. E' ben vero che la conciliazione non deve pervenire all'applicazione di norme di diritto, e quindi da questo punto di vista non può essere annullabile. Ma quando si tratti di errori nella valutazione dei diversi fatti giuridici, nell'attribuzione di una o d'altra qualità giuridica ai soggetti del conflitto, di errori di diritto insomma che possano influire sulla giustizia della soluzione, è evidente che in tal caso la conciliazione dovrà e potrà essere annullata.

L'omologazione da parte degli organi giurisdizionali, di transazione, conciliazione e compromessi, omologazione imposta dalla legge, è servita non poco a facilitare la confusione che molti autori fanno tra questi tre istituti.

Si è detto che, se l'omologazione richiesta negli identici casi, vuol dire che l'atto da omologare si presenti sostanzialmente identico, si tratti di transazione, di conciliazione, di compromesso.

Evidentemente questa opinione inesatta, come quella che guarda all'atto di omologazione in sè e non in confronto all'interesse che va a tutelare. E' d'uopo infatti considerare l'omologazione come atto

di giurisdizione volontaria, diretto alla difesa di qualche interesse.

Ora, compromesso, conciliazione transazione, per quanto con effetti diversi, escludono l'esercizio dell'attività giurisdizionale ordinaria, escludono quindi, di per se, l'intervento (in tema di conflitti giuridici) di quell'insieme di istituti e di organi di giustizia che lo Stato predispone a tutela d'interesse legittimo. Da questo punto di vista, e forse soltanto da questo viene già giustificato l'intervento della giurisdizione con carattere volontario. Laddove la volontà privata dispone, in via sia pure diversa, della materia di competenza della giurisdizione ordinaria, lo Stato può pretendere delle garanzie, o meglio può apprestare delle garanzie, a secondo della natura dell'atto di disposizione. Onde, se l'omologazione rappresenta genericamente una garanzia nei rispetti della transazione, conciliazione, compromesso, ciò non perchè questi istituti si presentino sostanzialmente identici, ma perchè essi presuppongono una deroga a quell'insieme di istituzioni giudiziarie, il cui funzionamento integrale può intendersi come la massima garanzia di tutela giuridica.

Così s'intende dal perchè si richieda l'omologazione, in tema di compromesso, trattandosi d'un atto col quale si perviene alla scelta del giudice, e la si richiede altresì in tema di transazione, colla quale si perviene a non usare della tutela giurisdizionale. Ambedue gli atti derogano alle garanzie maggiori (garanzie giurisdizionali, ma mentre l'omologazione del compromesso non permetterà al Tribunale di pervenire ad alcuna indagine in merito alla composizione sostanziale del conflitto, ma di tutelare l'interesse, ritenuto degno di essere tutelato) alla buona scelta del giudice, l'omologazione della transazione permetterà al Tribunale di controllare la soluzione sostanziale, non dal punto di vista, certamente, dell'accertamento

della giustizia della composizione, quanto dal punto di vista della tutela dell'interesse a cui vantaggio è costituito l'atto di giurisdizione volontaria.

Così, in tema di infortuni sul lavoro, l'art. 115 del Regolamento 13 marzo 1904, modificato con R. Decreto 2 ottobre 1921, così dichiara: " Nel caso di controversia sul diritto all'indennità, ovvero sulla natura e sulla entità delle conseguenza dell'infortunio, le parti interessate, con atto da omologarsi dal tribunale civile possano deferire la risoluzione della controversia ad un collegio di arbitri, composto di tre esperti,... Gli arbitri decideranno come amichevoli compositori". Ora evidentemente, l'omologazione è qui richiesta a tutela dell'interesse dell'operaio infortunato, ma non riguarda che la scelta dell'arbitro nel senso che il tribunale interviene a tutelare l'interesse dell'operaio alla scelta del buon giudice.

L'art. 14 della legge dichiara invece: "Qualunque patto inteso ad eludere il pagamento delle indennità o scemarne la misura stabilita con le disposizioni dell'art. 9 è nullo. In caso di contestazione sul diritto all'indennità e sulla misura di questa, le transazioni relative non saranno valide senza l'omologazione del tribunale". Qui l'interesse dell'operaio è tutelato nel senso che l'omologazione riguarda la soluzione della controversia. Mentre così, nel primo caso, l'omologazione interviene a garantire la buona scelta del giudice, nel secondo caso, interviene a garantire una composizione contrattuale vantaggiosa nei riguardi dell'operaio. Ciò si comprende daltronde, quando si pensi che l'atto di disposizione proprio del compromesso, non ha quella latitudine di effetti dell'atto di disposizione propria della transazione; che se ciò fosse, l'omologazione sarebbe stata predisposta nei riguardi del lodo arbitrale, perchè esso soltanto contiene la soluzione sostanziale della lite.

Osservo poi che l'atto di omologazione non distrugge il carattere contrattuale della transazione, ponendomi con ciò contro la concezione del Prof. Carnelutti (1).

Secondo me, coll'atto di omologazione, il giudice non fa che controllare l'attività contrattuale del soggetto in difesa del quale la legge lo chiama ad intervenire. Questa semplice osservazione per cui il giudice si considera che intervenga in difesa e a protezione dell'interesse di uno dei contraenti, e si trova, per legge ad avere diritto a questa difesa, escludo l'impossibilità di considerare l'intervento del giudice come diretto a controllare la giustizia o meno della transazione. E' tanto vero ciò che, se per caso la composizione contrattuale fosse ingiusta nei riguardi del contraente che non gose della difesa suddetta, il giudice non potrebbe, senza abusare del proprio potere non omologare la transazione. Il che si esprime altrimenti dicendo che il giudice interviene a difesa dell'interesse contrattuale di una delle parti, pur attuando questa difesa nei limiti della giustizia; o meglio, il giudice attua la giustizia a favore di una delle parti (giurisdizione volontaria) e non di tutt'e due (giurisdizione contenziosa).

---

(1) Carnelutti - Riv. di Dir. Proc. Civ. 1924, pag. 110: " Le controversie in tema di infortuni sul lavoro possono essere transate; però la transazione dev'essere omologata dal tribunale. E'così sempre prescritto un controllo del giudice statuale intorno alla giustizia della soluzione, sia pure in sede di giurisdizione volontaria anzichè in forma contenziosa

ASSOCIAZIONE P. LANZONI fra gli ANTICHI STUDENTI
DELLA
R. SCUOLA
SUP. di COMMERCIO
in
(ENTE MORALE)
R.D. 15 Febb. 1923
N. 452

= 214 =

= 31413

EXTRA STRONG.

BIBLIOTECA