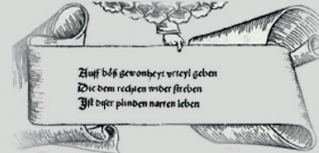




# Jurisdiction



Storia e prospettive della Giustizia

N. 0-2019 - SAGGI 2

ISSN 2724-2161

Dario Luongo

PER L'EDIFICAZIONE  
DI UNA GIURISPRUDENZA NAZIONALE:  
GIOVANNI CARCANO E LA MAGISTRATURA  
ITALIANA ALL'INDOMANI DELL'UNITÀ

FOR THE BUILDING OF A NATIONAL  
JURISPRUDENCE: GIOVANNI CARCANO  
AND THE ITALIAN JUDICIARY  
IN THE AFTERMATH OF UNITY

Editoriale Scientifica

*Dario Luongo*

PER L'EDIFICAZIONE  
DI UNA GIURISPRUDENZA NAZIONALE:  
GIOVANNI CARCANO E LA MAGISTRATURA ITALIANA  
ALL'INDOMANI DELL'UNITÀ

FOR THE BUILDING OF A NATIONAL JURISPRUDENCE:  
GIOVANNI CARCANO AND THE ITALIAN JUDICIARY  
IN THE AFTERMATH OF UNITY

*Giovanni Carcano fu tra i maggiori protagonisti dei dibattiti che ebbero ad oggetto gli assetti della magistratura italiana all'indomani dell'Unità. Egli polemizzò aspramente con la Cassazione e con il Pubblico Ministero, istituzioni che riteneva entrambe riconducibili all'astrattezza dei dogmi che avevano ispirato gli artefici della Rivoluzione francese e alla torsione volontaristica che ne aveva caratterizzato l'azione. Quei giudizi si accompagnavano a una chiara percezione dei caratteri dell'esperienza giuridico-istituzionale d'Antico Regime e della ricca dialettica istituzionale che l'aveva contrassegnata. Carcano riteneva aberrante che le istituzioni giudiziarie italiane fossero state improntate a una pedissequa imitazione del modello francese. Al contrario, a suo avviso, bisognava valorizzare la tradizione giuridica italiana e avvalersene nell'edificazione di una giurisprudenza nazionale. Una giurisprudenza che, affrancandosi dalla propria autarchia disciplinare, si predisponesse al dialogo con l'opinione pubblica e contribuisse al superamento dei limiti che avevano caratterizzato l'unificazione italiana.*

Parole chiave: Cassazione, Pubblico Ministero, Parlamenti francesi, interpretazione, democrazia, costituzionalismo.

*Giovanni Carcano was one of the greatest protagonists of the debates about the structures of the Italian judiciary in the aftermath of the Unification. He bitterly argued with the Supreme Court and the Public Prosecutor, both institutions that he believed were attributable to the abstractness of the dogmas that had inspired the architects of the French Revolution and to the political voluntarism that had marked their action. Those judgments were accompanied by a clear perception of the characteristics of the juridical-*

*institutional experience of the Ancient Regime and of the rich institutional dialectic that had marked it. Carcano believed as aberrant that the Italian judicial institutions had been marked by a slavish imitation of the French model. On the contrary, in his opinion, it was necessary to enhance the Italian legal tradition and make use of it in the construction of a national jurisprudence. A jurisprudence that, freeing itself from its own disciplinary autarchy, predisposed itself to dialogue with public opinion, remedying the limits that had characterized Italian unification.*

Keywords: Cassation, Public Prosecutor, French Parliaments, interpretation, democracy, constitutionalism.

### 1. *La Cassazione prodotto del radicalismo rivoluzionario*

A partire dalla seconda metà del Novecento è notevolmente cresciuta la conoscenza delle vicende della magistratura italiana nel periodo successivo all'unificazione<sup>1</sup>. Da quelle ricerche è apparso evidente come la discussione sul ruolo della giurisdizione negli assetti del nuovo Stato unitario avesse alimentato una vivace dialettica politica e culturale. Un dibattito che è interessante ricostruire non solo in rapporto alle scelte contingenti a cui furono chiamati, all'indomani dell'Unità, gli esponenti del ceto politico e di quello giudiziario, ma in quanto rivelatore di opzioni ideologiche profondamente radicate. Prendere posizione sul ruolo della magistratura significava misurarsi inevitabilmente con i modelli costituzionali in campo. E per uomini culturalmente avvertiti ciò implicava la necessità di interrogarsi sull'eredità dell'Antico Regime. Infatti, nella prassi e nelle razionalizzazioni teoriche dell'Età moderna la questione dei rapporti fra magistrature e politica era stata centrale.

Giovanni Carcano fu tra i maggiori protagonisti di quei dibattiti. Di recente la vicenda biografica del giurista lombardo è stata oggetto

<sup>1</sup> Sulle vicende della magistratura italiana negli anni della Destra storica è ancora molto utile la storiografia di oltre un cinquantennio fa: cfr. M. D'ADDIO, *Politica e magistratura (1848-1876)*, Giuffrè, Milano 1966; P. MAROVELLI, *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura italiana dal 1848 al 1923*, Giuffrè, Milano 1967. Per un'aggiornata messa a punto sulla storia della magistratura in Età contemporanea, ricca di riferimenti bibliografici, si rinvia ad. A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, il Mulino, Bologna 2013.

di un'approfondita ricostruzione<sup>2</sup>. Nella quale è stata opportunamente sottolineata la sua partecipazione alla rivolta milanese del 1848. Partecipazione che consente senz'altro di ascrivere Carcano ai giuristi che furono protagonisti della stagione risorgimentale. Eppure, già negli anni Sessanta dell'Ottocento il giurista lombardo rivolse critiche severe alle modalità con cui era stata condotta l'unificazione. L'artificio e l'improvvisazione, a suo avviso, avevano fatto premio sull'esigenza di scelte ponderate e razionali. Si era seguita la scorciatoia dell'imitazione di un modello straniero piuttosto che innestare le trasformazioni giuridico-istituzionali sul solido terreno della tradizione. Alla luce di quelle premesse, decisivo era il giudizio dello studioso sulla transizione dall'Antico Regime ai nuovi assetti giuspolitici dell'Ottocento.

In una monografia del 1866 Carcano collegava la nascita della Cassazione al radicalismo rivoluzionario che aveva caratterizzato il crollo dell'*Ancien Régime*. Nel ricostruirne la genesi, bisognava tenere conto di quell'«epoca» e di «quella Francia, in cui ogni giorno aveva la sua rivoluzione, colle sue passioni» e «coi suoi impulsi [...]»; dove il nuovo era il bello, dove era sapienza l'improvviso, e dove erano uomini, che si vantavano di saper mettere insieme una costituzione in una notte». In quel contesto era stata pensata una nuova istituzione che, interprete dello spirito del tempo, favorisse il recepimento dei principî che avrebbero informato i nuovi codici. Un organo che «iniziasse nell'ordine giudiziario, contro le antiche legislazioni e contro il federalismo, quella battaglia, che» era «così aspra e sanguinosa a vincere in altro terreno»<sup>3</sup>. La Cassazione aveva avuto origine «sotto l'impulso, ed effetto di sentimenti, di interessi, di intenti al tutto francesi». Essa, quindi, per Carcano, era nata con due tare: quella di essere un'arma della politica, di una politica segnata dall'irrompere delle passioni rivoluzionarie, e quella di essere priva di ogni ancoraggio nella tradizione italiana.

Il giurista non taceva che già i sovrani francesi d'Antico Regime erano stati titolari del potere di cassare le sentenze. Ma nel contempo non mancava di rilevare che era discutibile che si addicesse alla natura della funzione giudiziaria quella facoltà puramente negativa di cassare

<sup>2</sup> G. DI RENZO VILLATA, *Giovanni Carcano (1811-1873) ovvero ... una penna al servizio della Patria*, in AA.Vv., *Avvocati che fecero l'Italia*, cur. S. Borsacchi, G.S. Pene Vidari, il Mulino, Bologna 2011, pp.194-214.

<sup>3</sup> G. CARCANO, *Sul quesito: Cassazione o Terza istanza?*, Stabilimento Redaelli, Milano 1866, pp. 10-13.

che i legislatori francesi avevano mutuato dall'Antico Regime, preferendo «imitare» piuttosto che «creare». Nell'affrontare quel nodo problematico Carcano dava inizio a una riflessione sulle dinamiche istituzionali francesi d'Antico Regime che occupava uno spazio notevole nel libro. Egli scriveva che, al momento del crollo del vecchio ordine, la giurisprudenza francese era decaduta da tempo. Essa aveva raggiunto il suo apogeo grazie all'influenza esercitata da Andrea Alciato, il cui prestigio era stato poi superato da quello di Jacques Cujas<sup>4</sup>. Mostrando di ritenere che il movimento umanistico non aveva avuto una vocazione meramente teorica, Carcano sottolineava che i Parlamenti erano stati la culla della giurisprudenza pratica francese. In essi aveva avuto modo di svilupparsi quella giurisprudenza che era stata indelebilmente segnata dalla lezione dell'Umanesimo giuridico<sup>5</sup>. Al pari dei pretori romani, erano stati i Parlamenti a dare alla Francia una legislazione con i loro «arresti».

Era un riconoscimento significativo del ruolo svolto da quelle corti. Tuttavia, Carcano aggiungeva che i Parlamenti non avevano tardato ad abdicare alle loro funzioni. Coinvolti nelle gare e nelle ambizioni politiche, avevano preso ad avversare ogni potere che non fosse il loro, combattendo non solo gli arbitri del Governo, ma anche i «liberali ardimenti dei filosofi», «le dilapidazioni della Corte, non meno che [...] le riforme di Turgot e di Necker». Lo studioso rilevava l'eclissi, nel tardo Settecento, della centralità dei giuristi. Alla «Francia dei giureconsulti era succeduta la Francia degli economisti e degli enciclopedisti». Secondo Carcano la Rivoluzione aveva poi cancellato del tutto il protagonismo dei giuristi, privandoli di ogni ruolo nell'elaborazione della legislazione. Essi non avevano potuto che prendere atto della direzione presa dal cambiamento. Era infatti l'opinione pubblica a dettare le scelte legislative. Scelte in cui era assolutamente prevalente l'elemento politico<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Ivi, pp. 13-15.

<sup>5</sup> Per la revisione del tradizionale punto di vista secondo cui l'Umanesimo giuridico avrebbe avuto una vocazione meramente teorica si rinvia a due fondamentali contributi storiografici dei decenni scorsi: D. MAFFEI, *Gli inizi dell'Umanesimo giuridico*, Giuffrè, Milano 1956; R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, il Mulino, Bologna 1987.

<sup>6</sup> CARCANO, *Sul quesito*, cit., pp. 15-18. Carcano coglieva indubbiamente nel segno quando poneva l'accento sull'ideologia antigiusprudenziale che aveva ispirato i protagonisti della Rivoluzione. Ma sottovalutava l'ampia presenza di giuristi in seno alla Costituente e l'apporto da essi dato alle riforme legislative, su cui cfr. E. DEZZA,

Perciò, il giurista lombardo mostrava di apprezzare l'impiego che i redattori del *Code Napoléon* avevano fatto della dottrina di Pothier: impiego che aveva dato una qualche solidità alla loro precipitosa creazione<sup>7</sup>. Quel giudizio era certo in contrasto con quello precedente secondo cui la giurisprudenza francese era già decaduta, se non dai tempi di Domat, da quelli di Daguesseau<sup>8</sup>. Ma la valorizzazione dell'apporto di Pothier toccava un punto nevralgico. La storiografia giuridica ha messo in evidenza come la recezione delle dottrine di Domat e di Pothier da parte dei redattori del *Code* fosse servita a temperare il radicalismo anti-giurisprudenziale che era stato proprio del momento successivo alla Rivoluzione<sup>9</sup>. Ebbene, Carcano apprezzava la recezione di Pothier da parte dei redattori del *Code* in quanto ponte gettato verso la tradizione.

Invece, egli scriveva che la Cassazione era stata senz'altro espressione di radicalismo politico. Ma, in quanto tesa a irreggimentare la magistratura, non avrebbe potuto non essere gradita a un despota come Napoleone. D'altro canto, era la stessa Cassazione francese a ripetere «ad ogni istante» di essere estranea alla magistratura, che era posta a presidio del solo interesse delle parti e non di quello della legge. Non a caso – aggiungeva Carcano – Robespierre riteneva che la Cassazione dovesse essere congegnata come una sezione del legislativo<sup>10</sup>.

## 2. Uniformità giurisprudenziale, unità nazionale e autonomia della scienza giuridica

Lo studioso lombardo criticava in primo luogo l'idea di artificiosa uniformazione dell'ordine giuridico che era sottesa alla Cassazione. Egli dissentiva in maniera netta dalla tesi secondo cui l'uniformità della legislazione civile, prima ancora che quella delle leggi amministrative e politiche, era necessaria ad assicurare la concordia di un popolo.

*Lezioni di Storia della codificazione. Il Code civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, Giappichelli, Torino 2004, p. 19.

<sup>7</sup> CARCANO, *Sul quesito*, cit., pp. 18-19.

<sup>8</sup> Ivi, pp. 14-15.

<sup>9</sup> G. ASTUTI, *La codificazione del diritto civile*, in ID., *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 1984, II, pp. 818-825; I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'Età moderna*, Giappichelli, Torino 2002, pp. 555-575.

<sup>10</sup> CARCANO, *Sul quesito*, cit., pp. 19-20.

Come se negli Stati Uniti – obiettava Carcano – fosse stata la «differenza di codici» a causare la guerra di secessione. A seguire quel punto di vista, la Cassazione sarebbe diventata il «palladio dell'unità italiana», per cui – scriveva ironicamente il giurista – il solo esprimere dei dubbi su quell'organo si sarebbe configurato come una fattispecie di «attentato di lesa patria». Carcano ammetteva che l'unità delle leggi civili era necessaria all'unità di un popolo. Ma quell'unità, a suo avviso, poteva essere garantita solo da un «codice nazionale» che fosse autentica espressione del sentire del popolo.

Nel contempo lo studioso diceva di non comprendere il valore dell'uniformità dell'interpretazione. E soprattutto di non comprendere «come una concordia generale fra i fratelli d'Italia» potesse «scaturire dal comando della Corte di cassazione». Peraltro uniformità – puntualizzava il giurista – era termine di qualità, non di rapporto. Era uniformità quella «tremenda [...] dell'inferno» come il «sempre uguale fruire del paradiso». Lo stesso errore poteva essere uniforme. Uniformità era un termine che poteva «stare tanto alla giurisprudenza turca, come alla giurisprudenza francese»<sup>11</sup>. Riecheggiando un *topos* che aveva circolato ampiamente nella cultura settecentesca (basti pensare a Rapolla, Briganti e Martinelli) Carcano additava i tribunali turchi come la negazione dell'idea stessa di giustizia.

La verità era che la Cassazione minacciava lo sviluppo della scienza giuridica. D'altro canto, non era stata «la vaghezza della giurisprudenza» ad aver imposto «il sindacato di» quell'«alta polizia della Corte suprema». Anche a voler ipotizzare che fosse basso il livello qualitativo dei magistrati, era difficile credere che i loro errori rischiassero di far irrompere «l'anarchia sulla faccia d'Italia». In realtà, lo scopo della Cassazione era di intervenire su quelle «discrepanze» della scienza che erano naturali e grazie alle quali questa si sviluppava. Servendosi di un'immagine efficace, Carcano scriveva che era dall'attrito che scoccava la scintilla. Brillante era anche la successiva sottolineatura dell'antitesi che vi era fra la «monarchia senza controllo» della Cassazione e la «democratica repubblica della scienza». A ciò seguiva l'importante puntualizzazione secondo cui la scienza era l'unica a poter proseguire l'opera iniziata dai codici. Carcano parlava al riguardo significativamente della «naturale fecondità della giurisprudenza».

<sup>11</sup> Ivi, pp. 23-25.

Questa non si limitava a ripetere. L'interprete, quello di Dante come quello di un codice, intendeva «con atto del proprio pensiero».

Ma solo un pensiero autenticamente nazionale poteva dar vita a una giurisprudenza capace di completare, fecondare e rendere più ricca e potente la legge. Carcano rammentava di aver espresso quel punto di vista già nel 1859, opponendosi al trasferimento a Vienna del Senato lombardo-veneto che sedeva a Verona. In quell'occasione aveva sostenuto che era assurda la pretesa di creare una giurisprudenza «fuori del sentimento nazionale» come lo era imporre a una nazione la filosofia, l'arte, la letteratura e la lingua. Creare un tribunale «incaricato di dirigere, correggere, sindacare» voleva dire «mettere insieme [...] una giurisprudenza fittizia, [...] non la giurisprudenza scienza, non una giurisprudenza nazionale». E poiché il sentimento nazionale finiva inevitabilmente per respingere una giurisprudenza artificiale, siffatta giurisprudenza non era in grado di dare alcun contributo all'unità del paese. D'altro canto, non vi era artificio o arbitrio di legislatore che potesse dar vita a una giurisprudenza. Che poteva vivere solo se «liberrissima»<sup>12</sup>.

Valorizzazione della creatività della dottrina giuridica e valorizzazione della tradizione nazionale facevano tutt'uno in Carcano. Egli auspicava la nascita di una giurisprudenza nazionale, ossia «creata non dalla imposizione di un ufficio, ma, fra la lotta delle opinioni, dal consenso della scienza; eccitamento ed incremento di intelligenza e di virtù nazionale». L'esperienza mostrava *a contrario* come tutti i governi dispotici non avessero trovato modo migliore per dominare di quello consistente nel colpire i popoli nelle «loro naturali attitudini»<sup>13</sup>.

### 3. *Le incongruenze del rinvio*

Era alla luce di quelle molto rilevanti posizioni di ordine generale che Carcano esaminava il meccanismo del rinvio, che, come egli scriveva con una punta di ironia, finiva per imporre alla Cassazione una «soverchia moderazione» e «timidità». Attraverso il rinvio il «comando» della Cassazione operava infatti per un solo tribunale e per una sola causa. Perciò, lo studioso si chiedeva a cosa servisse quella «timida infallibilità». Essendo la Cassazione a detenere lo «scettro», sarebbe

<sup>12</sup> Ivi, pp. 27-34.

<sup>13</sup> Ivi, p. 149.



stato più congruo consentirle di farsi valere «pel presente e pel futuro, [...] per tutte le cause e per tutti i tribunali», dando forza di legge alle sue pronunce.

Peraltro, era scarso il numero delle cause che pervenivano al giudizio della Cassazione. Le parti rinunciavano il più delle volte a far valere le loro ragioni, scoraggiate dalle spese e dal timore che le liti non vedessero mai la fine. Inconveniente a cui si sarebbe potuto ovviare solo prevedendo che il ricorso in Cassazione fosse promosso d'ufficio dal Pubblico Ministero. Molte cause erano poi sottratte al sindacato della Corte perché veniva eccepita con molta larghezza l'esistenza di difetti di forma nei ricorsi. Il che era palesemente contraddittorio: da un lato la Cassazione era istituita per censurare i giudici inferiori, dall'altro non si faceva nulla per agevolare il riesame delle pronunce di questi ultimi. Ma la miriade di sentenze non sottoposte all'esame della Corte entrava nelle raccolte di giurisprudenza, influenzando avvocati e giudici e così incrinando – era implicito – la pretesa uniformità garantita dal supremo organo giurisdizionale.

Frequente era inoltre la 'ribellione' dei giudici inferiori agli orientamenti della Cassazione. D'altro canto, una loro acquiescenza sarebbe stata in contrasto con la natura umana, insofferente a «venire [...] regolata [...] dal prossimo». Di qui la solidarietà tacita, ma potente, che si riscontrava fra i giudici inferiori nel confermare i loro orientamenti interpretativi contrastanti con quelli della Corte. A ciò si aggiungevano le oscillazioni della giurisprudenza della Cassazione, che accrescevano l'incertezza e diventavano «causa diretta di perturbazione» per quella stessa giurisprudenza di cui la Corte avrebbe dovuto «essere infallibile regola ed esempio». Carcano non mancava perciò di citare la proposta, formulata nel 1837 alla Camera dei deputati francese da Cambon, di rendere vincolante la giurisprudenza della Cassazione per tutti i tribunali e per la Cassazione stessa. Proposta che Carcano commentava ironicamente, scrivendo che essa avrebbe fatto perlomeno chiarezza, non essendo possibile stare nello stesso tempo «fra gli immortali» e «fra gli uomini, possedere una mezza umanità, ed una mezza divinità»<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Ivi, pp. 40-46.

#### 4. *L'astrattezza dei dogmi illuministici e la pervasività della politica*

A ridurre «al nulla l'imperio della Corte» era la «singolare separazione che si volle introdurre tra giudizi sul diritto e giudizi sul fatto». Su quella separazione, che ripugnava «alle leggi dell'umano intelletto»<sup>15</sup>, Carcano tornava a più riprese nel suo scritto. Essa era, a suo avviso, una dimostrazione delle assurdità a cui conduceva l'imitazione dei modelli francesi. In realtà, la nascita della Cassazione era uno dei frutti più caratteristici di quella scuola di ideologi riformatori, affermatasi in Francia nella seconda metà del Settecento, che aveva avuto nell'*Encyclopédie* «le sue pandette» e che aveva fatto «i suoi esperimenti sociali e politici nel periodo della Rivoluzione». Quei pensatori, riflettendo su un ordine sociale e politico in disfacimento, non avevano dubbi sulla possibilità di realizzare una trasformazione radicale della società. Ritenevano che questa, «come duttile materia», si lasciasse «modellare alle forme del loro mondo filosofico, e ricevere obbediente dalla filosofia il proprio rimedio: e lieti e fidenti delle filosofiche loro intuizioni, meno che ad altro, pensarono ad intendersela colla natura delle cose, e colla storia». Di qui le «appassionate immagini dell'uomo innocente e felice, dell'uomo libero e contento sotto la sua rustica capanna, in riva al natio suo ruscello, nello stato della vergine natura, prima di essere pervertito dai falsi ordini della società e dei Sovrani; e specialmente da quei due sommi fattori di corruzione, la religione e la proprietà». Di quei paradossi e di quei luoghi comuni contenuti nelle opere di Morelly, Diderot e Rousseau si era alimentata «la vigorosa e truce eloquenza» di un Robespierre e di un Saint-Just.

L'accento cadeva sull'astrattezza dei dogmi illuministici che si era preteso di mettere in atto all'indomani della Rivoluzione. Al riguardo, Carcano evocava significativamente le feste dedicate a virtù come la verità, la giustizia, l'amicizia e la frugalità<sup>16</sup>.

Lo studioso riteneva frutto di astrazione anche la 'bilancia politica' prefigurata da quei legislatori nel forgiare le istituzioni. Ad esempio, Saint-Just era arrivato a proporre la creazione di una censura, ossia di un organo che avrebbe dovuto servirsi di delatori per sorvegliare funzionari e magistrati. Ebbene, la Cassazione era stata istituita nell'«intento di introdurre anche nel seno dell'Autorità giudiziaria il grande principio della *controlleria* dei poteri». Infatti, le era stato attri-

<sup>15</sup> Ivi, pp. 50-51.

<sup>16</sup> Ivi, pp. 58-60.

buito il solo giudizio di diritto nell'intento di evitare che acquistasse un potere esorbitante<sup>17</sup>.

Sia la Cassazione che il Pubblico Ministero erano espressione del «carattere tutto politico delle istituzioni create dalla grande Costituente di Francia». Quella «grande Assemblea» (la ripetizione dell'aggettivo era indiscutibilmente rivelatrice della consapevolezza, da parte dello studioso, della radicalità delle trasformazioni realizzate da quell'organo), essendo animata dall'intento di «cambiare [...] la faccia e lo stato politico alla Francia [...] indirizzò a questo scopo ogni suo pensiero, e così impressionò e colorò tutto di politica». Carcano poneva l'accento sulla stretta connessione esistente fra la Cassazione, magistratura per la legge e quindi magistratura politica, e il Pubblico Ministero, che era posto anch'esso a presidio della legge ed era quindi anch'esso una magistratura politica<sup>18</sup>.

Quella pervasività della politica per Carcano era un'aberrazione. Ma in quegli eccessi aveva le sue radici la Cassazione, che trovava pertanto piena giustificazione nell'«intelletto» dei tempi. Quell'organo non era «un'eccentricità nè un capriccio», ma, come tutte le altre istituzioni nate dalla Rivoluzione francese, «una forma della filosofia dell'epoca». In Italia, invece, la Cassazione, privata di quelle radici, non poteva trovare altra spiegazione che in uno spirito di servile imitazione. L'Italia, edotta della prova fallimentare della Cassazione francese, non avrebbe dovuto avere esitazioni a lasciarsi alle spalle quell'esperimento, traendo ispirazione dalle sue tradizioni, che erano impennate sul convincimento della stretta connessione di fatto e diritto<sup>19</sup>.

Rifacendosi a Tocqueville, Carcano citava inoltre come un esempio virtuoso quello dell'organizzazione dei poteri negli Stati Uniti d'America, dove i giudici esercitavano una forte influenza politica senza rinunciare ai caratteri peculiari della giurisdizione. Ciò era avvenuto perché quei giudici avevano il potere di disapplicare le leggi contrarie alla Costituzione. E il loro intervento era tanto più efficace in quanto non attaccavano le leggi in maniera teorica e generale, ma nel corso della loro applicazione ai casi particolari<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Ivi, p. 60.

<sup>18</sup> Ivi, p. 196.

<sup>19</sup> Ivi, p. 63.

<sup>20</sup> Ivi, pp. 61-64. Tocqueville aveva posto l'accento sull'assoluta peculiarità della «costituzione del potere giudiziario» degli Stati Uniti. Non vi era avvenimento politico – aveva scritto lo studioso – in cui non fosse invocata l'autorità del giudice; eppure i

In Francia, invece, – si potrebbe dire alla luce delle premesse del ragionamento di Carcano – era riconducibile alle astrazioni della ‘bilancia politica’ anche l’escogitazione del rinvio che la Cassazione era tenuta a effettuare al giudice inferiore. Mentre infatti, dando vita a quella magistratura, si era riconosciuto che l’uniformità della giurisprudenza avrebbe potuto essere assicurata dall’istituzione di un giudice di ultima istanza, si era nel contempo sostenuto che non sarebbe stato possibile porre alcun limite agli abusi di una magistratura suprema che, trascendendo i limiti delle sue attribuzioni, invece di applicare le leggi vigenti, ne creasse, di fatto, delle nuove, surrogando quelle vigenti con una giurisprudenza del tutto disancorata da esse. Il che sarebbe stato inevitabile qualora a quell’organo fosse stato consentito di rendere generale e uniforme la giurisprudenza imponendo i propri orientamenti ai tribunali inferiori. Invece, attribuendo alla Cassazione la semplice facoltà di annullare la sentenza e obbligandola a rinviare la causa a un altro tribunale, le era stato conferito un potere meramente negativo<sup>21</sup>. Insomma – chiosava Carcano – si era fatto in modo che, attraverso il rinvio, la Cassazione censurasse i tribunali inferiori e questi ultimi a loro volta censurassero la Cassazione. Ma lo studioso lombardo obiettava che un controllo era configurabile solo fra poteri supremi e indipendenti, non fra magistrature che, appartenendo allo stesso ordine, si trovavano reciprocamente «in rapporto di dipendenza e di superiorità». Gerarchia e controllo erano incompatibili<sup>22</sup>.

tribunali americani non avevano che «attribuzioni e abitudini giudiziarie». Ciò a differenza del Parlamento di Parigi della Francia d’Antico Regime, la cui azione politica si manifestava apertamente. Ebbene, quando il giudice si pronunciava su una legge senza prendere le mosse da un processo, usciva dalla sua sfera e penetrava in quella del potere legislativo. Invece, la potenza dei giudici americani, che avevano modalità di azione non dissimili da quelli degli altri paesi, era derivata dal fatto che avevano il diritto di fondare le loro sentenze sulla Costituzione. Da un lato, rifiutando l’applicazione di una legge, questa perdeva gran parte della sua forza morale. Dall’altro, tuttavia, quel risultato era conseguito senza attaccare frontalmente la legge. Ciò dava ai tribunali americani un «immenso potere politico». Cfr. A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, lib. I, parte I, cap. VI, in ID., *Scritti politici*, II, a cura di N. Matteucci, Unione tipografico-editrice torinese, Torino 1968, pp. 122-127.

<sup>21</sup> CARCANO, *Sul quesito*, cit., pp.76-78.

<sup>22</sup> Ivi, pp.159-160.

### 5. *Senso comune e ragione giuridica*

Carcano teneva inoltre a sottolineare che il rinvio era in contraddizione col «senso volgare», al quale appariva incomprendibile che la Cassazione, mentre censurava una sentenza come «Autorità suprema», si esponesse a essere «censurata e cassata [...] dal giudice del primo rinvio»<sup>23</sup>. Non era infrequente, come si vedrà, che lo studioso lombardo prendesse le distanze dalla privativa tecnicistica dei giuristi. Le istituzioni – scriveva –, anziché dei soli tecnici, «incaricati di muovere la macchina», dovevano tener conto del «senso comune». Perciò, anche il sistema della Cassazione andava sottoposto al vaglio del senso comune, ossia alla valutazione di quegli uomini che, «educati a lunghi e pratici studi [...] anche senza essere speciali dell'arte», sapevano giudicare sui principî ai quali doveva ispirarsi l'amministrazione della giustizia<sup>24</sup>. Qui 'senso comune' stava per capacità di discernimento degli intellettuali non giuristi. Un'ulteriore conferma del fatto che Carcano era consapevole della necessità di aprire la scienza giuridica al confronto con gli altri saperi. Ed era sempre sui saperi extragiuridici che egli fondava l'impossibilità di distinguere il diritto dal fatto. Distinzione su cui, come rammentava lo studioso, aveva espresso dubbi già Dumoulin. Fra l'altro, Carcano citava Federigo Sclopis, che, nella sua «preziosa operetta» sulla magistratura, aveva proposto l'istituzione di un tribunale supremo che conoscesse contemporaneamente del punto di diritto e del merito della causa<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Ivi, p. 76.

<sup>24</sup> Ivi, p. 79.

<sup>25</sup> Ivi, pp. 82-83. Sclopis aveva fatto discendere dall'incertezza dei confini fra interpretazione e produzione del diritto la necessità di istituire un'autorità superiore col compito di vigilare sui progressi del diritto e intervenire ogni volta che sorgessero dubbi sull'interpretazione di una legge. In mancanza di tale organo si sarebbe potuto affidare l'interpretazione a un corpo giudiziario analogo alla Corte di cassazione operante in Francia. Quella magistratura avrebbe potuto esercitare sull'amministrazione della giustizia «la salutare influenza» che avevano avuto nella Roma antica il pretore e i giureconsulti. Sclopis sembrava auspicare per quell'organo un ruolo fortemente creativo. Infatti, scriveva che esso avrebbe potuto effettuare quell'interpretazione estensiva e restrittiva (diversa dalla «vera interpretazione»), che eccedeva i poteri del giudice ordinario. Ma, secondo il giurista, per adempiere tale funzione, quel tribunale avrebbe dovuto conoscere «contemporaneamente del punto di diritto e nei meriti della causa». In tal modo si sarebbe evitato il rinvio della causa dal tribunale regolatore ad un tribunale ordinario perché ne decidesse «i meriti». Oltre che un dispendio di tempo e di denaro, il rinvio comportava infatti l'«inconveniente gravissimo di porre in contatto le

Invece la Cassazione era «la magistratura delle massime, delle definizioni, in una parola, della scienza legale». Il che significava che essa non era preposta all'esercizio della giurisdizione, la quale consisteva nel combinare giudizio di fatto e giudizio di diritto. La Cassazione pronunciava, sotto forma di sentenza, quella che non era se non «una tesi di professore di diritto, un commento». Ma la scienza giuridica poteva fare del tutto a meno della Cassazione: «Ed hanno forse bisogno di questi apparati professori di diritto e scrittori di materie legali, che pure non si occupano che di questi medesimi studi e di queste stesse dottrine?»<sup>26</sup>.

Dopo aver espresso più di un apprezzamento per il senso comune dei non giuristi, Carcano valorizzava fortemente il ruolo della scienza giuridica. Questa non aveva bisogno di artificiali supporti esterni. Era la scienza l'architrave degli assetti giuridici.

#### *6. Separazione dei poteri e difesa della libertà scientifica*

L'esistenza di una magistratura dotata della facoltà d'interpretare 'autenticamente' le leggi e quindi di emanare leggi fuori dalle forme previste dallo Statuto si configurava peraltro come un'«infrazione» allo stesso Statuto. Quell'«infrazione» veniva spesso giustificata con l'argomento secondo cui alcune controversie interpretative, piuttosto che da imperizia dei giudici, dipendevano da imprecisioni, ambiguità o altri errori delle leggi, e, siccome non era opportuno portare quelle materie controverse di modesta portata all'esame del Parlamento, era preferibile deferirne il giudizio alla Cassazione. Ma Carcano obiettava che non potevano certo ritenersi modeste controversie interpretative gli «enigmi legislativi» in cui era «in causa [...] la legge medesima».

Comunque, la legge francese del 30 luglio 1828 con cui era stata affidata al re l'interpretazione autentica era stata il segno del precoce fal-

giurisprudenze divergenti di vari tribunali e di costringere l'uno a seguire le norme imposte dall'altro». Per cui sovente quel sistema, «invece di procurare l'uniformità», produceva «collisioni». Peraltro, ammettere che una sentenza di tribunale destinata a «far legge» solo fra «le parti litiganti» potesse «estendersi come precetto legislativo ai casi simili che si» presentassero «all'avvenire» avrebbe significato ammettere che accanto, anzi «al di sopra» della legge, sorgeva «l'oracolo del tribunale regolatore». Il che rischiava di causare abusi. Cfr. F. SCLOPIS, *Della autorità giudiziaria*, Stabilimento tipografico Fontana, Torino 1842, pp. 41-43.

<sup>26</sup> CARCANO, *Sul quesito*, cit., pp. 91-93.

limento del tentativo di affidare alla Cassazione una funzione paralegislativa. Il commento era ironico: «così la Francia borbonica era osservante della disciplina dei poteri»<sup>27</sup>. Insomma, da un governo della Restaurazione era venuta una lezione di politica costituzionale che non aveva perso la sua attualità.

Nell'opera di Carcano la difesa della separazione dei poteri e quella della libertà scientifica facevano tutt'uno. Nella sua polemica con la Cassazione il giurista parlava di una «ragione sopra la ragione», di una «scienza armata in magistratura» che condannava all'indice e dispensava patenti di ortodossia, pretendendo di mettere una «cattedra gestatoria nei tabernacoli della Chiesa protestante del libero esame [...]», come in un'altra Chiesa si dogmatizza sulla immacolata concezione». Era inaccettabile la pretesa che esistesse una «scienza autorizzata», una «scienza-potere». I dettami della scienza non potevano legittimarsi che da sé stessi. Invece, legittimando le opinioni scientifiche attraverso l'autorità, non si faceva che ostacolare i progressi naturali della scienza e si rischiava di eternizzare errori che, in sé, erano transitori e accidentali<sup>28</sup>.

Carcano non taceva peraltro che in Francia gli orientamenti della Cassazione erano palesemente sollecitati dalle convenienze del Governo. E che questo non si asteneva dall'effettuare accurate indagini sulle opinioni politiche dei magistrati destinati a farne parte. Ma la disamina dello studioso lombardo non si limitava alla denuncia. Le sue polemiche non erano prive di ariosità culturale. Ad esempio, nel ribadire che la Cassazione era in stridente contrasto con la libertà della scienza, riecheggiava la lotta contro la tirannia delle opinioni dominanti e la polemica antiaristotelica che erano state proprie del pensiero della crisi della coscienza europea. Scriveva infatti che in passato tutte le scienze avevano avuto le loro autorità magistrali, a cominciare da Aristotele. Il «nome dello Stagirita, canonizzato maestro in filosofia», era stato tale da poter accendere contro i «ricalcitranti anche i roghi dell'inquisizione». Ma per fortuna le scienze avevano «licenziato» da tempo «tutori» e «protettori»<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Ivi, pp. 94-96.

<sup>28</sup> Ivi, pp. 98-99.

<sup>29</sup> Ivi, pp. 101-103.

### 7. *Superare l'autarchia disciplinare della scienza giuridica*

Era paradossale che avesse bisogno di appoggiarsi all'autorità quel «ceto legale» che un tempo era stato «il più libero ed ardimentoso di tutti». Libertà intellettuale in riferimento alla quale Carcano evocava le formule, contenute nel titolo *De justitia et jure* del Digesto, che nel Medioevo e nell'Età moderna erano state poste a fondamento dell'autocelebrazione giuridica<sup>30</sup>. In realtà, lo studioso lombardo forniva una rappresentazione edulcorata della scienza giuridica, trascurando di considerare quanto per secoli fosse stato massiccio e pervasivo l'ossequio alle opinioni dominanti da parte dei giuristi. Ma non era certo priva di significato l'esaltazione che egli faceva della libertà intellettuale contro il dogmatismo. Egli notava, fra l'altro, che, se fosse stato vantaggioso unificare il pensiero attorno a una verità comune, quel vantaggio avrebbe dovuto riguardare tutte le scienze. Tanto più che ben più rilevanti di una questione in materia di pegno erano i problemi dell'essere, del conoscere e quelli relativi al fine dell'uomo e alla «vita futura». Ma, prima di tentare eventualmente quella «solidificazione» del sapere, ci si sarebbe dovuto chiedere cosa fossero la scienza del diritto, la giurisprudenza e l'ermeneutica legale. È significativo, al riguardo, che Carcano si pronunciasse nettamente contro l'autarchia disciplinare della scienza giuridica. Ma è ancora più significativo che egli sottolineasse che il diritto, oltre a essere parte della morale, aveva una stretta affinità con l'economia politica, «che dà la cognizione di quei fenomeni sociali, che sono il sostrato di fatto» del mondo giuridico<sup>31</sup>.

Coerentemente, era dai saperi extragiuridici, a cominciare dalle scienze fisiche e chimiche, che Carcano traeva indicazioni circa l'impossibilità di separare il diritto dal fatto. Ma che non potesse «dispensarsi da un fenomeno» – aggiungeva – era dimostrato persino da «quella [...] fra le scuole metafisiche, che» aveva fatto «la massima astrazione dal mondo dei fenomeni», ossia «quella di Hegel». Anche

<sup>30</sup> Ivi, pp. 103-104. Sui dispositivi ideologici dell'autocelebrazione giuridica cfr. R. AJELLO, *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Jovene, Napoli 1976, *passim*; M. MONTORZI, *Fides in rem publicam. Ambiguità e tecniche del diritto comune*, Jovene, Napoli 1984, pp. 119-132; D. QUAGLIONI, *Autosufficienza e primato del diritto nell'educazione giuridica umanistica*, in *Sapere e/è potere. Discipline, dispute e professioni nell'Università medievale e moderna*, II, Istituto per la Storia di Bologna, Bologna 1990, pp. 125-134; E. CORTESE, *Il Rinascimento giuridico medievale*, Bulzoni, Roma 1992, p. 41.

<sup>31</sup> CARCANO, *Sul quesito*, cit., pp. 104-106.



per le filosofie spiritualiste (alle quali Carcano ascriveva quella di Kant) la natura e l'esperienza erano necessarie alla cognizione e al giudizio. Dalla stessa definizione montesquieuiana della legge, che secondo Carcano «l'illustre francese» aveva mutuato dai «giureconsulti romani», si traeva infine conferma del fatto che non vi erano cose senza leggi né leggi senza cose<sup>32</sup>.

#### 8. *Contro la politicizzazione del diritto privato*

Il giurista lombardo ribadiva tuttavia che ciò che trovava censurabile della Cassazione, prima ancora delle «sue vaghezze» e delle «sue scientifiche eccentricità», era la sua «intonazione politica». Giudizio che gli offriva lo spunto per denunciare la politicizzazione di ambiti della vita sociale che avrebbero dovuto restare immuni da quelle indebite ingerenze: «Pare a me che anche troppo si parli di interessi politici ai dì nostri». La politica, oltre a informare l'ordinamento giudiziario, aveva invaso ormai persino il Codice civile, dove istanze di ordine pubblicistico avevano finito per comprimere l'autonomia privata, che era «la ragione specifica del diritto civile». Carcano citava l'esempio dell'art. 433 del Codice civile, che prevedeva che l'usufruttuario potesse fare «locazioni valiture per cinque anni, anche dopo cessato l'usufrutto». Il che significava comprimere per altri cinque anni il diritto del proprietario. Quella disposizione, secondo Carcano, sovvertiva «per un non grande interesse politico» uno dei fondamentali principi di ragione su cui era imperniato il Codice civile. Lo studioso non metteva in discussione che la «sociabilità» potesse dispiegare la sua influenza anche sul diritto privato. Lo stesso diritto romano offriva numerosi esempi di transazione fra *jus* ed *aequitas*. Ma con la disposizione dell'art. 433 del Codice civile non si era avuta una semplice transazione. Si era verificato «un totale sovvertimento». Il diritto politico aveva invaso un campo non proprio e il diritto privato si era ritirato del tutto. Contro quell'invadenza Carcano si rifaceva ancora una volta all'esempio degli Stati Uniti d'America, il paese in cui la magistratura riusciva a tenere testa vittoriosamente ai condizionamenti della politica. Negli Stati Uniti il potere giudiziario era ordinato in maniera «da

<sup>32</sup> Ivi, pp. 111-116.

resistere anche alle esorbitanze della più energica ed impetuosa delle democrazie»<sup>33</sup>.

### 9. *In difesa della Terza istanza*

Dopo aver criticato la Cassazione, Carcano dedicava un'analitica confutazione alle critiche rivolte alla Terza istanza<sup>34</sup>. Fra l'altro, richiamava il punto di vista secondo cui in uno Stato esteso un tribunale a cui fossero portate in ultima istanza tutte le cause avrebbe rischiato di diventare pericoloso. A dimostrazione di quel rischio veniva evocato lo spettro dei Parlamenti francesi. Ma a quell'argomento lo studioso lombardo replicava che i Parlamenti operavano in una situazione, quella del «medio evo» (sintagma che egli riferiva chiaramente all'intero Antico Regime), in cui monarchia, Parlamenti, nobiltà, clero e corporazioni valevano quanto sapevano farsi valere, ossia in un assetto dei poteri caratterizzato da rapporti di forza mutevoli fra i protagonisti della scena politica e sociale. Peraltro, i Parlamenti francesi, già alla vigilia della Rivoluzione, avevano perso ogni influenza. Evocarne lo spettro era come «spaventarsi» per la «minaccia di un ritorno di Papa Ildebrando», dell'Inquisizione e del «feudalismo, in una parola del medio evo»<sup>35</sup>.

Erano di segno diverso le critiche rivolte alla Terza istanza da chi sosteneva che essa, costretta a disperdersi nei dettagli del fatto, avrebbe rischiato di degenerare in un piatto empirismo. Non mancava però chi paventava il rischio opposto, ossia che la Terza istanza si affrancasse dalla stretta legalità alla ricerca dell'equità naturale. Ma un «simile cozzo di opinioni e di impulsi» non era estraneo alla Cassazione. Già quella francese aveva inteso in modi diversi l'interpretazione, talvolta limitando quest'ultima al singolo passo del testo legislativo talaltra avvalendosi della consuetudine e della giurisprudenza precedente<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Ivi pp. 138-139.

<sup>34</sup> Sull'alternativa fra Cassazione e Terza istanza nei dibattiti ottocenteschi cfr. M. MECCARELLI, *Le Corti di cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Giuffrè, Milano 2005.

<sup>35</sup> CARCANO, *Sul quesito*, cit., pp. 55-57.

<sup>36</sup> Ivi, pp. 162-163.

Fra le obiezioni rivolte alla Terza istanza vi era poi quella di essere impari all'«alto mandato» e alle «quistioni di diritto costituzionale o pubblico» che i «nuovi ordini politici» affidavano alla magistratura. In sostanza, si insinuava che la Terza istanza non avrebbe avuto sufficiente forza per far fronte ai risentimenti del popolo e alle «ire di partiti potenti». Ma – obiettava Carcano – a quelle pressioni potevano essere sensibili anche i giudici della Cassazione.

Pronta era anche la replica all'argomento secondo cui la Terza istanza, non potendo prescindere dal fatto, finiva inevitabilmente per degenerare nell'empirismo e nella casistica. Carcano obiettava che, se i fatti fossero stati le tenebre della giurisprudenza, tutta la giurisprudenza d'Antico Regime non sarebbe stata «che un lungo brancicare nelle tenebre»<sup>37</sup>. Qui lo studioso lombardo rivendicava in maniera significativa l'eredità della scienza giuridica di diritto comune.

Al riguardo egli non solo ribadiva che senza esperienza e materia non poteva esservi giurisprudenza, ma sottolineava che apparivano incomprendibili le critiche rivolte alla casistica. Egli diceva di non riuscire a concepire «altra giurisprudenza» che non fosse «casista». La critica di risolversi nella casistica poteva essere fondatamente rivolta a una legislazione che, «procedendo senza insieme di principii, si riducesse ad una empirica enumerazione di casi». Casistica era infatti un termine che alludeva in particolare ai difetti delle codificazioni, specie di quella civile. Che doveva avere ad oggetto «l'universalità della vita civile». L'universale, infatti, non si lasciava costringere «in una enumerazione di casi». Il magistrato, al contrario, non aveva «missione, che per i singoli casi» a lui sottoposti. Richiamando Borsari, Carcano teneva poi a sottolineare che era stata la sensibilità pratica il pregio della giurisprudenza romana. Non a caso erano stati i giuristi romani a definire il diritto *ars boni et aequi*, ponendo l'accento sull'«impasto del diritto col fatto»<sup>38</sup>.

#### 10. *La scientia juris scientia baconiana ante litteram*

Ma l'attenzione di Carcano era focalizzata in primo luogo sulla contrarietà della Cassazione a una visione aperta e cooperativa della scienza. Quell'organo evocava epoche in cui le scienze si arroccavano,

<sup>37</sup> Ivi, pp. 167-171.

<sup>38</sup> Ivi, pp. 172-179.

non comunicavano fra di loro, erano «disdegnose dei volghi» e chiuse in corporazioni e collegi. Ma l'apprezzamento per la libertà scientifica non era disgiunto in Carcano dalla sottolineatura del valore fondante della tradizione. O meglio del nucleo vitale della tradizione, quello non superato dai progressi scientifici. Una corte conservatrice di ciò che si riteneva non potesse conservarsi da sé – notava il giurista – serviva solo a conservare ciò che non aveva «ragione di stare e di essere» e mantenere in vita tradizioni superate dal «progresso maturato nella scienza». Viceversa, per conservare le tradizioni autenticamente feconde non c'era bisogno di un ufficio che le tenesse in vita<sup>39</sup>. Ma la difesa della tradizione non portava Carcano ad apprezzare la privativa tecnicistica dei giuristi, da cui, come si è visto, egli prendeva nettamente le distanze. Contro ogni tentazione di arroccamento stava peraltro l'esempio delle scienze moderne, che non temevano di contaminarsi con la prassi e di divulgare le proprie acquisizioni. L'accento cadeva sui benefici dell'istruzione popolare, ma anche sull'arricchimento che la scienza traeva dal contatto col popolo. Quell'interazione consentiva una crescita complessiva. Pertanto, Carcano apprezzava la pubblicazione, da parte di Enrico Rosmini, di un *Compendio popolare del nuovo codice civile* e non mancava di salutare con favore il fatto che Antonio Mosca nel 1866 avesse dato inizio a un corso di lezioni di Diritto costituzionale «che erano state onorate da numeroso concorso»<sup>40</sup>.

L'Autore teneva nel contempo a sottolineare che nella giurisprudenza d'Antico Regime il diritto scaturiva dai fatti. Il «metodo baconiano, cioè l'osservazione, governava incontrastato le discipline legali» prima ancora che Bacone «venisse ad insegnarlo alle altre scienze»<sup>41</sup>. Della scienza giuridica d'Antico Regime Carcano esaltava la vocazione empirica, tacendo il formalismo e gli *arcana juris* che di quella scienza pure erano caratteri fondamentali.

Ma egli insisteva sul paradosso per cui quei «legali» che avevano adottato il metodo sperimentale prima di Bacone lo avevano dismesso nel 1790 con la nascita della Cassazione. Ciò che rendeva «curioso il fenomeno e degno di figurare in una storia della filosofia» era il modo in cui si era affermata l'idea, «nemica dell'osservazione», che era posta a fondamento dell'istituto. In generale – notava lo studioso –, le nuove

<sup>39</sup> Ivi, pp. 181-183.

<sup>40</sup> Ivi, pp. 184-185. Cfr. E. ROSMINI, *Compendio popolare del nuovo Codice Civile del Regno d'Italia*, Editori della Biblioteca utile, Milano 1866.

<sup>41</sup> CARCANO, *Sul quesito*, cit., p. 186.

idee erano precedute «da una laboriosa gestazione» e avevano bisogno di tempo per affermarsi, dovendo imporsi su altre ad esse contrarie. Invece, dell'idea della separazione del diritto dal fatto era possibile «contare anno, mese e perfino il giorno in cui esplose». Essa era nata come Minerva armata dalla testa di Giove. Era stata immediatamente accolta benché fosse un'assoluta novità: fino al giorno che aveva preceduto «il suo nascere, [...] sarebbe sembrata il rovescio e la contraddizione del senso giuridico di tutta umanità». La quale dal tempo delle XII Tavole non ne aveva avuto mai sentore. E se era comprensibile che quell'idea si fosse imposta nella Francia del 1790, «che tuonava le sue leggi fra i fulmini e le tempeste», il fatto che trovasse ancora credito nel 1866 era «un fenomeno mentale [...] meritevole [...] di occupare gli studi de' psicologi»<sup>42</sup>.

### 11. *L'infungibilità della giurisprudenza*

Comunque, la giurisprudenza francese non aveva certo guadagnato dall'istituzione della Cassazione. Infatti, la giurisprudenza elaborata da quell'organo non era certo migliore di quella degli antichi Parlamenti<sup>43</sup>. Era l'ennesima dimostrazione del forte apprezzamento di Carcano per i grandi tribunali d'Antico Regime. Come saggio delle aberrazioni a cui era capace di pervenire la Cassazione lo studioso citava invece una sentenza in cui si era affrontata «con molta sensibilità e copia di dottrina» la questione se l'omicidio per mandato potesse essere disciplinato sulla base del mandato civilistico<sup>44</sup>. Ma, ciò che era più grave, la nascita della Cassazione era stata all'origine della decadenza della scienza giuridica francese, ormai consistente in meri «lavori di commento». Netta era, al riguardo, la replica di Carcano alla tesi secondo cui la «scienza legale» non aveva più alcuno spazio dopo la codificazione: non vi era epoca – scriveva – che non offrisse occasioni agli sviluppi scientifici<sup>45</sup>. Lo studioso lombardo prendeva spunto dalla polemica contro quel punto di vista per sottolineare la centralità del ruolo della giurisprudenza.

<sup>42</sup> Ivi, pp. 187-189.

<sup>43</sup> Ivi, p. 189.

<sup>44</sup> Ivi, pp. 193-194.

<sup>45</sup> Ivi, p. 191.

Ma contro la Cassazione non rinunciava a spendere anche l'argomento diametralmente opposto, quello secondo cui vi era il rischio che essa effettuasse una troppo «libera» e «corriva» interpretazione. Il che poteva accadere quando il magistrato, per errore involontario, deviava dal «retto senso della legge» o quando addirittura 'riformava' scientemente i testi legislativi.

Carcano ammetteva che ciò avrebbe potuto verificarsi anche adottando il sistema della Terza istanza. Ma in tal caso l'arbitrio interpretativo non avrebbe potuto essere che transitorio e accidentale. Invece, con la Cassazione tendeva a diventare una tentazione perenne. Nella Terza istanza era il fatto stesso a porre un limite agli errori e agli ardimenti del giudice. Invece, nei magistrati di Cassazione veniva inculcata quotidianamente la convinzione di essere non una semplice magistratura, ma «un grande potere politico». In tal modo anche il magistrato intellettualmente più robusto finiva per perdere di vista il confine che separava i poteri propri da quelli del legislatore<sup>46</sup>.

Notevoli erano poi le considerazioni che lo studioso svolgeva in margine all'affermazione del «celebre Procuratore presso la Corte di cassazione» francese Dupin secondo cui quell'organo era avvezzo a leggere nei pensieri reconditi del legislatore. Al che Carcano obiettava che, stando a quell'affermazione, vi sarebbero state due leggi: quella pubblica, «gettata alle turbe a soddisfazione degli imbecilli», e quella recondita, «ad uso solo della Corte». Dire che il legislatore aveva pensieri reconditi equivaleva a restaurare gli *arcana imperii*. A meno che leggere nei reconditi pensieri del legislatore non significasse fargli pensare ciò che non aveva mai pensato, cioè tradire la legge<sup>47</sup>.

## 12. I punti di forza dell'Antico Regime italiano

La Terza istanza, peraltro, secondo Carcano, sarebbe stata ben più idonea della Cassazione a unificare la giurisprudenza perché, a differenza di quest'ultima, non avrebbe suscitato «contro di sè tante resistenze», *rectius*, come egli teneva a puntualizzare, «tanti nobili istinti dell'umana natura»<sup>48</sup>. Ma un argomento per Carcano era decisivo: le origini italiane della Terza istanza. Il suo atto di nascita era

<sup>46</sup> Ivi, pp. 194-197.

<sup>47</sup> Ivi, p. 197.

<sup>48</sup> Ivi, p. 199.

nell'«archivio di famiglia». Essa, lungi dall'essere il «precipitato frutto di ire politiche», non era che il prodotto di un «ponderato studio di miglioramenti civili» e un «maturato prodotto di graduale progresso»<sup>49</sup>. Ancora una volta Carcano esprimeva un drastico rifiuto del volontarismo politico. Le istituzioni migliori erano il frutto di riflessioni ponderate e di progressi gradualisti.

Il giurista diceva di non sentirselo di affermare che la Terza istanza era un'istituzione di origine romana, anche se alla sua base vi era innegabilmente quell'inscindibilità del giudizio di fatto e del giudizio di diritto che dal diritto romano derivava. Egli richiamava al riguardo Savigny per confutare la posizione di chi faceva discendere la separazione di quei due momenti dall'essere il *judex* il giudice del fatto e il pretore quello del diritto. La Terza istanza risaliva invece senz'altro al Medioevo, di cui Carcano difendeva in maniera convinta l'eredità giuridica. Solo chi era digiuno di studi di storia poteva ignorare che il Medioevo era stato «l'epoca più fervida degli studi del diritto». Ciò a confutazione di quanti ritenevano che «l'ascensione del pensiero italiano» fosse iniziata «colle novità di Francia del secolo scorso e coi codici francesi». Carcano ribadiva che era stata l'Italia a portare la scienza del diritto in Francia. Ed era stata l'educazione storica, imperniata sull'idea della stretta connessione fra teoria e pratica, che la giurisprudenza italiana aveva trasmesso alla Francia, ad aver conferito alla legislazione francese il suo carattere di buon senso. Dei Parlamenti francesi, che ribadiva di ritenere una magistratura illuminata, Carcano puntualizzava che «facevano giurisprudenza a vecchio metodo, cioè senza separazione dei giudizi». Anche a voler «vivere solo di lezioni di Francia», ci si sarebbe dovuti mettere perciò «subito a scuola della Francia del medioevo, dell'epoca cioè che precedette la rivoluzione»<sup>50</sup>. Puntualizzazione da cui si trae conferma del fatto che Carcano usava il termine Medioevo in un'accezione comprensiva dell'Antico Regime. Allora gli ordinamenti giudiziari erano certo «incomposti ed incompleti» (ammissione che suonava come un parziale riconoscimento dell'irrazionalità dell'organizzazione giudiziaria d'Antico Regime), ma si aveva fiducia nel diritto. La Rivoluzione francese era stata invece il prodotto di una filosofia scettica, che non credeva «più a nulla, nemmeno al diritto»<sup>51</sup>. Radicalismo filosofico e radicalismo antigiusprudenziale avevano

<sup>49</sup> Ivi, p. 211.

<sup>50</sup> Ivi, pp. 211-215.

<sup>51</sup> Ivi, pp. 215-216.

proceduto di conserva. Perciò, con la Rivoluzione francese l'istituzione giudiziaria era stata pervertita diventando uno strumento del potere.

Invece, nell'esaltare i punti di forza della tradizione italiana, Carcano teneva a sottolineare che la Terza istanza era stata operante nella Repubblica di Venezia, nello Stato pontificio, in Toscana e, ad opera dei Normanni e soprattutto di Federico II, nel Regno di Sicilia. È significativo, al riguardo, in particolare, che dell'organizzazione giudiziaria fridericiana Carcano esaltasse la razionalità e l'impermeabilità ai condizionamenti cetuali: tutte le giurisdizioni derivavano dal principe; leggi e magistrati erano uguali per tutti i cittadini. Per converso Carcano denunciava i guasti prodotti dall'influenza esercitata in Italia dalle innovazioni giuridiche nate all'indomani della Rivoluzione francese. Egli condivideva la valutazione secondo cui la codificazione, se da un lato aveva indiscutibilmente migliorato la disciplina dei «rapporti positivi», dall'altro aveva contribuito a bloccare lo sviluppo di una scienza giuridica nazionale, mentre era stato del tutto deleterio l'impianto di un'amministrazione di stampo napoleonico<sup>52</sup>.

In Carcano la difesa della tradizione si colorava di accenti di carattere nazionalistico. Egli scriveva che quando il mondo «giaceva» ancora «in una lunga notte», nelle «repubbliche» d'Italia si affrontavano già «i più grandi problemi del governo e del vivere civile». La Penisola era il solo astro che risplendeva in quella notte. In realtà, la demolizione della tradizione italiana era figlia di «quella scuola politica francese» per cui il passato era tutto da rifiutare<sup>53</sup>. La tradizione italiana si ergeva come una robusta muraglia contro il radicalismo francese.

La difesa della tradizione era stata già un *topos* della scienza giuridica del periodo preunitario. E già allora quella difesa aveva avuto ad oggetto non solo l'Italia, ma anche le singole realtà regionali. Analogamente, nello scritto di Carcano la Francia era comparata non solo all'Italia, ma anche alla Lombardia. L'accento cadeva sulla padronanza di sé dei lombardi, che avevano dato una dimostrazione della loro fibra nel contrastare la Roma papale, che era stata non a caso costretta a rendersi responsabile di vere e proprie carneficine per impedire che vi attecchissero le eresie. Non era difficile immaginare come i lombardi avessero accettato la Cassazione, che non era se non «il cattolicesimo romano introdotto nei tribunali e nella giurisprudenza». Invece, non

<sup>52</sup> Ivi, pp. 214-217.

<sup>53</sup> Ivi, p. 219.



era un caso che la Cassazione avesse attecchito in Francia, ossia presso il «popolo [...] più fatto per lasciarsi governare e regolamentare»<sup>54</sup>.

Il volume di Carcano era ricco di spunti storici e teorici. Ma l'intento perseguito dallo studioso era eminentemente pratico. Pertanto, essendo consapevole che difficilmente avrebbe potuto essere superato il sistema della Cassazione, a conclusione del volume formulava l'auspicio che questa diventasse giudice anche del fatto, come era stato suggerito da Sclopis e da Savigny: da quest'ultimo, in particolare, sull'esempio della Cassazione delle province renane della Prussia<sup>55</sup>.

Carcano, inoltre, precisava che la sua contrarietà alla Cassazione riguardava i soli giudizi civili. Nel processo penale l'oralità e la giuria erano così strettamente intrecciate al sistema della Cassazione che, eliminando quest'ultima, sarebbero venuti meno anche quei due cardini del giudizio penale<sup>56</sup>.

### 13. *Il problema delle origini del Pubblico Ministero*

Analogamente a quanto aveva fatto per la Cassazione, in un volume pubblicato nel 1868 Carcano affrontava il problema delle origini storiche del Pubblico Ministero. Teneva innanzitutto a sottolineare che i più lo ritenevano «una trovata francese», mentre il solo Sclopis lo aveva considerato un «vanto italiano».

Il giurista lombardo escludeva in primo luogo che il Pubblico Ministero discendesse dal *Procurator Caesaris*. I procuratori di Cesare erano «ufficiali puramente fiscali, costituiti a rappresentare in giudizio il patrimonio» imperiale. Ma Roma, «nemmeno nei tempi più luttuosi dell'impero», aveva avuto «una polizia speciale per la magistratura». Né potevano ritenersi un precedente del Pubblico Ministero i *missi dominici*. Questi avevano ampie competenze ed erano spesso il braccio armato di feroci repressioni, ma non si poteva ritenere che vestissero la toga<sup>57</sup>.

Il Pubblico Ministero non era nato neanche nel momento in cui le funzioni giudiziarie avevano cominciato a essere svolte non più da uo-

<sup>54</sup> Ivi, pp. 223-224.

<sup>55</sup> Ivi, p. 227.

<sup>56</sup> Ivi, p. 155.

<sup>57</sup> G. CARCANO, *Il Pubblico Ministero*, Stabilimento Redaelli della Società Chiusi e Rechidei, Milano 1868, pp. 9-26.

mini di spada, ma di toga. Era stato allora che i principi avevano preso ad attribuire a procuratori esperti in giurisprudenza la difesa dei loro interessi patrimoniali e talora anche la tutela delle *miserabiles personae*. Ma quei procuratori non erano un «ufficio censorio della magistratura». Meno che mai erano riconducibili poi all'intento di salvaguardare la legge e la giustizia i procuratori di cui i baroni si servivano come «armigeri» per far valere «le loro prerogative e le loro pretese [...] nei tribunali»<sup>58</sup>.

Come rammentava Carcano, Sclopis aveva sostenuto che gli Avogadori veneziani avevano i caratteri del Pubblico Ministero. Ma lo studioso milanese replicava che gli Avogadori erano profondamente diversi dagli ufficiali del Pubblico Ministero, che erano «portavoce del potere esecutivo». Essi agivano in virtù di una giurisdizione concessa o tollerata o esercitando quello *ius devolutionis* che era molto diffuso nella pratica dei tempi. Intervenevano in difesa della parte che aveva avuto torto. Invece, il Pubblico Ministero non aveva una propria giurisdizione, potendo fare istanza alla magistratura «non come un superiore, ma a modo di parte». Non interveniva per porre riparo a un'ingiustizia, ma per evitare che si consumasse un'ingiustizia. Agiva non per riparare il danno subito dalla parte, ma nell'interesse della legge.

Ricollegandosi a quanto sostenuto in precedenza nel suo scritto sulla Cassazione, Carcano scriveva che le «due istituzioni del Pubblico Ministero e della Corte di cassazione» erano «una buffa filosofica lanciata *ex novo*, e per la prima volta, nelle discipline legali, da quei facitori di astrazioni, che furono i legislatori della Costituente». Astrazioni che non avrebbero potuto che essere del tutto estranee a «quegli uomini positivi» che erano stati «i reggitori veneti»<sup>59</sup>.

#### 14. *Il processo di accentramento nella Francia d'Antico Regime*

Di seguito, tuttavia, Carcano ricalibrava il giudizio storiografico, scrivendo che il Pubblico Ministero era sì «istituzione tutta francese», ma «istituzione della vecchia monarchia». L'ufficio aveva operato «presso tutti i tribunali di Francia, meno il Consiglio del re», già alcuni «secoli prima della rivoluzione». La storia del Pubblico Ministero era

<sup>58</sup> Ivi, pp. 26-29.

<sup>59</sup> Ivi, pp. 30-31. La tesi secondo cui gli Avogadori veneziani avevano i caratteri del Pubblico Ministero era in SCLOPIS, *Dell'autorità*, cit., pp. 153-155.

strettamente intrecciata a quella del Medioevo francese (espressione che Carcano usava anche qui nel senso di Antico Regime). Ebbene, il 'Medioevo' francese era stato profondamente segnato dal fatto che i sovrani avevano operato per ridurre l'anarchia feudale allo scopo di «fabbricarvi sopra la propria potenza». Ma quell'opera aveva lasciato una traccia profondamente negativa nelle «abitudini nazionali», il «governamentalismo». Carcano non taceva che quegli sforzi erano stati contrassegnati da un rilevante tasso di empirismo. Era stato non in applicazione di un «sistema preconcelto», ma con atti «isolati e fugaci», che i sovrani francesi si erano sovrapposti a «tutti gli sparsi poteri creati dal feudalesimo» mostrando di rispettarli. Lo studioso lombardo citava in proposito Tocqueville, che aveva mostrato come la centralizzazione avesse proceduto senza un piano predeterminato, non privando i vecchi poteri dei loro nomi e onori e approfittando dei loro egoismi, vizi e inerzie. Ma «cogli istinti del dominio» che li animavano i sovrani avevano finito per racchiudere nelle proprie mani tutti i poteri<sup>60</sup>.

Era nato così uno «sconfinato e mostruoso potere», privo di «controllerie» e di «resistenze», che, con la Rivoluzione, era stato ereditato dal Terzo Stato. Il Pubblico Ministero era stato «strumento di» quella «politica». I sovrani se ne erano serviti per domare le resistenze delle magistrature e concentrare nelle proprie mani il potere giudiziario. Al riguardo Carcano precisava che preferiva parlare di 'potere giudiziario' e non di 'autorità giudiziaria' in quanto i Parlamenti francesi «avevano parte nel potere legislativo»<sup>61</sup>. Il che era senz'altro esatto.

Nel trattare delle vicende della Francia d'Antico Regime l'Autore teneva a sottolineare la consonanza della sua ricostruzione con quella di Tocqueville, «illustre scrittore e statista». Ricostruzione di Tocque-

<sup>60</sup> CARCANO, *Il Pubblico Ministero*, cit., pp. 32-34. Tocqueville aveva scritto che la centralizzazione era stata «un'opera di pazienza, d'abilità e di tempo, più che di forza e di strapotere». Nel compiere quella «così difficile impresa» il governo francese non aveva seguito «un disegno preconcelto e meditatamente elaborato», ma si era «semplicemente abbandonato all'istinto», che spingeva «ogni governo a voler condurre da solo tutti gli affari». Aveva «lasciato agli antichi poteri i loro vecchi nomi ed onori, ma li aveva poco per volta privati d'ogni autorità». Giovandosi delle loro inerzie, dei loro egoismi e dei loro vizi, era riuscito «a mettere in loro luogo un proprio ed unico rappresentante, l'intendente, di cui non esisteva neppure il nome quando» era nato. Cfr. A. DE TOCQUEVILLE, *L'Antico Regime e la Rivoluzione*, lib. II, cap. V, in ID., *Scritti politici*, a cura di N. Matteucci, II, Unione tipografico-editrice torinese, Torino 1969, pp. 660-661.

<sup>61</sup> CARCANO, *Il Pubblico Ministero*, cit., pp. 34-35.

ville che non aveva specificamente riguardato la genesi del Pubblico Ministero, di cui, come Carcano puntualizzava più avanti, lo studioso francese non si era occupato, ma aveva avuto ad oggetto le dinamiche del processo di centralizzazione nell'Antico Regime. Quello che Carcano chiamava «governamentalismo» e «amministrativismo».

Lo studioso scriveva che la Francia, al pari della restante parte d'Europa, nell'Antico Regime presentava i tratti esteriori della «costituzione feudale»: un coacervo di giurisdizioni, un groviglio di poteri locali e, come emblema del particolarismo territoriale, la distinzione fra «paesi a Stati» e «paesi di elezione». Ma, come aveva mostrato Tocqueville, in nessun paese come in Francia il particolarismo politico, istituzionale, sociale e territoriale aveva cominciato a declinare così presto. Per cui quel coacervo di poteri aveva continuato a «fare ancora apparenza di sè» solo «alla superficie». In particolare, si era venuto consolidando «un corpo amministrativo di una potenza singolare»<sup>62</sup>.

Era stata l'amministrazione il vettore della centralizzazione. Carcano faceva propria una visione che solo la più recente storiografia giuridica ha messo in discussione, sostenendo la connotazione fondamentale giurisdizionale dello Stato d'Antico Regime<sup>63</sup>. In particolare, l'attenzione del giurista era focalizzata sul ruolo svolto dall'intendente come «agente dell'amministrazione»<sup>64</sup>. Quell'intendente che la storiografia degli ultimi decenni ha ritenuto sostanzialmente interno alla logica dello Stato giurisdizionale<sup>65</sup>.

Carcano rappresentava l'accentramento come la predisposizione di una fitta trama di controlli sui comuni, sulle istituzioni caritative, sul lavoro e sulle attività economiche, fra l'altro attraverso la creazione di monopoli. L'amministrazione sembrava infatti temere il «più piccolo corpo indipendente» che accennasse a «volersi formare senza il di lei consenso».

Non poteva toccare una sorte migliore all'«Autorità giudiziaria». In quel campo il governo aveva certo incontrato l'opposizione dei Parlamenti, «veri Stati, che dividevano e si contrastavano coi re il potere legislativo ed il potere amministrativo, ed erano quindi una resistenza

<sup>62</sup> Ivi, pp. 35-40.

<sup>63</sup> Su tale cruciale questione si rinvia alle fondamentali indicazioni di L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari 2001, pp. 5-16 e 277-291.

<sup>64</sup> CARCANO, *Il Pubblico Ministero*, cit., p. 41.

<sup>65</sup> MANNORI, SORDI, *Storia*, cit., pp. 107-127.

che i re incontravano ad ogni passo all'assorbimento di qualsiasi altro potere». Ma dalla ricostruzione di Carcano si trae conferma della contrarietà del giurista a una rappresentazione in termini giurisdizionali della struttura di potere d'Antico Regime: la creazione dei nuovi apparati amministrativi imperniati sugli intendenti – egli scriveva – aveva avuto fra i suoi obiettivi il ridimensionamento dei poteri giurisdizionali dei Parlamenti, i quali, a loro volta, dividevano col sovrano il potere amministrativo.

Carcano non mancava di sottolineare le difficoltà che l'immobilità della magistratura, in larga misura dipendente dalla venalità, aveva frapposto al ridimensionamento dei poteri giurisdizionali. I re, «imbarazzati» da quell'«indipendenza» dei giudici che impediva loro di revocarli e di trasferirli, ovviarono a quella difficoltà con le avocazioni, oltre che sottraendo alla cognizione dei tribunali ordinari alcuni affari e affidando questi ultimi a tribunali eccezionali. Il giurista poneva inoltre l'accento sull'uso che veniva fatto degli arresti del Consiglio del re per sottrarre alla trattazione dei tribunali ordinari i processi istruiti contro i rappresentanti del governo centrale. Rifacendosi a Tocqueville, egli notava che gli intendenti avevano fatto di tutto per estendere i poteri del Consiglio del re. Non era mancato qualche intendente che non aveva esitato ad affermare che il Consiglio poteva sempre derogare alle regole. A ciò il giurista aggiungeva che l'intendente, attraverso «una specie di Consiglio di prefettura», infliggeva persino condanne capitali<sup>66</sup>. Il che, tuttavia, era proprio una dimostrazione del fatto che, come ha avvertito la più recente storiografia, gli in-

<sup>66</sup> CARCANO, *Il Pubblico Ministero*, cit., pp. 43-49. Tocqueville aveva fatto risalire all'Antico Regime francese la nascita della giustizia amministrativa, sostenendo che, a differenza della Germania, dove la minore indipendenza dei tribunali di fronte al governo non aveva fatto avvertire l'esigenza di dar vita a tribunali speciali, era stata l'indipendenza dei giudici francesi a indurre i sovrani a sottrarre alla magistratura ordinaria la cognizione delle materie che «interessavano direttamente il» loro «potere», affidandole a tribunali maggiormente ligi alle loro direttive. Gli intendenti, a loro volta, si adoperavano «zelantemente affinché» quella «giurisdizione speciale» venisse «di continuo ampliata», spronando a tal fine il Consiglio del re. Dall'intendente veniva avocata, fra l'altro, la trattazione della maggior parte dei processi con cui venivano perseguite le sommosse causate dall'aumento del prezzo del grano. In tal caso l'intendente si faceva assistere «da un certo numero di subalterni – una sorta di consiglio di prefettura improvvisato, scelto da lui stesso – e» giudicava «in sede penale», infliggendo condanne alle galere e anche a morte. I processi trattati dagli intendenti erano ancora frequenti alla fine del Seicento. Cfr. TOCQUEVILLE, *L'Antico Regime e la Rivoluzione*, lib. II, cap. IV, in ID., *Scritti*, II, cit., pp. 657-658.

tendenti erano titolari di poteri giurisdizionali e quindi non segnarono un superamento del carattere essenzialmente giurisdizionale della struttura di potere dello Stato moderno.

15. *L'onnipotenza dell'amministrazione e l'eclissi delle garanzie giurisdizionali conseguenze del crollo dell'Antico Regime*

La storicizzazione delle vicende istituzionali compiuta da Carcano aveva ovviamente una proiezione sull'attualità. Al riguardo egli richiamava la critica che Tocqueville aveva rivolto a quanti valutavano in maniera enfaticamente positiva il fatto che, mentre nell'Antico Regime amministrazione e giurisdizione erano confuse, in seguito erano state separate. Col crollo dell'Antico Regime erano cessate certo le ingerenze della giustizia nell'amministrazione, ma non le ingerenze dell'amministrazione nella giustizia. Ebbene, lo studioso francese aveva osservato che, se l'ingerenza della giustizia nell'amministrazione era nociva agli «affari», quella dell'amministrazione nella giustizia tendeva a rendere gli uomini nel contempo servili e rivoluzionari. Inoltre, secondo Tocqueville, mentre nell'Antico Regime il governo faceva scudo ai suoi agenti attraverso misure arbitrarie, nell'Ottocento consentiva loro di violare 'legalmente' le leggi. In definitiva – era il commento di Carcano – Tocqueville aveva considerato le condizioni attuali della magistratura assai peggiori di quelle dell'Antico Regime<sup>67</sup>. Lo studioso francese ave-

<sup>67</sup> CARCANO, *Il Pubblico Ministero*, cit., p. 49. Tocqueville aveva polemizzato con quanti sostenevano che «in tema di diritto amministrativo» si era realizzato un grande progresso dopo la Rivoluzione. Il progresso sarebbe consistito nel separare giustizia e amministrazione, che in precedenza erano confuse. Ma a quella visione lo studioso aveva in primo luogo obiettato che, se nell'Antico Regime il potere giudiziario sconfinava oltre la sua sfera naturale, in realtà «non la colmava mai del tutto». Certo, esorbitava dalla competenza dei tribunali l'emanazione di regolamenti di amministrazione pubblica. Ma quell'invadenza era compensata dal fatto che talvolta si vietava ai tribunali di trattare veri e propri processi. Dopo il crollo dell'Antico Regime era stata preclusa del tutto agli organi giudiziari la sfera amministrativa. Ma si era continuato a tollerare che il governo si intromettesse «nella sfera naturale della giurisdizione». Si era realizzata in tal modo una confusione di poteri ancora più pericolosa perché, mentre l'intervento degli organi giudiziari nelle «cose amministrative» incideva solo sugli interessi in gioco, quello dell'amministrazione nella giustizia depravava gli uomini e li rendeva nel contempo ribelli e servili. Richiamando l'art. 75 della Costituzione dell'anno VIII, che prescriveva che nessun agente dell'amministrazione poteva essere perseguito davanti ai tribunali ordinari senza preventiva autorizzazione, lo studioso francese ave-

va anzi affermato che durante l'*Ancien Régime* la giustizia offriva agli oppressi la possibilità di farsi valere. La Francia era un governo assoluto quanto alle istituzioni politiche e amministrative, ma un paese libero quanto alle istituzioni giudiziarie. La giustizia era certo caotica e costosa. Ma i giudici non erano servili nei confronti del potere. Tocqueville aveva infatti posto l'accento sul senso dell'onore e dell'indipendenza di cui avevano dato prova i Parlamenti. Quelle considerazioni – notava Carcano – si leggevano in un'opera che non era «un romanzo», ma un «arido libro di severissimi studi» e che, nonostante la sua complessità, aveva avuto in Francia numerose edizioni.

Quella di Tocqueville era un'analisi documentata quanto critica. Al riguardo, lo studioso lombardo non mancava di rilevare che, nel valutare le istituzioni giudiziarie e amministrative, era diverso l'atteggiamento degli statisti e dei pubblicisti da un lato, dei legisti e degli agenti della burocrazia dall'altro. Solo le indagini dei primi davano spazio alle critiche<sup>68</sup>. Era una nuova chiara messa in discussione di un sapere giuridico chiuso al dialogo interdisciplinare.

Avere un approccio critico significava anche prendere le distanze da quella *damnatio memoriae* dei Parlamenti che voleva far apparire come univocamente progressive le conquiste della Rivoluzione. Carcano scriveva che l'avversione per i Parlamenti era stata alla base di quella separazione fra giustizia e amministrazione realizzata dalla Costituente le cui modalità, sulla scorta dell'autore dell'*Antico Regime*, egli criticava in maniera netta: «Eppure in questi parlamenti, anche negli ultimi tempi, si raccoglieva quanto era di meglio in senno legale ed in

va concluso che, se prima della Rivoluzione il governo non poteva coprire i suoi agenti se non con provvedimenti parziali e arbitrari, in seguito si era trovato nella possibilità di consentire loro di «violare [...] legalmente [...] le leggi». Cfr. TOCQUEVILLE, *L'Antico Regime e la Rivoluzione*, lib. II, cap. IV, in ID., *Scritti*, II, cit., pp. 658-659.

<sup>68</sup> CARCANO, *Il Pubblico Ministero*, cit., pp. 50-51. Tocqueville aveva negato che l'Antico Regime fosse stato un «tempo di servitù e di dipendenza». Era arrivato anzi a scrivere che vi regnava «una libertà assai maggiore che» ai suoi tempi, anche se si trattava di una «libertà irregolare e saltuaria, sempre chiusa nei limiti delle classi». Ciò era stato possibile grazie agli ampi poteri esercitati dai tribunali. I «costumi giudiziari» vi erano diventati «costumi nazionali», per cui non vi era cosa che non fosse sottoposta a dibattito. Lo stesso re si sentiva in dovere di motivare gli editti e in tutti i corpi amministrativi gli affari si discutevano pubblicamente. Solo il popolo delle campagne si trovava nell'impossibilità di resistere all'oppressione. All'infuori del popolo non vi era «uomo in Francia che non potesse [...] discutere la sua obbedienza». Cfr. TOCQUEVILLE, *L'Antico Regime e la Rivoluzione*, lib. II, cap. XI, in ID., *Scritti*, II, cit., pp. 711-713.

nobiltà di carattere, e quanto ancora rimaneva di resistenza nella Francia»<sup>69</sup>. Lo stesso Tocqueville – rammentava Carcano – aveva visto nei Parlamenti l'unica forza in grado di contrastare il processo di accentramento. Anche se alla fine ad essi non era stata lasciata che un'ombra del potere, ossia la possibilità di fare «un po' di fracasso»<sup>70</sup>.

Come sottolineava Carcano, Tocqueville non si era occupato del Pubblico Ministero, ritenendolo probabilmente argomento più da «legista» che da «pubblicista». Era perciò senza la guida del grande studioso francese che bisognava affrontare il problema della genesi dell'istituzione<sup>71</sup>. Egli, premesso che non intendeva fare «uno studio di archeologia», ossia opera meramente storiografica, scriveva che il Pubblico Ministero aveva raggiunto un sufficiente grado di assestamento già nel XVII secolo. Ad esempio, nel 1684 era stato emanato un regolamento che ne disciplinava gradi e attribuzioni<sup>72</sup>. Ma Carcano teneva a precisare che era un errore guardare al Pubblico Ministero d'Antico Regime come a un monolite. Anche quell'istituzione rifletteva il carattere dialettico delle vicende delle magistrature francesi d'Antico Regime. Ad esempio, poteva accadere che procuratori generali appartenenti a potenti famiglie fossero alleati dei Parlamenti nella lotta con-

<sup>69</sup> CARCANO, *Il Pubblico Ministero*, cit., p. 52.

<sup>70</sup> Ivi, p. 64. Tocqueville aveva scritto che il potere giudiziario era stato l'unico a ostacolare il governo nel perseguire la centralizzazione. Ma alla fine il governo si era impadronito «della sostanza del potere, lasciandone agli avversari soltanto l'ombra». Ad esempio, non aveva escluso i Parlamenti dalla sfera amministrativa, ma vi era penetrato gradualmente fino a «colmarla quasi del tutto». E, d'altro canto, i contrasti con i Parlamenti avvenivano quasi sempre non sul terreno amministrativo, ma su quello politico. Spesso nascevano dall'imposizione di un nuovo tributo, per cui avevano ad oggetto «non già la facoltà di amministrare, ma il potere legislativo». Vi erano circostanze eccezionali, come era il caso delle carestie, in cui il governo dava spazio ai Parlamenti per far in modo che le «passioni del popolo» trovassero uno sfogo. A mano a mano che, avvicinandosi la Rivoluzione, le passioni popolari erano diventate sempre più accese, il Parlamento (qui Tocqueville usava il singolare, riferendosi probabilmente, in particolare, a quello di Parigi) aveva invaso sempre di più il campo della politica, agendo come tribuno. Ma, anche per l'estendersi dei settori d'intervento degli apparati pubblici che era avvenuto in materie dove i tribunali non avevano l'agilità di seguire il governo, il Parlamento si era occupato sempre di meno di amministrazione. Cfr. TOCQUEVILLE, *L'Antico Regime e la Rivoluzione*, lib. II, cap. V, in ID., *Scritti*, II, cit., p. 661. Carcano riassume il complesso ragionamento di Tocqueville scrivendo che i Parlamenti avevano finito per limitarsi a fare «fracasso»: sintesi certo rozza, ma che non tradiva, nella sostanza, l'argomentazione dello studioso francese.

<sup>71</sup> CARCANO, *Il Pubblico Ministero*, cit., p. 53.

<sup>72</sup> Ivi, pp. 57-58.



tro il potere centrale. Come poteva accadere che il procuratore generale presso il Parlamento di Reims, principale autore di un bando emanato da quel Parlamento contro i gesuiti dello Stato di Bretagna, fosse legato a Voltaire<sup>73</sup>.

#### 16. *Francia e Inghilterra: modelli costituzionali a confronto*

Ma l'accento cadeva sulle radicali differenze esistenti fra gli assetti costituzionali dell'Inghilterra e della Francia. Carcano scriveva che, già fra XII e XIII secolo, in Francia re e popolo si erano coalizzati contro il nemico comune, rappresentato dalla feudalità. Invece, in Inghilterra cento anni dopo si sarebbe formata una coalizione fra i grandi e il popolo contro le usurpazioni messe in atto dalla Corona ai danni degli uni e degli altri. Uno dei mezzi più frequentemente impiegati dai sovrani francesi, con l'appoggio del popolo, contro i baroni era stato quello di erodere le giurisdizioni di cui questi ultimi erano titolari sovrapponendo ad esse la giurisdizione regia. Al riguardo, lo studioso approvava il punto di vista di Thierry secondo cui la concentrazione del potere giurisdizionale nelle mani dei re era stato uno dei caratteri salienti della storia della Francia e uno dei fattori fondamentali della formazione del Terzo Stato.

In margine a quelle notazioni Carcano scriveva che la giurisdizione in Francia era stata sempre nelle mani del potere (ossia del governo). Tratto di lunga durata che era stato all'origine della configurazione assunta ai suoi tempi dalla Cassazione e dal Pubblico Ministero. Non erano in contrasto con quell'affermazione i conflitti che avevano punteggiato nell'Antico Regime i rapporti fra sovrani e Parlamenti. Infatti, ridimensionando il giudizio positivo datone in precedenza, Carcano scriveva che quelle condotte dai Parlamenti non erano state «lotte della libertà», essendo quegli organi piuttosto interessati a «questioni d'influenza e di potere». Essi, peraltro, pur facendo rimostranze, non contestavano il diritto del sovrano di imporre la registrazione dei propri editti nei *lits de justice*.

In Inghilterra era avvenuto il contrario. I Normanni, quando avevano cercato d'introdurvi il diritto romano, si erano imbattuti in una fiera resistenza delle magistrature e dei giuristi. Da quella «congiura»

<sup>73</sup> Ivi, p. 54.

avevano tratto origine gli *Inns of court*. Di lì era nato il *self-government* dell'ordine giudiziario e dell'ordine degli avvocati. Anche in seguito «popolo e legali» erano stati alleati nella lotta per sottrarre l'autorità giudiziaria a ogni influenza dei re. Alleanza che continuava a essere «la principale barriera contro le esorbitanze del potere esecutivo, il palladio della costituzione e delle libertà inglesi»<sup>74</sup>.

Di seguito Carcano ritornava sul diverso atteggiamento dei francesi e degli inglesi verso il diritto romano. Lo studioso, premesso che era «uno spavento il dirlo», non esitava ad affermare che le origini del dispotismo erano nel diritto romano. In quel «portento di sapienza» che era il *Corpus Juris Civilis* erano infatti presenti spunti utilizzabili e utilizzati a sostegno di poteri autocratici: ad esempio, quella *lex regia de imperio* che Carcano interpretava nel senso di un'integrale alienazione del potere legislativo del popolo romano nelle mani del principe. Thierry, infatti, aveva scritto che in Francia il diritto romano era stato utilizzato per combattere il feudalesimo non meno che le libertà comunali. Mentre i Normanni avevano incontrato una robusta resistenza nei loro tentativi d'introdurre in Inghilterra il diritto romano<sup>75</sup>.

Pertanto, mentre in Inghilterra il Medioevo aveva condotto al *self-government*, in Francia aveva portato all'«onnipotenza governativa». In Inghilterra l'aristocrazia aveva agito a «salvaguardia di tutte le libertà». Invece, in Francia, a fronte di una nobiltà che, quanto più era «vanitosa» tanto più era «destituita di potere», si era imposta una «democrazia che non» agognava «che eguaglianza e livellamento, sia pure sotto il giogo di un dispotismo comune». Perciò non era condivisibile la visione di un Pubblico Ministero cresciuto in Francia «senza toccar suolo». Le istruzioni segrete a cui quell'organo era tenuto a dare attuazione presso i Parlamenti erano espressione delle direttive sovrane. Direttive che erano del tutto omologhe alle istruzioni date agli intendenti perché si informassero delle delibere delle assemblee comunali e ne riferissero al re. Gli intendenti e gli ufficiali del Pubblico Ministero non erano che «due braccia protese dal medesimo tronco a

<sup>74</sup> Ivi, pp. 65-68.

<sup>75</sup> Ivi, pp. 257-258. L'interpretazione della *lex regia de imperio* era stata oggetto di vivaci discussioni già nella Glossa, su cui cfr. C. H. MCILWAIN, *Costituzionalismo medievale e moderno*, Neri Pozza, Venezia 1956, pp. 80-81; E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, II, Giuffrè, Milano 1964, pp. 175-176; M. CARVALE, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, il Mulino, Bologna 1994, pp. 529-538.

stringere l'una a sinistra le amministrazioni, l'altra a destra la giurisdizione»<sup>76</sup>. Ulteriore conferma del rifiuto, da parte di Carcano, di una rappresentazione in termini giurisdizionali della struttura di potere d'Antico Regime. Nell'Età moderna, a suo avviso, in Francia esisteva un'amministrazione già distinta dalla giurisdizione e gli intendenti ne costituivano l'ossatura.

Carcano scriveva che quelle logiche centripete erano state invece estranee all'Inghilterra, la cui «tranquillità», malgrado i contrasti delle case di York e di Lancaster, non era stata mai turbata dalla feudalità. Perciò, i sovrani inglesi avevano lasciato libera l'amministrazione della giustizia, senza bisogno di mettere a fianco dell'apparato giudiziario magistrati che li rappresentassero. Al contrario, in Francia i Parlamenti erano stati istituiti per combattere gli arbitrî baronali nell'amministrazione della giustizia. Ma i Parlamenti, svolgendo quella funzione, avevano acquistato un'alta opinione della loro indipendenza. Quelle magistrature avevano preso inoltre a ritenersi corti sovrane in virtù del diritto loro conferito di registrare la legislazione regia. Anche la venalità aveva contribuito ad accrescere l'opinione della loro indipendenza. Era stato quindi necessario porre presso i corpi giudicanti un organo che difendesse i diritti della corona ed evitasse il rischio dell'inservanza e dello stravolgimento delle leggi nelle sentenze<sup>77</sup>.

### 17. *L'evoluzione del Pubblico Ministero all'indomani della Rivoluzione francese*

Carcano, nonostante i rilievi critici espressi in precedenza, non aveva esitazioni a scrivere che nel conflitto fra monarchie e magistrature si sentiva di parteggiare per queste ultime. Rifacendosi a Meyer e a Henrion de Pansey, egli affermava che i Parlamenti avevano raccolto l'eredità degli Stati generali. E avevano costituito «l'unica resistenza all'arbitrio ed all'assolutismo monarchico». Bisognava essere grati ai Parlamenti per essere stati «protettori della libertà individuale» e per aver speso la loro autorità nel «sottrarre i giustiziabili alle soperchierie baronali». Fu sempre grazie ai Parlamenti che i re francesi poterono lottare vittoriosamente «contro le invasioni papali». Le libertà della Chiesa gallicana ebbero nella «milizia togata i più strenui loro campio-

<sup>76</sup> CARCANO, *Il Pubblico Ministero*, cit., pp. 65-71.

<sup>77</sup> Ivi, pp. 79-81.

ni». Si doveva probabilmente alla resistenza dei Parlamenti se la Francia, pur «insidiata dal dispotismo monarchico e dal dispotismo papale», era stata preservata dal «baratro» in cui era caduta e ancora giaceva la Spagna. «Quanto poi a soverchie, ricordiamoci che i parlamenti non avevano che la forza dell'opinione, e i re avevano le *lettres de cachet* e la Bastiglia»<sup>78</sup>.

Della «vecchia monarchia» d'Antico Regime le «giurisdizioni eccezionali» e le «Commissioni amministrative» costituivano invece senz'altro un'eredità negativa, al pari delle «macchie» di cui erano «chiazze certe facce, documento del vizio e delle abitudini delle persone». Il «governamentalismo», pur contrastato dai Parlamenti, aveva messo d'altro canto salde radici in Francia, tanto da riprodursi per propaggine dopo la Rivoluzione<sup>79</sup>. Che esso avesse posto profonde radici nella società francese era confermato peraltro dal fatto che era stato condiviso da dottrine economiche antitetiche quali il mercantilismo e la fisiocrazia<sup>80</sup>.

La vicenda del Pubblico Ministero nel periodo successivo alla Rivoluzione costituiva invece una dimostrazione esemplare dell'instabilità a cui erano esposti gli assetti statuali quando le istituzioni erano influenzate dai «rivolgimenti politici». Mentre la Costituente aveva diminuito il potere del Pubblico Ministero fino a distruggerlo, l'autocrazia napoleonica lo aveva elevato a una potenza che era rimasta poi pressoché immutata. La Costituente era stata la prima a configurare esplicitamente il Pubblico Ministero come un ufficio del potere esecutivo. Ma nel contempo al Pubblico Ministero era stata conferita l'inalterabilità. Gli era stata sottratta l'accusa e non gli erano stati attribuiti poteri nelle cause civili. Perciò, Carcano criticava la tesi secondo cui la legge 24 agosto 1790 aveva reso il Pubblico Ministero il principale supporto del potere esecutivo. Al contrario, l'Assemblea aveva indebolito il potere esecutivo. Con la Costituente era iniziata la «tremenda catastrofe» che avrebbe condotto il re al patibolo. La Convenzione non avrebbe forse mozzato il capo al sovrano se la Costituente non avesse cominciato a «nudare il collo alla monarchia»<sup>81</sup>.

Carcano si sarebbe guardato bene dall'approvare il regicidio. Ma, analogamente a Musio, apprezzava la disciplina che la Costituente

<sup>78</sup> Ivi, pp. 82-83.

<sup>79</sup> Ivi, p. 84.

<sup>80</sup> Ivi, pp. 85-86.

<sup>81</sup> Ivi, pp. 88-96.

aveva dato al Pubblico Ministero<sup>82</sup>. E tuttavia il giurista lombardo non perdeva l'occasione per polemizzare ancora una volta contro l'astrattezza dei dogmi che avevano ispirato gli «speculativi della Costituente». Essi erano «vissuti sempre in un mondo ideale colle loro astrazioni; abilissimi perciò a discorrere sulle origini delle società e sulle loro forme, sui diritti dei cittadini e su quelli dell'Autorità, sui poteri e sul loro equilibrio» (quella che in precedenza l'Autore aveva chiamato 'controlleria'). Ritenevano perciò che si potesse «sostituire il semplice, l'elementare, la natura, ai complicati sistemi ed alla *routine* ». Da quelle astrazioni era derivato l'artificio della Cassazione, «tribunale che cassa e non giudica», a cui era stato dato il «paludamento» e il «filosofico titolo [...] di magistratura *per la legge*». Nel contempo Carcano denunciava la precipitazione con cui i popoli avevano gettato alle ortiche norme che avevano un saldo radicamento, abbacinati dalla «frenesia» e dall'«immenso ribollimento» della Rivoluzione francese, che avevano assunto le cadenze di una riforma religiosa e avevano consumato «eccessi di ferocia colla persuasione di una grande giustizia»<sup>83</sup>.

Di seguito lo studioso, mentre ribadiva le sue critiche alla Cassazione, che gli appariva un «Proteo», essendo contemporaneamente «accademia e chiesa», esprimeva giudizi più equilibrati sulla Rivoluzione francese. Con la Rivoluzione – scriveva – la Francia, per «amore di un'idea», si era tuffata nell'odio e si era coperta di «odii». Animata dalla pretesa delirante di cambiare radicalmente la natura umana, aveva demolito tutte le tradizioni. Ma nell'«ordine politico» era stata innegabilmente la Rivoluzione a rivendicare «la sovranità e il diritto di tutti», come «nell'ordine sociale» era stata la Francia a far nascere quella «democrazia» per la quale si poteva «esser qualche cosa [...] senza mostrare i» propri «quarti»: «democrazia» che era «l'ossigeno della moderna società». Nell'«ordine intellettuale», infine, era stata sempre la Francia, col *cogito* cartesiano, a trasfondere nel pensiero filosofico gli ardimenti nati in materia religiosa con Lutero e a forgiare l'ala che avrebbe consentito al pensiero germanico di «librarsi»<sup>84</sup>.

Quanto agli assetti giudiziari, Carcano considerava un precedente significativo la contrarietà della Costituente all'affidamento della pub-

<sup>82</sup> Cfr. G. MUSIO, *Sul riordinamento giudiziario*, Successore della Tipografia Baluffi, Ancona 1862, pp.157-158.

<sup>83</sup> CARCANO, *Il Pubblico Ministero*, cit., pp. 110-112.

<sup>84</sup> Ivi, pp. 182-183.

blica accusa al Pubblico Ministero. Fra l'altro, lo studioso valorizzava la posizione di Barrère, che nel corso di quei dibattiti aveva sostenuto che, affidando all'«uomo del re» l'accusa per i «crimini di lesa nazione», si sarebbe corso il rischio che fosse posto sotto accusa chi si batteva per conservare la libertà. L'Autore esprimeva perciò l'auspicio che l'accusa fosse «elevata a istituzione giudiziaria» e affidata a un giudice di tribunale o a un consigliere di corte d'appello<sup>85</sup>.

18. *La magistratura «corpo conservatore dei limiti» dei poteri e «della legge fondamentale dello Stato»*

Analogamente ad altri autori molto critici verso l'assetto conferito alla magistratura italiana all'indomani dell'Unità (come Giuseppe Musio e Adeodato Bonasi), Carcano si soffermava sulla nozione di 'potere esecutivo'. Che, come egli precisava, era cosa diversa dal 'potere esecutore', ossia da un «benefico ufficio per la retta esecuzione della legge». In realtà, il potere esecutivo si identificava con «una consorteria politica». E, in quanto espressione della rappresentanza politica, ne seguiva le vicende. Il potere esecutivo curava certo l'esecuzione delle leggi perché non farlo avrebbe causato «lo sfacelo dello Stato». Ma il «gabinetto», oltre ad avere un'incombenza esecutiva, aveva un «colore politico». E ciò era tanto vero che anche nella vecchia Inghilterra, la «maestra della pratica costituzionale», fatta eccezione per il Lord Cancelliere, che era nel contempo «ministro» e «primo magistrato del Regno» ed era sempre «scelto fra i più eminenti giureconsulti dello Stato», i ministri non erano che uomini politici, anche privi di competenza nelle materie loro affidate, che avevano guadagnato i loro «speroni [...] nel campo parlamentare»<sup>86</sup>.

La politicizzazione dell'esecutivo era stata inevitabile anche in quell'Inghilterra che per Carcano, come per altri teorici ottocenteschi, rappresentava un modello. Ciò era un'ulteriore conferma del fatto che «il vero e fidato potere» era quello giudiziario. Il quale era «scevro da passioni politiche, e da interesse di parte, senza arbitrii e senza discrezioni». Era «sempre eguale e identico a sè stesso sotto ogni Ministro, e in qualunque forma di governo», avendo come «solo orizzonte [...] il testo della legge». Era compito del potere giudiziario «far stare alla

<sup>85</sup> Ivi, pp. 98-108.

<sup>86</sup> Ivi, pp. 91-93.

legge anche il potere esecutivo». Pertanto, la magistratura era «il corpo conservatore dei limiti di tutti i poteri e della incolumità della legge fondamentale dello Stato». Era la ragione per cui, secondo Carcano, andava combattuta ogni ingerenza del potere esecutivo in quel potere giudiziario che era il «suo natural giudice»<sup>87</sup>.

### 19. *Contro il modello giudiziario napoleonico*

Alla luce di quelle posizioni, le critiche di Carcano all'assetto dato da Napoleone al Pubblico Ministero s'iscrivevano in una generale valutazione negativa dell'opera legislativa del Corso, che appariva allo studioso la negazione di quell'equilibrato rapporto fra i poteri. Lo studioso scriveva: «Io vi confesso, che non sono per nulla spasimato per questo miracolo della amministrazione napoleonica. [...] Nè venga alcuno a vantarmi i suoi codici ed i suoi tribunali». Con Napoleone, peraltro, era venuta meno l'incongruenza della Costituente di volere un Pubblico Ministero che fosse nel contempo agente del potere esecutivo e inamovibile. Incongruenza che per Carcano era stata tuttavia una *felix culpa*. Con Napoleone il Pubblico Ministero aveva avuto invece coerentemente un'«organizzazione monarchica». Anzi, aveva assunto la configurazione di una «monarchia militare». In quell'organo tutto era «gerarchia, dipendenza, subordinazione»<sup>88</sup>.

Pertanto, era un errore ritenere che il Pubblico Ministero fosse partecipe della natura e degli attributi dell'autorità giudiziaria. Quella giudiziaria era infatti una funzione «primitiva sociale, anziché governativa». Qui la *iurisdictio* si configurava come il fondamento naturale di ogni forma di convivenza associata. Carcano, analogamente ad altri teorici, non eludeva la formula secondo cui la giustizia emanava dal re. Ma riteneva meramente formale quella derivazione. In realtà, come egli notava, l'autorità giudiziaria non riceveva alcun mandato da alcun potere. Pertanto, non era un'«eccentricità inglese» il giuramento che in quel paese il giudice prestava di rendere giustizia anche contro un divieto del re<sup>89</sup>.

Carcano mostrava invece come la configurazione assunta dai rapporti fra i poteri nel periodo napoleonico fosse stata tale da impedire

<sup>87</sup> Ivi, p. 95.

<sup>88</sup> Ivi, pp. 116-121.

<sup>89</sup> Ivi, pp. 127-128.

alla magistratura di svolgere quella funzione. Così egli riassumeva i caratteri salienti di quell'assetto dei poteri: 1) giudici nominati dal governo; 2) nascita della giustizia amministrativa, ossia sottrazione dei corpi amministrativi al sindacato giurisdizionale; 3) istituzione dei tribunali militari; 4) limitata garanzia di inamovibilità per i giudici; 5) revocabilità degli ufficiali del Pubblico Ministero a discrezione del governo.

Fra i più gravi attentati all'amministrazione della giustizia vi era la garanzia, predisposta in favore degli agenti del governo, di non poter essere perseguiti per i fatti commessi nell'esercizio delle loro funzioni senza l'autorizzazione del Consiglio di Stato<sup>90</sup>. Garanzia che in uno scritto quasi coevo era stata sottoposta a critiche severe da Adeodato Bonasi<sup>91</sup>. Critiche poi riprese da quest'ultimo in una successiva monografia sulla magistratura<sup>92</sup>. Quanto al Consiglio di Stato, riecheggiando la posizione di Daunou secondo cui quell'organo si addiceva a una monarchia assoluta piuttosto che a una monarchia rappresentativa, Carcano scriveva che esso era il Governo stesso che giudicava il più delle volte in causa propria<sup>93</sup>.

## 20. *Il nesso inglese fra 'costituzione giudiziaria' e 'costituzione politica'*

Per contro, lo studioso ribadiva che la «libera Inghilterra» era in grado di dare lezioni «in fatto di libertà». Egli precisava di non pretendere un trapianto delle istituzioni giudiziarie inglesi in Italia, ma di augurarsi che facesse scuola anche in Italia quella passione per la libertà che aveva reso per tanti versi il popolo inglese simile a quello romano. Tanto più che all'Inghilterra cominciava ormai a guardare anche la Francia. Carcano poneva l'accento sul nesso molto stretto che collegava in Inghilterra 'costituzione giudiziaria' e 'costituzione politica'. La

<sup>90</sup> Ivi, pp. 130-131.

<sup>91</sup> A. BONASI, *Della responsabilità penale e civile dei ministri e degli altri ufficiali pubblici secondo le leggi del Regno e la giurisprudenza*, Zanichelli, Bologna 1874, pp.135-153.

<sup>92</sup> A. BONASI, *La magistratura in Italia*, Zanichelli, Bologna 1884, p. 30. Quella disciplina, secondo lo studioso emiliano, era un «avanzo di ordinamenti dispotici» e aveva «per effetto di esporre» i diritti dei cittadini a essere «impunemente» conculcati «dagli agenti del potere».

<sup>93</sup> CARCANO, *Il Pubblico Ministero*, cit., pp. 184-185.



giustizia – scriveva – era il principale fattore e la principale garanzia delle libertà inglesi<sup>94</sup>.

In quella riflessione egli si avvaleva soprattutto del volume di Fischel sulla costituzione inglese, che citava attraverso la traduzione in francese compiuta da Vogel. Lo studioso tedesco aveva affermato che il regime costituzionale inglese differiva da quello continentale per l'estensione del potere giudiziario. Secondo Fischel in Inghilterra a proteggere le libertà più che il Parlamento era stata la giustizia, ossia un'organizzazione giudiziaria che aveva avuto un collaudo millenario. A sostegno della tesi secondo cui il *common law* era stato il pilastro delle libertà inglesi lo studioso tedesco, come rammentava Carcano, si era rifatto a Fortescue, uno dei massimi teorici del costituzionalismo inglese<sup>95</sup>. Nell'introdurre la traduzione francese dello scritto di Fischel – notava poi Carcano – Vogel aveva anch'egli sostenuto che in Inghilterra la garanzia delle libertà individuali non era riposta nel Parlamento, ma nel *common law*, nell'indipendenza del giuri e della magistratura e in quella che si sarebbe potuta chiamare sovranità del potere giudiziario<sup>96</sup>.

Fra l'altro, lo studioso lombardo richiama la posizione di Fischel secondo cui in Inghilterra i funzionari amministrativi non esercitavano funzioni propriamente giudiziarie<sup>97</sup>. Così introduceva la trattazione del problema cruciale dei rapporti fra giustizia e amministrazione, peraltro già accennato in precedenza. Egli notava che l'idea continentale che tendeva a separare la giustizia dall'amministrazione e a sottrarre ai tribunali ordinari le materie attinenti alla sovranità dello Stato era derivata in parte dalla teoria della separazione dei poteri di Montesquieu, ma anche e in primo luogo dall'avversione degli artefici della Rivoluzione francese nei confronti dei Parlamenti. Da quella logica erano scaturiti i conflitti di attribuzione, in cui il giudice faceva la figura di parte. Al riguardo Carcano rammentava come Fischel avesse invece sottolineato che in Inghilterra non potevano essere sollevati conflitti di competenza

<sup>94</sup> Ivi, pp. 137-139.

<sup>95</sup> Ivi, pp. 140-144. Cfr. E. FISCHEL, *La constitution d'Angleterre. Exposé historique et critique des origines, du développement successif et de l'état actuel de la loi et des institutions anglaises. Par Ch. Vogel*, I, C. Reinwald, Libraire-Éditeur, Paris 1864, pp. 14-15.

<sup>96</sup> CARCANO, *Il Pubblico Ministero*, cit., pp. 144-145. Cfr. FISCHEL, *La constitution*, cit., pp. XVII-XIX.

<sup>97</sup> CARCANO, *Il Pubblico Ministero*, cit., p. 145. Cfr. FISCHEL, *La constitution*, cit., p. 344.

che fra tribunali o fra un tribunale e il Parlamento<sup>98</sup>. I conflitti di attribuzione fra i tribunali e le «Autorità amministrative» sarebbero stati «impossibili in Inghilterra». Dalla disamina di Fischel risultava, in generale, come in quel paese non vi fosse infatti «punto alcuno del diritto fondamentale» che potesse essere sottratto ai tribunali.

In Inghilterra, perciò, «una querela dell'Autorità amministrativa coll'Autorità giudiziaria terminerebbe con un giudizio della magistratura suprema. [...] Presso di noi», al contrario – scriveva Carcano –, il conflitto fra un'autorità amministrativa e un'autorità giudiziaria si chiudeva con un «decreto» del Consiglio di Stato, ossia di un «ufficio secondario ed estraneo» alla magistratura, per cui era questa a essere giudicata, con la conseguenza che era la giustizia che «subisce giustizia». Era stata l'avversione della Costituente nei confronti dei Parlamenti a gettare le premesse di quegli abusi dell'autorità amministrativa ai danni di quella giudiziaria, di cui già avevano approfittato i governi rivoluzionari e che Napoleone aveva accentuato. Anche in quella materia – chiosava Carcano – in Italia era prevalsa solo un'imitazione servile dei modelli francesi<sup>99</sup>.

L'ammirazione di Carcano per l'Inghilterra non si limitava alle istituzioni. Lo studioso esprimeva il proprio apprezzamento anche per la letteratura e la filosofia di quel paese. Ad esempio, egli sottolineava come la filosofia inglese avesse saputo tenersi distante sia dalle «recenti intemperanze germaniche» (chiaro riferimento all'idealismo) sia dalle correnti materialistiche e utilitaristiche francesi. In particolare, Carcano diceva di apprezzare la scuola scozzese, che rappresentava una «rivolta del senso comune e della pubblica moralità» contro le conclusioni (s'intende materialistiche) che alcuni avevano tratto dal pensiero del «savio» Locke<sup>100</sup>.

Era sempre a partire da un confronto con l'esperienza inglese che Carcano affrontava il problema del profilo costituzionale del ministro della giustizia. Egli notava che il funzionario inglese che aveva maggiore somiglianza col ministro della giustizia «ad uso francese» era il Lord Cancelliere. Ma questo era «il primo magistrato del regno» ed esercitava «anche personalmente funzioni di magistratura». Era in virtù di quell'«altissima posizione giudiziaria» che era membro del Consiglio

<sup>98</sup> CARCANO, *Il Pubblico Ministero*, cit., pp. 145-150. Cfr. FISCHEL, *La constitution*, cit., pp. 352-353.

<sup>99</sup> CARCANO, *Il Pubblico Ministero*, cit., pp. 145-150.

<sup>100</sup> Ivi, pp. 261-262.

privato e del Gabinetto. Perciò, mentre negli ordinamenti giudiziari d'impronta francese il potere esecutivo «penetra nell'Autorità giudiziaria» attraverso il ministro della giustizia, in Inghilterra la magistratura «si fa sentire al potere politico» attraverso il Lord Cancelliere. Che era «dopo il re il primo funzionario dello Stato».

A proposito del ministro della giustizia d'impronta francese, invece, Carcano scriveva che non vi era «alcun titolo, che meno corrisponda alla propria funzione». Il ministro della giustizia era un uomo politico, che, al pari del ministro dell'interno, era espressione di mire politiche e portavoce di interessi di parte. Anziché ministro della giustizia, lo si sarebbe dovuto chiamare capo supremo del Pubblico Ministero. Carcano auspicava perciò che il ministro della giustizia, anziché «parte del potere politico», fosse «uomo della giustizia» e come tale entrasse «nei Consigli della corona»<sup>101</sup>. Un quindicennio dopo anche Adeodato Bonasi avrebbe auspicato che il ministro della giustizia provenisse dalle file della magistratura<sup>102</sup>.

Era poi alla sospettosità degli inglesi verso ogni forma di contatto del potere esecutivo con l'autorità giudiziaria che Carcano riconduceva l'assenza, in quel paese, di un ufficio titolare della pubblica accusa. Rifacendosi ancora una volta a Fischel, il giurista lombardo ammetteva che in Inghilterra l'assenza di un pubblico accusatore aveva favorito talvolta gli accomodamenti fra denunciati e ricchi delinquenti<sup>103</sup>. Ma quegli inconvenienti non erano stati tali da farvi avvertire l'esigenza della creazione di un Pubblico Ministero, a cui erano contrari anche i giuristi. Tutt'al più vi era stata proposta l'istituzione di un accusatore pubblico d'impronta scozzese, ossia un avvocato preposto a quella funzione dallo sceriffo o, nelle grandi città, dai delegati municipali<sup>104</sup>.

A conclusione di quel discorso Carcano scriveva che persino un laudatore del sistema francese come Meyer aveva riconosciuto i pregi di quello d'Oltremania: i giudici inglesi erano pochi, ben retribuiti e non obbedivano ad alcuna autorità, fosse pure quella del re, in contrasto con le leggi fondamentali e con gli usi del Regno, ricevendone in

<sup>101</sup> Ivi, pp. 155-160.

<sup>102</sup> BONASI, *La magistratura*, cit., pp. 89-94.

<sup>103</sup> CARCANO, *Il Pubblico Ministero*, cit., p. 161. Cfr. FISCHEL, *La constitution*, cit., p. 395.

<sup>104</sup> CARCANO, *Il Pubblico Ministero*, cit., pp. 161-162.

cambio il rispetto della pubblica opinione, che era il principale elemento della loro forza<sup>105</sup>.

### 21. *Il profilo costituzionale del Pubblico Ministero*

Carcano non mancava di far cenno al rapporto fra retribuzione e indipendenza del magistrato. Tema tutt'altro che irrilevante e che sarebbe stato affrontato in seguito anche da Bonasi<sup>106</sup>. Ma l'accento cadeva sulla portata costituzionale della questione del Pubblico Ministero. Era materia non «da legista, ma da politico»<sup>107</sup>. Invece, come si è visto, secondo Carcano, Tocqueville non lo aveva trattato ritenendo erroneamente che fosse materia da legista.

Lo studioso lombardo, riprendendo una polemica già svolta nel precedente volume sulla Cassazione, diceva di non condividere «la dottrina dello spionaggio e della ostilità dei poteri racchiusa nella nota formola dell'*equilibrio dei poteri*». Teorica che aveva il proprio marchio di fabbrica nella filosofia che aveva ispirato la Rivoluzione francese. Fra i poteri – notava Carcano – vi dovevano essere «concordia e mutuo aiuto». E se controllo doveva esservi, era semmai il potere esecutivo a dover essere assoggettato all'autorità giudiziaria e non viceversa. Infatti, era l'autorità giudiziaria «che riconosce la competenza, e con questa la costituzionalità e gli effetti degli atti di ciascun potere». In apparenza era il potere legislativo «quello che tiene non solo in soggezione, ma in sua balìa» il potere esecutivo, giacché spettava alle Camere dare un indirizzo alla politica interna ed estera, sindacare gli atti del Governo e negargli la fiducia. Ma il potere esecutivo era in grado di «minare a poco a poco» l'intera opera delle Camere se la magistratura si asteneva dal vigilare. Solo quest'ultima, perciò, poteva rendere effettivi «il diritto e la libertà singolare di ciascuno». Le Camere, al contrario, erano poste troppo in alto per vedere ciò che accadeva in basso<sup>108</sup>.

<sup>105</sup> Ivi, pp. 163-165. Cfr. J. D. MEYER, *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe*, II, G. Dufour, et ed. d'Ocagne, Libraires, Paris 1823, livre troisième, chapitre dix-neuvième, pp. 276-286.

<sup>106</sup> BONASI, *La magistratura*, cit., pp. 75-79.

<sup>107</sup> CARCANO, *Il Pubblico Ministero*, cit., p. 186.

<sup>108</sup> Ivi, pp. 281-284.

Quello affrontato da Carcano era un nodo problematico di straordinaria rilevanza che coinvolgeva la natura del governo rappresentativo, il problema della divisione dei poteri (di cui era parte decisiva la questione dei rapporti fra potere esecutivo e giudiziario) e la «missione politica della magistratura nei liberi Stati». Un nodo problematico che lo studioso riassume nei seguenti termini: «*il Pubblico Ministero e lo Statuto*»<sup>109</sup>. Anticipazione del titolo di una futura monografia dedicata, come si vedrà, alla Cassazione.

Alla luce di quelle posizioni, per Carcano l'unico compromesso accettabile era che il Pubblico Ministero diventasse un funzionario dell'ordine giudiziario e fosse assistito dalla garanzia dell'inamovibilità da cui era assistito quell'ordine. Così il Pubblico Ministero sarebbe stato ridotto a «una superfetazione». Il problema della sua sopravvivenza sarebbe diventato una mera questione di politica giudiziaria<sup>110</sup>. Ossia – sembrava dire Carcano – avrebbe perso la sua rilevanza costituzionale. Ma lo studioso non trascurava di considerare il risparmio che avrebbe comportato l'integrale eliminazione dell'organo. Risparmio che già faceva «tanta parte della civil Europa»: in particolare l'Inghilterra e «tanta parte di Germania», ossia «la patria della libertà e la patria della scienza». E non si poteva certo dire che le magistrature di quei paesi non reggessero il confronto con quelle della Francia e della Spagna<sup>111</sup>.

Fra l'altro, se il Pubblico Ministero era la molla che dava l'impulso all'organismo giudiziario, c'era da chiedersi perché non avessero bisogno di «un ugual propulsore [...] tutti gli altri pubblici uffici»<sup>112</sup>. Comunque, l'essere il Pubblico Ministero rappresentante della legge era in contraddizione col suo essere rappresentante del potere esecutivo. Rappresentare il potere esecutivo significava infatti rappresentare un potere parziale, limitato esso stesso dalla legge. Quello esecutivo era un potere che soggiaceva a «peccabilità», cioè a responsabilità. E che, quando 'peccava', era giudicato dall'autorità giudiziaria. Peraltro, il potere esecutivo era «in presunzione di essere una continua minaccia alla legge»<sup>113</sup>.

<sup>109</sup> Ivi, p. 325.

<sup>110</sup> Ivi, pp. 188-189.

<sup>111</sup> Ivi, pp. 194-195.

<sup>112</sup> Ivi, p. 192.

<sup>113</sup> Ivi, p. 200.

A dimostrazione dell'intima contraddittorietà della posizione del Pubblico Ministero Carcano citava l'esempio dell'incostituzionalità di una disposizione del Governo di cui si eccepiva l'invasione delle attribuzioni del potere legislativo. Quando riconosceva che il Governo era nel torto da quale parte stava il Pubblico Ministero? Dalla parte della legge contro il Governo o dalla parte del Governo contro la legge? D'altro canto, una conferma di come il potere esecutivo fosse avvertito come una minaccia all'equilibrio dei poteri era costituita dall'art. 45 dello Statuto, in base al quale il deputato non poteva essere arrestato se non in caso di flagranza né essere tradotto in giudizio senza l'autorizzazione della Camera<sup>114</sup>. Disciplina dovuta al fatto che il potere esecutivo, come «padrone [...] dei tribunali», era in condizione di poter distruggere l'opposizione<sup>115</sup>. In definitiva, i redattori dello Statuto avevano paventato che esso potesse diventare «facinoroso al punto di attentare alle persone» dei «rappresentanti della nazione»<sup>116</sup>.

Quanto al potere giudiziario, Carcano dilatava in maniera cospicua i confini dell'attività interpretativa. L'autorità giudiziaria, in quanto interprete della legge, non solo la «esplica, non solo mantiene e feconda la sua parola, ma talora la supplisce e la completa». Perciò, nel silenzio della legge positiva, la magistratura era legittimata ad ascendere alla legge suprema a cui si ispirava anche il potere legislativo, ossia alla ragione universale e naturale. In tal caso la magistratura diventava «istitutrice immediata della legge», operava «come minore sorella nel posto del legislatore». Era pertanto aberrante – concludeva Carcano – che quella magistratura che era «confidente effettrice e collaboratrice dell'Autorità legislativa» fosse posta sotto la «curatela» di un «estraneo» qual era il potere esecutivo<sup>117</sup>.

Per ragioni prudenziali Carcano parlava della magistratura come di una sorella minore del legislatore. Ma i margini che egli attribuiva alla creatività giurisprudenziale erano amplissimi.

Era difficile che in un'intransigente perorazione a sostegno dell'indipendenza della magistratura quale era quella compiuta da Carcano non si accennasse poi al tema dell'inaffidabilità. Tema che, come si vedrà, sarebbe stato oggetto in seguito di una sua trattazione monografica. Già nello scritto sul Pubblico Ministero lo studioso non mancava

<sup>114</sup> Ivi, p. 202.

<sup>115</sup> Ivi, p. 207.

<sup>116</sup> Ivi, p. 216.

<sup>117</sup> Ivi, p. 208.

di denunciare con toni accorati che vi erano «funzionari dell'ordine giudiziario» che preferivano rinunciare «all'impiego, piuttosto che subire» per il loro «miserò salario [...] una traslocazione». Attraverso quegli arbitrî era facile, per il potere esecutivo, sbarazzarsi di «un onesto impiegato che lo disturba colla sua onestà». Ma Carcano si chiedeva come si giustificassero, alla luce dello Statuto, «traslocazioni» che equivalevano a vere e proprie destituzioni. Nello Statuto, infatti, non trovava alcun fondamento la distinzione fra inamovibilità dal posto e dalla sede<sup>118</sup>. Ed era conseguenza anche di quegli arbitrî la scarsa propensione che negli ultimi tempi si riscontrava fra i giovani nel dedicarsi alla magistratura<sup>119</sup>.

Carcano, fra l'altro, non mancava di far cenno alla recente presentazione, da parte dei pretori delle Romagne, di un'istanza tesa a estendere alla loro categoria il beneficio dell'inamovibilità. Egli ammetteva che l'istanza non era ricevibile in base alla lettera dello Statuto, alla quale per ragioni prudenziali diceva di non volere che «fosse toccato jota come ad un vangelo». E tuttavia – aggiungeva – non si poteva negare che l'istanza fosse del tutto conforme ai principî dello Statuto, fra i quali vi erano l'indipendenza della magistratura e l'uguaglianza dei cittadini. L'esclusione dei pretori dalla garanzia dell'inamovibilità ledava infatti l'indipendenza della magistratura poiché questa veniva in tal modo per un gran numero dei suoi componenti privata di quella garanzia e sottoposta alla «piena discrezione del Governo». Inoltre, quell'esclusione sembrava prefigurare l'esistenza di due ordini di cittadini. I pretori erano i giudici dei piccoli affari e quindi del «piccolo popolo». Sicché, privandoli dell'inamovibilità, di questa finivano per beneficiare solamente i «grandi», interessati a «cause grosse», mentre i cittadini di «bassi natali» erano costretti ad accontentarsi «di una magistratura qualsia». L'esistenza di due magistrature (quella garantita e quella non garantita dall'inamovibilità) rinviava alle differenze esistenti «fra cittadini e cittadini», ossia alle disuguaglianze (Carcano evocava efficacemente il «milionario» che «getta alla ballerina [...] il gioiello» che «può essere il patrimonio di una famiglia»). Comunque, se era vero che lo Statuto aveva «parlato» (ossia non aveva esteso l'inamovibilità ai pretori), era altrettanto vero che bisognava armonizzare il suo spirito con le sue parole<sup>120</sup>.

<sup>118</sup> Ivi, pp. 219-220.

<sup>119</sup> Ivi, p. 225.

<sup>120</sup> Ivi, pp. 225-228.

Al riguardo, Carcano prendeva le distanze dalla posizione di De Foresta secondo cui l'inaMOVibilità non avrebbe potuto essere prevista per un giudice monocratico. La replica era che anche l'inaMOVibilità dei giudici dei tribunali e delle corti era predisposta non per il corpo astratto, ma per il singolo giudice<sup>121</sup>.

Il tema dell'inaMOVibilità dei pretori sarebbe stato sollevato di lì a poco anche da Bonasi. E con analoghe argomentazioni. Anche il giurista emiliano avrebbe posto l'accento sul fatto che i pretori trattavano le cause dei meno abbienti, per cui ne andava garantita l'inaMOVibilità in modo da estendere la garanzia dei diritti alle fasce più deboli della società<sup>122</sup>.

Carcano poneva, fra l'altro, fortemente l'accento sull'esigenza che la magistratura si presentasse come un corpo compatto. Bisognava perciò che i pretori ne fossero considerati parte integrante. Ma era del pari necessario che i tribunali ricevessero «insegnamento» ed «esempio» dalle corti d'appello, il che accadeva raramente. Era frequente che gli stessi cancellieri si ritenessero indipendenti dai giudici. Ed era proprio l'esistenza di «tanti statarelli» e di «tante repubblicette», ossia di «un vero e proprio medio evo» nella magistratura, a favorire le incursioni di un «corpo straniero», ossia di un'istituzione politica qual era il Pubblico Ministero<sup>123</sup>.

Lo studioso notava al riguardo che la stessa *ratio* per cui l'art. 71 dello Statuto vietava la costituzione di tribunali e commissioni straordinari, ossia la necessità di evitare le ingerenze della politica nella magistratura, avrebbe dovuto escludere le ingerenze del Pubblico Ministero in momenti delicatissimi della vita giudiziaria. Tale era, ad esempio, la formazione delle sezioni dei tribunali e delle corti d'assise. Non era meno rilevante che le informazioni sulla condotta del personale giudiziario fossero assunte congiuntamente dai capi del Pubblico Ministero e della magistratura.

Quelle ingerenze del Pubblico Ministero, al pari delle commissioni e dei tribunali straordinari, davano luogo alla presenza di un elemento politico nella magistratura. Infatti, quando il Governo aveva un agente speciale a sua disposizione presso l'autorità giudiziaria, aveva «in mano tutti i mezzi per lusingare, intimidire, agitare». Preoccupazione tutt'altro che peregrina: era previsto che il Pubblico Ministero non potesse

<sup>121</sup> Ivi, pp. 448-449.

<sup>122</sup> BONASI, *La magistratura*, cit., pp. 128-130.

<sup>123</sup> CARCANO, *Il Pubblico Ministero*, cit., pp. 313-314.



assistere alla votazione delle cause penali e civili proprio perché si temeva che la sua influenza non fosse benefica. Ma non era semplicemente allontanandolo «dalla sala della deliberazione» che si impediva al Pubblico Ministero di influire sul giudizio<sup>124</sup>.

## 22. L'«unificazione della patria» come «finzione amministrativa»

Fra le critiche rivolte da Carcano al Pubblico Ministero vi era innanzitutto quella di essere fra le istituzioni che costituivano una servile imitazione di quelle francesi. Dal paese d'Oltralpe era stata mutuata «la [...] passione amministrativa», che aveva portato ad apprezzare in maniera entusiastica quel «miracolo di meccanica», nato dal «genio napoleonico», che faceva muovere «con una manovella tutta la Francia». Per imitazione francese erano stati introdotti i conflitti di attribuzione ed era stata imposta «l'ortodossia ufficiale della Corte di cassazione». In Italia si era fatta *tabula rasa* della tradizione in maniera ancora più violenta che nella stessa Francia.

L'«unificazione della patria», che «cominciata per ispontaneo impeto, a modo loro, da' popoli», era stata «usurpata e terminata a modo suo dal potere», si era risolta in «una finzione amministrativa». Quell'unificazione artificiale non aveva fatto che risvegliare le «sopite ribellioni delle autonomie municipali», facendo «germinare più fitta la trista gramigna di antichi e di nuovi interessi locali». Non vi era grande città che rinunciasse ad avere una corte suprema o provincia che ritenesse di poter fare a meno di una corte d'appello o città e villaggio che accettassero di essere privi di un tribunale o di una pretura.

Ciò era stato l'inevitabile conseguenza dell'aver trattato la nazione «come materia bruta», ritenendo che popolazioni diverse «di origini, di genio, di temperamento, di lingua, di storia politica, di educazione e di civiltà» potessero «davvero incollarsi insieme, in un attimo, con un decreto ministeriale, come [...] due fogli di carta [...] con cera lacca». Gli stessi codici erano stati «abborracciati con [...] precipizio di tempo e di studi» in un momento in cui l'Italia «sarebbe stata incapace di dare» ad essi «alcun soffio di spirito nazionale». I codici non erano stati perciò «che un plagio straniero». Eppure, non avrebbe meritato di essere una passiva imitatrice quell'Italia che con i Comuni aveva dato

<sup>124</sup> Ivi, pp. 230-233.

un impulso decisivo al risveglio dei popoli europei. Comuni la cui democrazia era stata capace di soggiogare il potere baronale<sup>125</sup>.

Quelli di Carcano apparivano certo giudizi sommari, anche se l'idea secondo cui i Comuni sarebbero nati da una lotta vittoriosa di nuclei di protoborghesia contro il dominio feudale è sopravvissuta a lungo nella storiografia. Ma qui non interessa tanto l'attendibilità storiografica dei giudizi dello studioso quanto la loro portata ideologica, che appariva del tutto coerente con l'impianto complessivo della sua argomentazione.

### 23. *La 'democrazia giudiziaria'*

Carcano, a differenza di quanto fatto in precedenza in riferimento alla Francia, qui usava il termine democrazia in un'accezione positiva. Lo faceva nell'esaltare il ruolo della magistratura. Dopo aver affermato che l'idea della giustizia precedeva quella dello Stato e si poneva al di sopra della contingenza politica (di cui era espressione una visione miope della ragion di Stato), il giurista diceva di voler tematizzare la questione del rapporto fra magistratura e democrazia. Carcano scriveva al riguardo che non andava demonizzata, in sé, la tendenza verso il suffragio universale. Ma, per edificare la democrazia, bisognava forgiare il senso morale del popolo e «innalzare il cittadino al sentimento della propria dignità». Quell'educazione alla democrazia presupponeva tuttavia che i legislatori educassero prima sé stessi<sup>126</sup>.

L'esempio veniva ancora una volta da quel paese che alcuni si ostinavano a chiamare «la perfida Albione». Per Carcano la democrazia non poteva essere che «un governo di magistratura», ossia «un governo all'inglese». E quello della magistratura era «il governo delle moltitudini» perché essa sola poteva far affidamento sulla «confidenza» delle masse. La magistratura era «per essenza potere [...] di eguali» e in quanto tale aveva «la natura [...] della democrazia»<sup>127</sup>.

Come interpretare quella posizione? Carcano affermava che, mentre in ogni forma di governo, fosse pure la monarchia rappresentativa o il governo popolare, i poteri politici tendevano all'arbitrio, quello giudiziario era potere di legalità, di libertà e di resistenza «anche in

<sup>125</sup> Ivi, pp. 235-243.

<sup>126</sup> Ivi, pp. 251-256.

<sup>127</sup> Ivi, pp. 257-264.

una monarchia assoluta»<sup>128</sup>. Ebbene, un filo rosso collegava la visione di un Carcano a quella dei giuristi d'Antico Regime: le magistrature costituivano, al di là del mutare degli assetti politici, un fondamentale presidio costituzionale. Non a caso lo studioso richiamava un discorso tenuto alla Camera il 18 febbraio 1865 da Borgatti, poi diventato ministro della giustizia, in cui il deputato si era rifatto alla gloriosa tradizione dei grandi tribunali d'Antico Regime, quali la Rota romana, la Rota fiorentina, il Sacro Regio Consiglio napoletano e il «Senato piemontese». Magistrature che, come teneva a sottolineare Carcano, non erano sottoposte ai controlli a cui era attualmente sottoposta la magistratura ad opera del Pubblico Ministero<sup>129</sup>.

E non a caso lo studioso evocava il «calcio dell'asino» tirato contro i Parlamenti francesi, «che tanto ardirono contro» la monarchia francese, ma che «pur tanto illustrarono la magistratura»<sup>130</sup>. Quella dei Parlamenti era stata «l'epoca della grande, della storica magistratura francese»<sup>131</sup>.

Certo, appariva alquanto formalistica la distinzione che Carcano qui operava fra i poteri giudiziari e quelli di natura politico-amministrativa esercitati dai Parlamenti, quasi a voler adombrare la possibilità di esprimere un giudizio positivo sui primi e non sui secondi. In realtà, nello Stato d'Antico Regime poteri giurisdizionali e poteri politico-amministrativi erano inestricabilmente connessi. Ma non era del tutto inesatta la valutazione secondo cui nella Francia d'Antico Regime i sovrani potevano influire sull'amministrazione della giustizia con l'avocazione delle cause e l'istituzione di tribunali eccezionali, ma non potevano «nulla sulla persona dei magistrati», che erano garantiti dall'inamovibilità. Pertanto, non potevano rimuoverli e neppure promuoverli. «E i re ben potevano ardire a beneplacito in segreto col loro Pubblico Ministero, che i parlamenti gridavano tanto più forte per la loro parte». D'altro canto, la «guerra tra i re e parlamenti era dichiarata ed aperta»<sup>132</sup>.

Insomma, nell'Antico Regime i magistrati francesi godevano di quell'inamovibilità di cui i magistrati italiani erano stati sostanzialmen-

<sup>128</sup> Ivi, pp. 270-272.

<sup>129</sup> Ivi, pp. 449-451.

<sup>130</sup> Ivi, p. 274.

<sup>131</sup> Ivi, p. 280.

<sup>132</sup> Ivi, pp. 296-297.

te privati dalla legge sull'Ordinamento giudiziario. Ciò li poneva in una posizione di forza nei confronti dei sovrani.

#### 24. *Le garanzie dei diritti contro il «governamentalismo»*

Fra gli argomenti posti a sostegno del Pubblico Ministero vi era quello secondo cui era attraverso di esso che il potere esecutivo comunicava con la magistratura. Ma, secondo Carcano, era facile replicare chiedendosi come il Governo comunicasse con la magistratura in Inghilterra, dove non esisteva un Pubblico Ministero<sup>133</sup>. Peraltro, lo studioso esemplificava in maniera plastica i guasti a cui poteva condurre quella modalità di comunicazione: se il Governo si trovava implicato in una causa da cui poteva dipendere il giudizio sulla sua politica e quindi la sua stessa sorte difficilmente si faceva scrupolo di incaricare il Pubblico Ministero di ottenere dal presidente di un tribunale o di una corte che la causa venisse deferita a una sezione piuttosto che a un'altra. Perché ciò si verificasse era sufficiente far passare l'interesse del partito al potere come «il supremo interesse della patria». Il che non era difficile. Ciò era una conferma del fatto che bisognava fidarsi non degli uomini, ma delle garanzie offerte dalle istituzioni<sup>134</sup>. D'altra parte, proprio perché non ci si poteva fidare in fondo neanche del potere giudiziario, che «pure» era «il più fidato di tutti», «gli statuti dei liberi Stati» prevedevano la pubblicità delle procedure giudiziarie. Non era perciò tollerabile che, mentre si faceva «pompa di pubblicità» col dibattimento e con la motivazione delle sentenze, «poi si permetta l'ammiccarsi a quattr'occhi, e il ritirarsi in camera oscura, e l'introdursi in disparte tra la magistratura e il potere esecutivo», senza sapere «cosa si agiti in quel confessionale»<sup>135</sup>.

Comunque, se si riteneva indispensabile quella comunicazione fra potere esecutivo e magistratura, era preferibile che il Governo interloquisse «per sè, e senza velo, coll'Autorità giudiziaria». Il ministro della giustizia poteva comunicare senza intermediari con i «veri capi naturali dell'ordine giudiziario», ossia con i presidenti d'appello o col presidente della Cassazione. D'altro canto, se non si voleva quella comunicazione diretta era perché si temeva che i capi dell'ordine giudiziario si

<sup>133</sup> Ivi, pp. 288-289 e 307.

<sup>134</sup> Ivi, pp. 297-298.

<sup>135</sup> Ivi, pp. 303-304.

atteggiassero come uno dei poteri costituzionali dello Stato più di quanto tornasse utile alle «convenienze del potere politico»<sup>136</sup>.

La questione del Pubblico Ministero offriva poi a Carcano lo spunto per trattare altre rilevanti materie che attenevano anch'esse, come quelle trattate in precedenza, alle garanzie dei diritti. A cominciare da quella delle circoscrizioni giudiziarie, che presentava anch'essa importanti profili costituzionali<sup>137</sup>. Inoltre, Carcano affrontava il problema della difesa, esprimendo il proprio dissenso dalla posizione, sostenuta anche da qualche corte d'appello, secondo cui l'avvocato difensore non doveva che «orare sulle risultanze del processo scritto e del dibattimento», senza che gli fosse consentito «nè di udire preventivamente i testimoni, che crede possan essere introdotti a difesa, nè ricercare notizie ed informazioni di fatti o persone, sia da pubblici uffici, sia da pubblici stabilimenti». Secondo quel punto di vista, insomma, il difensore non poteva compiere alcun atto di investigazione. Ma Carcano obiettava che l'ufficio dell'avvocato era «una missione pubblica al pari di quello del Pubblico Ministero». La tesi criticata era tanto più insostenibile in quanto l'avvocato non aveva alcuna parte nel processo scritto, «che infine è l'orditura, su cui si tesse tutto il conseguente processo orale». E ciò tanto più in quanto le funzioni del Pubblico Ministero erano preordinate all'accusa. La lista dei testimoni da lui compilati comprendeva perciò solo i testimoni d'accusa. E nel giudizio della pubblica opinione il Pubblico Ministero vinceva quando riusciva a far condannare, mentre l'assoluzione era ascritta sempre a merito dell'avvocato<sup>138</sup>.

Carcano denunciava poi in maniera efficace la politicizzazione della giustizia, criticando l'«usanza di alludere alla casta o al partito o ai precedenti politici dell'imputato». Egli bollava così quella prassi: «Brutta moda francese». Prassi che faceva sì che l'imputato non fosse più l'individuo, ma la casta o il partito. Il pubblico era indotto in tal modo a parteggiare. A Carcano era capitato di assistere a un processo in cui «un frate zoccolante laico era» stato «imputato di propositi contrari all'attuale ordine di cose, fatti con contadini, presso i quali era stato per la questua». Che il Pubblico Ministero di quella causa fosse stato un uomo «di nobilissimo carattere» era solo una riprova di come «l'abitudine e la scuola» agissero anche su quelli che meno sarebbero

<sup>136</sup> Ivi, pp. 307-309.

<sup>137</sup> Ivi, pp. 328-330.

<sup>138</sup> Ivi, pp. 383-385.

apparsi inclini a «soggiacere a simili servitù»<sup>139</sup>. Rilevanti non erano le qualità personali di chi ricopriva l'ufficio di Pubblico Ministero, ma le *formae mentis* che in quell'ufficio si erano sedimentate.

Ufficio che peraltro Carcano riteneva assolutamente non necessario allo sviluppo del diritto. Infatti, rifacendosi ai teorici della filosofia della storia e in primo luogo a Vico, scriveva che era stata Roma a 'inventare' il diritto<sup>140</sup>. Ebbene, a fare il diritto romano, che costituiva «il substrato delle scienze nostre», erano stati «i giureconsulti ed i pretori romani senza Pubblico Ministero». Anzi – aggiungeva Carcano – «forse» essi «non lo avrebbero fatto col Pubblico Ministero»<sup>141</sup>. Quello romano era stato un diritto essenzialmente giurisprudenziale e, come tale, non avrebbe sopportato ingerenze esterne.

Carcano sollevava inoltre la questione dell'intervento del Pubblico Ministero nelle cause civili, richiamando il giudizio critico che su di esso aveva espresso Francesco Carrara<sup>142</sup>. Lo studioso lombardo non taceva al riguardo che la facoltà del Pubblico Ministero di interloquire in tutte le cause, prevista dall'art. 140 dell'Ordinamento giudiziario, era contestata anche dai fautori di quell'organo. Era stato rilevato infatti come quell'intervento fosse in contrasto con l'«eguaglianza comune» e con l'esigenza di economizzare tempo e danaro. Esso, secondo Carcano, andava respinto al pari di ogni ingerenza politica nella magistratura<sup>143</sup>. Infatti, era riconducibile alla «dottrina della autocrazia dello Stato sul cittadino, del dominio del diritto pubblico in tutta la sfera del diritto, dell'interesse di tutti sull'interesse degli individui». Dottrina ereditata «dalla vecchia scuola francese». Era una sorta di «sillabo politico», il «simbolo di una governocrazia *sociale*, che non» aveva «nulla ad invidiare alla teocrazia romana». Quella «*governocrazia*» arrivava «fino alla negazione categorica dell'autonomia del diritto privato e dell'individuo». Lo Stato metteva le mani in una sfera, quella della proprietà, della famiglia e del contratto, che precedeva lo Stato<sup>144</sup>. Insomma, per dirla con

<sup>139</sup> Ivi, pp.386-387.

<sup>140</sup> Ivi, p. 357. Mutuo il termine-concetto da A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Einaudi, Torino 2017.

<sup>141</sup> CARCANO, *Il Pubblico Ministero*, cit., p. 358.

<sup>142</sup> Ivi, p. 363.

<sup>143</sup> Ivi, pp. 390-391.

<sup>144</sup> Ivi, pp. 408-409.

Filippo Vassalli, Carcano era uno strenuo sostenitore dell'extrastatualità del diritto civile<sup>145</sup>.

Il giurista lombardo caricava quella polemica di forti valenze ideologiche. Scriveva che quella dottrina liberticida del «supremo diritto della società» non era altro che la dottrina dell'onnipotenza del Governo. Era un prodotto della Rivoluzione francese e soprattutto degli «efferati governi rivoluzionari, che succedettero alla Costituente». Ma non era stato difficile accomodare quella dottrina all'«onnipotenza imperiale».

Carcano teneva a sottolineare che quegli esiti dispotici erano insiti nella democrazia, con la sua avidità di potere e di rappresaglie, con la sua ansia di livellamento e con il suo scetticismo verso il diritto<sup>146</sup>. Lo studioso non esitava a porre in stretta connessione democrazia e comitato di salute pubblica. La democrazia 'politica' usciva qui alquanto malconcia dai giudizi di Carcano. Alla resa dei conti, per lui l'unica vera democrazia era quella 'giudiziaria'. Una posizione che avrebbe potuto condividere anche un giurista d'Antico Regime. Secondo un *topos* allora molto risalente era la *scientia juris*, in quanto espressione di strutture ontologiche, a esprimere in maniera oggettiva le istanze sociali.

### 25. I limiti del liberalismo italiano

Nel 1870 Carcano dedicava una monografia al tema dell'immovibilità della magistratura, riprendendo molte delle argomentazioni svolte in precedenza specie contro il Pubblico Ministero. Egli affermava senza mezzi termini che l'art. 199 dell'Ordinamento giudiziario era «un perverso dello statuto». Statuto il cui «più felice capo» era, a suo avviso, quello riguardante l'ordine giudiziario<sup>147</sup>. E tuttavia di seguito Carcano non esitava a criticare lo stesso testo costituzionale per

<sup>145</sup> Sull'impiego di quella nozione da parte del giurista romano cfr. P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Giuffrè, Milano 1998, pp. 293-321.

<sup>146</sup> CARCANO, *Il Pubblico Ministero*, cit., pp. 415-416.

<sup>147</sup> G. CARCANO, *L'immovibilità della magistratura e l'art. 199 dell'Ordinamento giudiziario 6 dicembre 1865*, Stabilimento Redaelli de' fratelli Rechiederi, Milano 1870, p. 7.

aver previsto, all'art. 69, che la «franchigia dell'inamovibilità» si conseguisse solo dopo tre anni<sup>148</sup>.

Nel nuovo volume lo studioso sembrava rivalutare quella bilancia dei poteri che aveva aspramente criticato nel libro del 1866 sulla Cassazione. Infatti, scriveva che lo «statuto ci ha abituati alla responsabilità ed alla controlleria degli atti del potere»<sup>149</sup>. 'Controlleria' era, come si è visto, il termine con cui, nel volume del 1866, Carcano aveva biasimato la meccanica costituzionale nata all'indomani della Rivoluzione francese. Invece, nel nuovo scritto egli non mancava di sottolineare che anche il re era soggetto a «leggi» e «controllerie»<sup>150</sup>. Ma un residuo di agnosticismo nei confronti delle forme politiche era senza dubbio riscontrabile nell'affermazione secondo cui l'inamovibilità della magistratura era «una necessità, non di governo costituzionale, ma di governo civile». Affermazione che sembrava riconducibile all'apprezzamento di Carcano per la ricca dialettica dei poteri che aveva caratterizzato l'Antico Regime e che era nata dalla prassi, non dalle fumisterie ideologiche: «I governi assoluti hanno preceduto colla pratica le teorie dei filosofi e dei liberali»<sup>151</sup>.

Di seguito Carcano poneva l'accento sui limiti del liberalismo italiano che, a suo avviso, consistevano nel non aver fatto propria l'idea del *self-government* e nell'aver inteso la democrazia come mero livellamento. Quello italiano, secondo Carcano, era un liberalismo che guardava ancora al «secolo passato», ispirandosi al «dottrinarismo di Robespierre»<sup>152</sup>.

Al riguardo, egli ribadiva il suo punto di vista secondo cui la magistratura, in quanto tesa ad assicurare l'«eguale sudditanza di tutti innanzi alla legge», era «il vero potere democratico». Ma quell'idea della magistratura – scriveva lo studioso – era estranea al liberalismo italiano. Anche qui Carcano richiamava *per differentiam* l'esperienza dell'Inghilterra, ponendo l'accento sul nesso inscindibile che legava le magistrature alla «costituzione» e alla «libertà» di quel paese<sup>153</sup>. Rifacendosi, fra l'altro, a Ruggero Bonghi, egli poneva l'accento sulla sorveglianza esercitata in Inghilterra sul potere dall'opinione pubblica.

<sup>148</sup> Ivi, p. 27.

<sup>149</sup> Ivi, p. 15.

<sup>150</sup> Ivi, p. 17.

<sup>151</sup> Ivi, p. 20.

<sup>152</sup> Ivi, pp. 71-72.

<sup>153</sup> Ivi, pp. 73-74.



Opinione pubblica che non avrebbe mai accettato che la nomina di un magistrato fosse influenzata da un interesse di parte<sup>154</sup>. Invece, in Italia non vi era «alcuna compatta pubblica opinione». Lo stesso giornalismo, invece di educare, non faceva che corrompere: infatti, «vediamo» persino quello «che più è in fama di assennato ed onesto, sorgere ad erudire la magistratura colla dottrina dell'obbedienza al potere, posto sempre in perfetta sinonimia col concetto dell'ordine e della legalità»<sup>155</sup>.

Carcano, pure in generale avaro di apprezzamenti per la Francia, ammetteva che anche in quel paese la magistratura poteva vantare un'illustre tradizione<sup>156</sup>. Si riferiva evidentemente a quella d'Antico Regime, che già negli scritti precedenti aveva mostrato di apprezzare. Invece, egli vedeva nel drastico e irrazionale rifiuto delle tradizioni la cifra dell'unificazione italiana. Quello italiano era stato l'unico popolo ad aver gettato nella «rovina [...] le sue secolari abitudini, il suo vivere civile, tutto il suo passato, tutta la sua storia», preso dalla mania di «cancellare [...] la memoria dell'antico proprio essere»<sup>157</sup>.

La nascita dello Stato italiano, peraltro, era stata accompagnata dall'adozione di discipline del tutto illiberali: ad esempio, «quella legge di domicilio coatto, che, con tanto sentimento di costituzionalismo e di liberalismo», fu applicata senza colpo ferire nei confronti dei «briganti» e dei «preti». E poiché l'art. 199 dell'Ordinamento giudiziario era ispirato a una chiara diffidenza verso la magistratura, Carcano scriveva che, come i preti erano stati «fatti fratelli dei briganti», così i magistrati erano stati resi «cugini dei preti». Ed era, a suo avviso, una parentela che onorava «altamente tutti e tre»<sup>158</sup>.

Molto più rispettosa dell'indipendenza della magistratura era stata la disciplina prevista dalla patente imperiale del 3 maggio 1853, l'ultima ad avere trovato applicazione nel Lombardo-Veneto. Era una normativa che consentiva ai magistrati un'ascesa graduale fondata sul

<sup>154</sup> Ivi, p. 88.

<sup>155</sup> Ivi, p. 91. Tuttavia, in precedenza Carcano non aveva mancato di rilevare che in Italia l'opinione pubblica era stata vigile nell'attribuire al ministro della giustizia trasferimenti di magistrati unicamente dovuti al fatto di aver emesso «tale o tale altra sentenza» che era «spiaciuta al Governo» (ivi, pp. 50-51).

<sup>156</sup> Ivi, p. 93.

<sup>157</sup> Ivi, p. 61.

<sup>158</sup> Ivi, p. 28.

merito<sup>159</sup>. Quella magistratura, «così fidata ai popoli [...] e che diede tanti proscritti politici nel 1848 e 1849», era stata ripagata, al momento dell'annessione allo Stato italiano, con la «pratica del punire senza sentire», ossia con la violazione della garanzia dell'inamovibilità<sup>160</sup>. Garanzia a cui, nel 1851, con Siccardi, era stata data attuazione anche in Piemonte in ottemperanza allo Statuto<sup>161</sup>.

Continui erano, in tutto lo scritto, i richiami a Musio, nei confronti del quale Carcano non lesinava enfatiche espressioni laudative<sup>162</sup>. Egli aderiva appieno alla proposta del senatore di istituire una Suprema Censura. Arrivava a scrivere che si sentiva «elevare lo spirito innanzi a» quell'«ideale», vedendo «aprirsi innanzi gli orizzonti che posero così alto il vedere della grande Costituente di Francia»<sup>163</sup>.

Era una significativa novità rispetto agli scritti precedenti, dove la Rivoluzione francese era stata sottoposta *in toto* a una critica radicale. Qui, invece, mentre restava nettissima la presa di distanza dalla deviazione giacobina, l'Autore esprimeva un significativo apprezzamento per le istituzioni create dalla Costituente. Era un segno ulteriore dell'influenza esercitata su Carcano da Musio, che, come si è visto, aveva mostrato un forte apprezzamento per la disciplina che la Costituente aveva dato al Pubblico Ministero. Ma lo stesso Carcano, come si è visto, nella monografia del 1868 sul Pubblico Ministero, non aveva mancato di esprimere un giudizio positivo su quella disciplina. Inoltre, come aveva già ripetutamente fatto nel volume del 1866, lo studioso lombardo non lesinava alla Costituente la qualifica di grande: era un oggettivo riconoscimento della portata delle trasformazioni innescate dalle dinamiche rivoluzionarie.

<sup>159</sup> Ivi, pp. 104-111. Fra l'altro, lo studioso non mancava di rievocare gli apprezzamenti espressi in un suo precedente scritto sul Codice civile austriaco del 1811 (ivi, pp. 112-113). Cfr. G. CARCANO, *Il Codice civile austriaco ed i suoi caratteri. Studi per la compilazione del Codice patrio*, Dalla Tipografia di F. Manini, Milano 1860.

<sup>160</sup> CARCANO, *L'inamovibilità*, cit., p. 114.

<sup>161</sup> Ivi, p. 127.

<sup>162</sup> Ivi, pp. 10, 32 e 99.

<sup>163</sup> Ivi, p. 117. La proposta di istituire la Suprema Censura era in G. MUSIO, *Di una novella legge organica dell'ordine giudiziario*, Tipografia di F. Benigni, Firenze 1868, pp. 79-85.

26. *La Cassazione «istituzione incostituzionale»*

Nel 1872 Carcano tornava sull'alternativa fra Cassazione e Terza istanza, dicendo di volerla affrontare alla luce dei principî del governo rappresentativo come non aveva fatto in precedenza. In realtà, sia nel precedente scritto sulla Cassazione che in quello sul Pubblico Ministero lo studioso si era mostrato attentissimo alle tematiche costituzionali. L'unica differenza era costituita dal fatto che nella nuova monografia affrontava *ex professo* il problema della compatibilità della Cassazione con gli assetti costituzionali prefigurati dallo Statuto<sup>164</sup>.

Nel nuovo volume egli ribadiva che la Cassazione era il prodotto di una rivoluzione «famosa non meno per la atrocità dei suoi fatti, che per la grandezza dei suoi propositi». Rivoluzione che aveva inaugurato un cesarismo peggiore dei precedenti. Tanto che veniva fatto di chiedersi se il destino della «razza latina» non fosse quello di «fare [...] assolutismi». Certo era che al cesarismo imperiale romano e a quello pontificio aveva fatto seguito il «cesarismo scientifico della Cassazione»<sup>165</sup>.

Carcano attribuiva significativamente ai limiti dell'autarchia disciplinare della scienza giuridica (limiti già denunciati in precedenza) l'incapacità dei giuristi di affrontare il tema della Cassazione in tutta l'ampiezza delle sue prospettive. Quel tema coinvolgeva complessi «problemi scientifici, morali, sociali e politici». Non si poteva affrontarlo con i «criteri della nostra arte, che non» erano «i più sintetici». Insomma, il tecnicismo giuridico non era lo strumento migliore per cogliere l'essenza dei fenomeni. Così non ci si rendeva conto del fatto che la Cassazione rappresentava «l'annichilimento della scienza vera, viva, spontanea, produttrice», oltre a suggellare la «perpetua servitù del genio italiano ad una coltura straniera ormai vinta dalle altre»<sup>166</sup>. Erano gli echi di Sedan: la sconfitta della Francia sui campi di battaglia aveva data la stura all'esaurirsi di un'intera egemonia culturale e politica. Carcano ammetteva tuttavia che la sua contrarietà alla Cassazione si poneva in radicale antitesi con opinioni largamente consolidate, costituiva «una sfida lanciata all'opinione comune». Ma ai giuristi sem-

<sup>164</sup> G. CARCANO, *La Cassazione e lo Statuto*, Tipografia fratelli Rechiedei, Milano 1872, pp. 5-6.

<sup>165</sup> Ivi, pp. 8-9.

<sup>166</sup> Ivi, p. 10.

brava non importare nulla «della scienza, dello Statuto, della morale, della patria».

Peraltro, la Corte di cassazione, mentre veniva presentata come una salvaguardia del potere legislativo contro il potere giudiziario, era essa stessa «la prima usurpatrice di quel primo e principale fra i poteri». E mentre veniva presentata come tesa a salvaguardare l'equilibrio fra i poteri, era essa stessa a perturbare quell'equilibrio<sup>167</sup>. La Cassazione, per Carcano, che ribadiva qui una convinzione già espressa in precedenza, non si poteva ritenere appartenente alla magistratura. Questa, infatti, era istituita per dar esecuzione alle leggi. E aveva ad oggetto fatti, accadimenti avvenuti nel tempo e nello spazio, ossia esistenti *in rerum natura*. Perciò – puntualizzava il giurista – compito precipuo della magistratura era l'applicazione e non la semplice interpretazione. Per il magistrato l'interpretazione era un mezzo, non un fine: era semplicemente «guida all'atto dell'applicazione della legge». Era infatti senza dubbio alla magistratura, «straniera alla politica», che spettava mantenere l'interpretazione nei limiti della legge. Ma era sempre ad essa, «aliena da ogni dettato generale», che spettava pronunciare «il dettato particolare della legge intorno» a un fatto. L'«idea categorica della magistratura» era «quella di una *applicazione* e di una *particolarità*». Pertanto, non si poteva ritenere che facesse parte della magistratura la Cassazione, che si professava «straniera all'ordine dei fatti». Né si potevano ritenere «atto di magistratura, che è un'applicazione ed una particolarità», i «teoremi» enunciati dalla Cassazione, che avevano ad oggetto una serie di fatti<sup>168</sup>.

Carcano ritornava poi sulla sua lettura della nascita della Cassazione come frutto di artificio politico e di radicalismo ideologico, laddove la magistratura era componente imprescindibile della compagine statale. Mentre la magistratura era elemento costitutivo del consorzio civile, la Cassazione era «creazione volontaria di una» scuola politica e di un particolare modo di concepire l'unità dello Stato, tanto che se ne era fatto a meno fino al 1790<sup>169</sup>. Lo studioso descriveva in maniera efficace e criticava in maniera penetrante l'incidenza che l'astrattezza dei dogmi statalistici aveva avuto sul modo di essere della Cassazione.

E che questa fosse un'«istituzione incostituzionale» si evinceva, a suo avviso, dal fatto stesso di qualificarsi regolatrice e unificatrice. In-

<sup>167</sup> Ivi, pp. 11-13.

<sup>168</sup> Ivi, pp. 15-19.

<sup>169</sup> Ivi, pp. 20-21.

fatti, non si poteva unificare senza generalizzare. Ma l'unificazione era compito riservato al legislatore. Perciò, non era peregrino definire unificatrici le Camere. Ed era pacifico che attraverso i codici fosse perseguito l'obiettivo di unificare il diritto. Ma, se anche alla Cassazione veniva affidato un compito di unificazione, non era chiaro in cosa essa differisse dalle Camere<sup>170</sup>.

In realtà, con la sua interpretazione la Cassazione faceva le leggi. Ma, mentre quella dottrinale era vera interpretazione perché se ne poteva prescindere, l'interpretazione imposta dalla Cassazione, ossia da un organo investito di «autorità imperatoria», era legge. Infatti, un'«interpretazione obbligatoria vincolante» era «un non senso», «un assurdo». L'obbligo e il vincolo rinviano a qualcosa di diverso dall'interpretazione: erano propri della legge. Interpretare significava chiarire ciò che già c'era. Invece, per dar vita a qualcosa di nuovo, occorre una forza produttrice. Forza che nell'«ordine dello Stato» possedeva solo la legge. Ma, a fronte della pretesa della Cassazione di unificare il diritto, stava la frequente contraddittorietà degli orientamenti di quell'organo. Il quale aveva il privilegio di poter disfare ciò che aveva fatto in precedenza «con intento di perpetuità» e di poter rendere eresia ciò che aveva proclamato come dogma senza dar conto a nessuno e per il «solo volgere delle fasi del proprio intelletto»<sup>171</sup>.

Carcano non mancava poi di mettere in luce la contraddittorietà delle giustificazioni addotte a sostegno della Cassazione dai suoi fautori: si affermava che essa difendeva il potere legislativo dal potere giudiziario e nel contempo che difendeva la magistratura dai «colpi» degli altri poteri. Erano posizioni contraddittorie, ma convergenti nell'escludere che la Cassazione potesse ritenersi appartenente alla magistratura<sup>172</sup>.

Inoltre, lo studioso ritornava sulla contraddizione, evidenziata già nel libro sul Pubblico Ministero, fra le aspirazioni degli artefici del Risorgimento nazionale e gli esiti deludenti dell'unificazione. L'unità

<sup>170</sup> Ivi, pp. 25-29.

<sup>171</sup> Ivi, pp. 31-34. Sugli arbitrî interpretativi della Cassazione Carcano si rifaceva, fra l'altro, a Odilon Barrot, il quale aveva mostrato come, con la sua interpretazione, la Corte non si limitasse a supplire alla legge, ma la cambiasse fino a rifarla del tutto. Il giurista aveva mostrato diversi esempi di leggi interpretate in un senso a cui non avevano mai pensato i loro autori o quelli che avevano cooperato alla loro emanazione (ivi, pp. 34-35). Cfr. M. ODILON BARROT, *De l'organisation judiciaire en France*, Didier et C<sup>ie</sup> Libraires-Éditeurs, Paris 1872, pp. 48-51.

<sup>172</sup> CARCANO, *La Cassazione*, cit., p. 36.

morale «di mente e di cuore» che ispirava il patriottismo e spingeva all'eroismo era stata surrogata da un'«unità di forme, di rotina, e di polizia», che aveva preteso di ridurre un grande popolo a una macchina. Ebbene, la Cassazione era il «sacerdozio di una grande astrazione» incapace di parlare al popolo. Le «forme geometriche», la «dialettica», i «sillogismi» e i «punti legali» di cui essa si serviva avevano valore solo per «gli uomini del mestiere», ma l'«intelletto comune» rifuggiva da quei tecnicismi come espressioni di una «scienza arcana» e di «un mistero». In tal modo si ingenerava nelle «masse» la convinzione, «pur troppo diffusa e non senza colpa» dei «legali», che tutto si riduceva a «sapersi destreggiare colle parole del codice»<sup>173</sup>. L'accento cadeva ancora una volta sull'arroccamento disciplinare dei togati e sull'angustia dei loro orizzonti.

Come nello scritto sul Pubblico Ministero Carcano esaltava inoltre la creatività della giurisprudenza romana, refrattaria a ogni arbitraria ingerenza esterna. I Romani non avrebbero potuto mai concepire l'esistenza di «una magistratura costituita per la quadratura delle teste dei giudici, e per la perequazione della scienza del diritto»<sup>174</sup>.

Nell'intento di combattere la preminenza della Cassazione, Carcano teneva poi a sottolineare che nella magistratura non vi era gerarchia. L'esistenza di più gradi di giurisdizione non comportava che il giudice superiore avesse una posizione di preminenza rispetto all'inferiore: «è Rotschild tanto più ricco di me, ma non punto superiore». Il giudice di grado più elevato giudicava nuovamente la causa, ma non giudicava il giudice di grado inferiore né imponeva a questo alcunché. Nel riformare una sentenza il primo non esercitava un «atto di censura e di disapprovazione, tranne quella che» era «implicita in ogni opinione verso le sue contrarie»<sup>175</sup>.

Da quel netto ripudio della gerarchia giudiziaria derivava la critica dello studioso lombardo al rinvio, che, a suo avviso, era una riprova del fatto che la Cassazione non apparteneva alla magistratura. Peraltro, secondo Carcano, il rinvio costituiva una violazione del principio del giudice naturale sancito dall'art. 71 dello Statuto. Violazione con cui si privava il cittadino di «una delle più gelose garanzie costituzionali, una

<sup>173</sup> Ivi, pp. 36-38.

<sup>174</sup> Ivi, p. 39.

<sup>175</sup> Ivi, pp. 45-46.

garanzia, non violata mai nemmeno dai Governi assoluti se non nei momenti dei loro furori»<sup>176</sup>.

Comunque, in un «governo assoluto, il re, il quale, per diritto proprio, concentra in sè tutti i poteri, ben può farne, come di cosa sua, regalo a chi più gli talenta [...]. Ma presso di noi nemmeno l'onnipotenza del Parlamento potrebbe traslocare e trasferire il minimo briciolo di potere legislativo sia nella Corte di cassazione, sia in altra persona». Non avevano tenuto conto di quella fondamentale differenza tra le forme di governo quanti avevano annoverato Savigny e Sclopis fra i difensori della Cassazione. Quei giuristi avevano scritto sotto governi assoluti e «quindi in una condizione di cose per mille canti diversa da quella in cui fortunatamente siamo noi». In un governo assoluto non avrebbe avuto senso sollevare «una questione di statuto», ossia di costituzionalità. Carcano non si peritava di aggiungere che in un siffatto governo sarebbe stato anch'egli favorevole a una corte simile alla Cassazione, ossia a un organo pur sempre operante sulla base di principî e di regole, piuttosto che a un organo simile al Consiglio privato dei re francesi, retto sulla base del solo principio secondo cui il sovrano non era «obbligato a nessuno». Ma nei regimi rappresentativi erano i «principii e la legge che li» costituivano a dare «inalterabile norma a tutti i poteri»<sup>177</sup>.

Ne *La Cassazione e lo Statuto* Carcano riprendeva poi l'argomentazione già svolta in precedenza circa il nesso strettissimo che collegava quell'organo alle vicende della Rivoluzione francese. Ad esempio, che la Cassazione avesse un carattere legislativo era stato riconosciuto dagli stessi costituenti, tanto che Robespierre avrebbe voluto farne un comitato in seno all'assemblea legislativa. Essa era nata dalla volontà di «riformare tutto lo stato politico e sociale» e fare *tabula rasa* delle antiche istituzioni e consuetudini. Due erano state le riforme reclamate all'indomani della Rivoluzione francese: l'abolizione dei Parlamenti e la compilazione di un Codice civile che fosse vigente nell'intera Francia. Ma Carcano non esitava qui a «spezzare ancora» una volta «una lancia» in favore dei Parlamenti. Essi erano «stati i creatori di quella grande e severa giurisprudenza francese, che, preceduta dalla italiana, aveva finito ad emulare e forse superare la madre». I Parlamenti, «ben alieni dalla servilità al potere», erano stati l'unico freno alle esorbitanze dei sovrani. Fu grazie ad essi che «la Francia non

<sup>176</sup> Ivi, pp. 47-48.

<sup>177</sup> Ivi, p. 54.

venne interamente in balia dei reali favoriti, e delle regie cortigiane, e non si inabissò fino alla profondità della Spagna». E fu sempre grazie ai Parlamenti che la Francia poté preservare quelli che Carcano riteneva i cardini della società: la proprietà privata e l'esercizio del diritto di difesa nei processi penali. La presenza dei Parlamenti fece sì che il «Governo» potesse «procedere fino alla rivoluzione con un qualche seguito di principii e di tradizioni». In una parola, quei supremi tribunali, gettando «profonde radici nelle abitudini» e assicurandosi il rispetto delle «popolazioni», rappresentarono fino al momento della Rivoluzione «l'unica costituzione della Francia».

Era un giudizio meditato e nello stesso tempo deciso: i Parlamenti, nell'Antico Regime, avevano costituito l'ossatura costituzionale della Francia. Ma quei tribunali – ammetteva Carcano – erano nati nel Medioevo, cioè in un'epoca di confusione dei poteri legislativi, giudiziari e amministrativi. Per cui erano stati destinati a sparire una volta che si fossero affermate idee «più giuste e composte [...] sulla natura delle diverse funzioni dello Stato»<sup>178</sup>.

Lo studioso non disconosceva neanche la necessità della codificazione, indispensabile per superare l'immensa congerie di fonti accumulate durante l'Antico Regime. Ma scriveva nel contempo che svelere quel coacervo normativo si era rivelato un'impresa ardua. Anche dall'esigenza di superare quel problematico assetto delle fonti era nata la Cassazione. La cui istituzione, tuttavia, era stata dettata dalle circostanze piuttosto che dai principî. Era stata un espediente piuttosto che un portato della scienza. Se la Cassazione era sopravvissuta era dovuto solo al fatto che era stata funzionale ai disegni di Napoleone l'esistenza di «una magistratura centralizzata in mano del Governo, [...] ordinata» e «disciplinata come un reggimento»<sup>179</sup>.

La critica della Cassazione era sempre netta, anche se qui Carcano sembrava compiere, rispetto al precedente volume del 1866, un maggiore sforzo di storicizzazione nel ricostruire le logiche che avevano presieduto alla fondamentale cesura rappresentata dal crollo dell'Antico Regime. Lo studioso scriveva peraltro di essersi reso conto, sulla scorta di Tocqueville, che era errata la tesi, da lui stesso in precedenza condivisa, secondo cui la Cassazione era derivata dal *Conseil des parties*. Era vero, infatti, che i sovrani francesi avevano perseguito la cen-

<sup>178</sup> Ivi, pp. 55-57.

<sup>179</sup> Ivi, pp. 57-59.



tralizzazione per combattere i poteri feudali. Ma non lo avevano fatto certo nell'interesse della nazione.

Ed era sempre rifacendosi a Tocqueville che Carcano, come aveva già fatto nel volume sul Pubblico Ministero, scriveva che i monarchi francesi avevano perseguito l'obiettivo della centralizzazione spinti dall'istinto piuttosto che guidati da solidi principî. Quanto alla giurisprudenza, quei sovrani avevano fatto di tutto per «sgominarla». Al riguardo lo studioso richiamava qui esplicitamente il suo studio sul Pubblico Ministero. D'altra parte – aggiungeva – era da escludere che quei Parlamenti che fino alla Rivoluzione avevano conteso ai sovrani il potere legislativo e quello amministrativo volessero ricevere da essi la giurisprudenza.

La Cassazione – proseguiva Carcano – era stata «istituzione falsa nei principii, ma sincera ed onesta della Costituente». Ossia, era stata una novità assoluta. Far derivare la Corte da un'istituzione dell'antica monarchia francese era errato come farla risalire alla giurisprudenza romana o ritenerla esistente negli Stati Uniti d'America<sup>180</sup>. Carcano rettificava in parte i suoi giudizi storiografici sull'Antico Regime, ma non modificava la sua valutazione profondamente negativa delle istituzioni giudiziarie della Francia post-rivoluzionaria. Dei cui limiti scriveva che finalmente la Francia stava prendendo coscienza<sup>181</sup>. D'altro canto, la granitica uniformità perseguita con la Cassazione non era valsa a respingere le armate di Moltke<sup>182</sup>. La sconfitta militare aveva suggellato il fallimento dell'intero progetto statutale edificato a partire dalla Rivoluzione.

Gli scritti di Carcano erano contrassegnati da una forte veemenza polemica, che talvolta sembrava avere qualcosa di manieristico. Ma le argomentazioni dello studioso non erano prive di spessore. Le stesse contraddizioni riscontrabili nelle sue opere erano più apparenti che reali. Nascevano dai diversi angoli visuali a partire dai quali il giurista esaminava uno stesso fenomeno. Era il caso dei Parlamenti francesi d'Antico Regime. Talvolta Carcano, nel sottolinearne il protagonismo, poneva l'accento sulla difesa corporativa che i loro componenti facevano dei loro interessi, talaltra ne apprezzava il contributo che davano, mantenendo vivo il conflitto col governo, alla preservazione di quegli spazi di libertà che nell'Antico Regime erano assicurati dalla dialettica

<sup>180</sup> Ivi, pp. 59-60.

<sup>181</sup> Ivi, pp. 62-63.

<sup>182</sup> Ivi, p. 65.

dei poteri. Aspetti che erano innegabilmente coesistenti. Era la stessa intima contraddittorietà di quel relevantissimo fenomeno che fu l'ascesa dei grandi tribunali nell'Età moderna a precludere allo studioso la possibilità di esprimere giudizi univoci.

Lo stesso può dirsi dell'atteggiamento di Carcano verso le forme di governo. Vi erano passi in cui egli esprimeva un apprezzamento inequivoco per il governo rappresentativo. Ma, quando esaminava i condizionamenti esercitati dal potere esecutivo sulla magistratura, il giurista mostrava più di un'indulgenza verso la visione, che era stata tipica dell'Antico Regime, secondo cui la giurisdizione era la sola a poter rappresentare in maniera oggettiva le istanze sociali.

Erano accentuazioni diverse che rivelavano un travaglio intellettuale autentico. Un travaglio che non era solo scientifico. A fare da sfondo alle polemiche di Carcano era il rimpianto per quello che l'unificazione nazionale avrebbe potuto essere e non era stata. Secondo la lettura del giurista nella costruzione dello Stato unitario italiano avevano fatto tutt'uno la demolizione delle antiche tradizioni, quelle che affondavano le loro radici nell'Antico Regime, l'estensione del dominio della politica ad ambiti che avrebbero dovuto essere sottratti a quelle ingerenze e l'ineffettività di molti di quei diritti la cui tutela era stata astrattamente proclamata. L'unilateralità di certi giudizi nulla toglieva alla serietà dell'impegno scientifico di Carcano e all'autenticità della sua partecipazione alle vicende del suo tempo.