

LUIGI  
LOMBARDI VALLAURI

**SAGGIO  
SUL DIRITTO  
GIURISPRUDENZIALE**

— XXIII —

COLLANA  
LA MEMORIA DEL DIRITTO



Roma TrE-Press  
2024



Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza

1. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (I). Problemi generali del diritto e del processo* (a cura di M. Cappelletti), 2019
2. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (II). Magistratura, Avvocatura, studio e insegnamento del diritto* (a cura di M. Cappelletti), 2019
3. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (III). Diritto e processo costituzionale* (a cura di M. Cappelletti), 2019
4. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (IV). Istituzioni di diritto processuale civile. In Appendice: Delle buone relazioni fra i giudici e gli avvocati nel nuovo processo civile (due dialoghi)* (a cura di M. Cappelletti), 2019
5. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (V). La chiamata in garanzia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove* (a cura di M. Cappelletti), 2019
6. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (VI). La Cassazione civile, Primo volume* (a cura di M. Cappelletti), 2019
7. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (VII). La Cassazione civile, Secondo volume* (a cura di M. Cappelletti), 2019
8. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (VIII). Altri studi sulla Cassazione civile, sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni* (a cura di M. Cappelletti), 2019
9. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (IX). Esecuzione forzata e procedimenti speciali. Diritto comparato e ordinamenti storici e stranieri* (a cura di M. Cappelletti), 2019
10. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (X). Problemi vari e ricordi di giuristi. Arringhe e discorsi di politica legislativa. In Appendice: Bibliografia degli scritti giuridici, politici e letterari di Piero Calamandrei (1906-1958)* (a cura di M. Cappelletti), 2019
11. L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani* (a cura di G. Pino), 2021
12. G. GORLA, *Il contratto. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico* (vol I) e *Il contratto. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico* (vol II) (Introduzione di M. Lupoi), 2023
13. S. CHIARLONI, *Introduzione allo studio del Diritto Processuale Civile* (Introduzione di A. Proto Pisani, Premessa di A. Carratta), 2023
14. G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano* (Presentazione di P. Chiassoni), 2023
15. A.E. CAMMARATA, *Scritti sul formalismo giuridico* (Raccolti e curati da F. Modugno e L. Pace), 2023
16. V. FROSINI, *Cibernetica, diritto e società* (Introduzione di G. Sartor), 2023
17. G. TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà. Lezioni introduttive, corso di diritto civile 1972-73* (Introduzioni di P. Chiassoni e M. Grondona), 2023
18. M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova* (Introduzione di A. Dondi, Premessa di A. Carratta), 2023
19. C. CARDIA, *Ateismo e libertà religiosa* (Presentazione di R. Benigni), 2023
20. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto* (Presentazione di G. Alpa), 2024
21. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale* (Introduzione di G. Insolera), 2024
22. G. AMATO, *Rapporti tra norme primarie e secondarie. Aspetti problematici* (Introduzione di G. Tarli Barbieri), 2024

Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza

**LUIGI  
LOMBARDI VALLAURI**

**SAGGIO  
SUL DIRITTO  
GIURISPRUDENZIALE**

Introduzione di  
**CLAUDIO LUZZATI**

**XXIII**

COLLANA  
**LA MEMORIA DEL DIRITTO**



*Roma TrE-Press*  
2024

*Direttori della Collana La Memoria del Diritto*  
Luca Loschiavo, *Università di Teramo*  
Giorgio Pino, *Università Roma Tre*  
Vincenzo Zeno-Zencovich, *Università Roma Tre*

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

*Coordinamento editoriale:*  
Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**. [mosquitoroma.it](http://mosquitoroma.it)

Caratteri tipografici utilizzati:  
Brandon Grottesque, Cocogoose, Courier (copertina e frontespizio)  
Adobe Garamond Pro (testo)

*Impaginazione e cura editoriale:* Colitti-Roma      [colitti.it](http://colitti.it)

*Edizioni: Roma TrE-Press* ©  
Roma, luglio 2024  
ISBN: 979-12-5977-340-1  
<http://romatrepress.uniroma3.it>

La presente riedizione riproduce anastaticamente l'opera pubblicata nel 1967 dalla Casa Editrice A. Giuffrè, che si ringrazia per l'autorizzazione.

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della  
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

## Collana “*La Memoria del Diritto*”

Il diritto e la cultura giuridica, come tutte le discipline e le arti, si nutrono del loro passato segnando continuità, evoluzioni, cesure. E questo è particolarmente vero per gli studi giuridici che, in Italia, godono dello straordinario privilegio di poggiare su una tradizione bimillenaria.

Questa posizione impone anche una responsabilità: quella di osservare con occhi attenti la realtà presente, ben consapevoli però che *nihil sub sole novi*.

La collana “*La Memoria del Diritto*” intende contribuire alla conservazione, viva, di questa tradizione mettendo a disposizione degli studiosi – ed in particolare di quelli più giovani – testi classici della cultura giuridica italiana del Novecento, non più disponibili in commercio e reperibili solo, con difficoltà, nelle biblioteche.

La *Collana* è stata aperta, significativamente, dalla ripubblicazione, in accesso libero, dei dieci volumi delle “*Opere Giuridiche*” di Piero Calamandrei che in poco tempo sono stati “scaricati” decine di migliaia di volte in tutto il mondo.

La *Collana* intende proseguire su questa strada, non limitandosi alla semplice ‘riedizione’, ma mettendo a disposizione in forma digitale, accessibile *gratuitamente, sempre e ovunque*, opere di rilievo che pensiamo continuino a costituire un fondamento per gli studi giuridici, orientandoli nella consapevolezza di quanto siamo debitori di chi ci ha preceduto.

Promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli studi Roma Tre nel quadro delle sue iniziative quale Dipartimento di Eccellenza la *Collana* intende essere un punto di riferimento per tutta l’accademia italiana, stimolando e raccogliendo le proposte che da quest’ultima perverranno, dando a questa iniziativa uno spirito ed una sostanza corali.

LUCA LOSCHIAVO

GIORGIO PINO

VINCENZO ZENO-ZENCOVICH



PUBBLICAZIONI DELL'ISTITUTO DI FILOSOFIA DEL DIRITTO  
DELL'UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTE DA SERGIO COTTA

TERZA SERIE

2

LUIGI LOMBARDI

SAGGIO  
SUL  
DIRITTO  
GIURISPRUDENZIALE



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ - EDITORE - 1967





## Indice

<i>Prefazione di</i> CLAUDIO LUZZATI <i>Ciò che resta del diritto giurisprudenziale</i>	xi
<i>Introduzione</i>	VII
<i>Indice sommario</i>	XXI
<i>Abbreviazione</i>	XXV
CAPITOLO I. Il diritto romano come diritto giurisprudenziale	1
CAPITOLO II. Il diritto comune come diritto giurisprudenziale	79
CAPITOLO III. Il giusliberismo	201
CAPITOLO IV. Il diritto giurisprudenziale	371
CAPITOLO V. Il momento giurisprudenziale del diritto. Vocazione e valori di una giurisprudenza critica	497



## *Prefazione*

### *Ciò che resta del diritto giurisprudenziale*

CLAUDIO LUZZATI

SOMMARIO: 1. Quel che dirò e, soprattutto, quel che non dirò in questa prefazione. – 2. Due problemi metodologici – 2.1. Il primo problema ha come oggetto i rapporti fra la teoria e la storia del diritto. – 2.2. Il secondo problema ha come oggetto la distinzione tra l'esistenza della norma e la sua essenza – 3. Dal "diritto giurisprudenziale" al "momento giurisprudenziale del diritto". – 4. Veracità contro giustificazione. – 5. Il positivismo giuridico rivisitato un'altra volta.

#### *1. Quel che dirò e, soprattutto, quel che non dirò in questa prefazione*

Il *Saggio sul diritto giurisprudenziale* di Luigi Lombardi Vallauri è comparso nel 1967 per i tipi di Giuffrè ed è stato ristampato senza modifiche nel 1975 presso lo stesso editore<sup>1</sup>.

Questo è il libro che viene qui proposto ai lettori e della cui presentazione devo ora occuparmi.

Dico subito che non si tratta di un'impresa facile. Anzi, è piuttosto impervia.

Per accorgersene è sufficiente scorrere l'indice. Lo schema generale dello scritto è complesso, a volte labirintico. A chiarirlo non basta la mappa succinta, costituita da un pugno di pagine introduttive stampate in corsivo e prive di titolo<sup>2</sup>. D'altronde, l'autore avverte che un riassunto preliminare sarebbe sviante, o pericoloso – così afferma testualmente – e che a chi si accinge ad affrontare questo volume si devono offrire come viatico solo scarni cenni orientativi<sup>3</sup>.

Su cinque capitoli, per un totale di 615 + xxxiii pagine, i primi tre

<sup>1</sup> L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano 1967, ristampa inalterata, *ivi* 1975, d'ora in poi indicato con la sigla SDG seguita dal numero di pagina.

<sup>2</sup> SDG, vii-x. Di grande aiuto durante la lettura è l'indice-sommario, nel quale si compendiano in modo efficace i punti nodali di questo lavoro, che non è certo privo di tecnicismi di storia e di filosofia del diritto.

<sup>3</sup> SDG, vii, dove l'A. sostiene che sulla soglia di un libro come il suo gli «[...] sembrano indispensabili alcuni cenni non di riassunto (che sarebbe pericoloso!) ma di orientamento».

capitoli si presentano come storici e gli ultimi due come teorici. In realtà, le parti storiche presuppongono già un'elaborazione teorica che non può essere posticipata e che affiora a tratti, quando serve, facendosi esplicita<sup>4</sup>.

I capitoli storici, inoltre, sono disomogenei; paiono disegnati *ad hoc*, nelle vesti di «tre episodi scelti come esemplari nella vicenda giuridica dell'Europa continentale»<sup>5</sup>, per dar l'impressione che l'analisi teorica, lungi dall'essere il frutto d' un astratto lavoro concettuale, scaturisca in quest'opera e altrove direttamente dalla storia del diritto, ossia dal basso più che dall'alto (v. *infra* § 2).

Il capitolo iniziale parla del diritto privato romano tra la seconda metà del II sec. a.C. e il 235 d.C. (anno della morte di Alessandro Severo) come di un diritto giurisprudenziale. In tale periodo il diritto statuito, com'è noto, occupa una posizione secondaria nelle fonti<sup>6</sup>; d'altro canto – cosa che poi si rivelerà importante da un punto di vista teorico – i giudici e i pretori non sono necessariamente giuristi<sup>7</sup>. Qui il responso degli esperti, più che la legge, è il nucleo del diritto. Del resto, è una “astuzia della Provvidenza” che l'essersi costituito in riferimento di un'aristocrazia storicamente localizzata non abbia impedito al diritto romano classico di raggiungere un valore universale<sup>8</sup>. Inutile aggiungere, infine, che la codificazione giustiniana fuoriesce completamente dai confini cronologici di questo capitolo – e, a dire il vero, dell'intera trattazione – e che ciò accade *pour cause*<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Questa scansione, fatta di tre capitoli storici cui seguono due capitoli teorici, dove sussiste un rapporto di comunicazione fra storia e teoria, secondo l'A., «consente di percorrere due volte, prima su un registro di concretezza storica non dimentica dei problemi, poi su un registro di generalizzazione solidamente appoggiata ai fatti, l'intera materia» (SDG, ix).

<sup>5</sup> SDG, ix. Ovviamente, LLV sa bene che tale selezione comporta l'esclusione di altre esperienze giuridiche non sottovalutabili, cfr. SDG, 376 ss., ma fa rientrare una siffatta arbitrarietà storica nei limiti naturali di ogni ricerca.

<sup>6</sup> SDG, 11-12 e 26. L'A. non manca di notare che il nostro stupore per il fatto che un sistema del genere funzionasse deriva dalla circostanza che siamo immersi nel legalismo. Le nostre domande sono storicamente condizionate: «è la storicità a incuriosire alla storia, e la storia a farci consapevoli della nostra storicità» (SDG, 36).

<sup>7</sup> SDG, 16-17. Per contro, «i giuristi come tali non appartengono con legame organico all'amministrazione della cosa pubblica. Non vi sono magistrature, cariche, diplomi, uffici giuridici fino all'età imperiale (a meno di voler includere in una di queste categorie lo *ius respondendi* augusteo)».

<sup>8</sup> SDG, 58.

<sup>9</sup> SDG, 103-104, dove si descrive il contrasto fra il *Juristenrecht* ed il principio codificatorio di Giustiniano, con le sue famose costituzioni antigisprudenziali, vero e proprio peccato originale; tale principio «così infinitamente non romano-classico (è diritto solo ciò che si trova in un dato testo; è abilitato a porre nuovo diritto o a interpretare il vecchio solo l'imperatore) ha introdotto una cesura nella storia della giurisprudenza occidentale:

Il capitolo seguente è dedicato allo sviluppo del diritto comune in un arco temporale di sette secoli che va «dalla riscoperta integrale del *Corpus Iuris* da parte della scuola bolognese [...] alle codificazioni»<sup>10</sup>. Anche lì il contributo dei giuristi assicura «una universalità ed una continuità coerente che i particolarismi e gli incessanti colpi di scena politici non compromettono»<sup>11</sup>. Poiché non è possibile spiegare in poche righe un capitolo che descrive un periodo così lungo e controverso, mi accontenterò di ricordare che nella ricostruzione di LLV il diritto comune è un diritto soprattutto giurisprudenziale che svolge una funzione di supplenza allo Stato<sup>12</sup>. Sono i giuristi di cattedra a stabilire per il giudice i criteri per giungere alle decisioni<sup>13</sup>. Insomma: «La vicenda del diritto comune è l'esempio grandioso di un ordinamento (completo, anche se sussidiario [...]) che si sviluppa per secoli senza l'intervento del legislatore»<sup>14</sup>.

Il terzo capitolo riguarda il movimento del diritto libero (la *Freirechtsbewegung*)<sup>15</sup> che, salvo Gény, fu un fenomeno principalmente tedesco e di durata relativamente breve (dall'inizio del Novecento allo

---

ce ne accorgiamo dalla frequenza enormemente maggiore, nell'argomentazione giuridica, del ricorso alla citazione di testi legali (e, sia detto per inciso, a procedimenti interpretativi palesemente cavillatorii). D'altra parte la compilazione, proprio perché 'chiusa', si allontana costantemente dalle condizioni dei tempi; e per la sua composizione nonostante tutto allusionale è folta di contraddizioni e ambiguità che non possono essere risolte univocamente [...]». Nel secondo capitolo, inoltre, si afferma che il diritto comune «è, sì, un ordinamento giurisprudenziale, ma nel quale è stata inoculata da Giustiniano, come una permanente cattiva coscienza, l'idea di compilazione esaustiva, di certezza legale del diritto, della quale la *communis opinio* è come una proiezione giurisprudenziale» (SDG, 186).

<sup>10</sup> SDG, 83-84.

<sup>11</sup> SDG, 80-81. Secondo LLV, «Gli ordinamenti giuridici del nostro periodo offrono un po' l'immagine di tante piramidi rovesciate con base comune: il diritto che forma questa base è la parte al tempo stesso più estesa e più lontana da terra. Esso ha tante esistenze positive quanti sono gli ordinamenti che lo recepiscono; ma un'unica essenza, identica ovunque».

<sup>12</sup> SDG, 102 e 183.

<sup>13</sup> SDG, 98-99. La decisione, a sua volta, si configura quale «atto necessariamente unitario e unificatore, nell'ordinato rispetto del diritto divino e umano, razionale e positivo, comune e proprio». Per le sfere metapositive c'è un intervento personale e creativo del giurista nell'ambito di una «rivelazione argomentativa» (SDG, 103). L'ordine giuridico medievale non a caso si distingue da quello romano-classico, improntato ad un atteggiamento «prudenziale», per un atteggiamento «sapienziale» (SDG, 96). L'A. si cura inoltre di mettere in luce che «[l]'imperatore medievale non ha assolutamente alcun merito nella 'rinascita' del perfezionatissimo diritto di cui viene ad essere, quasi a propria insaputa, erede e fonte. Questo diritto glielo regalano i giuristi di Bologna» (SDG, 97).

<sup>14</sup> SDG, 202.

<sup>15</sup> SDG, 218: «Il nome italiano che proporrei è *giusliberismo*, [...]».

scoppio della seconda guerra mondiale). Il che rende le vicende da esso illustrate temporalmente sproporzionate rispetto a quelle dei due capitoli storici che lo precedono, nonostante questo sia, per paradosso, il capitolo più lungo dei tre<sup>16</sup>. Per LLV il giusliberismo «rappresenta il fallimento del positivismo legale assoluto e il suo superamento teorico dall'interno, cioè non in nome del diritto naturale o ideale [...], ma in nome dello stesso diritto positivo applicato dai tribunali dello Stato [...]. Si tratta, al termine di un'epoca conformista, di un'epidemia di sincerità» che in queste pagine è paragonata al modernismo cattolico<sup>17</sup>. L'aspetto caratteristico della dottrina giusliberistica è la critica al dogma della completezza<sup>18</sup>. Come tutti ben sanno, per Kantorowicz, alias Gnaeus Flavius, esponente di spicco del movimento, si poteva affermare con sicurezza che «nella legge le lacune non sono minori delle parole» (*daß nicht weniger Lücken als Worte da sind*)<sup>19</sup>. Qui, d'altronde, occorre avvertire che questo autore intendeva “lacuna” in un modo assai lato, che ricomprendeva qualsiasi ipotesi di indeterminatezza<sup>20</sup>. Per i giusliberisti la discrezionalità (*freien Ermessen*) era

<sup>16</sup> Sulla cronologia del movimento, cfr. SDG, 212. La maggiore lunghezza del terzo capitolo si spiega per la sua centralità e per il fatto che qui emergono in modo vivace e partecipato i nodi teorici che l'A. desidera sciogliere.

<sup>17</sup> SDG, 217. Siamo di fronte ad una «lotta per la sincerità» (SDG, 350), tenendo presente che «[l]a verità del giusliberismo vuol essere [...] una verità di fatto; ma del tipo della *verità che rende liberi*» (SDG, 349). Il parallelismo più volte ribadito (SDG, 217; 219-220; 224-225; 354 ss., v. infine 367, n. 504 per una trasposizione teologica) tra il giusliberismo e il modernismo cattolico a mio avviso è curioso e, per quanto brillante, discutibile. Ma forse ci dice molto sulla personalità dell'autore. Penso per esempio a quel passo dove si sostiene che «l'*Erlebnis* originario del giusliberismo non può essere stato che [...] simultaneamente senso doloroso di un vuoto di vocazione e visione di questo vuoto come non necessario, anzi colmabile in modo soddisfacente anche nell'ambito dell'ordinamento in vigore» (SDG, 354). D'altro verso, LLV non solo assolve il giusliberismo dalla accusa di aver preparato la giustizia nazista (SDG, 351), ma ritorce anche tale accusa contro l'“ambigua eredità” (SDG, 204) dell'illuminismo di Montesquieu: agli occhi dell'A., infatti, la «dottrina della divisione dei poteri, interpretata nel senso di sottrarre al giudice ogni funzione normativa per conferirla agli organi della volontà generale [...] finisce per formare la coscienza del giudice e del giurista a un legalismo passivo e formalistico. [...]». Tale eccesso di fiducia avrebbe contribuito «a fondare una concezione del diritto che, staccata dalle sue matrici, sarà poi – sostiene Lombardi, e qui si percepisce una forzatura – paradossalmente, la premessa di validità della legislazione nazista», distruggendo nello stesso tempo ogni capacità di resistenza dei giuristi (SDG, 203-204).

<sup>18</sup> SDG, 245.

<sup>19</sup> H. KANTOROWICZ, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Winter, Heidelberg 1906, p. 15, ed. it. *La lotta per la scienza del diritto*, a cura di R. Majetti, riveduta dall'autore, Sandron, Milano-Palermo-Napoli 1908, rist. con pref. di F. Roselli, Forni, Bologna 1988, p. 82.

<sup>20</sup> SDG, 247 ss., si diffonde sui concetti valvola (*Ventilbegriffe*).

inevitabile<sup>21</sup>. Ciò, tuttavia, non comporta una rottura con il normativismo, che viene invece vanificato dal realismo giuridico americano<sup>22</sup>. Semmai, abbiamo il ricorso ad una libera ricerca del diritto<sup>23</sup>, in cui la legge e la giurisprudenza convergono in una concezione armoniosa<sup>24</sup>. Avviandosi alla conclusione, questo capitolo stabilisce una distinzione cruciale che evoca gli aspetti teorici. Il passo è il seguente: «Come movimento, il giusliberismo è da tempo finito. Come spirito e come dottrina, esso non è invece circoscritto alla sua epoca: si può parlare, accanto al giusliberismo storico, di un 'giusliberismo eterno' [...]»<sup>25</sup>. Quest'ultimo ha lo stesso ruolo del positivismo allargato di cui parla Bobbio<sup>26</sup>.

Dall'analisi abbozzata sopra è agevole capire che i tre capitoli storici non costituiscono scritti isolati raccolti assieme. C'è una precisa corrispondenza con i due capitoli teorici che verranno esaminati in seguito (v. *infra* § 3)<sup>27</sup>.

<sup>21</sup> SDG, 248; v. 260, dove si sostiene che «già considerata in sé e staticamente la legge appariva crivellata di lacune, considerata nel suo irrefutabile confronto con l'individuale e il concreto essa può bene paragonarsi a un arcipelago disperso in un oceano, a una luce che raggiunge direttamente solo rari punti, lasciando gli spazi intermedi in ombra o in penombra». Né si può ignorare che la realtà disciplinata dal diritto è immersa nella dimensione del divenire.

<sup>22</sup> SDG, 258.

<sup>23</sup> SDG, 359, dove l'A. insiste «sulla libertà non come potere ma come vocazione», mostrando «che la libertà della legge non significa senz'altro libertà da ogni criterio giuridico (anche nel senso di: giuridico-positivo)».

<sup>24</sup> SDG, 259. Del resto, la legge stessa respinge l'atteggiamento dell'interprete "filologo" (SDG, 264).

<sup>25</sup> SDG, 359.

<sup>26</sup> N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano 1965, rist. 1977, p. 125: «Quanto al positivismo come teoria del diritto, credo sia bene distinguere un significato stretto e un significato ampio della teoria. Se si dovesse intendere per positivismo giuridico unicamente il "codicismo", la teoria dell'interpretazione meccanica della legge, credo avrebbero ragione coloro che propongono di scartarlo per l'ottima ragione che è smentito dai fatti. Ma dall'epoca del cosiddetto feticismo legislativo molta acqua è passata sotto i ponti, e nessuno crede più seriamente al giudice come automa. Si tratta di vedere se convenga chiamare positivismo giuridico la teoria allargata, che ha mutato o va mutando radicalmente le idee sull'interpretazione giuridica e sull'opera della scienza del diritto. Io credo di sì, sia perché mi pare che non siano stati inventati altri nomi, sia perché di fatto questa accezione più larga sta entrando nell'uso senza provocare troppi inconvenienti [...]. Si è provveduto a restaurare l'interno; ma la facciata e il corpo dell'edificio sono rimasti sempre gli stessi: anche la destinazione». In realtà, per LLV un nome alternativo a positivismo c'è ed è giusliberismo (SDG, 361 ss.). D'altro canto, gli studiosi hanno ormai cessato di identificare il diritto positivo col diritto posto attraverso atti di organi specifici (SDG, 366). V. *infra* nota 43.

<sup>27</sup> SDG, ix. In sintesi: i primi due capitoli si coordinano col cap. IV (Il diritto giurisprudenziale).



Quel che rimane di questa prefazione si limiterà a parlare del libro, rinvenendone gli eventuali aspetti d'attualità in un ambito limitato qual è la teoria generale del diritto.

In questa sede ritengo infatti che per molte ragioni non spetti a me cercare di ricostruire la complessa figura filosofica di un autore come LLV che si sforza di cogliere la tomistica *veritas rerum*<sup>28</sup>.

La mia è una visione parziale. Consapevolmente e rispettosamente parziale.

Per un approfondimento degli aspetti da me meno considerati, rinvio il lettore all'eccellente articolo di Francesco Viola dal titolo *Dalla filosofia del diritto alla filosofia per il diritto*<sup>29</sup>.

## 2. Due problemi metodologici

Prima di affrontare gli assunti più squisitamente teorici del volume, c'è bisogno di esaminare due problemi di metodo sollevati dall'autore.

### 2.1. *Il primo problema ha come oggetto i rapporti fra la teoria e la storia del diritto*

Fin dall'inizio il libro dichiara che la «distribuzione della materia cerca di contemperare l'ordine storico con l'ordine logico»<sup>30</sup>. L'idea che sussista

---

ziale), mentre il terzo capitolo, che espone la controversia metodologica intorno al «diritto libero» nei sistemi legalisti, si coordina con il cap. V (Il momento giurisprudenziale del diritto). Quest'opera giovanile, scritta a trentun anni, spesse volte va contro le convenzioni accademiche, si dilunga, vuol parlare di tutto, ma non è mai deforme, essendo guidata da una logica interna che noi lettori mediamente competenti siamo in grado di scoprire con un minimo di pazienza.

<sup>28</sup> L. LOMBARDI VALLAURI, *Terre, Vita e pensiero*, Milano 1989, p. 10. V. anche L. LOMBARDI VALLAURI e G. DILCHER (a cura di), *Cristianesimo secolarizzazione e diritto moderno*, due vol., Giuffrè, Milano 1981.

<sup>29</sup> F. VIOLA, *Dalla filosofia del diritto alla filosofia per il diritto*, in AA.VV., *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Wolters Kluwer-Cedam, San Giuliano Milanese (Mi) 2016, vol. II, pp. 1517-1531. Tra le opere più significative dell'ultimo LLV, sarebbe opportuno consultare L. LOMBARDI VALLAURI, *Nera luce*, Le lettere, Firenze 2001, nuova ed. 2023. V. infine la testimonianza di T. FRANZA, *Il pléroma come ideale regolativo*, in AA.VV., *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, cit., vol. I, pp. 581-597.

<sup>30</sup> SDG, ix. D'altra parte non si dimentichi che LLV, oltre ad aver studiato alla Gregoriana, ebbe un avvio da romanista e, al pari di La Pira, fu allievo di Emilio Betti.

un nesso fra l'elaborazione teorica del diritto e lo studio dei contesti storico-sociali presi in considerazione è più che ragionevole<sup>31</sup>. Tuttavia, tale nesso può essere atteggiato in modo diverso al variare degli autori. LLV trova più fecondo il criterio storico-fattuale di quello dogmatico, con l'avvertenza che per "fatti" bisogna intendere non «la esteriore materialità dell'accadere ma i contenuti di coscienza» che si traducono nelle scelte operative dei professionisti e degli utenti del diritto<sup>32</sup>. D'altronde, l'autore rinviene un rapporto di ciclicità fra teoria e storia del diritto. Seguendo Capograssi<sup>33</sup>, la relazione tra storia del diritto e giurisprudenza non si dà per mezzo di un *concetto*, bensì si dà attraverso una *concezione*. Qui non abbiamo qualcosa che si presti ad essere esaurito definendo; al contrario, abbiamo qualcosa che vuol essere resa presente descrivendo o «quasi ciclicamente commentando»<sup>34</sup>. Del resto, LLV non esita a parlare della «sintesi giusliberista» come una sintesi teorica che si coordina ad una

<sup>31</sup> Si prenda p. es. un autore diverso da LLV, come U. SCARPELLI, *Il metodo giuridico*, in Id., *Letica senza verità*, Il Mulino, Bologna 1982, p. 179: «C'è una correlazione molto stretta fra un metodo ed il contesto naturale e sociale ove le operazioni costitutive del metodo sono materialmente e culturalmente possibili e danno un certo risultato: ogni discorso sopra un metodo è anche un discorso sul contesto di questo metodo». Ma, si badi, subito dopo Scarpelli soggiunge: «Del contesto può tacersi, lasciando impliciti i riferimenti ad esso, solo se sia un noto e comune presupposto e venga trattato come una invariante». La conclusione è che «si può dire pertanto che la metodologia abbia una dimensione storica, nel senso che le tesi metodologiche sono legate a strutture naturali e sociali nella loro configurazione storica, ed in rapporto a quelle sono fondate o giustificate» (*ivi*, pp. 179-180).

<sup>32</sup> SDG, 4-5. Si vedano le cinque vie dalla quali può essere attinto il diritto privato romano, che vanno ben oltre la mera considerazione delle fonti: 1) la riflessione teorica dei giuristi; 2) le fonti normative; 3) i compiti dei giuristi (*munera iuris peritorum*); 4) i metodi della giurisprudenza per trovare il diritto e 5) l'evoluzione del diritto. Cfr. SDG, 449 ss.

<sup>33</sup> G. CAPOGRASSI, *Opere*, Giuffrè, Milano 1959, vol. II, pp. 465-78. Cfr. SDG, 494 ss., sulle leggi 'anacicliche'.

<sup>34</sup> SDG, 371. Cfr. SDG, 378: «[...] ora, questa individualità unitaria, che con le sue esigenze di vita promuove le generalizzazioni, è a sua volta punto di partenza dell'indagine storiografica. Infatti l'esperienza 'teorica', strutturando e consolidando l'individualità del soggetto conoscente, creandogli i 'suoi problemi', fa di lui con ciò stesso un più attivo portatore di curiosità storica, e insieme lo munisce di strumenti interrogativi e interpretativi, di *Vorfragen* da cui dipende in larga misura la sua possibilità di rievocazione e penetrazione degli individuali. Con una punta di paradosso: la 'teoria' rende 'storico' (cioè individuato e figlio del suo tempo: *geschichtlich*) lo storico (*Historiker*): ma questa storicità dà animazione e suggerimenti al suo conoscere storico; tra conoscenza teorica e conoscenza storica vi è dunque un rapporto non di esclusione, ma di attiva circolarità, nella quale i termini si arricchiscono a vicenda». Si veda, infine, F. VIOLA, *Dalla filosofia del diritto alla filosofia per il diritto*, cit., vol. II, p. 1520: «Tra storia del diritto e definizione di diritto v'è, pertanto, una circolarità continua in quanto ognuna si alimenta dell'altra per giustificare se stessa».

«visione storicistica attiva»<sup>35</sup>. Altrove, l'autore sostiene: «Il diritto non può permettersi di non essere positivo, di non essere storia. E quindi pone, proprio per questo suo necessario corpo a corpo con la storia, i propri organi di produzione, i propri organi di applicazione, insomma tutte quelle norme di struttura che distinguono l'ordinamento dal sistema. *Il diritto è ordinamento per essere storia*»<sup>36</sup>.

## 2.2. *Il secondo problema ha come oggetto la distinzione tra l'esistenza della norma e la sua essenza*

A questo punto emerge un secondo problema ricco di risvolti metodologici; si tratta del problema di tener distinto il profilo dell'*esistenza* della norma da quello della sua *essenza*. «Il primo esprime l'efficacia vincolante, l'autorità, in termini più consueti la validità o vigenza della norma: *se la norma sia, se sia impegnativa*. Il secondo esprime il contenuto: *ciò che la norma dice, quale norma è impegnativa*»<sup>37</sup>. LLV dopo aver toccato l'ipotesi in cui né l'essenza né l'esistenza della norma sia dovuta ai giuristi<sup>38</sup>, prende in considerazione il caso «in cui la norma, pur presentandosi con carattere di legge, consuetudine, sentenza, negozio, viene interamente *formulata* da un giurista. Qui, quale sia stata l'influenza

<sup>35</sup> SDG, 370: «È facile vedere come la sintesi giusliberista, frutto di osservazioni fattuali e non di una presupposta concezione filosofica, non si riduca a un banale eclettismo, ma si coordini a una visione 'storicistica attiva' (o, se si preferisce, dinamica) dell'uomo e del mondo umano, come mondo in cui per la presenza di una sorta di eccedente radicale nulla può dirsi 'dato', concluso, 'totalmente essente', ma ogni cosa è destinata a essere rimessa in questione, ulteriormente attuata, ricapitolata finché c'è vita».

<sup>36</sup> L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, II ed., Cedam, Padova 2012, p. 163. Il passo prosegue: «La positività e l'ordinamentarietà, l'esistenza e l'essenza (o la struttura) del diritto si condizionano e si spiegano a vicenda: il diritto ha quel tipo di esistenza (diverso da quello del sistema morale) perché ha quell'essenza, quella struttura (diversa da quella del sistema morale). Come si vede, la teoria generale del diritto si apre necessariamente su un'ontologia del diritto, di cui è, a sua volta, premessa conoscitiva necessaria». Cfr. *ivi*, pp. 553 ss. Contrapponendo le posizioni di LLV a quelle epistemologiche di Tarello, con riferimento alla discussione avvenuta nel X convegno nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica tenutosi a Bari il 3-5 ottobre 1974, i cui *Atti* sono stati pubblicati a cura di R. Orecchia per i tipi di Giuffrè, Milano 1975, F. VIOLA, *op. cit.*, *loc. cit.*, osserva che tra le caratteristiche costanti dell'A. è sempre stata «l'attrazione per l'essere del diritto in tutta la varietà e la molteplicità delle sue forme o, più in generale, per la realtà delle cose così come esse possono essere colte da uno sguardo puramente contemplativo ben più propenso alla meraviglia che al sospetto».

<sup>37</sup> SDG, 62. Cfr. SDG, 381.

<sup>38</sup> SDG, 62.

della giurisprudenza in fase della preparazione o legittimazione, si potrebbe già plausibilmente parlare di norma giurisprudenziale, ma precisando: giurisprudenziale solo nel contenuto (nell'*essenza*), non anche nella forma, nella validità, nell'autorità, insomma nell'*esistenza*»<sup>39</sup>. Ma la domanda che più interessa è se vi siano «norme che la giurisprudenza ponga essa direttamente, nell'*essenza e nell'esistenza*»<sup>40</sup>. La risposta dell'autore, come si ricava già dalla parte storica, è affermativa.

<sup>39</sup> SDG, 412. In L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, cit., p. 164-165, si sottolinea come l'effettività vada considerata fondamentale per l'accertamento dell'esistenza giuridica e si teorizza il primato dell'effettività (da concepirsi perlopiù dinamicamente, *ivi*, p. 149): «Il diritto formalmente valido delle “grida” manzoniane non è diritto nell'azione», esiste solo «come inchiostro sulla carta». Perciò «se voglio formulare un diritto che non resti mia opinione personale [...] devo scegliere all'interno del diritto effettivo». Si tratta, è ovvio, di un dovere tecnico. Naturalmente, nell'accertare il diritto effettivo, gli addetti ai lavori prenderanno perlopiù le mosse dal diritto valido. Cfr. SDG, 439 per cui «la validità è quasi un modo abbreviato, 'economico' per individuare la norma effettiva; la validità è, se si preferisce, qualcosa come una *presunzione* di effettività; e l'effettività rimane il criterio finale dell'esistenza giuridica positiva». V. anche SDG, 440 ss. e SDG, 461 ss. Infine, «un ordinamento senza l'effettività non solo non è positivamente valido, ma, a differenza dalla norma, non è forse neppure comprensibile nella sua finalità e nella sua struttura» (SDG, 401). Per LLV: «Tutto l'ordinamento, nel suo insieme e in ogni singola norma, poggia sull'azione, nel senso che l'indice ultimo dell'esistenza positiva – anche della norma formalmente valida – è, come il diritto giurisprudenziale ci ha indotti a concludere, l'effettività» (SDG, 499-500).

<sup>40</sup> SDG, 62. Si deve notare che l'A. segnala che, dopo aver utilizzato il termine “essenza” per indicare, in contrapposizione alla ‘esistenza’ della norma, il contenuto della norma stessa, è poi passato a intendere per *essenza* una nozione concettuale del diritto, o *quidditas* (SDG, 428, n. 97). Lascio qui perdere le critiche analitiche all'espressione “contenuto delle norme”. Mi voglio limitare a rinviare a L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, cit., p. 144, dove si sostiene: «L'esistenza del diritto si può contrapporre [...] alla sua *essenza* o al suo concetto che ci vengono dati dalla definizione del diritto stesso. Ma l'esistenza del diritto, e in particolare della singola norma, si può anche contrapporre al *contenuto* della norma stessa. Una cosa è quello che la norma è (“*essenza*” della norma), altra cosa è quello che la norma “dice” (“*contenuto*” della norma), altra cosa ancora è *se* la norma *esiste* come norma. È possibile non solo la distinzione teorica tra i due ultimi aspetti, ma anche la loro separazione pratica-reale. Gli autori del contenuto della norma e gli autori della sua *esistenza* possono essere diversi. Quando una legge viene formulata interamente da una commissione di giuristi, il contenuto della norma è prodotto dai giuristi, ma è il legislatore che, facendo proprio il loro testo, gli conferisce la specifica *esistenza* normativa legale. Se una sentenza è formulata da un consulente, ma emanata dal giudice (come avveniva nel medioevo, quando molti giudici – per esempio i podestà – non erano competenti di diritto), anche in questo caso si ha una separazione tra autori del contenuto e autori della specifica *esistenza* della norma. E lo stesso vale nel caso del negozio, che può essere formulato dal notaio, ma trae la sua forza normativa dalla volontà dei privati che lo pongono».

### 3. Dal diritto giurisprudenziale al momento giurisprudenziale del diritto

«Una tesi mi sembra sia stata dimostrata – scrive LLV – a ogni capitolo, quasi a ogni pagina: la *giurisprudenza* non si limita ad offrire la conoscenza di un diritto interamente formato, ma *contribuisce alla stessa formazione del diritto*, è *sempre creativa*; visto dal lato opposto: *il diritto è sempre (anche) giurisprudenziale*. Sia là dove la legge tace, o parla sommessamente (capitoli I e II), sia là dove pretende esser sola a parlare (capitolo III), *viva vox iuris* è sempre (anche) la giurisprudenza. Possiamo quindi considerare questa tesi come il nucleo stesso della concezione cercata, come il motivo unificatore da cui partire e a cui tornare nel progressivo coordinamento e approfondimento delle nostre riflessioni»<sup>41</sup>.

Ora, prima di entrare nel vivo delle questioni teoriche adombrate dall'autore, bisogna sgombrare il terreno da due equivoci, che, pur essendo assai grossolani, potrebbero lo stesso passare inavvertiti.

- 1) Il *primo equivoco* è quello che confonde il diritto giurisprudenziale *in senso lato*, di cui si parla qui nella citazione d'apertura del presente paragrafo e nel titolo del libro, col diritto giurisprudenziale *in senso stretto*. In un caso il concetto di diritto giurisprudenziale comprende come sua sottospecie anche il concetto di *momento giurisprudenziale del diritto*; nell'altro caso, invece, i due concetti, e i relativi termini, si oppongono (lo vedremo tra poco).
- 2) Il *secondo equivoco* è quello che confonde il diritto giurisprudenziale (*Juristenrecht*) con il diritto giurisdizionale o dei giudici (*Richterrecht*). L'autore è molto chiaro in proposito fin dall'inizio quando sostiene d'essersi proposto «di esplorare il rapporto del giurista con il diritto, la funzione del giurista entro l'esperienza giuridica; dove con 'giurista' va inteso anche il giudice ma, appunto, nella sola sua veste di competente in diritto, escludendo quindi tanto l'ipotesi – storicamente tutt'altro che rara – del giudice 'laico', non munito di preparazione giuridica professionale, quanto l'aspetto per cui il giudice è in grado di porre regole autoritative, solo individuali o (nei regimi del precedente vincolante) anche generali»<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> SDG, 372.

<sup>42</sup> SDG, vii. Cfr. SDG, 468-472. Si veda anche L. LOMBARDI VALLAURI, *Presentazione a G. Orrù, Richterrecht. Il problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea*, Giuffrè, Milano 1983, pp. v-vii, in part. p. vi, dove si lamenta che i profili della libertà e dell'autorità non siano distinti con chiarezza dalla stessa dottrina tedesca; di qui il ricorso, che potrebbe sembrare insistito, fatto da Orrù al *Saggio sul diritto giurisprudenziale*

Noto che nelle parole di Lombardi Vallauri appena citate non solo emerge un'avversione contro il legalismo e il formalismo (su cui v. *infra* § 4), ma si esprime anche un tentativo di ridimensionare il ruolo delle fonti-atto in generale<sup>43</sup>. Tale ridimensionamento è uno degli obiettivi di fondo del volume. Ciò detto, passo a esaminare la distinzione tra il *diritto giurisprudenziale* (in un'accezione *ristretta*, cui è dedicato il cap. IV) e il *momento giurisprudenziale del diritto* (cui è dedicato il cap. V)<sup>44</sup>.

Pur mantenendo la consapevolezza che «ogni partizione *periculosa*

---

di LLV, «dove tra l'altro si introduceva la distinzione, analoga, tra "momento giurisprudenziale del diritto" e vero e proprio "diritto giurisprudenziale", con riferimento tuttavia all'insieme degli esperti del diritto, ossia non al *Richter-*, ma allo *Juristenrecht*». Centrale per LLV è il «superamento della solita impostazione apprensiva, per cui il *Richterrecht* può essere riconosciuto come diritto vigente a condizione di essere ricondotto o alla legge o alla consuetudine; impostazione dura a morire, che dalla Scuola storica si trascina, in forme sempre nuove, fino ai nostri giorni». Per contro bisogna mostrare «la specificità della giurisprudenza come fonte di norme generali» (*op. e loc. ult. cit.*).

<sup>43</sup> SDG, 462, dove si dichiara: «Se in certi casi l'esistenza della norma si identifica con la sua effettività, e se comunque la stessa norma formalmente valida è tale, in definitiva, anche per la sua effettività [...] nessuno risulta abilitato a 'produrre' senz'altro la norma. Si può applicare al diritto in genere ciò che Portalis diceva dei codici: "On ne fait pas le droit, il se fait". Tutti gli agenti individuali, distribuiti nei diversi ambiti funzionali in cui si articola l'esperienza giuridica, sono perciò chiamati a cooperare alla produzione della norma, con maggiore o minore influenza nel proprio ambito, negli altri, nell'esperienza giuridica generale. Ciò significa che il diritto 'positivo' non nasce – o non nasce esclusivamente – attraverso atti di 'posizione» (c.vi miei). Già in precedenza LLV diceva che si deve essere avvertiti «dell'importanza, accanto al diritto positivo legale e al diritto 'libero', del 'diritto positivo non positum (nel senso di: 'statuito'); e chi del resto si sentirebbe di escludere dall'ambito del diritto 'positivo' la consuetudine? Un allargamento del significato di 'diritto positivo' sembra quindi necessario anche al di fuori della prospettiva giusliberista in senso stretto» SDG, 366. Ricordo inoltre che la famosa frase di Portalis sui codici richiamata sopra da LLV suona: «Les codes des peuples se font avec le temps; mais, à proprement parler, on ne les fait pas» (v. SDG, 462, n. 170). Cfr. infine U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Comunità, Milano 1965, pp. 105-107, discusso in nota da SDG, 462-463, n. 172.

<sup>44</sup> «Effettivamente la problematica e i risultati della ricerca sul diritto romano e sul diritto comune (capitoli I e II) non coincidono del tutto con quelli della ricerca sul giusliberismo (capitolo III). Parlerei, per il primo ambito, di 'diritto giurisprudenziale' in senso stretto [c.vo mio]; per il secondo di 'momento giurisprudenziale del diritto (legale)» (SDG, 372). Riassumendo il seguito del brano cit., nel primo caso si voleva scoprire come la giurisprudenza avesse potuto 'supplire' – le virgolette sono nell'originale – alla mancata produzione da parte dello Stato di norme generali in società molto progredite e differenziate; nella ricerca sul giusliberismo l'interesse fondamentale era invece rivolto «al momento di libertà e responsabilità inventiva implicato perfino nell'interpretazione della legge 'completa' e quindi – *a fortiori* – in tutte le manifestazioni dell'attività giurisprudenziale» (SDG, 373).

*est*»<sup>45</sup>, l'autore fin dall'inizio distingue la giurisprudenza come fonte del diritto dalla giurisprudenza come attività creativa del giurista: «Da un lato il giurista mantiene, nei confronti di ogni corpus normativo comunque composto, un margine di libertà che quel corpus necessariamente gli lascia, che egli non può non utilizzare e che deve, se vuol essere fedele alla propria missione, utilizzare nel modo migliore; d'altro lato questo stesso esercizio di libertà nell'ambito del diritto positivo tende a limitare o almeno a condizionare la libertà residua, tende a consolidarsi in autorità e a produrre nuovo diritto positivo. La giurisprudenza, insomma, che è sempre in qualche misura *libera* ossia costretta ad inventare il diritto, tende a divenire – e almeno in certi casi, in certe esperienze giuridiche inequivocabilmente diviene – anche *fonte* di diritto»<sup>46</sup>.

Questo è il «duplice fondamentale rapporto creativo che il giurista ha col diritto»<sup>47</sup>.

In altri termini, qui ci troviamo in una situazione complicata: nonostante le due funzioni creative della libertà e dell'autorità siano *unite* a livello profondo<sup>48</sup>, esse riguardano due aspetti *antitetici*<sup>49</sup>. Nell'ipotesi del momento giurisprudenziale scatta un principio di *apertura*, che si focalizza sulla plurideterminazione e sulla “lacunosità” di ogni norma<sup>50</sup>; nell'ipotesi della giurisprudenza-fonte, per contro, la creatività è configurata come «principio di *chiusura*, di stabilizzazione, di certificazione», il che equivale a mettere l'accento «sull'autorità e definitività di ciò che viene creato, sulla forza vincolante di una tradizione che qualifica come normative certe

<sup>45</sup> SDG, 376.

<sup>46</sup> SDG, vii-viii. Il passo prosegue mettendo in luce come in quest'ultimo caso entri in gioco un principio di chiusura per cui «il giurista *singolo*, che è il vero depositario della libertà giurisprudenziale, trova nella tradizione *collettiva* del suo *ceto*, che è la vera *fonte* del diritto giurisprudenziale, dei *limiti* di cui sarebbe vano negare l'efficacia solo perché essi non provengono da un potere ufficialmente sovrano; limiti che egli è chiamato a rispettare, senza con ciò giungere a liberarsi del suo carico sempre rinascente di libertà» (c.vi miei). Inutile dire che si percepisce in questa frase una certa tensione che, come si vedrà, potrebbe renderne dubbia la logicità.

<sup>47</sup> SDG, vii. Altrove si attribuisce alla giurisprudenza una «visione binoculare» (SDG, 103).

<sup>48</sup> Cfr. B. PASTORE, *Diritto giurisprudenziale e ragione giuridica*, in AA.VV., *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, cit., vol. II, p. 1142, dove, con riferimento al SDG, 500-503, sostiene che il diritto giurisprudenziale e il momento giurisprudenziale del diritto «tendono [...] a confondersi, a risolversi l'uno nell'altro».

<sup>49</sup> SDG, 373.

<sup>50</sup> Più precisamente: questa creatività insiste «sulla provvisorietà e lacunosità di ogni norma, non solo di quella legale, ma *anche su quella giurisprudenziale 'creata' in precedenza*» (SDG, *loc. ult. cit.*).

soluzioni ad esclusione di altre»<sup>51</sup>.

Il contrasto logico tra apertura e chiusura, nel quadro delle tesi di LLV, può e deve essere riletto come una contrapposizione dialettica fra una *relativa* apertura e una *relativa* chiusura<sup>52</sup>.

Tale mossa esegetica mi pare auspicabile. Purtroppo, però, le cose non sono così semplici.

Sia l'apertura sia la chiusura – d'accordo, relativamente intese – qui vanno viste quali caratteristiche *del diritto oggettivo* (ordinamento e norme), ossia quali *risultati dell'attività* svolta da determinati *soggetti*. Mi raccomando: da determinati soggetti, presi tutti assieme, *al plurale*. D'altronde, ciò che LLV chiama "momento giurisprudenziale", a mio sommesso avviso, *non riguarda affatto il diritto oggettivo*, né il *diritto* positivo, né, tanto meno, un preteso *diritto* metapositivo<sup>53</sup>, bensì riguarda la *libera coscienza e la responsabilità del soggetto individuale* (si badi: necessariamente *al singolare*).

Per di più sorge un'altra grave questione: come fare a identificare il diritto giurisprudenziale nella veste di una "fonte" positiva? Quali sono i soggetti, le attività e le autorità, cui bisogna riferirsi? Se i giuristi ci dicono qual è il diritto, possiamo forse chiedere al diritto chi sono i giuristi? È una vecchia questione. La risposta di LLV è una risposta che rimanda a un piano *sociologico*. Secondo lui, quando si parla «della giurisprudenza come 'fonte' di diritto positivo la si intende piuttosto come un concetto collettivo, come l'insieme, il *ceto* dei giuristi; come 'corpo'» (per dirla con Santi

<sup>51</sup> SDG, *loc. ult. cit.*

<sup>52</sup> «Il 'momento giurisprudenziale' del diritto è indispensabile a produrre – e insieme continuamente supera – il 'diritto giurisprudenziale'» (SDG, *loc. ult. cit.*). In tale simultaneo conservare e superare si realizza una sorta di *Aufhebung* hegeliano. D'altro canto, come vedremo, per LLV l'esistenza-effettività del diritto è una questione di grado, di un *più* o di un *meno*. Aggiungo soltanto che le tesi dell'A. sono più forti e impegnative dell'idea, oggi diffusa, secondo la quale l'applicazione di qualsiasi disposizione di legge ammette un margine di discrezionalità.

<sup>53</sup> «Nella prima prospettiva si mette in luce la connivenza del giurista col diritto *positivo*, che egli contribuisce ad allargare e a consolidare; nella seconda si mette in luce la sua connivenza col diritto *metapositivo*, col diritto 'libero' al quale ricorre per la integrazione e la trasformazione del diritto positivo perennemente possibile e necessaria» (SDG, *loc. ult. cit.*). Ad essere problematico non è solo il fatto che per un giuspositivista l'espressione "diritto metapositivo" è un ossimoro; si deve anche considerare che non è così ovvio, neppure per un cognitivista etico, che le riflessioni etiche e gli impegni di un singolo soggetto, isolatamente preso, possano essere automaticamente promosse a "diritto". Per cui nel testo nutro forti resistenze anche a parlare di un "momento giurisprudenziale *del diritto*", invece che di libera coscienza *dei singoli giuristi*. Per un approfondimento, cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, voce *Diritto naturale*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, vol. VI, UTET, Torino 1990, pp. 314-324, e voce *Diritto libero*, *ivi*, pp. 279-284.



Romano). Abbiamo cioè un apparato dinamico di «entità sociologicamente attingibili»<sup>54</sup>. In tal senso, mentre l'attività creativa che contraddistingue il singolo giurista è un fenomeno *universale*, l'esistenza di una giurisprudenza-ceto è un fenomeno limitato ad alcuni sistemi storici soltanto<sup>55</sup>. Se mi si concede il gioco di parole, gli appartenenti al ceto dei giuristi non sono individuati da una *norma di competenza* dell'ordinamento, ma *in base alla loro competenza professionale*<sup>56</sup>; «qui non conta più l'investitura formale, ma la competenza in diritto»<sup>57</sup>. Così configurata, la giurisprudenza è quasi un *quarto potere* accanto ai tradizionali poteri dello Stato persona, «incarna quello che potrebbe chiamarsi il potere della ragione giuridica in sé»<sup>58</sup>.

Devo ammettere che non mi è chiaro che cosa sia questo «potere della ragione giuridica in sé»<sup>59</sup>. Temo che LLV lo concepisca come una sorta di dato ontologico insito nel diritto che noi non possiamo non riconoscere. Viceversa, l'A. guarda con sospetto all'idea che il diritto sia qualcosa di artificiale, di costruito. Per l'A., il 'diritto' giurisprudenziale può essere respinto nel non giuridico solo sulla base di un giochetto nominalistico, sulla base cioè di una definizione restrittiva previamente adottata<sup>60</sup>.

Ad ogni modo, nel cap. IV in realtà LLV si dedica soprattutto a dare *una* (ma, a mio parere, *non l'unica*) possibile ricostruzione teorico-generale dell'ordinamento compatibile con il riconoscimento come fonte del diritto giurisprudenziale<sup>61</sup>. Molte concessioni vengono fatte all'istituzionalismo di

<sup>54</sup> SDG, 373 e 374. La dimensione sociologica e quella storica-positiva nel libro tendono a confondersi.

<sup>55</sup> SDG, 376.

<sup>56</sup> SDG, 375. D'altronde, qui per LLV «si spezza [...] il legame tra diritto e potere, o meglio si afferma il potere intrinseco del diritto» SDG, 499.

<sup>57</sup> SDG, *loc. ult. cit.* Queste notazioni vengono estese alla Chiesa evocando un «potere spettante alla ragione teologica in sé». È ancora il parallelismo tra modernismo cattolico e giusliberismo, su cui v. cap. III.

<sup>58</sup> SDG, 498. Il passo prosegue: «Esso si manifesta, in alcuni ordinamenti storici, come potere normativo della giurisprudenza ceto, dando luogo alle norme giurisprudenziali pure; ma anche, e più generalmente, come potere riconosciuto ai giuristi nella formulazione di norme poste dal legislativo e dal giudiziario (le norme giurisprudenziali indirette e impure)». Cfr. In L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, cit., p. 176.

<sup>59</sup> Analogamente, mi pare oscura l'idea che si possa far ruotare l'esperienza del giurista attorno «a un centro sapienziale individuale» (SDG, 608).

<sup>60</sup> SDG, 376. Se il giurista coltiva valori, se è filosofo, oltre che sociologo, è lapalissiano che tutto dipende dalla «filosofia» adottata e dall'impianto valoriale che essa comporta.

<sup>61</sup> Per una classificazione delle norme giurisprudenziali cfr. SDG, 418-425. Importante è anche la distinzione tra norme giurisprudenziali *occasional* e *istituzionali*, v. SDG, 415 ss. e 417 ss.

Santi Romano alla luce delle norme secondarie di Herbert L.A. Hart<sup>62</sup>. L'A. giunge a tre conclusioni degne della massima attenzione:

- a) Le tensioni e le manchevolezze delle norme conferiscono alla giurisprudenza «quasi un mandato generale di interpretazione autentica, un monopolio nella formulazione della norma generale direttamente applicabile; i giudici, quali che siano le loro opinioni sull'autorità delle proposizioni giurisprudenziali, non hanno altro luogo in cui trovare per il loro caso una norma se non proprio 'positiva', almeno elaborata fino in fondo e con specifica intenzionalità non moralistica o teologica, ma giuridico-positiva. A questo punto, tra legislazione (o consuetudine, o equità) e giurisdizione non c'è più filo diretto. Diviene, allora, esperienza quotidiana, anche extragiudiziale, che per regolarsi *occorre rivolgersi non ai testi ma all'esperto*, che per essere al sicuro occorre avere dalla propria il parere della giurisprudenza»<sup>63</sup>.
- b) Il criterio dell'effettività è fondamentale. Il fatto che esistano fonti irrecusabili di cognizione fa sì che si finisca col relativizzare notevolmente la distinzione fra fonti di cognizione e di produzione<sup>64</sup>.
- c) Infine, va considerato che «l'effettività non costituisce, come la validità, una soglia *qualitativa*, ma piuttosto una scala comprendente diversi gradi di *intensità*. [...] Noi abbiamo più volte osservato che il grado tipico dell'effettività giurisprudenziale è l'*autorevolezza* [...]»<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> SDG, 388 ss., n. 27; SDG, 405 ss. Non a caso, in SDG, 390, nota 29, si sofferma sulla seguente citazione di H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 1965, p. 182: «La tesi fondamentale di questo libro ...» è che l'unione delle norme primarie e secondarie «può essere esattamente considerata come l'«essenza» del diritto». E osserva: «C'è veramente da rammaricarsi che Hart non conosca la teoria istituzionale del diritto, in particolare l'opera di Santi Romano [...]». In fondo, è ovvio che l'affermarsi del diritto giurisprudenziale e della capacità dei giuristi d'indirizzare la pratica con i loro «consigli» implicino la sconfitta dell'imperativismo. L'A. mette in discussione la tesi che le norme giurisprudenziali, in quanto semplici consigli più o meno autorevoli, non siano norme giuridiche (SDG, 511 ss.).

<sup>63</sup> SDG, 455, c.vo mio. Cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Norme vaghe e teoria generale del diritto*, in «Ars interpretandi», 3 (1998), pp. 155-164, in part. pp. 162-63, dove si dice che «i problemi di vaghezza definiscono l'identità del giurista. Se non ci fosse vaghezza non occorrerebbero giuristi». Ma si badi, il giurista non è un filologo e neppure un logico. È invece «un politico saggio: ossia un esperto che è in grado secondo scienza e coscienza di assumersi la responsabilità di un'integrazione del diritto [...]».

<sup>64</sup> SDG, 452-3.

<sup>65</sup> SDG, 457. Il brano prosegue così: «Ma al disotto dell'opinione autorevole trova posto l'opinione *autorizzata*, e al disopra l'opinione *autoritativa*». Si veda SDG, 458, n. 163, dove si cerca di richiamare l'obiezione sollevata da U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., pp. 85-87, contro il criterio dell'effettività, perché esso comporta un «salto logico» rispetto

A concludere l'opera è il cap. V, dove si sposta l'enfasi del lavoro dall'*oggettività* del diritto alla *sogettività* del giurista, costruendo un modello ideale di giurisperito.

Da un lato, il cultore del momento giurisprudenziale del diritto (ma anche e soprattutto del giurista) è il giusliberista aggiornato<sup>66</sup> che riconosce la *Halbheit*, l'incompletezza, di ogni norma<sup>67</sup>. Costui è consapevole che il confine fra l'interpretazione e l'innovazione del diritto è sfuggente<sup>68</sup>. Sa, senza farsi prendere da eccessiva cautela e da conformismo – esponendosi all'accusa di «timidezza profetica» – che lo *ius conditum* di cui si occupa è sempre *ulteriormente condendum*<sup>69</sup>. In tal senso, l'interprete di cui parla LLV ritiene che persino il diritto nazista sia migliorabile, va da sé rendendolo il meno nazista possibile<sup>70</sup>. Questo per quanto riguarda la scienza e la consapevolezza.

Dall'altro lato, per quanto riguarda il versante dei valori e della responsabilità, ossia della coscienza, abbiamo un giurista *impegnato*<sup>71</sup>, che si fa anche *filosofo*<sup>72</sup>. In tal modo non è più ammessa una “doppia verità”<sup>73</sup>, né l'addetto ai lavori è più autorizzato a distinguere tra ciò che fa, e a cui è tenuto, “come giurista” e ciò che fa, e a cui è tenuto, “come uomo”<sup>74</sup>.

---

ai giudizi di valore espressi dai giuristi.

<sup>66</sup> In L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, cit., p. 188: «Se proprio dovessi designare con un unico termine in -ismo la teoria complessiva dell'ordinamento e del processo giuridico qui sostenuta credo che sceglierei *giusliberismo*. Per quanto riguarda la scienza giuridica, il giusliberismo è la sintesi dinamica di giusnaturalismo, positivismo classico e realismo [...]». V. però R. GUASTINI, *I fondamenti scettici del giusliberismo*, in AA.VV., *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, cit., vol. I, pp. 705-717.

<sup>67</sup> SDG, 361 e 520.

<sup>68</sup> SDG, 502; 510 e 542.

<sup>69</sup> SDG, 530-31.

<sup>70</sup> SDG, 561.

<sup>71</sup> Cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, cit., p. 181.

<sup>72</sup> SDG, ix: «Sicuramente il giurista positivo è chiamato a impegnare nell'attività professionale non solo una competenza di tecnico, ma il centro stesso della sua personalità di uomo; sicuramente deve – come giurista – farsi filosofo e sociologo se vuole che la sua irrefutabile libertà nel formulare il diritto sia munita delle ispirazioni e dei controlli provenienti da una riflessione critica sui valori e da un'analisi scientifica dei fatti».

<sup>73</sup> SDG, 564, si tratta della “feconda inconsapevolezza” che si ha quando il giurista «operebbe creativamente nella convinzione di essere puro interprete».

<sup>74</sup> SDG, 560: «Se la concezione della giurisprudenza fin qui delineata è esatta, viene messa in forse la distinzione, cara al positivismo ammodernato, oggi così spesso fatta da costituire quasi uno degli assiomi non discussi della mentalità comune dei giuristi, tra i doveri e le possibilità che il giurista avrebbe ‘come giurista’ e ‘come uomo’. Alla base c'è l'idea che

Per dirla con le precise parole di LLV, «la giurisprudenza (non la *Begriffsjurisprudenz!*) resta cosa per adulti»<sup>75</sup>.

#### 4. *Veracità contro giustificazione*

Per capire una concezione talvolta può essere utile additare il suo avversario, andare a vedere a che cosa essa si oppone. Nel nostro caso ciò è presto fatto. LLV si oppone al legalismo, ossia al feticismo della legge, e al formalismo. Egli scaglia un attacco ai residui del positivismo codicistico, cosa che gli riesce facile, dato che l'autore scrive in un momento in cui in Italia stanno emergendo con prepotenza, anche grazie al processo di costituzionalizzazione, le scelte di valore giurisprudenziali<sup>76</sup>.

In particolare il libro qui in esame assume una netta posizione antiformalistica, scagliandosi contro il “logicismo” dei vecchi giuristi. Si tratta di una visione superata, ma, secondo l'autore, tuttora influente nell'educazione giuridica attuale, col suo insistito tecnicismo esoterico. La giurisprudenza, tuttavia, è una «scienza *argomentativa* e non dimostrativa in senso stretto»<sup>77</sup>. Essa «non può dire, realizzando il sogno di Leibniz, ‘sediamo e calcoliamo’<sup>78</sup>; ma è pure suo merito non disprezzabile che essa inesauroibilmente proponga, di fronte ai conflitti e ai nodi dell'azione, ‘sediamo e discutiamo’. Inoltre, è precisamente attraverso un processo disputativo e dialogico che la norma giurisprudenziale pura si forma e si consolida»<sup>79</sup>.

Il “logicismo”, dunque, per LLV è una *prospettiva ideologica che va smascherata*.

Come sostiene nel suo *Corso*, nella cui parte iniziale si riprendono e sviluppano i temi del *Saggio*<sup>80</sup>, nel logicismo c'è una componente

---

possano essere rigorosamente separate scienza (giuridica) e coscienza; e che quindi il giurista ‘come giurista’ sia, all'ombra dello Stato, al riparo dagli impegni e dai rischi metafisici e storici». Cfr. SDG, 608 e 615.

<sup>75</sup> SDG, 563.

<sup>76</sup> Cfr. B. PASTORE, *Diritto giurisprudenziale e ragione giuridica*, cit., vol. II, p. 1140. Cfr. N. BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica* (1967), rist. in ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1970, pp. 139-173.

<sup>77</sup> SDG, 554 ss.

<sup>78</sup> SDG, 599 e 610.

<sup>79</sup> SDG, 599 e 466 ss.

<sup>80</sup> L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, cit., p. vii (Introduzione 2012) e p.

matematizzante, ludico-infantile, di «una *falsa coscienza* che permette di prendere delle decisioni come se uno non le prendesse, scaricando la propria parte reale di responsabilità su un'oggettività fittizia, sul sistema come entità costruita indipendentemente dall'intervento del soggetto»<sup>81</sup>.

Adottando questo atteggiamento, il giurista cercherà di far passare come frutto delle norme giuridiche e di certe direttive di metodo quelle che sono in realtà scelte fatte in funzione dei risultati attesi. Siamo davanti ad una razionalizzazione a posteriori, «un po' come nella metropolitana di Parigi si pigia il bottone della stazione dove si vuole arrivare e appare sul quadro l'itinerario da percorrere»<sup>82</sup>.

«Difficilmente l'interprete darà la prevalenza sul bene giuridico al bene metodologico, sacrificherà la sua visione della giustizia sull'altare del metodo. Essere marxista o cristiano è qualcosa che prende molto di più che essere per l'interpretazione letterale o per l'interpretazione teleologica»<sup>83</sup>.

Questo accostamento ai problemi giuridici soffoca lo spirito della *veracità*<sup>84</sup>. Restaurarlo tocca alla giurisprudenza critica, la quale restituisce la discussione alle «motivazioni reali»<sup>85</sup>.

D'altra parte, per l'autore non abbiamo certo bisogno di un giurista separato da se stesso e dalla storia, la cui coscienza sia scissa<sup>86</sup>. Lo stesso garantismo presenta rischi, quando voglia eliminare l'arbitrio senza fare

---

13 (Introduzione 1980).

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 114. Poco prima si diceva che «il logicismo ottunde inevitabilmente la capacità di *giudizio morale e politico indipendente*, illudendo il giurista di poterne fare a meno grazie alla pura logica formale. Il logicismo equivale a un qualunquismo che traveste da diritto «le preferenze istintive del giurista o quelle del suo ceto professionale o del suo strato sociale» (*ivi*, pp. 113-114).

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 82. Cfr. SDG, 267.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 113. Cfr. SDG, 331, dove si sostiene, assieme a Ernst Fuchs – il quale parlava con tono quasi religioso di «*Erlösung von der Unwahrhaftigkeit*» – che il logicismo genera un mondo fittizio, inautentico. Cfr. SDG, 597.

<sup>85</sup> L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, cit., p. 83. V. anche SDG, 596, dove si osserva che le ragioni e le valutazioni, per essere veramente mie, «devono convincere me personalmente (non basta la mia convinzione su quale sia il diritto voluto da altri): ed ecco la possibilità che il dibattito critico, così come sa di essere chiamato a generare un diritto nuovo, finisca col generare in me – in noi – una convinzione nuova, *ci converta*». Analogamente, SDG, 611-612, dice: «Ora, alla base della professione giurisprudenziale criticamente intesa c'è appunto una *conversione* con la quale, abbandonando le sicurezze esteriori, si abbraccia per la vita – e fino alle ultime conseguenze – la responsabilità personale del diritto»; e questo comporta l'apertura alla «vocazione personalistica» della sfera professionale del giurista.

<sup>86</sup> SDG, 615.

appello a un impegno morale. In definitiva, l'unica garanzia è la personalità del singolo, la sua *integrità*<sup>87</sup>. Tanto più che il diritto giurisprudenziale è sempre controverso<sup>88</sup> e non si può «istituzionalizzare il bene»<sup>89</sup>.

Qui però non posso esimermi dal manifestare la mia perplessità. Se non lo facessi farei torto a un autore come LLV, convinto che le idee valide scaturiscano da un franco confronto.

Seguendo il pensiero di Taruffo, trovo discutibile concepire la giustificazione come un *reportage* dei meccanismi psichici che hanno esercitato un'influenza nel "motivare" una scelta o un giudizio<sup>90</sup>.

Tra i veri motivi, spesso nascosti nel profondo e inaccessibili allo stesso soggetto – quanti di noi sono consapevoli dei propri pregiudizi? – e le ragioni giustificanti c'è una bella differenza.

L'attività giustificativa va infatti concepita come un'attività *intersoggettiva*: gli argomenti sono pubblici, sono quelli espressamente dichiarati. Non c'è qualcosa come un'ipocrisia argomentativa. Adottando una simile impostazione, il problema della sincerità non sorge nemmeno, sollevarlo è un errore categoriale. Una cattiva giustificazione non è dovuta a una menzogna, a un disordine mentale o a una mancanza di rettitudine<sup>91</sup>. Così come una buona giustificazione non è necessariamente l'esito di un coinvolgimento emotivo, del senso di responsabilità e della strenua capacità di sacrificio di qualcuno. Non per nulla gli argomenti *ad hominem* di solito sono guardati con notevole sospetto.

Giustificare significa semplicemente controllare la tenuta razionale di una conclusione rispetto agli argomenti invocati per sorreggerla; naturalmente, nessuno ci assicura che la conclusione non possa cadere col mutare delle premesse considerate affidabili. In effetti, una *base giustificativa*, pur non potendo essere a sua volta dimostrata, è revocabile allorché c'imbattiamo in un tempo successivo in ragioni nuove e sensate

<sup>87</sup> SDG, 612-613. Cfr. SDG, 560, dove si sostiene che «il giurista deve *in quanto giurista* essere o rendersi *integralmente uomo*, nella pienezza dell'impegno etico e politico che ciò comporta». D'altro canto, il fine dell'avvalorazione del diritto positivo comporta una serie di limiti settoriali per quel che riguarda le condizioni d'efficacia dell'azione del giurista.

<sup>88</sup> SDG, 77 e 123.

<sup>89</sup> SDG, 612.

<sup>90</sup> M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padova 1975, p. 121.

<sup>91</sup> Invece del solito M. FOUCAULT, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Plon, Paris 1961 preferisco che si ricordi F. ZUCCOTTI, *Furor Haereticorum. Studi sul trattamento giuridico della follia e sulla persecuzione della eterodossia religiosa nella legislazione del tardo impero romano*, Giuffrè, Milano 1992.

per revocarla o in un conflitto fra i principi di partenza<sup>92</sup>.

Alla fin fine, inoltre, l'appello alla veracità ammette una pericolosa deriva autoritaria e inquisitoria che lede la libertà di coscienza. Comporta, al di là delle migliori intenzioni, un'indagine indiscreta sul foro interno accompagnata da un tentativo d'omologazione.

Anche per questo occorre distinguere fra *motivi* personali e *ragioni* pubbliche, tra il contesto della scoperta – con le sue intuizioni fulminanti o le sue distorsioni cognitive – e il contesto della giustificazione, che, invece, procede un passo dopo l'altro, senza slanci.

### 5. *Il positivismo giuridico rivisitato un'altra volta*

Alle critiche avanzate sopra, LLV probabilmente risponderebbe sostenendo l'intrinseca razionalità cui il diritto giurisprudenziale è in grado di pervenire allorché i giuristi operino in piena libertà<sup>93</sup>.

Come si è detto in precedenza, per l'autore il giurista esperto è un "saggio" che ha la responsabilità di scegliere il miglior diritto possibile<sup>94</sup>. Del resto, il giurista da lui delineato si individua, sia pure sociologicamente, in virtù della sua competenza professionale<sup>95</sup>.

Ma che cos'è mai il "diritto migliore"? In che senso va intesa la "competenza professionale"?

<sup>92</sup> Non si può parlare di una fondazione razionale, ma forse almeno si può invocare un equilibrio riflessivo. La nostra base di giustificazione, quella da noi prescelta, resta provvisoriamente in piedi finché non intervengano altre considerazioni. Ad ogni modo, non esiste un test della bontà delle ragioni validanti, superato il quale quelle ragioni divengono valide in modo definitivo, una volta per sempre.

<sup>93</sup> SDG, 216, dove si parla della «*necessaria libertà del giurista* nel trovare il diritto»; del resto, per l'A. occorre «insistere sulla libertà non come potere ma come vocazione» (SDG, 359).

<sup>94</sup> SDG, 561.

<sup>95</sup> Lascio al lettore il problema se il riferimento ad una particolare competenza o sapienza comporti un circolo vizioso, col rischio che il giurista sia l'unico ad esser abilitato a individuare se stesso come tale, presupponendosi così quel che si vuol dimostrare. In ogni caso, qualunque ignorante, o presunto sapiente, potrebbe autoproclamarsi "giurista". Chi sarebbe in grado di smascherarlo, se non un altro giurista? Ma come facciamo a sapere se lo smascheratore sia a sua volta un vero giurista? Il regresso sarebbe infinito. D'accordo, si può pensare a un riconoscimento a livello pubblico, con l'elaborazione di alcuni criteri socialmente condivisi, p. es. aver avuto ufficialmente un certo *training*, o appartenere a un ceto. Una cosa però resta chiara comunque: la circostanza *formale* di rispondere a quei criteri *estrinseci* – comprensibili da tutti, anche dai non giuristi – non garantisce la razionalità, o addirittura la superiore razionalità, del "diritto giurisprudenziale".

Tali espressioni, non so se felici, suonano ambigue e oscure. A tal proposito Francesco Viola fa notare che «anche un cognitivista etico, qual è Lombardi, deve riconoscere che di fatto le opinioni sulla giustizia sono molte, anzi moltissime. Il giurista dovrebbe saper discernere tra di esse quelle dotate di fondamento legale e razionale al contempo. Per questo il giurista non può limitarsi ad essere un tecnico del diritto, ma deve allargare i suoi orizzonti culturali fino al limite dell'impossibile. Se si getta un'occhiata alle competenze che Lombardi richiede al giurista, dalla filosofia politica alla filosofia generale, dalla sociologia alle scienze per approdare infine alla sapienza e all'armonia universale, il famoso giudice Ercole di Dworkin apparirà come un analfabeta». Tale compito di progettazione a tutto campo, però, supera ciò che si può «chiedere al povero giurista, al massimo si può esigere da lui che non sia soltanto un tecnico del diritto e che sappia affrontare in modo adeguato la problematica dei valori»<sup>96</sup>.

Si giunge così a un ridimensionamento dell'immagine del giurista come grande saggio dipintaci da Lombardi<sup>97</sup>.

I rilievi di Viola, mossi da posizioni affini a quelle di Lombardi<sup>98</sup>, sono preziosi. Ci mostrano quanto sia arduo padroneggiare la complessità sociale, soprattutto in un mondo *pluralistico di fatto* come il nostro. Neanche la metaetica cognitivista, del resto, rappresenta una scorciatoia<sup>99</sup>.

Non voglio ora intavolare una discussione sul cognitivismo e sull'insopprimibile molteplicità delle opinioni umane. Preferisco ricordare che Lombardi, prendendo come bersaglio la giurisprudenza 'calcolistica' e il positivismo metodologico, combatte contro un avversario di comodo, plausibile forse in parte ai tempi in cui scriveva, ma di certo non più oggi.

Il formalismo giuridico ormai si è aggiornato ed è pronto a riconoscere che, come sostiene LLV, i giuristi, lungi dall'essere neutrali nel senso in cui lo sono gli scienziati naturali, sono *impegnati*<sup>100</sup>.

<sup>96</sup> F. VIOLA, *Dalla filosofia del diritto alla filosofia per il diritto*, cit., vol. II, pp. 1530 ss.

<sup>97</sup> LLV, va da sé, non è solo: si veda Paolo Grossi, fermo anche lui nel suo tenace antilegalismo; mi limito a rammentare i suoi ultimi lavori: *L'invenzione del diritto*, Laterza, Bari-Roma 2017 e *Oltre la legalità*, Laterza, Bari-Roma 2020. La posizione opposta può essere rappresentata da L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica. Crisi e fondazione del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 2024.

<sup>98</sup> Cfr. F. VIOLA, *Dalla filosofia del diritto alla filosofia per il diritto*, cit., vol. II, p. 1531: «Queste sono solo punture di spillo nei confronti di una elefantica concezione generale del diritto che – come ho già ripetutamente detto – in buona parte condivido».

<sup>99</sup> P. BORSELLINO, *Divergenze metaetiche e sintonie etiche*, in AA.VV., *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, cit., vol. I, pp. 181-193.

<sup>100</sup> Cfr. SDG, 550, dove dice che: «occorre riconoscere significato pregnante alla formula



La svolta ideale può rinvenirsi in un notissimo passo di Scarpelli, dove si presenta il positivismo giuridico come la *scelta* di identificare il diritto per mezzo di determinate caratteristiche *formali*, le quali prescindano dai giudizi di valore personali sui contenuti<sup>101</sup>. Abbiamo una «scelta generale di rinunciare alle scelte particolari» dettate dal senso di giustizia del singolo giurista. Di conseguenza, «[r]ispetto alle scelte particolari concernenti i particolari contenuti del diritto positivo la scelta del positivismo giuridico è una scelta di secondo grado, che quelle scelte particolari elimina piegandosi al diritto positivo ed ai suoi contenuti una volta per tutte»<sup>102</sup>.

Qui siamo davanti alla meta-scelta di scegliere – in una certa misura, s'intende – non caso per caso, ma secondo regole e standard di giudizio relativamente rigidi, che non cedano ad una presunta *ratio legis* elaborata dagli interpreti nel silenzio della legge<sup>103</sup>.

Le tecniche formali servono a rendere le pubbliche decisioni controllabili intersoggettivamente, a vincolarle, per quanto sia una questione di grado, a criteri prestabiliti. Si cerca di evitare che un giudice integralista decida rifacendosi *esclusivamente* a valori e a interessi metagiuridici, ad una dottrina, ai precetti di una religione o a un'ideologia. Naturalmente c'è un prezzo da pagare, in quanto non sempre si perviene ad una soluzione veramente ottimale; tuttavia in questo modo si contribuisce a costruire una società abbastanza aperta e un assetto istituzionale garantista che sia capace di assicurare la convivenza di una pluralità di stili di vita e di principi etico-politici.

---

del codice svizzero secondo cui l'impegno del giurista, esauriti i criteri offerti dalle diverse componenti del diritto positivo, è di decidere come se fosse lui il legislatore: il giurista può e deve coltivare in sé la visione 'politica' dei problemi», esclusa ovviamente la visione partitica, ossia politica in senso deteriore. «In conclusione: la 'politica del diritto', riservata di solito al legislatore, e la 'scienza del diritto', riservata di solito al cosiddetto interprete, formano – insieme – la vera giurisprudenza. [...]». Si veda anche L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, cit., pp. 73 ss. e 79 ss. Lo studioso avvertito può rintracciare nel *Saggio* le influenze puntuali dei lavori di Uberto Scarpelli, soprattutto di *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., anche se poi, come si vedrà, Lombardi nel *Saggio* giunge a conclusioni sul formalismo opposte a quelle di Scarpelli. Per lui il giurista deve fare appello al proprio senso di giustizia e non a criteri formali.

<sup>101</sup> Bisogna avvertire però che la situazione è resa più complessa dall'esistenza di una costituzione rigida e dalle gerarchie materiali.

<sup>102</sup> U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., p. 133, c.vo mio. Seguendo la linea di pensiero scarpelliana, M. JORI, *Il formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano 1980 ha elaborato la tesi del "formalismo pratico" facendo riferimento anche alle ragioni escludenti di J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, London 1975, rist. OUP, Oxford 1999.

<sup>103</sup> F. SCHAUER, *Playing by Rules*, OUP, Oxford 1991.

Ma il formalismo come risolve i conflitti tra diritto ed etica personale?

L'etica personale viene sacrificata al diritto, ma solo in parte. Il giudice e il pubblico funzionario mettono tra parentesi i propri valori, ma non del tutto. Possono sempre decidere di non seguire e di disapplicare un diritto "malvagio", come quello nazista, invece di cercare di "migliorarlo".

*Il formalismo non ha mai l'ultima parola.* Quando viene meno la necessità garantistica, è superato dal giudizio *autonomo* del singolo. Ciascuno è sovrano di se stesso, persino quando si sottomette con piena coscienza ad un obbligo giuridico.

Questa, però, non è una difesa ad oltranza del legalismo, sebbene qualcuno potrebbe essere sorpreso da una simile affermazione.

In realtà, lo stesso Scarpelli alla fine del suo percorso si qualificò «credente nella legge e difensore del positivismo giuridico alquanto pentito»<sup>104</sup>; ciò, però, non gli impedì di restare positivista aderendo a un positivismo "rivisitato", in cui il destino del legalismo, frutto di un illuminismo ingenuo, è distinto dal destino del giuspositivismo<sup>105</sup>. In tal modo, assumendo una prospettiva ordinamentale e abbandonando il vecchio legismo, egli poteva restare «un apostolo del diritto fatto»<sup>106</sup>. La prospettiva era ancora quella del "positivismo ideologico" del 1965, anche la teoria semiotica era la stessa, ma la dottrina delle fonti era disegnata in modo differente, dando un ampio rilievo alle opinioni della giurisprudenza, vista come un'aristocrazia professionale reputata da Scarpelli compatibile con l'assetto democratico.

Penso che la legge vada risolledata dalla crisi in cui versa oggi; una disposizione in ogni caso rappresenta una sorta di semilavorato. La giurisprudenza continua l'opera del legislatore: in tal modo le norme si formano gradualmente e la certezza perciò ha una dimensione ordinamentale e, nello stesso tempo, diacronica. In un contesto teorico di questo genere il diritto giurisprudenziale assume un ruolo assai rilevante. Così come il *conformismo* dei giudici – o la sua mancanza – è fondamentale.

D'altra parte, sono convinto che si debba intraprendere una nuova rivisitazione del positivismo che ci mostri come molto, a proposito di formalismo o meno, dipenda dagli *atteggiamenti* degli interpreti. Sono

<sup>104</sup> U. SCARPELLI, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi*, in «Rivista di filosofia», 78, 1 (1987), pp. 3-29, in part. pp. 10 e 12 con una formulazione identica.

<sup>105</sup> U. SCARPELLI, *Il positivismo giuridico rivisitato*, in «Rivista di filosofia», 80, 3 (1989), pp. 461-475, in part. p. 472, dove ricusa la sua precedente vocazione illuministica ingenua con cui faceva affidamento nella legge quale strumento di tutela degli interessi generali avente un'intensa capacità programmatica.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 475.

infatti gli interpreti che irrigidiscono o rendono fluide le norme. E questo va di pari passo con un noncognitivismo conseguente e con un illuminismo critico e prescrittivo, dove la razionalità non è un dato o un destino, bensì è un fine da perseguire quand'è possibile. Ecco perché il diritto non può mai risolversi in un "sapere", ma resta sempre connesso alla dimensione ineliminabile del potere e della responsabilità di coloro che ne sono i detentori.

Riassumendo: con la prima rivisitazione si ridisegnano le fonti ricomprendendovi la giurisprudenza e con la seconda si riconosce che il diritto, di per sé, non è né mite né rigoroso, né aperto né chiuso, ma sono i giuristi, con le loro argomentazioni, a renderlo tale.

Tutte queste osservazioni si oppongono al cognitivismo di Lombardi. Quanto felicemente lo diranno i lettori e in fondo importa poco. Esse però non ci impediscono di affermare che egli, da *enfant terrible*, sia diventato l'autore di un classico<sup>107</sup>, perché il suo *Saggio sul diritto giurisprudenziale* è una pietra smerigliata con cui noi filosofi del diritto dobbiamo continuare ad affilare il nostro pensiero. Anch'io, giunto alla fine, sono contento di aver avuto questa conversazione silenziosa con un autore così ricco e complesso, consonante e dissonante.

---

<sup>107</sup> F. VIOLA, *Dalla filosofia del diritto alla filosofia per il diritto*, cit., vol. II, pp. 1517 ss. e L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, cit., p. vii, dove l'A. qualifica scherzosamente il *Saggio* come un «semi-classico».

PUBBLICAZIONI DELL'ISTITUTO DI FILOSOFIA DEL DIRITTO  
DELL'UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTE DA SERGIO COTTA

*TERZA SERIE*

2

LUIGI LOMBARDI

SAGGIO  
SUL  
DIRITTO  
GIURISPRUDENZIALE

MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ - EDITORE - 1967

*A Rosamaria*

*che ha diviso  
le scelte i pesi  
la gioia*

*Sulla soglia di un libro nel quale la ricerca è andata costruendosi attraverso uno sforzo costante di piena disponibilità alle esigenze interne dei campi successivamente toccati, mi sembrano indispensabili alcuni cenni non di riassunto (che sarebbe pericoloso!) ma di orientamento.*

*Fidando, con diffidenza, in una intuizione che già dalle lontane prime occasioni di ordine scientifico ha avuto per sè le ragioni del cuore, io mi sono proposto di esplorare il rapporto del giurista con il diritto, la funzione del giurista entro l'esperienza giuridica; dove con 'giurista' va inteso anche il giudice ma, appunto, nella sola sua veste di competente in diritto, escludendo quindi tanto l'ipotesi — storicamente tutt'altro che rara — del giudice 'laico', non munito di preparazione giuridica professionale, quanto l'aspetto per cui il giudice è in grado di porre regole autoritative, solo individuali o (nei regimi del precedente vincolante) anche generali. Ben presto, e quasi per un'intima necessità strutturale, sono venuti disegnandosi, nella materia indagata, due grandi complessi problematici dei quali solo più tardi — vicino ormai il termine della ricerca — mi si sono chiarite la connessione e la complementarità. Essi corrispondono al duplice fondamentale rapporto creativo che il giurista ha col diritto.*

*Da un lato il giurista mantiene, nei confronti di ogni corpus normativo comunque composto, un margine di libertà che quel corpus necessariamente gli lascia, che egli non può non utilizzare e che deve, se vuol essere fedele alla propria missione, utilizzare nel modo migliore; d'altro lato questo stesso esercizio di libertà nell'ambito del diritto positivo tende a limitare o almeno a condizionare la libertà residua, tende a consolidarsi in autorità e a produrre nuovo diritto positivo. La giurisprudenza, insomma, che è sempre in qualche misura libera ossia costretta ad inventare il diritto, tende a divenire — e almeno in certi casi, in certe esperienze giuridiche inequivocabilmente di-*

viene — anche fonte di diritto. Quando ciò accada, essa agisce come principio di chiusura e di determinazione nei propri stessi confronti: il giurista singolo, che è il vero depositario della libertà giurisprudenziale, trova nella tradizione collettiva del suo ceto, che è la vera fonte del diritto giurisprudenziale, dei limiti di cui sarebbe vano negare l'efficacia solo perchè essi non provengono da un potere ufficialmente sovrano; limiti che egli è chiamato a rispettare, senza con ciò giungere a liberarsi del suo carico sempre rinascente di libertà.

Si profilano, così, sul versante dell'autorità un 'diritto giurisprudenziale' da collocare, quando vi sia, tra i vari complessi normativi concorrenti nel formare il diritto positivo, accanto per esempio al diritto legale, al diritto giurisdizionale, al diritto consuetudinario; e sul versante della libertà un immancabile 'momento giurisprudenziale del diritto', cioè una fase di lavorazione inventiva da parte della giurisprudenza attraverso cui ogni norma, anche la meglio premeditata e la più imperiosa nell'affermarsi completa, anche la già positivizzata norma giurisprudenziale, deve 'sempre ancora' passare quando voglia realmente governare l'azione. Spiccano, nel primo ambito, i problemi del diritto giurisprudenziale come diritto; nel secondo, i problemi del diritto come (sempre di fattura anche) giurisprudenziale.

Non è necessario insistere sulle applicazioni di tutto questo nell'attività del giurista militante: là dove possa parlarsi di diritto giurisprudenziale in senso stretto (e il fenomeno è ancor oggi più frequente di quel che si creda, e tanto più operante forse quanto meno avvertito), vincolo a rispettarlo nel grado in cui ciò sia richiesto per fare vera giurisprudenza positiva; là dove inizia (e vi è sempre un punto dove inizia) la libertà entro il diritto positivo, impegno ad esercitarla nel migliore, nel più scientificamente controllato, nel più responsabile dei modi. La libertà del giurista militante entro il diritto positivo è dunque spesso minore di quella che lascia di fatto la legge (anche 'esclusiva' e 'completa'); ma è tuttavia sempre maggiore (e non della stessa natura) di quella che il legalismo acritico insieme concede e nega con le sue mistificanti direttive sull'interpretazione e sulla 'logica giuridica'.

Se il riconoscimento, a certe condizioni, di un vero e proprio 'diritto' giurisprudenziale implica una visione notevolmente allargata, rispetto a quella corrente, del diritto positivo, il riconoscimento, entro certi limiti, della libertà giurisprudenziale prospetta lo stesso diritto positivo sotto un profilo dinamico e soprattutto apre il discorso sui criteri di integrazione: discorso che la ricerca ha inteso dimostrare inevitabile, ma affrontare solo in termini generalissimi e puramente formali, quasi rimandando a una 'Seconda Parte' (per la quale il lavoro di un solo appare fin d'ora insufficiente) l'elaborazione metodologica dettagliata ed ogni eventuale proposta di contenuti. Sicuramente il giurista positivo è chiamato a impegnare nell'attività professionale non solo una competenza di tecnico, ma il centro stesso della sua personalità di uomo; sicuramente deve — come giurista — farsi filosofo e sociologo se vuole che la sua irrifutabile libertà nel formulare il diritto sia munita delle ispirazioni e dei controlli provenienti da una riflessione critica sui valori e da un'analisi scientifica dei fatti.

La distribuzione della materia cerca di contemperare l'ordine storico con l'ordine logico. I primi tre capitoli si fermano, rispettando la successione temporale, su tre episodi scelti come esemplari nella vicenda giuridica dell'Europa continentale; ma i capitoli I e II hanno per oggetto ordinamenti dove è dato accertare più sicuramente l'esistenza, penetrare più addentro nei 'segreti' del vero e proprio diritto giurisprudenziale, e si coordinano quindi alla trattazione teorica svolta nel capitolo IV; mentre il capitolo III, evocando la controversia metodologica intorno al 'diritto libero' sorta nei sistemi legalisti del primo Novecento, stabilisce le premesse necessarie per la riflessione teorica sul momento giurisprudenziale del diritto e sulla vocazione del giurista svolta nel capitolo V. C'è, in tal modo, meno compattezza logica, ma non viene interrotta la continuità della lettura storica, e soprattutto l'alternarsi dei due temi fondamentali consente di percorrere due volte, prima su un registro di concretezza storica non dimentica dei problemi, poi su un registro di generalizzazione solidamente appoggiata ai fatti, l'intera materia.



*Nell'atto di separarmi da questa che, pur con tutti i suoi limiti, è stata per me lungo gli anni esperienza di fatica a volte ansiosa ma certo anche di accrescimento, sento più viva la gratitudine verso coloro che generosamente mi sono stati d'aiuto. Il pensiero va anzitutto alle tante e tante conversazioni che mi è stato consentito di condurre con cari amici e maestri su argomenti del libro: momenti bene individuati nel tempo eppure sospesi sopra il tempo, che se non possono qui rievocarsi singolarmente durano, singolarmente preziosi, nella mia memoria.*

*Per la paziente lettura critica di singoli passi o di intere parti del manoscritto, per contributi di puntuale informazione e chiarimento ringrazio in modo particolare i professori Paolo Frezza, Piero Fiorelli, Paolo Grossi, Franz Wieacker, Helmut Coing, Norberto Bobbio, qui ricordati in corrispondenza approssimativa all'ordine in cui si seguono, nel libro, le parti alle quali più direttamente hanno concesso il loro interessamento. Il Circolo Toscano di Storia del diritto ha ascoltato, in due sue sedute, una esposizione del contenuto dei capitoli I e II, fornendo utili spunti di riflessione ulteriore; al capitolo I sono stati di giovamento anche i suggerimenti e i rilievi critici dei romanisti napoletani, raccolti, in uno dei loro 'martedì' del 1965, intorno al prof. Antonio Guarino. Il prof. Sergio Cotta non ha solo dato accoglienza al libro nella collana da lui diretta, ma ha avuto la generosità di seguire l'intero sviluppo della ricerca, assecondandolo con arte insieme di innesto e di potatura.*

## INDICE - SOMMARIO

*Abbreviazioni*

xxv

### CAPITOLO I

#### IL DIRITTO ROMANO COME DIRITTO GIURISPRUDENZIALE

	<i>pag.</i>
I. Oggetto, confini, metodo della mia ricerca. Le 'cinque vie' seguite per raggiungere la conoscenza del rapporto giurista-diritto.	1
II. Prima via: la riflessione teorica degli stessi giuristi romani. Il frammento di Pomponio, <i>D. 1, 2, 2</i> . Funzione generica e specifica della giurisprudenza nella formazione dello <i>ius. Scientia e auctoritas</i> .	5
III. Seconda via: la nostra conoscenza della forma e del contenuto delle fonti normative. 'Interindividualità', quindi processualità e giurisprudenzialità del diritto privato. Pluralità di complessi normativi e di ispirazioni, quindi esigenza della sintesi giurisprudenziale.	11
IV. Terza via: compiti assegnati ai giuristi nel ciclo della vita del diritto ( <i>m u n e r a i u r i s p e r i t o r u m</i> ). Non ufficialità della professione: giudici, magistrati, avvocati 'profani'. I due compiti essenziali:	16
1. Consigliare il diritto ( <i>respondere</i> ). Significati del prevalere del responso. <i>Cavere, agere</i> .	17
2. Custodire il diritto. L'attività letteraria, sua incidenza sulla configurazione della norma giurisprudenziale.	20
V. Quarta via: i metodi della giurisprudenza per trovare il diritto:	21
1. In presenza di legge.	24

	<i>pag.</i>
2. In mancanza di legge (è il caso normale). Laconicità delle motivazioni, studio che ne andrebbe fatto.	25
A. 'Principii'.	27
B. 'Calcolo dei tipi'. Suo rapporto con l'interindividualità del diritto. Sue conseguenze: $\alpha$ ) indifferenza ai problemi di giustizia distributiva, $\beta$ ) ipostatizzarsi di un mondo giuridico a parte. Tensione ed equilibrio tra tipo e responso. Nel responso giurisprudenziale la vivente unità del diritto.	29
VI. Quinta via: evoluzione del diritto privato. Grandioso completamento tecnico più che riforma della sostanza sociale. Tipica giurisprudenzialità di questa evoluzione.	33
VII. Tentativo di sintesi.	35
1. Il modello giuridico e la società. Struttura aristocratica della società repubblicana. Scarso favore per la legge popolare. Struttura e contenuto aristocratici del diritto privato. Il diritto per ottimati esige giuristi. Lo <i>ius Quiritium</i> antico come diritto dei nobili, il c.d. <i>ius gentium</i> come diritto dei ricchi ( <i>equites</i> ). Il diritto per ottimati esige giuristi che siano essi stessi ottimati. La giurisprudenza come via al potere. Aristocraticità dei giuristi, dei giudici e dei principali utenti del diritto privato. Il passaggio della giurisdizione e della giurisprudenza ai cavalieri nel 1° secolo av. C. Il diritto classico è giurisprudenziale perchè costituisce solo lo strato culturale più alto del diritto romano, che comprende anche un importante strato volgare. Valore universale del diritto 'aristocratico' nei rapporti tra eguali.	36
2. Il modello giuridico in sè considerato.	59
I giuristi consiglieri universali del diritto (salvo che alle assemblee legislative). Essenza (contenuto) ed esistenza (autorità) della norma: norme giurisprudenziali solo dal primo punto di vista. Consigli che sono essi stessi norme, giurisprudenziali nell'essenza e nell'esistenza. Norme giurisprudenziali generali. La giurisprudenza come interprete autentica e fonte irrecusabile di cognizione. Il responso, più che la legge, è il nucleo del diritto. Risposti contrastanti e opinioni comuni, diritto controverso e diritto certo. Tipo di autorità del diritto giurisprudenziale controverso e del diritto giurisprudenziale certo. Modello dialogico del diritto classico; opinione e istituzione. Conseguenze storiografiche.	

CAPITOLO II

IL DIRITTO COMUNE  
COME DIRITTO GIURISPRUDENZIALE

	<i>pag.</i>
I. Concetto del diritto comune. Sua posizione negli ordinamenti. Sua composizione. Confini della mia ricerca.	79
II. Il rapporto giurista-diritto in generale:	84
1. Sola formulazione di norme aventi 'esistenza' non giurisprudenziale: cultura giuridica dei legislatori, giudici ed avvocati. ( <i>Excursus</i> : origine e posizione sociale dei giuristi).	85
2. Produzione integrale di norme da parte della giurisprudenza in quanto tale.	
A. Importanza di questa ricerca nella prospettiva di una storia del diritto come ordinamento, preliminare ad una storia critica degli istituti. I tre aspetti salienti, suggeriti dall'esperienza storica studiata, della produzione giurisprudenziale di diritto.	93
B. Primo aspetto: incidenza dei giuristi sulla costituzione del diritto come ordinamento o forma (produzione di 'norme di struttura'). a) Scoperta e legittimazione delle fonti. b) Coordinazione delle fonti in sistema unitario. c) Costruzione (giuridica) dello Stato. d) Teorizzazione ermeneutica.	96
C. Secondo aspetto: inventività della giurisprudenza nell'ambito delle norme di condotta. Triplice base del ritrovamento del diritto: <i>leges, rationes, auctoritates</i> . L'attività giurisprudenziale eccede largamente l'interpretazione della legge.	102
D. Terzo aspetto: autorità della giurisprudenza, penetrazione delle norme di condotta così ottenute nella vita oggettiva del diritto. Giurisprudenzialità dell'ordinamento anche sotto questo aspetto.	108
III. Breve esposizione storica del rapporto giurista-diritto nei suoi diversi periodi, secondo le tre variabili sopra indicate:	
1. Periodo dei glossatori, o preaccursiano.	109
2. Periodo postaccursiano. Autorità della Glossa.	112
3. Periodo dei commentatori.	115

	<i>pag.</i>
4. Periodo dei consiglieri, o della <i>communis opinio</i> , in generale.	119
IV. Periodo dei consiglieri, o della <i>communis opinio</i> , in particolare.	
1. La giurisprudenza consulente.	124
A. I precedenti storici. a) Il consiglio orale dei periti nel periodo prebolognese e l'assessorato. b) Il <i>consilium sapientis iudiciale</i> .	125
B. La giurisprudenza consulente nel nostro periodo. La pubblicazione dei <i>Consilia</i> . c) Il consiglio alla parte. d) Le <i>allegationes</i> . La distinzione tra le due categorie nell' <i>Apologia</i> di Tiberio Deciani. e) Le <i>quaestiones</i> .	130
C. Valutazione comparativa dei diversi generi di consigli secondo il criterio della fedeltà al diritto preesistente.	140
D. 'Ripetenti' e 'consulenti'. Loro valutazione comparativa secondo lo stesso criterio.	143
E. 'Ripetenti' e 'consulenti'. Loro rispettiva influenza sul diritto successivo, cioè <i>auctoritas</i> riconosciuta loro nella formazione della <i>communis opinio</i> . Primato dei consulenti.	148
2. La <i>communis opinio doctorum</i> .	
A. Primi spunti.	164
B. Maturità dell'idea. Sua emersione sempre più generale. Le raccolte di opinioni comuni e i trattati sull'opinione comune. I tribunali e l'opinione comune.	166
C. La dottrina dell'opinione comune nei trattatisti.	169
a) La <i>c. op.</i> è decisiva solo per i pratici. b) Definizione ( <i>quid sit c. op.</i> ). c) Elementi costitutivi ( <i>ex quibus c. op. constituatur</i> ). d) Fondamenti della giuridicità della <i>c. op.</i> ( <i>an c. op. sit attendenda</i> ). e) Ambito di vigenza della <i>c. op.</i> ( <i>quando attendenda sit, vel non</i> ): 'regula', 'limitationes', 'ampliationes'. f) Conseguenze della mancata osservanza della <i>c. op.</i> g) Problema, se la <i>c. op.</i> abbia 'forza di legge'.	
3. Sintesi riassuntiva.	
A. La supplenza della giurisprudenza allo Stato nella produzione di norme generali. a) la <i>communis opinio</i> come versione giurisprudenziale della legge. b) Le opinioni dei singoli giuristi come norme generali di minore autorità. Il commento, il trattato.	183

	<i>pag.</i>
B. Produzione delle norme individuali: sentenze dei giudici e consigli diretti.	190
C. Sentenze e consigli attraverso la pubblicazione diventano norme generali. Norme generali 'astratte' e 'concrete'.	191
D. Tensioni ed equilibrio del sistema. Il rapporto giurista-diritto lungo l'arco del diritto comune. Conseguenze nell'impostazione storiografica.	193

### CAPITOLO III

## IL GIUSLIBERISMO

I. Presentazione generale.	
1. Ordinamento giurisprudenziale e ordinamento legale. Triplice radice dell'idea di codice; sue contraddizioni; sua trasformazione in senso positivistico sotto l'influsso del liberalismo. Passaggio, nei maggiori Stati europei continentali, all'ordinamento legale. Carattere apparentemente qualitativo della trasformazione; il mondo giuridico tedesco come ambiente storico più adatto a una verifica della sua portata reale. Il legalismo tedesco dell'Ottocento; in particolare la pandettistica come legalismo sistematico. Solidarietà tra pandettistica e codice.	201
2. La reazione al legalismo. Confini della ricerca: gli autori di lingua tedesca (e Gény). Esclusione dei filosofi del diritto professionali. Inclusione di tutti i giuristi militanti che hanno affermato la irriducibile libertà e creatività della giurisprudenza rispetto alla legge. Confini di tempo. Unità, novità, importanza del fenomeno così definito. Denominazione proposta: 'giusliberismo'.	209
II. Il giusliberismo come movimento.	
1. 'Movimento' e non 'scuola'. Paralleli nella storiografia artistica. Stile, stati d'animo, posizione nei confronti della società ufficiale, forme organizzative, manifesti, riviste.	221
2. Breve storia del movimento. La generazione dei precursori. La prima generazione. La seconda generazione; importanza, in essa, dell'ispirazione neokantiana. Dagli inizi al 1899. Periodo 1899-1904. Periodo 1904-1908. Periodo 1908-1914. Periodo bellico e weimariano.	229

	<i>pag.</i>
III. Il giusliberismo come dottrina.	240
1. Critica alla completezza della legge.	
A. Altre forme di demitizzazione della legge nel periodo del giusliberismo (cenni).	242
B. Lacune 'statiche' e lacune 'dinamiche'.	245
C. Le lacune della legge staticamente considerata: a) lacune intrasistematiche; b) lacune extrasistematiche.	246
D. Le lacune della legge dinamicamente considerata: a) le incognite dell'individuale; primato — ma non esclusività — della norma individuale; la legge come 'progetto', 'limite' ecc. delle norme individuali; b) le incognite del divenire; riduzione <i>ad absurdum</i> del legalismo; incompletezza e inconvenienti tecnici anche della legislazione a getto continuo.	255
E. Argomenti contro la negazione logico-formale delle lacune.	263
2. Critica al logicismo.	
A. Necessità di esaminare globalmente le metodologie in contrasto. Il logicismo globale come contrassegno delle scuole classiche. Triplice natura della critica al logicismo. Triplice livello a cui essa si esercita.	265
B. Critica al logicismo al livello dell'interpretazione: a) non sufficiente fecondità dell'interpretazione metafilologica; b) non rigorosa logicità dei procedimenti interpretativi fecondi (in particolare dell'interpretazione secondo lo 'spirito' della legge e dell'interpretazione 'oggettivo-evolutiva'); c) inconvenienti ulteriori del logicismo interpretativo.	270
C. Critica al logicismo al livello della 'logica giuridica': a) non sufficiente fecondità della 'logica giuridica'; b) non rigorosa logicità dei suoi procedimenti fecondi (in particolare dell'analogia in tutte le sue forme; dell'induzione; della scelta tra i diversi procedimenti); c) inconvenienti ulteriori.	278
D. Critica al logicismo al livello della costruzione concettuale: a) non sufficiente fecondità della costruzione; b) non rigorosa logicità dei suoi procedimenti fecondi (e del metodo classico nel suo complesso); c) inconvenienti ulteriori del costruzionismo (e del logicismo classico nel suo complesso): per l'intera comunità degli utenti del diritto; per i giuristi di professione.	301

3. Criteri per la 'libera' ricerca del diritto.	pag. 334
<p>Necessità della 'libera' ricerca già nell'interpretazione ed elaborazione della legge. Collocazione delle operazioni sulla legge in un più ampio processo di ricerca del diritto. Criteri per colmare lo spazio giuridico legalmente vuoto: fonti storico-positive diverse dalla legge; criteri generali; criteri speciali più vicini al polo del fatto; criteri speciali più vicini al polo del valore. Il progetto organico della giurisprudenza 'libera' nei suoi elementi fondamentali.</p>	
IV. Giudizio complessivo sul giusliberismo.	
1. Insieme dottrina e movimento, il giusliberismo scaturisce da un <i>Erlebnis</i> unitario che è l'intuizione di una verità di fatto, teoretica, come verità di vita, di salvezza. Esattezza del risultato teoretico e sanità dello spirito animatore (anche se rischi storici per l'uno e per l'altro).	346
2. Presupposti sociologici, giuridici, politici e culturali dell' <i>Erlebnis</i> fondamentale.	351
3. Il giusliberismo come dottrina tra le grandi concezioni del diritto: suoi rapporti con il realismo giuridico, il giuspositivismo e il giusnaturalismo.	359

#### CAPITOLO IV

### IL DIRITTO GIURISPRUDENZIALE

I. 'Diritto giurisprudenziale' e 'momento giurisprudenziale del diritto'.	371
<p>Risultato fondamentale e unitario delle ricerche precedenti: immancabile 'creatività' della giurisprudenza. Duplice spessore del termine: creatività come 'libertà inventiva' (corrispondente al 'momento giurisprudenziale del diritto'), creatività come 'esser fonte' (corrispondente al 'diritto giurisprudenziale'). La giurisprudenza sempre 'libera', non sempre anche 'fonte'. La giurisprudenza 'fonte' come principio di chiusura, come solidale con il diritto positivo, come ceto o 'corpo', come non comprensiva dei giudici e dei legislatori; la giurisprudenza 'libera' come principio di apertura, come solidale con il diritto metapositivo, come attività individuale, come attività anche dei giudici e dei legislatori.</p>	



	<i>pag.</i>
Distribuzione della materia nei due complessi problematici della giurisprudenza 'fonte' (il 'diritto giurisprudenziale': seguito del cap. IV) e della giurisprudenza 'libera' (il 'momento giurisprudenziale del diritto': cap. V).	
<b>II. Teoria giuridica del diritto giurisprudenziale.</b>	
1. Premessa.	376
Obbiezioni preliminari al tentativo di condurre un discorso teorico sul diritto giurisprudenziale. Diversi punti di vista dai quali il discorso teorico deve condursi: 'teoria generale' giuridica, teoria sociologica, teoria assiologica del diritto giurisprudenziale (rinvio).	
2. Diritto giurisprudenziale ed 'essenza' del diritto.	
A. Se il diritto giurisprudenziale sia diritto: due plausibili risposte antitetiche. Ricerca di una via media: la moderna teoria generale come apparato di controllo e di espressione della giuridicità del diritto giurisprudenziale. La giuridicità sotto il profilo dell'essenza (seguito del § II.2) e sotto il profilo dell'esistenza positiva (§ II.3).	379
B. Itinerario del diritto giurisprudenziale attraverso i concetti teorici del diritto. a) Necessità del concetto di norma. Necessità di un concetto allargato di norma. b) Necessità del concetto di ordinamento. L'ordinamento come organizzazione e l'ordinamento come sistema (di norme): insufficienze di entrambi i concetti. Le norme 'di struttura' come prima (incompleta) traduzione in termini normativi del concetto del diritto come organizzazione; il fine organizzativo come ulteriore integrazione del concetto normativo di ordinamento. Concezione normativo-organizzativa di ordinamento, qui adottata; come si configura, in essa, il diritto giurisprudenziale. c) Concetto di rapporto e norma 'bilaterale'. d) Motivi residui di insoddisfazione: dinamicità, non espressa, del fenomeno giurisprudenziale. Concetto del diritto come azione; sua incapacità di sostituire i concetti di norma e di ordinamento. Traduzione, in termini normativo-ordinamentali, di alcune richieste del diritto giurisprudenziale connesse all'idea del diritto come azione. Solidarietà tra ordinamento e realtà storico-dinamica del diritto. e) Concetto del diritto come istituzione o istituto. L'istituzione come norma istituzionale, coordinabile con la teoria normativo-ordinamentale del diritto.	381

	<i>pag.</i>
C. Modi in cui la giurisprudenza partecipa alla formazione di norme dell'ordinamento statale. Semplice influenza preparatoria; produzione parziale; produzione totale. Norme giurisprudenziali indirette, impure e pure; occasionali e istituzionali; originarie e derivate. Schemi di inserzione di norme giurisprudenziali nell'ordinamento.	409
D. Ipotesi a cui riservare l'uso del termine 'diritto giurisprudenziale'. Sua bivalenza (norma, ordinamento giurisprudenziali). Delimitazione qualitativa e quantitativa.	425
3. Diritto giurisprudenziale ed 'esistenza' giuridica.	427
A. Teorie dell'esistenza giuridica come valore, come validità e come effettività. Eliminazione del primo punto di vista. Insufficienze degli altri due se mantenuti esclusivamente. Possibile loro coordinazione dialettica, in cui l'effettività viene riconosciuta come indice ultimo e fondamentale dell'esistenza giuridica positiva.	430
B. Il diritto giurisprudenziale non più tra legge e consuetudine, ma tra validità ed effettività. Verifica dei criteri adottati nella ricerca storica per diagnosticare l'esistenza giuridica. 'Norma' e 'regola'. Il rinvio da parte della legge come criterio tecnico di validità e come criterio presuntivo di effettività. Le 'cinque vie' e il criterio della 'fonte irrecusabile di cognizione' come criteri autentici ed 'imparziali' di effettività. Motivi e modi della conquista dell'effettività da parte della norma giurisprudenziale. Casi in cui la giurisprudenza è fonte unica e generale del diritto. In che senso la norma effettiva è vincolante: diversi gradi di intensità dell'effettività (opinioni autorizzate; autorevoli; autoritative); la norma effettiva vincola analogamente alla <i>communis opinio</i> . L'effettività come indice di esistenza giuridica positiva anche dal punto di vista 'interno'. Cosa significa che la giurisprudenza 'produce' una norma effettiva.	439
4. Chiarimenti ulteriori e applicazioni.	
A. Giurisprudenza e 'ragione'; fonti 'formali' e fonti 'materiali'.	463
B. La norma giurisprudenziale come norma solitamente plurideterminata. Carattere dialogico della sua formazione. La norma come dialogo. Impossibilità di 'porre'	465

	<i>pag.</i>
la norma giurisprudenziale. Importanza dei valori di contenuto nel processo di positivizzazione.	
C. Diritto giurisprudenziale e consuetudine. Diritto giurisprudenziale e diritto professorale ( <i>Professorenrecht</i> ). Diritto giurisprudenziale e diritto giurisdizionale ( <i>Richterrecht</i> ).	468
III. Sociologia del diritto giurisprudenziale.	
1. Disinteresse dei sociologi per il problema. Koschaker, Weber.	472
2. La struttura 'interindividuale' del diritto come fattore di giurisprudenzialità. Ordine commutativo e ordine distributivo: il diritto giurisprudenziale artefice essenzialmente del primo, la legge (soprattutto democratica) del secondo. Diritto giurisprudenziale e rivoluzione. Diritto giurisprudenziale e socialismo. Carattere perenne del diritto giurisprudenziale.	474
3. Diritto giurisprudenziale e pluralismo o decentramento del potere. Condizione sufficiente: società organizzativamente e giuridicamente pluralistica, ideologicamente omogenea. Vocazione della giurisprudenza ai diritti 'comuni'.	480
4. Diritto giurisprudenziale e sviluppo dello Stato.	482
5. Diritto giurisprudenziale ed economia: relativa indifferenza. Atteggiamenti del capitalismo nei confronti della forma del diritto.	483
6. Diritto giurisprudenziale e forme culturali. 'Volontarismo' e suoi contrari (tradizionalismo, fideismo, razionalismo, scientismo). 'Settorialismo'.	486
7. Diritto giurisprudenziale e fattori interni alla giurisprudenza (cenni).	492
8. Spunti per una caratterizzazione dei diritti giurisdizionali dal punto di vista sociologico.	493
9. Il diritto giurisprudenziale nella ἀνακύκλις delle forme di diritto.	494

CAPITOLO V

IL MOMENTO GIURISPRUDENZIALE DEL DIRITTO.  
VOCAZIONE E VALORI  
DI UNA GIURISPRUDENZA CRITICA

	<i>pag.</i>
I. Dubbi sulla distinzione tra 'momento giurisprudenziale del diritto' e 'diritto giurisprudenziale'.	
1. Riepilogo: contributo del 'diritto giurisprudenziale' alla teoria del diritto positivo e dell'ordinamento statale. (In particolare: il potere della giurisprudenza in questo ordinamento come potere della ragione giuridica in sè).	497
2. Problematicità della distinzione tra 'momento giurisprudenziale del diritto' e 'diritto giurisprudenziale' quando si accolga la concezione allargata del diritto positivo che il riconoscimento della giurisprudenza come 'fonte' suggerisce. Universalità anche del 'diritto giurisprudenziale'?	500
3. Verosimile presenza di norme giurisprudenziali almeno autorevoli in ogni ordinamento. Analisi dell'autorevolezza (cenni).	507
4. Problema, se sia opportuno chiamare 'norma' la formulazione semplicemente autorevole del diritto. Norme esemplari, risolutive.	510
II. 'Momento giurisprudenziale' e dinamica del diritto positivo.	513
Ordinamento giuridico, organismo giuridico e processo giuridico (significati, 'corpi', atti giuridici). Capacità della giurisprudenza di rendere visibile, con tutta se stessa, la 'storia ideale' del diritto come movimento della norma verso l'azione e come movimento dell'azione verso la norma. L'ordinamento come progetto normativo, l'organismo giuridico come infrastruttura reale della 'storia ideale' che si svolge attraverso il processo giuridico. Spunti per una concezione dinamica del diritto nella teoria generale contemporanea .	
III. La giurisprudenza come ricerca del migliore possibile diritto.	
1. Definizione funzionale della giurisprudenza.	522
Identità della funzione nella diversità delle strutture metodiche. Il requisito del possibile come limite. La fedeltà alla	

	<i>pag.</i>
legge come collegata principalmente con il requisito del possibile.	
2. Diritto 'naturale' e diritto positivo.	526
La giurisprudenza come sintesi dei due termini in quanto ricerca del migliore possibile diritto. Lo <i>ius conditum</i> come sempre anche <i>condendum</i> . Il diritto cosiddetto 'naturale' come immancabile principio complementare del diritto positivo nella 'storia ideale' di questo. <i>Status</i> del diritto 'naturale' nell'ordinamento positivo. Ribellione e ritorno al diritto 'naturale' nella vicenda della moderna teoria generale del diritto.	
3. Giurisprudenza positiva, progettazione dello <i>ius condendum</i> , profezia .	530
4. Spunti di metodologia della giurisprudenza consapevolmente 'libera'.	
<i>A.</i> La giurisprudenza come scienza normativa. Sua semplicità funzionale e sua complessità strutturale. Legittimo pluralismo metodologico; necessità di differenziazioni e compromessi al livello applicativo.	531
<i>B.</i> <i>Organon</i> delle conoscenze giurisprudenziali: <i>a)</i> conoscenza dei criteri di valutazione: filosofia e 'tecnica giuridica'. (Improprietà del termine 'diritto naturale' per indicare l'insieme di quei criteri; termine proposto: 'diritto libero'); <i>b)</i> conoscenza dell'azione: 'sociologia'; <i>c)</i> conoscenza del diritto positivo: riconoscimento e interpretazione della norma (nel riconoscimento della norma effettiva, l'autorevolezza del giurista e le conseguenze della sua enunciazione come elementi rilevanti per il calcolo del diritto 'possibile'; nell'interpretazione, legittimo pluralismo ermeneutico).	535
5. Il processo giuridico come giurisprudenza.	543
Carattere analogicamente unitario (e giurisprudenziale) delle attività svolte dai vari organi del processo giuridico. Il legislatore come giurista. Il giudice come giurista. Giurista 'teorico' e 'pratico'. L'avvocato come giurista. L'operatore privato come giurista. (E insieme il giurista come legislatore: necessaria fusione, nella giurisprudenza, della 'politica del diritto' e della 'scienza del diritto'). Il momento giurisprudenziale comune ad ogni attività normativa — e i momenti differenziatori connessi con il diverso tipo di esistenza	

		<i>pag.</i>
	della norma — come risultanti, l'uno e gli altri, da imprescindibili esigenze antinomiche della vita del diritto.	
	6. Giurisprudenza e logica del ragionevole.	554
	Come ricerca del migliore possibile diritto, la giurisprudenza da un lato non è scienza dimostrativa rigorosa, ma argomentativa; d'altro lato non si riduce a opzioni irrazionali. Funzione ausiliaria, più che direttiva, della logica del ragionevole.	
	7. Vocazione del giurista.	560
	Inesattezza della distinzione corrente tra le responsabilità e competenze del giurista 'come giurista' e 'come uomo', 'come giurista' e 'come sociologo'. Impegno filosofico e impegno pratico integrali del giurista. I necessari sacrifici dell'idealità e della sensibilità connessi con l'impegno pratico non bloccano la ricerca di fondo.	
	8. Conseguenze.	565
	Spazio aperto all'attività del giurista anche fuori dell'ordinamento statale. Necessarie riforme dell'insegnamento, soprattutto — ma non solo — nella Facoltà di Giurisprudenza. Opportunità di un maggiore controllo democratico sulle sentenze?	
IV.	Valori della giurisprudenza.	567
	Giurisprudenza e valori giuridici. Completezza, certezza del diritto. Giurisprudenza e valori umani.	



## ABBREVIAZIONI

<i>ABR</i> . . . . .	<i>Archiv für Bürgerliches Recht</i>
<i>ACP</i> . . . . .	<i>Archiv für die civilistische Praxis</i>
ADICKES, <i>LR</i> . . . . .	F. ADICKES, <i>Zur Lehre von den Rechtsquellen, insbesondere über die Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquellen und über das Gewohnheitsrecht</i> (1872)
<i>AG</i> . . . . .	<i>Archivio Giuridico</i>
ALLEN, <i>LM</i> . . . . .	C. K. ALLEN, <i>Law in the making</i> <sup>6</sup> (1958)
<i>APD</i> . . . . .	<i>Archives de philosophie du droit</i>
<i>ARW</i> . . . . .	<i>Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie</i>
<i>ASD</i> . . . . .	<i>Annali di storia del diritto</i>
<i>ASS</i> . . . . .	<i>Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik</i>
BESTA, <i>Fonti</i> . . . . .	<i>Storia del diritto italiano</i> , pubblicata sotto la direzione di P. DEL GIUDICE, vol. I: E. BESTA, <i>Fonti: legislazione e scienza giuridica</i> (2 tomi a paginazione continua, 1923 e 1925)
<i>BGB</i> . . . . .	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
<i>BIDR</i> . . . . .	<i>Bullettino dell'Istituto di diritto romano</i>
BONNECASE, <i>Romantisme</i> . . . . .	J. BONNECASE, <i>Science du droit et romantisme</i> (1928)
BÖRNGEN, <i>Reformbestrebungen</i> . . . . .	V. BÖRNGEN, <i>Reformbestrebungen im Rechtsleben und der Verein 'Recht und Wirtschaft'</i> (1911)
BOZI, <i>Weltanschauung</i> . . . . .	A. BOZI, <i>Die Weltanschauung der Jurisprudenz</i> (1907)
BRUGI . . . . .	B. BRUGI, <i>Per la storia della giuri-</i>



	<i>sprudenza e delle università italiane. Saggi</i> (1921)
BRUGI, NS . . . . .	B. BRUGI, <i>Per la storia della giurisprudenza e delle università italiane. Nuovi Saggi</i> (1921)
BRÜTT, KR . . . . .	L. BRÜTT, <i>Die Kunst der Rechtsanwendung</i> (1907)
BÜLOW, <i>Betrachtungen</i> . . . . .	O. BÜLOW, <i>Heitere und ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft</i> (1901)
BÜLOW, GR . . . . .	O. BÜLOW, <i>Gesetz und Richteramt</i> (1885)
C. . . . .	<i>Codex Iustinianus</i> , ed. P. KRÜGER
CAIANI, GV . . . . .	L. CAIANI, <i>I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica</i> (1954)
CALASSO, <i>Medioevo</i> . . . . .	F. CALASSO, <i>Medio evo del diritto</i> (1954)
CAPOGRASSI, <i>Opere I</i> . . . . .	G. CAPOGRASSI, <i>Opere</i> (1959), vol. I
CAPOGRASSI, SD . . . . .	G. CAPOGRASSI, <i>Il problema della scienza del diritto</i> (1937), citato con la paginazione di <i>Opere II</i>
CESARINI-SFORZA, DP . . . . .	W. CESARINI-SFORZA, <i>Il diritto dei privati</i> (1929), citato nell'ediz. 1963, collana 'Civiltà del diritto'
CLR . . . . .	<i>Columbia Law Review</i>
CORAZIO . . . . .	A. M. CORAZIO, <i>De communi opinione</i> , citato dall'ediz. nel <i>Syntagma</i> 1608 (cf. cap. II, n. 145 e n. 157)
D. . . . .	<i>Iustiniani Digesta</i> , ed. T. MOMMSEN-P. KRÜGER
DJZ . . . . .	<i>Deutsche Juristenzeitung</i>
DRZ . . . . .	<i>Deutsche Richterzeitung</i>
ED . . . . .	<i>Enciclopedia del diritto</i>
EHRlich, FR . . . . .	E. EHRlich, <i>Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft</i> (1903)
EHRlich, GS . . . . .	E. EHRlich, <i>Grundlegung der Soziologie des Rechts</i> (1913)
EHRlich, JL . . . . .	E. EHRlich, <i>Die juristische Logik</i> , in <i>ACP</i> 115 (1917) 125-439

- EHRlich, RR . . . . . E. EHRlich, *Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes. Vier Stücke aus dem in Vorbereitung begriffenen Werke: Theorie der richterlichen Rechtsfindung*, in *JhJ* 67 (1917) 1-80
- ENGELMANN . . . . . W. ENGELMANN, *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre* (1938)
- ERMINI, *Corso* . . . . . G. ERMINI, *Corso di diritto comune*<sup>3</sup> (1952)
- ESSER, *GN* . . . . . J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (1956)
- FREZZA, *Corso* . . . . . P. FREZZA, *Corso di storia del diritto romano* (1954)
- FRIEDMANN . . . . . W. FRIEDMANN, *Legal theory*<sup>4</sup> (1960)
- Fs.* . . . . . *Festschrift*
- FUCHS, *G* . . . . . E. FUCHS, *Gerechtigkeitswissenschaft Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre* (rist. 1965)
- FUCHS, *Gemeinschaftlichkeit* . . . . . E. FUCHS, *Gerechtigkeitswissenschaft der konstruktiven Jurisprudenz* (1909)
- FUCHS, *JK* . . . . . E. FUCHS, *Juristischer Kulturkampf* (1912)
- FUCHS, *RW* . . . . . E. FUCHS, *Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz* (1908)
- FUCHS, *Schreibjustiz* . . . . . E. FUCHS, *Schreibjustiz und Richterkönigtum. Ein Mahnruf zur Schul- und Justizreform* (1907)
- GÉNY, *MS I* . . . . . F. GÉNY, *Méthode et sources en droit privé positif*<sup>2</sup> (1919), vol. I
- GÉNY, *ST I* . . . . . F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif* (1915-1924), vol. I
- GMELIN, *Quousque?* . . . . . J. G. GMELIN, *Quousque? Beiträge zur soziologischen Rechtsfindung* (1910)
- GMÜR, *Anwendung* . . . . . M. GMÜR, *Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches* (1908)

HART, <i>CD</i> . . . . .	H. L. A. HART, <i>Il concetto di diritto</i> (tr. it. 1965)
HECK, <i>B</i> . . . . .	P. HECK, <i>Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz</i> (1932)
HECK, <i>G</i> . . . . .	P. HECK, <i>Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz</i> (1914)
HECK, <i>Rechtsgewinnung</i> . . . . .	P. HECK, <i>Das Problem der Rechtsgewinnung</i> (1912; cito dalla rist. 1932)
HECK, <i>Sachenrecht</i> . . . . .	P. HECK, <i>Grundriss des Sachenrechts</i> (1930)
HECK, <i>Schuldrecht</i> . . . . .	P. HECK, <i>Grundriss des Schuldrechts</i> (1929)
i. f. . . . .	in fine
JHERING, <i>Geist I</i> . . . . .	R. v. JHERING, <i>Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung</i> <sup>5</sup> (1891-1898), vol. I
<i>JhJ</i> . . . . .	<i>Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts</i> , poi <i>Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts</i>
JSAY, <i>RE</i> . . . . .	H. JSAY, <i>Rechtsnorm und Entscheidung</i> (1929)
JUNG, <i>LG</i> . . . . .	E. JUNG, <i>Von der 'logischen Geschlossenheit' des Rechts</i> , in <i>Festgabe Giessen für H. Dernburg</i> (1900) 131-157
JUNG, <i>NR</i> . . . . .	E. JUNG, <i>Das Problem des natürlichen Rechts</i> (1912)
JUNG, <i>'Positives' Recht</i> . . . . .	E. JUNG, <i>'Positives' Recht</i> , estratto (con paginazione a parte) dalla <i>Festschrift der jur. Fak. Giessen</i> (1907)
<i>JW</i> . . . . .	<i>Juristische Wochenschrift</i>
KANTOROWICZ, <i>KR</i> . . . . .	H. U. KANTOROWICZ (sotto lo pseudonimo di Gnaeus Flavius), <i>Der Kampf um die Rechtswissenschaft</i> (1906), ora anche in <i>RS</i>
KANTOROWICZ, <i>RS</i> . . . . .	H. KANTOROWICZ, <i>Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre</i> (rist. 1962)
KELSEN, <i>DP</i> <sup>1</sup> . . . . .	H. KELSEN, <i>La dottrina pura del diritto</i> (tr. it. 1952)

- KELSEN, *DP*<sup>2</sup> . . . . . H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, 2<sup>a</sup> ediz. (tr. it. 1966)
- KISS, *EL* . . . . . G. KISS, *Equity and law: judicial freedom of decision* (tr. inglese in *Science of legal method* [cf. cap. III n. 293] 146-165).
- KOHLER, *SK* . . . . . J. KOHLER, *Die schöpferische Kraft der Jurisprudenz*, in *JhJ* 25 (1887) 262-297
- KOSCHAKER (*, Europa*) . . . . . P. KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano* (tr. it. 1962; db, in secondo luogo, anche le pagine dell'ediz. orig. tedesca, rist. 1958)
- KUNKEL . . . . . W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* (1952)
- LANDSBERG, *Geschichte* . . . . . R. STINTZING-E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Abt. III, Halbband II, Text* (1910)
- LESS, *WR* . . . . . G. LESS, *Von Wesen und Wert des Richterrechts* (1954)
- MAJETTI . . . . . H. U. KANTOROWICZ, *La lotta per la scienza del diritto*, tr. it. con prefazione e note di R. MAJETTI (1908)
- MANIGK, *FF* . . . . . A. MANIGK, voce *Formalismus und Freirechtsschule*, in *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft* II (1927) 474-492
- MANIGK, *Modernismus* . . . . . A. MANIGK, *Savigny und der Modernismus in der Rechtswissenschaft* (1914)
- MENEGHELLI, *PE* . . . . . R. MENEGHELLI, *Il problema dell'effettività nella teoria della validità giuridica* (1964)
- MHB* . . . . . *Holdheims Monatschrift für Handelsrecht und Bankwesen*
- MÜLLER-ERZBACH, *Relativität* . . . . . R. MÜLLER-ERZBACH, *Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes. Zur Beleuchtung der Begriffsjurisprudenz*, in *ACP* 61 (1912) 343-384

NDI . . . . .	Nuovissimo Digesto Italiano
NEVIZZANO 26 . . . . .	G. NEVIZZANO, <i>Sylva nuptialis</i> (cf. cap. II n. 141), lib. V ( <i>Quomodo iudicandum</i> ), n° 26 (cito dall'edizione lionese del 1556; il lib. V sta anche nel <i>Syntagma</i> in cui si trova CORAZIO)
OERTMANN, RV . . . . .	P. OERTMANN, <i>Rechtsordnung und Verkehrssitte</i> (1914)
OERTMANN, SR . . . . .	P. OERTMANN, <i>Soziologische Rechtsfindung</i> , in <i>MHB</i> 20 (1911) 1 ss.; ristampato in appendice a P. O., <i>Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft</i> , 1931 (cito dalla ristampa)
PARESCHE, GD . . . . .	E. PARESCHE, <i>La genesi ideale del diritto. Saggio sulla attuazione spontanea del diritto e la sua creatività</i> (1938; cito dalla ristampa 1947)
PIOVANI, LF . . . . .	P. PIOVANI, <i>Linee di una filosofia del diritto</i> <sup>2</sup> (1964)
PIOVANI, SF . . . . .	P. PIOVANI, <i>La filosofia del diritto come scienza filosofica</i> (1963)
pr. . . . .	in principio
PUIG-BRUTAU, JF . . . . .	J. PUIG-BRUTAU, <i>La jurisprudencia como fuente del derecho</i> (s. d.; 1951 o 1952?)
RADBRUCH, <i>Rechtsschöpfung</i> . . . . .	G. RADBRUCH, <i>Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung. Ein Beitrag zum juristischen Methodenstreit</i> , in <i>ASS</i> 22 (1906) 355-370
REICHEL, GR . . . . .	H. REICHEL, <i>Gesetz und Richterspruch</i> (1915)
RDC . . . . .	<i>Rivista di diritto civile</i>
RH . . . . .	<i>Revue historique de droit français et étranger</i>
RIDA . . . . .	<i>Revue internationale des droits de l'antiquité</i>
RIFD . . . . .	<i>Rivista internazionale di filosofia del diritto</i>
RISG . . . . .	<i>Rivista italiana per le scienze giuridiche</i>

- Ross, *DG* . . . . . A. ROSS, *Diritto e giustizia* (tr. it. 1965)
- RSDI* . . . . . *Rivista di storia del diritto italiano*
- RTDP* . . . . . *Rivista trimestrale di diritto pubblico*
- (G.) RÜMELIN, *Werturteile* . . . . . G. RÜMELIN, *Werturteile und Willensentscheidungen im Zivilrecht* (1891; rist. 1912)
- (M.) RÜMELIN, *Rechtspolitik* . . . . . M. RÜMELIN, *Rechtspolitik und Doktrin in der bürgerlichen Rechtspflege* (1926)
- (M.) RÜMELIN, *Wandlungen* . . . . . M. RÜMELIN, *Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Lehre* (1930)
- (M.) RÜMELIN, *Windscheid* . . . . . M. RÜMELIN, *Bernhard Windscheid und sein Einfluss auf Privatrecht und Privatrechtswissenschaft* (1907)
- RUMPF, *GR* . . . . . M. RUMPF, *Gesetz und Richter. Versuch einer Methodik der Rechtsanwendung* (1906)
- RUMPF, *Strafrichter* . . . . . M. RUMPF, *Der Strafrichter*, vol. I (1912)
- RUMPF, *VR* . . . . . M. RUMPF, *Volk und Recht* (1910)
- RUMPF, *Verursachung* . . . . . M. RUMPF, *Zum jetzigen Stande der Lehre von der adäquaten Verursachung im Zivilrecht*, in *JhJ* 49 (1905) 333-406
- RW* . . . . . *Recht und Wirtschaft*
- SAVIGNY I . . . . . F. C. v. SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*<sup>2</sup> (1834; rist. fot. 1956), vol. I
- SCARPELLI, *PG* . . . . . U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico* (1965)
- SCHULZ . . . . . F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (1961)
- SD* . . . . . *Studia et documenta historiae et iuris*
- St.* . . . . . *Studi (in onore, in memoria)*
- STAMPE, *F* . . . . . E. STAMPE, *Die Freirechtsbewegung. Gründe und Grenzen ihrer Berechtigung* (1911)
- STAMPE, *RB* . . . . . E. STAMPE, *Unsere Rechts- und Begriffsbildung* (1907)

STERNBERG, <i>AR</i> . . . . .	T. STERNBERG, <i>Allgemeine Rechtslehre. I. Theil. Die Methode</i> (1904)
STERNBERG, <i>ER</i> . . . . .	T. STERNBERG, <i>Einführung in die Rechtswissenschaft. I. Theil. Methoden- und Quellenlehre</i> (1912)
STERNBERG, <i>Kirchmann</i> . . . . .	T. STERNBERG, <i>J. H. v. Kirchmann und seine Kritik der Rechtswissenschaft. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte des realpolitischen Liberalismus</i> (1908)
<i>Storia</i> . . . . .	(nel cap. I) <i>Storia del diritto romano</i>
<i>TR</i> . . . . .	<i>Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis - Revue d'histoire du droit</i>
VIRALLY, <i>PJ</i> . . . . .	M. VIRALLY, <i>La pensée juridique</i> (1960)
<i>Voc. Iur. Rom.</i> . . . . .	<i>Vocabularium iurisprudentiae romanae</i>
WEBER, <i>WG</i> 397 (= <i>ES</i> II, 17) .	M. WEBER, <i>Wirtschaft und Gesellschaft</i> <sup>2</sup> (1925) 397 = M. W., <i>Economia e società</i> (tr. it. 1961) vol. II, p. 17
WIEACKER . . . . .	F. WIEACKER, <i>Vom römischen Recht</i> <sup>2</sup> (1961)
WIEACKER, <i>PRG</i> . . . . .	F. WIEACKER, <i>Privatrechtsgeschichte der Neuzeit</i> (1952)
WURZEL, <i>JD</i> . . . . .	K. G. WURZEL, <i>Das juristische Denken</i> (1904)
WURZEL, <i>Sozialdynamik</i> . . . . .	K. G. WURZEL, <i>Die Sozialdynamik des Rechts</i> (1924)
WÜSTENDÖRFER, <i>RW</i> . . . . .	H. WÜSTENDÖRFER, <i>Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt. Versuch einer positiven Methode soziologischer Rechtsfindung</i> , in <i>ACP</i> 110 (1913) 219-380
<i>ZGH</i> . . . . .	<i>Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht</i>
<i>ZGS</i> . . . . .	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i>
ZILETTI I . . . . .	G. B. ZILETTI, <i>Tractatus universi iuris ... in unum congesti</i> (Venezia 1584), <i>Tomus I</i>

- ZITELMANN, *Lücken* . . . . . E. ZITELMANN, *Lücken im Recht*  
 (1903)
- ZS . . . . . *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für*  
*Rechtsgeschichte. Romanistische Abtei-*  
*lung*





CAPITOLO I  
IL DIRITTO ROMANO  
COME DIRITTO GIURISPRUDENZIALE

I. Nello sforzo di rivivere l'esperienza giuridica romana per trarne insegnamento intorno al nostro tema di ricerca, appare adeguato il concentrare l'attenzione sul diritto privato, che è il ramo del diritto giunto a maggiore ampiezza e originalità, e quello che ha avuto lo sviluppo più continuo e coerente e l'influenza più forte sulle civiltà e culture giuridiche successive. Con diritto privato va intesa, per Roma, la dinamica unità formata dal diritto materiale e dal diritto processuale (sarebbe forse meglio dire, romanamente, 'azionale'), che non si prestano ad essere capiti e studiati indipendentemente l'uno dall'altro. La relativa scarsità di documentazione nelle fonti (oltre che di interessamento da parte degli studiosi moderni) consiglia di prendere in esame il solo diritto privato che potrebbe chiamarsi (a voler evitare il termine 'statale') 'ufficiale' o 'cittadino', cioè fatto proprio e sanzionato dagli organi della *civitas*, attuato sotto la guida e l'*imperium* magistratuale: tralasciando di proposito ogni pur legittima indagine su un eventuale diritto spontaneo o diritto dei privati con il proprio esito giudiziale negli arbitrati liberi.

Restano da porre dei limiti di durata, necessari perchè si possa individuare, lungo l'arco di oltre un millennio della storia di Roma, un periodo al tempo stesso esemplarmente significativo e nel quale sia legittimo parlare del diritto privato e del giurista romano unitariamente. Questo periodo può collocarsi (conformemente del resto a una visione comune) tra la seconda metà del 2° secolo avanti Cristo e la prima metà del 3° dopo, avvertendo che mentre il termine finale potrebbe addirittura essere fissato al 235 (anno della morte di Alessandro Se-

vero), il termine iniziale non può forse essere indicato che contenutisticamente. Esso è infatti rappresentato per me dal momento in cui può dirsi che i tre nuclei principali del diritto romano evoluto, l'antico *ius Quiritium*, il diritto nuovo maturato, in seguito all'espansione italica e mediterranea, nei rapporti con i non *cives* (cosiddetto *ius gentium*), e il diritto che trae la sua origine dai mezzi processuali concessi dal pretore sulla base del suo *imperium* (cosiddetto *ius honorarium*) sono sufficientemente formati e si trovano riuniti nell'editto con cui il pretore *urbano* annuncia, ogni anno, il programma della sua giurisdizione tra cittadini. Ora, è assai difficile datare in qualche modo questo momento. Anche concedendosi, come io ho fatto, un margine di parecchi decenni non ci si può appoggiare che su considerazioni ben poco stringenti (1). La caduta della dinastia dei Severi in-

---

(1) Mi pare doverosa qualche maggiore precisazione, anche se di interesse essenzialmente romanistico.

Sia la recezione dello *ius gentium* (che può anche configurarsi, almeno in parte, come modernizzazione dall'interno del diritto cittadino), sia la formazione di uno *ius honorarium* nel senso corrente della parola presuppongono l'esistenza del processo *per formulas* (basato su un agile programma scritto per il giudice) al posto o almeno a lato delle antiche *legis actiones* (basate su un rituale inderogabile di gesti e parole solenni). Se potessimo perciò datare il nuovo processo, avremmo un termine di riferimento utilissimo; ma purtroppo non possiamo. Esso non divenne obbligatorio che a partire da una *lex Iulia*, cesarea o augustea; prima di essa, un'altra (problematica) *lex Iulia* e soprattutto una *lex Aebutia* più antica avrebbero, secondo due testimonianze isolate a noi giunte, in qualche modo introdotto e promosso la riforma.

Ora, della *lex Aebutia* non si conoscono con sicurezza nè il contenuto nè la data. Non solo; ma anche volendo accogliere l'opinione (difesa da M. Wlassak e probabilmente dominante; in contrario p. es. M. Kaser, *Die lex Aebutia*, in *St. Albertario* I [1953] 25-59) secondo cui la *lex Aebutia* 'legalizzò' in generale il processo formulare e fu emanata intorno agli anni 130-120 a. C., non sembra possibile escludere che un processo formulare esistesse già prima, fondandosi non sulla legge ma sull'*imperium* del magistrato. E questo basterebbe per farci ammettere la possibilità di nuclei preebuzi di *ius gentium* 'recepito' e di *ius honorarium*. Per ciò che riguarda lo *ius gentium*, e in particolare i negozi protetti con *arbitria ex fide bona*, sappiamo con certezza che esso era largamente usato tra romani al tempo di Quinto Mucio (Cicerone, *De officiis* 3, 70), quindi sullo scorcio del 2° secolo; all'inizio del secolo invece la situazione

produce invece una cesura profonda: si apre la grande anarchia, la giurisprudenza classica inaridisce di colpo (l'unico suo rappresentante di rilievo che vive oltre il 235 è Modestino), la cura del diritto prosegue prevalentemente nell'anonimato delle cancellerie imperiali, la politica degli imperatori tende alla canonizzazione o alla codificazione delle opere classiche, insomma si

è incerta, un giurista conservatore come Sesto Elio (console nel 198) non pare aver compreso lo *ius gentium* nella sua esposizione del diritto cittadino, pur avendo dato un interessante parere sull'*arbitrium* di compravendita (*D.* 19, 1, 38, 1), mentre Plauto e Catone, suoi contemporanei, conoscono alcuni negozi di buona fede. Diciamo allora che lo *ius gentium* si 'naturalizza' romano nel corso del 2° secolo. Forse più complesso è il discorso per lo *ius honorarium*. Cicerone è il primo a parlarne contrapponendolo al diritto 'civile' o 'legale', in tutto tre volte (*Pro Roscio* 25: *iudicia legitima - iudicia honoraria*; *Pro Caecina* 34: *ex iure civili ac praetorio*; *De officiis*, 1, 33: *pleraque iure praetorio liberantur, nonnulla legibus*); dopo di lui non troviamo che una citazione di Servio e una di Aristone in Ulpiano e un passo di Giuliano prima di arrivare ai giuristi postadrianei, Gaio, Pomponio e i severiani (M. Wlassak, *Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen* [1884] 1-11). Invece gli stessi Cicerone, Gaio e Pomponio considerano, in altri passi, l'editto come una delle fonti o delle parti dello *ius civile* (non necessariamente quello contrapposto allo *ius gentium*). Occorrerebbe perciò distinguere tra la storia della cosa e la storia del concetto. La cosa è stata possibile fin da quando vi sono stati magistrati con *imperium* e *ius edicendi*, cioè almeno fin dal 367 (in particolare l'intero processo formulare può considerarsi, prima della *lex Aebutia*, come *ius honorarium*); il concetto ha piuttosto l'aria di un prodotto accademico (cf. FREZZA, *Corso* 331 ss., 371 s.) valorizzato nella tarda età classica e (spesso eccessivamente) dalla trattatistica moderna. Tutto questo non semplifica il nostro problema di datazione. Può essere considerato significativo il fatto che i primi commenti *ad edictum* sono dell'inoltrato 1° secolo a. C. (vedi oltre, n. 6); ma va anche detto che sia queste opere, sia quelle dedicate allo *ius civile* esponevano tutto il diritto che comprendeva, coordinandoli, l'uno e l'altro strato: esse differivano per l'ordine, più che per il contenuto dell'esposizione (del resto è l'editto stesso che abbraccia tutto lo *ius*, sia *civile* sia *honorarium*). La seconda metà del 2° secolo può quindi considerarsi come il momento saliente di un processo più lungo: in essa se non altro appaiono i tratti definitivi di un sistema giuridico che veniva delineandosi da tempo e che non si completerà prima di Aquilio Gallo e Cicerone. È anche in essa che cominciamo ad avere qualche conoscenza diretta dei giuristi dei quali Pomponio, nella sua prospettiva di classico, poteva dire che *fundaverunt ius civile*.

instaura tutto un ordine giuridico che, pur non interamente privo di elementi di continuità col precedente, ne appare più che nettamente distinguibile.

All'interno del periodo prescelto il rapporto giurista-diritto ci si presenta in modo unitario anche se non certo piattamente indifferenziato. L'assenza di variazioni decisive nella lista delle fonti del diritto privato, la permanenza dell'organizzazione processuale 'formulare', una continuità o almeno comparabilità di posizioni costituzionali e di metodi scientifici dei giuristi, consentono di ricavare un 'modello' di ordinamento (e, all'interno di esso, del rapporto giurista-diritto) che può considerarsi come l'acme dell'evoluzione giuridica romana e che non riceve, dalle radicali mutazioni politiche, scosse tali da alterare i suoi lineamenti essenziali.

Questo modello si tratterebbe ora di descrivere, dopo aver risolto un'ultima questione preliminare: se cioè disegnarlo con il criterio giuridico-dogmatico del puro dover essere o con il criterio storico-sociologico della fattualità; o con ambedue. Sono state già da tempo tenute distinte (2) una 'forma' e una 'sostanza' della *interpretatio prudentium*, che sarebbe ricognitiva e dipendente dal primo, creativa e discrezionale dal secondo punto di vista. Noi qui opteremo per il, più fecondo, criterio storico-fattuale: intendendo con fatti non certo la esteriore materialità dell'accadere ma i contenuti di coscienza quali si traducono, oltre e forse più che in spiegate formulazioni teoriche, nelle scelte e negli atteggiamenti operativi dei professionisti e degli utenti del diritto: e quindi lo stesso dover essere ma in quanto ritenuto tale, e perciò informante l'azione.

Scelta così la nostra prospettiva, appare subito come il modello, che potremmo chiamare 'costituzionale materiale', del diritto privato-processuale romano sia attingibile lungo direzioni di approfondimento diverse e concorrenti, delle quali nessuna decisiva da sola: in particolare non quella che potrebbe esser

---

(2) Cf. E. BETTI, *Forma e sostanza dell'i. p.*, in *Atti Verona 1948*, II (1951), 101-120; G. GROSSO, *Premesse generali al corso di diritto romano* (litogr. 1940) 69-77; *Storia*<sup>5</sup> (1965) 124; A. D'EMILIA, *Forma e sostanza dell'i.p. nell'Islam medievale sunnita*, in *St. Betti*, I (1962), 93-115.

data da eventuali elencazioni ufficiali delle fonti di diritto. Io propongo qui cinque vie, a mio parere le più fruttuose. Saranno anzitutto da utilizzare le esplicite dichiarazioni dottrinali dei giuristi sulle fonti del diritto e sul modello nel suo insieme (§ II); queste dichiarazioni andranno poi integrate confrontandole a tutto ciò che, sulle fonti, possiamo apprendere dall'indagine storica generale o dalla rassegna del materiale posto alla base dei giudicati e dell'interpretazione (§ III); in terzo luogo (§ IV) bisognerà individuare i compiti svolti dai giuristi (cioè il posto loro assegnato dalla struttura e dalle esigenze del corpo sociale) nel ciclo della vita del diritto; in quarto luogo (§ V) studiare i procedimenti intellettuali e metodici da loro seguiti nell'assolvimento di quei compiti; infine (§ VI) seguire l'effettiva evoluzione del diritto oggettivamente, materialmente considerato per misurare la parte avuta in tale evoluzione dall'opera dei giuristi. I risultati di questi diversi ordini di ricerca (se potrà parlarsi di risultati, in presenza delle lacune lasciate aperte a tutt'oggi dalla scienza romanistica, e che questa nostra ricerca avrà talvolta il solo modesto merito di additare) si correggeranno o si 'aggiusteranno' gli uni con gli altri, portando sperabilmente ad una visione del rapporto giurista-diritto aderente alla realtà e plurilaterale.

II. La nostra fonte romana certamente più completa e significativa è il lungo frammento dell'*Enchiridion* di Pomponio (attivo nel 3° quarto del 2° secolo d.C.) riprodotto in *D.* 1, 2, 2. Il testo ha subito le ingiurie del tempo (3); ma lo stesso suo contenuto storiografico lo ha preservato se non altro dalla sistematica interpolazione giustiniana. Si tratta, a mio parere, di una esposizione preziosa, al tempo stesso solida e profonda, del modello privatistico nella sua interezza. Il maggior pregio teorico le viene appunto dall'aver individuato e posto con la massima chiarezza nei loro reciproci rapporti, i tre momenti es-

(3) Esauriente, anche se discutibile diagnosi in SCHULZ 203-207 che vede nel nostro testo un riassunto maldestro dell'originale. Altre notazioni critico-testuali nello scritto di M. BREONE, *Motivi ideologici dell'Enchiridion di Pomponio*, in *Labeo* 1964, p. 1-4 dell'estratto.

senziali del ciclo della vita del diritto. Pomponio non si contenta infatti di stendere la lista e la storia degli *iura* (§ 6, 8, 9) o *partes iuris* (§ 5, 6) cioè dei diversi tipi di norme sotto l'aspetto formale, ma avverte (§ 13) che *post originem iuris et processum cognitum consequens est, ut de magistratuum nominibus et origine cognoscamus, quia... per eos qui iuri dicundo praesunt effectus rei accipitur: quantum est enim ius in civitate esse, nisi sint, qui iura regere possint?* e subito aggiunge, completando il quadro: *post hoc dein de auctorum successione dicemus, quod constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius* (4) *produci*.

(4) V. SCIALOJA, in *BIDR* 1888, 95-97 propone di leggere *in medium*; BREONE (l.c. n. 21) ritiene l'emendazione molto verosimile. Gli argomenti filologici addotti (rarietà di *in melius producere*, frequenza di *in medium producere* e simili) non hanno valore, ma non sono i più forti nè quelli da cui Scialoja è partito. In realtà egli è stato suggestionato da una visione del tutto statica del rapporto tra i magistrati (e i giuristi) e lo *ius*, tipica della scienza del suo tempo ma non aderente affatto all'idea di Pomponio. Da quella visione scaturisce il suo argomento fondamentale: è essa infatti che lo porta a dare a *constare* il senso di 'esser conosciuto, attuato' (cf. p. 97), e quindi (con buona logica) a trovare assurdo che il diritto possa esser conosciuto solo se venga ogni giorno migliorato; anche *cottidie*, tradotto come 'ogni giorno', gli appare « troppo iperbolico » riferito a *in melius*. La stessa visione statica gli offre il suo secondo argomento, più debole: se i magistrati si limitano ad « applicare » (così egli traduce *regere*) il diritto, è spropositato dire che gli interpreti lo migliorano. Ma le molte traduzioni che (appunto a causa di quella visione) ritiene ovvie, non lo sono. Anzitutto *constare*. Il *Voc. Iur. Rom.* lo interpreta, proprio per questo passo, come « *durare, permanere, valere* »; ed è significato ottimo e frequente, più vicino a quello originario di *stare* (stare in piedi, star saldi). Altro sarebbe per esempio un *constat* seguito dall'infinito: ma non è qui il caso. Il nostro *cottidie* viene tradotto, sempre dal *Voc.*, come « *in dies* » (e non 'unoquoque die'), ed anche questa è traduzione ottima. A *regere* io ho dato il significato di 'governare', assai più calzante per l'opera dei magistrati romani, molto latino, e che rende mi pare molto meglio il pensiero espresso da Pomponio qui e nel contesto. Tradurrei perciò: il diritto non può mantenersi in vigore se non vi è un giurista per mezzo del quale possa giorno per giorno, di giorno in giorno, essere migliorato, adeguato, fatto progredire. Per il diritto, fermarsi è un po' morire; non basta conservarlo, occorre farlo progredire; o meglio, l'u ni-

Il passo è di un impianto ammirevole: norma di diritto, magistrati che la mandano a effetto e la ' governano ', giuristi che la mantengono in vita e la perfezionano. Ora, mentre qui le due ultime istanze vengono presentate come responsabili — da un certo punto di vista unificatore — di tutti i diversi *iura* e quindi di tutto il diritto, non era sfuggito a Pomponio, nell'elencazione e storia degli *iura*, che quelle istanze erano anche fonti dirette di alcuni fra gli *iura* stessi: e precisamente, i pretori, degli editti (§ 10), e i giuristi del vero e proprio *ius civile* (*quod sine scripto venit compositum a prudentibus* [§ 5], *quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit* [§ 12]) e delle *legis actiones* (anch'esse ' composte ', specialmente da Appio Claudio e da Sesto Elio: § 6 e 7).

Ma leggendo attentamente vediamo che la creatività dei giuristi si estende per Pomponio anche più oltre. Al modo stesso infatti in cui lo *ius civile* e le *actiones* sono stati, dai prudenti, fatti ' fluire ' dalla legge delle XII Tavole (§ 6), così lo *ius honorarium* si direbbe sia per Pomponio derivato dagli editti, con i quali non viene senz'altro identificato: §10 *magistratus... edicta proponebant, quae edicta praetorum ius honorarium constituerunt*; § 12 *magistratuuum edictum, unde ius honorarium nascitur* (5). È audacia eccessiva dire che per Pomponio lo *ius honorarium* sta agli editti analogamente a come lo *ius civile*

---

co modo per conservarlo è farlo progredire (intuizione mirabile per senso della continuità storica). Rispetto alla traduzione di Scialoja (da lui — si noti — non data, ma che sarebbe all'incirca questa: il diritto non può esser noto con certezza se non vi è un giurista per mezzo del quale possa ogni giorno esser reso di comune dominio), quella qui proposta è altrettanto logica, forse corrispondente al senso più genuinamente latino delle parole, certo più interessante (Scialoja avvicina in fondo il testo, malgrado BRETONE n. 21, a una tautologia) e l'unica testimoniata nei manoscritti: mi pare vada tranquillamente adottata. Concorde con me l'interpretazione di LUCA DA PENNE (sec. XIV) citato da ENGELMANN 210: *Et quamvis manifestissima sit lex, non est tamen interpretatio negligenda... Stare enim non potest ius, si non sit aliquis iuris peritus, qui illud per interpretationem suam producat in melius.*

(5) I senatoconsulti non danno luogo invece a uno *ius* per esempio *senatorium*.



sta alla legge delle XII Tavole? Forse no, se l'analogia viene intesa con elasticità sufficiente. Certo lo *ius civile* aveva dalle XII Tavole un distacco grandissimo, ed esse apparivano come testo arcaico sottratto al mutamento, mentre l'editto, aggiornabile ogni anno, restava sempre creazione del pretore; tuttavia Pomponio scrive dopo avvenuta la definitiva consolidazione dell'editto, ed è già (o si accinge ad essere) l'autore di un commento all'editto in 150 libri, la più ponderosa tra le opere classiche; può dunque proiettare nel passato una distinzione tra editto e *ius honorarium* valida ai suoi tempi. E se pensiamo che brevi commenti *ad edictum* erano già stati scritti da Servio Sulpicio e dal suo scolaro Ofilio (6) e uno in trenta libri da Labeone, possiamo ritenere che Pomponio, se veramente ha inteso con la sua distinzione adombrare l'analogia da noi suggerita, ha colto qui con particolare acutezza un altro aspetto importantissimo dell'attività giurisprudenziale. Estranei alla diretta produzione dei giuristi (anche se ricompresi, come abbiamo visto, nell'ambito della loro responsabilità generica di elaborazione di tutto il diritto) appaiono perciò soltanto le leggi e i plebisciti, gli editti, i senatoconsulti e — *novissime* — le costituzioni dei principi.

All'origine dello *ius civile* propriamente e paradigmaticamente inteso vengono dunque messi i giuristi. Questa posizione (che così esplicita è solo di Pomponio (7)) sa di accademico, però è

(6) SCHULZ 107; POMPONIO § 44.

(7) Di qui la demolizione di SCHULZ 89 n. 5, del § 12 di Pomponio sul *proprium ius civile*. Secondo Schulz questo *proprium* sarebbe in contrasto con il *communi nomine* del § 5: il critico frettoloso non si rende conto che le due cose collimano invece perfettamente. Viene chiamato in senso proprio *ius civile* ciò che non ha un *proprium nomen* diverso come '*lex*', '*senatus consultum*': è *ius civile* in senso specifico quella parte del diritto che per antonomasia porta il nome generico di *ius civile*. Il nome di *ius civile* è *commune* rispetto agli altri nomi di *iura* (perchè ad essi potrebbe comprensivamente estendersi, come in PAPINIANO *D.* 1, 1, 7), è *proprium* rispetto al diritto dei prudenti. Il bisogno di distruggere porta Schulz a utilizzare l'uno contro l'altro testi che considera tutti postclassici; il che evidentemente non è producente. Così, se sostiene che il frammento 2 è tutto di redazione inautentica (p. 203-207) non può far leva sul § 5 per demolire il 12; meno ancora può far leva sul demolitissimo 12 per demolire (p. 135 n. 4) i *responsa prudentium*

demitizzante nei confronti della *consuetudine* (8) e altre teorie popolaristiche, e trova intanto un valido appoggio nella

di GAIO I, 7. La fretta di Schulz si tradisce anche da altri indizi. Così, tornando a p. 89, ci si può chiedere dove stia scritto in POMPONIO § 12 che « die Republikaner » avrebbero usato la terminologia incriminata. Ma ancora più caratteristico (un vero spiraglio sul suo atteggiamento mentale subconscio) è il fatto che egli, in appoggio alla sua tesi (p. 89 n. 5) secondo cui l'intero § 12 sarebbe un « abborracciato (*stümperhaftes*) sommario postclassico », citi KRELLER (*ZS* 1920, 264) il quale diceva soltanto che il § 12 era una ricapitolazione dottrinale, fatta dallo stesso Pomponio, di quanto egli aveva fino a quel momento riferito in ordine di successione storica. È bastato a Schulz percorrere con gli occhi la frase di Kreller: « Der folgende § (*scil.* 12) ist offenbar eine lehrhafte Zusammenfassung... » per leggere con la mente — abitata dalla sua visione critica — ciò che ha poi scritto alla n. 5. La difesa del § 12 è assunta anche da BRETONE, l.c. 8 s., ma egli nega la contraddittorietà col § 5 in base a una distinzione tra 'significante' e 'significato' che, lo confesso, non mi è riuscita chiara; e ci resta debitore dell'indicazione di quei luoghi non pomponiani della letteratura giuridica classica in cui, secondo quanto ci dice alla n. 16, '*ius civile*' sarebbe usato nel senso limitato di *interpretatio prudentium*: forse i passi di Gaio citati alla n. 26?

(8) La maggior parte degli autori moderni fa risiedere lo *ius civile* nella 'consuetudine' o nel 'costume', di cui talvolta si esalta la eternità, fecondità e inderogabilità. I romani invece non parlano mai dello *ius civile* come consuetudine, o della consuetudine come una (la principale) tra le fonti del diritto: tutto diverso è il senso che essa ha nei frammenti 32 ss. del titolo 1, 3 (cf. G. LOMBARDI, *Sul titolo 'quae sit longa consuetudo' nel codice giustiniano*, in *SD* 1952, 21-87). L'omissione della consuetudine è resa tanto più significativa dal fatto che nessuno degli elenchi romani delle fonti del diritto (cf. oltre, n. 10) omette i *prudentes*. È dunque vero che i giuristi agiscono (non certo in tutti i casi: c'è lo *ius controversum!*) nella convinzione di trovare, non di porre lo *ius*; ma è anche vero che questo *ius* essi lo trovano traendolo (non passivamente) da precedenti opinioni e responsi giurisprudenziali, a loro volta normati da uno *ius*, che era tratto da responsi: così all'infinito. Lo *ius* insomma si rivela — e i romani lo sanno bene — in opinioni e responsi più che in regolarità per così dire statistiche del formicaio sociale: cioè in una tradizione (dotta) sullo *ius*, non in una serie di comportamenti che sarebbero lo *ius*. Tuttavia quella tradizione non è senz'altro identica con lo *ius* se è intesa a formularlo. La contraddizione può risolversi, volendo, e il nucleo di verità della teoria consuetudinaria recuperarsi distinguendo il contenuto e l'obbligatorietà dello *ius*: il primo (che altrove chiamo anche 'essenza' della norma) sarebbe, in questa prospettiva, prodotto dai giuristi; la seconda ('esistenza' della norma) sarebbe dovuta

particolare qualificazione che lo stesso Pomponio profondamente riconosce ai giuristi, e cioè l'assommarsi in loro di *scienza* e di *autorità*.

La mentalità accademica fa indubbiamente capolino nell'uso ripetuto di parole come *scientia*, *profiteri*, *audire*, *instructus*, *institutus* («Tizio è stato allievo di ...», «Caio è stato il maestro di...»), nel riferimento agli *scripta*, ai libri (di cui viene dato con ammirazione il numero), nelle storielle 'per colleghi' come quella sulla organizzazione del lavoro di Labeone che stava sei mesi a Roma (*cum studiosis!*) e sei mesi in campagna a scrivere, nella stessa importanza data alle famose due scuole del principato, Proculiani e Sabiniani. Tuttavia il nostro professore non manca di notare, accanto alla *scientia*, il prestigio e l'autorità che contraddistinguono i giuristi. Le notizie sulle cariche ricoperte nella repubblica e nel principato, sulle amicizie illustri, sullo *ius respondendi* sono ben più che una compiaciuta esibizione *ad pompam*: esse situano sociologicamente il giurista romano e forniscono per così dire l'altra faccia della giustificazione della sua influenza sullo *ius* (9).

Il testo di Pomponio è così ricco, che se ne potrebbe trarre ancora tutta una serie di dettagli preziosi; ma per una esposizione necessariamente breve mi pare di avere enucleato l'essenziale, che nella sua singolare completezza ci esime anche dal prendere in particolareggiata considerazione le non molte testimonianze dirette di altri giuristi (10). Limitiamoci all'osserva-

---

alla consuetudine. Ma in tal modo la consuetudine viene praticamente a coincidere con l'effettività di una norma giurisprudenziale: lo *ius civile* non è, allora, più consuetudinario della *lex* effettivamente vigente. Su ciò vedi anche oltre, cap. IV, § II.3.B (spec. n. 129) e § II.4.C.

(9) Secondo BRETONE 14-17 Pomponio insisterebbe invece, sallustianamente, assai più sulla *scientia* e sull'*ingenium* che sull'*honor*, mostrando proprio con gli esempi di Labeone e Sabino che esse bastavano a fare il giurista, per il quale, in tempi più antichi, si sarebbe invece richiesto l'alto rango sociale. Si tratta di una *sfumatura* personale, colta da un interprete sensibile, che non altera nei suoi tratti essenziali la figura del giurista quale Pomponio la concepisce nel solco di una solida tradizione (cf. oltre, p. 45-50 e n. 88).

(10) PAPINIANO, 2 *definitionum*, D. 1, 1, 7, si limita a una lista delle

zione — fondamentale — che tutti assegnano alla giurisprudenza un posto tra le fonti del diritto. La tradizione unanime si conserva — anche se ormai anacronistica — nelle stesse istituzioni di Giustiniano, e i compilatori del Digesto non l'hanno estirpata.

III. La nostra diretta conoscenza della struttura formale e della materiale composizione del diritto privato romano ci consente di completare qua e là il quadro già magistralmente schizzato da Pomponio.

Il diritto statuito (leggi del popolo e plebisciti, poi senatoconsulti e costituzioni dei principi (11)) forma come è noto la

---

fonti, sostanzialmente coincidente con quella di Pomponio e in cui colloca l'*auctoritas prudentium*; GAIO, *Institutiones* 1, 2-7 dà anch'egli questa lista, ma parla (al § 2) di *responsa*, precisandone poi la portata al § 7 in un modo che fa sorgere molti problemi (vedi oltre, n. 133). Le liste ciceroniane delle fonti possono vedersi in E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, spec. 39 s.: in *Topica* 5, 28 è menzionata espressamente la *iuris peritorum auctoritas*. Non molto utili mi sembrano i passi, raccolti nel titolo 1,1 del Digesto, sullo *ius naturale* e lo *ius gentium*, che si situano su un piano di sistemazione metempirica a base di speculazioni ellenizzanti; invece le due definizioni ulpianee della *iuris prudentia* come sacerdozio della giustizia e come conoscenza delle cose divine e umane (cf. MODESTINO, allievo di Ulpiano, anch'egli in un *liber regularum: nuptiae sunt... divini et humani iuris communicatio*, D. 23, 2, 1) provengono, è vero, da opere di intonazione scolastica e sono certo colorate di retorica, ma non per questo meno significative. Ogni epoca ha la sua retorica; quella di Ulpiano è semplicemente diversa da quella degli interpolazionisti e dei positivisti, e questa diversità non è indegna di meditazione. Nè un greco avrebbe applicato alla giurisprudenza quelle definizioni. La prima parte del titolo 1,3 è di vivo interesse con le sue vedute sulla incompletezza del diritto legale, sulla necessità e i metodi dell'interpretazione: ne terrò conto più oltre, *sub* V.

(11) Stanno a parte le XII Tavole, che non sono una legge comiziale (cf. P. DE FRANCISCI, *Storia*, I [1939], 274) e che nel contenuto appaiono come una consolidazione — non necessariamente privata, alluvionale e tardiva — di diritto giurisprudenziale precedente (aderirei in questa misura alle note idee di LAMBERT e di EHRLICH; completamente diversa la *Deutung* di WIEACKER 51-56). Esse perciò non presentano quei caratteri di relativa eccezionalità e marginalità rispetto allo *ius* proprie della comune *lex* (cf. ROTONDI cit. alla n. 62) che hanno condotto alcuni au-

parte secondaria e di gran lunga minore, limitata a strappi o ritocchi occasionali. Le assemblee dei cittadini e più tardi gli organi investiti del potere politico di governo restano in linea di principio estranei a un ordine essenzialmente interindividuale (uso il termine in senso forte, in analogia a quello di diritto 'internazionale') quale è per i romani il diritto privato (12). Anzi, più che interindividuale, in larga misura interfamiliare, insieme di rapporti tra capi famiglia. Nella struttura del diritto privato, direi nel fatto stesso che un diritto 'privato' — e di questa importanza — ci sia, resta vivo come un riflesso di un'antica composizione pluralistica, federativa della città; di una sovranità (*ad extra*, nel senso internazionalistico) facente capo (13) ai *patres*. I soggetti del diritto privato sono come entità originarie, sono veramente la realtà prima e non

---

tori, in particolare G. GROSSO e V. ARANGIO-RUIZ, a concepire la *lex* come solo limitatamente e tardivamente in grado di derogare allo *ius*. (Sull'argomento è intervenuto polemicamente P. FREZZA, *Il precetto della legge e il precetto della autonomia privata nell'ordinamento romano*, in *Jus* 1961, 473 ss. La risposta di GROSSO è in *Mélanges Meylan*, I [1963], 167 ss.). Quanto all'è d'it to, esso si sviluppa dalla giurisdizione e presenta caratteri che consigliano una trattazione separata: vedi oltre, 14 e 60 s.

(12) Quanto dico nel testo trova le sue più approssimate anticipazioni negli amplissimi sviluppi dedicati da JHERING a quello che egli chiama a volte «Macht- und Freiheitstrieb», a volte «Gedanke der Herrschaft», a volte «Idee der Persönlichkeit», a volte «Idee der Autonomie», a volte ancora «Prinzip des subjektiven Willens» e considera principio costruttivo fondamentale del sistema privatistico romano come «System der Freiheit» (*Geist* II, 122-308; anche I, 107-176). Essi possono tutti ricondursi all'idea della sovranità (o quasi sovranità) giuridica dell'individuo, che dai romani sarebbe stato sentito come l'entità giuridicamente primaria, «der Grund und die Quelle seines Rechts» (II, 147), per cui «das individuelle Recht nicht dem Staat seine Existenz verdankt, sondern... seine Berechtigung in sich selber trägt» (I, 82). Si tratta di una intuizione centralissima di Jhering, di una 'idea umana' a cui egli non cessa di tornare da sempre nuovi lati, senza giungere ad esaurirla.

(13) Uso questa formula per lasciare aperta la questione se la sovranità interfamiliare appartenga al *pater* in proprio (teoria di BONFANTE) o, come sembra più probabile (vedi FREZZA, *Corso* 22-32 con riferimenti e parziali rettifiche ai precedenti scritti dello stesso autore), in rappresentanza del gruppo familiare nel suo complesso.

partecipata, non derivata da alcuna realtà od ordine superiore. In antitesi ad ogni diritto che potremmo chiamare di tipo amministrativo-regolamentare, il diritto privato romano ha forma inter-, non sopraindividuale: così da far apparire le monadi piuttosto coordinate tra loro, che non subordinate ad un'autorità. Esso nasce nello spazio tra le monadi, non scende dall'alto su di loro. Gli organi sopraindividuali non hanno perciò competenza, se non eccezionale e integrativa, a regolarlo; i valori e i fini sopraindividuali (del tipo giustizia sociale, bene comune) non hanno competenza normale a informarlo. Suoi valori etici sono: soggettivamente la *fides*, il modello del *bonus vir*, oggettivamente l'*aequitas* come equilibrio commutativo tra le posizioni individuali.

Si capisce allora benissimo come l'intervento pubblico o 'ufficiale' sul diritto privato non sia stato a Roma del tipo 'legislativo' (emanazione delle norme generali) ma prevalentemente del tipo giudiziario e processuale. Il giudizio non pone una norma astratta al di sopra di tutti i cittadini, ma ne pone una concreta tra due di loro. Il processo è secondario e ministeriale rispetto ai rapporti interindividuali, li presuppone, si limita a ristabilirli e restaurarli, direi a prolungarli: ma proprio per questo quanto più rigorosa è la struttura interindividuale del diritto, tanto più il mezzo centrale, se non unico, di porre autoritativamente il diritto è per l'appunto il processo.

Non solo: ma la stessa struttura del processo privato romano ha delle caratteristiche che corrispondono in modo sorprendente alla funzione ministeriale ora descritta. L'attività dello Stato (rappresentato dal pretore) è minima: il giudice è un privato, ed è scelto da (o almeno con) l'accordo delle parti. Lo stesso oggetto della lite non può essere fissato se non dalle parti concordi, nella *litis contestatio*; sta all'attore portare l'avversario in giudizio. Il magistrato assiste, dirige, è dotato anche di ampi poteri, ma questi a ben guardare sono molto più intesi a risolvere la lite che ad applicare una norma. Le possibilità di impugnativa della sentenza sono ridottissime. Insomma testimonia per l'interindividualità del diritto non solo il fatto che la cer-

tificazione del diritto avvenga più in sede processuale che legislativa, ma anche tutto il modo in cui il processo si svolge (14).

Al tempo stesso è il processo che nell'affrontarsi delle parti, nell'esigenza di disciplinarlo pacificamente, nella ricerca della ragione di ognuna sprigiona la coscienza chiara della norma dall'implicito dei comportamenti normali: per cui anche da questo secondo punto di vista (della norma generale) il processo si pone come l'inizio del diritto (15). Ne consegue che la norma generale stessa avrà spesso come contenuto la predisposizione di mezzi processuali: Pomponio ha potuto collocare appunto le *legis actiones* tra gli *iura* del popolo romano; lo *ius honorarium*, completamento e *viva vox iuris civilis*, è inizialmente un insieme di mezzi processuali garantiti dal pretore, e nella sua maturità il sistema, elaborato dalla giurisprudenza, di quei mezzi e delle posizioni che si sono a poco a poco costituite come loro proiezione sul piano del diritto sostanziale. Nel suo aspetto ufficiale e coattivo il diritto privato romano è essenzialmente, per usare il termine di Ehrlich (16), «*Aktionenrecht*». Il solo 'codice' romano emanato nel nostro periodo (un codice annuo!) è l'editto del pretore.

E si capisce altrettanto bene come l'organo per eccellenza della costituzione ed evoluzione dei rapporti giuridici interindividuali sia quello, semiufficiale se non interamente privato, dei giuristi. È forse proprio per la più diretta riferibilità alle monadi originarie e ai loro rapporti, che lo *ius civile* in senso

(14) Perciò è stato notato ripetutamente che la sparizione graduale del processo formulare in epoca tardoclassica e postclassica è più che una modificazione del sistema processuale, uno spostamento del centro di gravità dal diritto privato al diritto pubblico (cf. B. PARADISI, in *RH* 1959, 97 i.f.; sul compromesso tra principio privatistico e pubblicistico realizzato dal processo classico si può vedere la sintesi di O. CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare* [1946], dove tuttavia non è messo sufficientemente in luce che l'elemento pubblicistico non si identifica totalmente con l'ampiezza di intervento del magistrato, ma si commisura anche alla maggiore o minore 'legalità' di tale intervento).

(15) Un'attentissima e penetrante dimostrazione scaturente dal dato storico e terminologico è data per l'età arcaica dal libro di C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, 1955.

(16) *JL* 125-172.

stretto, elaborato dai giuristi quasi senza l'intervento di una mediazione autoritativa, conserva sempre un primato di dignità, una vigenza sopraordinata e inattaccabile, un valore paradigmatico nei confronti del complesso pretorio: questo (a parte i suoi limiti formali di efficacia nello spazio e nel tempo) è sussidiario, integrativo, correttivo e, nelle sue figure sostanziali, plasmato a immagine di quello (17). La sua indubbia coordinazione con lo *ius civile* in un unico ordinamento globale, nel senso addirittura della sua prevalenza sul piano dell'efficacia pratica, non gli toglie una certa inferiorità che si manifesta in caratteristiche riluttanze terminologiche (per esempio, ad usare per le figure pretorie corrispondenti le qualificazioni di *ius*, *dominium*, *obligatio*, *hereditas*).

Giuristi e pretori, come ci aveva del resto già detto Pomponio, sono comunque le due vere e principali scaturigini del diritto privato-processuale formulato, che è appunto la sintesi in unico ordinamento dei prodotti della *iuris prudentia* e della *iuris dictio*.

Ma all'interno stesso dello *ius civile* in senso stretto si contemperano complessi di norme e di istituti aventi ispirazione e caratteristiche diverse, nelle quali si riflettono puntualmente i mutamenti avvenuti nelle attività e nella coscienza dei romani con la crescita della città entro il mondo mediterraneo. L'attività, prima prevalentemente agricola, si è largamente sviluppata nella direzione dei commerci; la coscienza, a lungo irrigidita nei conformismi e nei formalismi, accede a una progrediente mobilità e interiorità. Col pluralismo del diritto privato quanto al modo di porsi (che è il principale elemento distintivo tra *ius civile* e *ius honorarium*) si combina, senza interamente assumere gli stessi confini, il pluralismo nel contenuto materiale e nell'ispirazione. Alludo soprattutto all'assorbimento nel diritto fra cittadini degli istituti appartenenti al cosiddetto *ius gentium*. Alcuni contratti consensuali basati sulla *fides* dei traffici formano come un diritto commerciale che irradia sempre

---

(17) Cf. PAPINIANO, 2 *definitionum*, D. 1, 1, 7, 1. Sulla posizione in vari modi subordinata dello *ius honorarium*, vedi V. ARANGIO RUIZ, *Storia*<sup>7</sup> (1957), 161-69.



più intensamente la propria influenza sul vecchio nucleo, la cui qualità di *ius civile* gli è stata estesa. Tuttavia l'uno e l'altro non vengono (con)fusi, ma solo coordinati, come accade anche per il diritto pretorio (la coesistenza, senza fusione nè anarchia, di gruppi sociali, poteri, sfere normative diversi caratterizza tutta l'evoluzione di Roma).

Si intuisce fin d'ora come solo ai giurisperiti possa essere affidato il compito di fare, su tutti questi piani, l'unità dei distinti.

IV. Lo studio delle mansioni espletate dai giuristi nell'esercizio del loro mestiere, cioè di quelli che Schulz ha chiamato i *munera iuris peritorum*, costituisce la terza via, forse la più diretta, per giungere a renderci conto di quale fosse in Roma il rapporto tra il giurista e la norma dell'azione. Poichè ogni professione è il risultato di certe attese sociali, questa via ci mostra il posto assegnato ai giuristi dal resto dei consociati, i bisogni che essi erano chiamati a soddisfare, nel ciclo della vita del diritto non quale postulatoriamente si delinea nel modello del dogmatico, ma quale realmente si compie nell'organismo sociale.

Una prima constatazione: i giuristi come tali non appartengono con legame organico all'amministrazione della cosa pubblica. Non vi sono magistrature, cariche, diplomi, uffici giuridici fino all'età imperiale (a meno di voler includere in una di queste categorie lo *ius respondendi* augusteo). In particolare non sono necessariamente giuristi i giudici, semplici privati di buona reputazione scelti dalle parti (18); non sono necessariamente giuristi i pretori, politici preoccupati del governo e della carriera che richiedono piuttosto una preparazione eclettica, oratoria, finanziaria, amministrativa, militare (19); non sono giuristi, dato

---

(18) In pratica la libertà di scelta delle parti incontra dei limiti, come dirò oltre, p. 49. Ciò non toglie che nel giudice non si presume istituzionalmente (anche se essa certo non guasta) una particolare competenza giuridica. Lo stesso vale per i giudici scelti dal magistrato entro apposite liste.

(19) Anzi secondo CICERONE (*Pro Plancio* 62) basterebbero la *virtus* e la *probitas*, senza ulteriori specializzazioni.

il regime di democrazia diretta, i legislatori. Nè si richiede formazione giuridica approfondita per l'esercizio dell'avvocatura, che è professione soprattutto oratoria. Insomma la giurisprudenza del nostro periodo non ha altra connotazione sociologica che quella di un gruppo di liberi specialisti; i quali tuttavia appartengono, per nascita o per carriera, a strati sociali bene individuati (20).

La loro professione (21) può raccogliersi intorno ai due grandi compiti di consigliare e custodire il diritto.

1. Il primo (*consuli, respondere*) è notoriamente l'atto più significativo di questi uomini che ne trassero il nome di *iuris consulti*. Il *respondere* assorbe, sotto un certo profilo, anche il *cavere* e l'*agere* della triade tradizionale, che ne costituiscono delle specificazioni. Esso si adatta esattamente alla interindividualità del diritto privato, che tendenzialmente non può da terzi essere imposto, ma proposto (o appunto 'risposto'). Consigliare, ha detto bene Wieacker, è in Roma l'atto più nobile dopo l'esercizio dell'*imperium*. Il consiglio giuridico può essere dato privatamente ad amici ma anche pubblicamente, a chiunque lo chieda (22); di particolare rilievo è quello dato al giudice, e soprattutto al pretore, nell'esercizio delle loro funzioni. Non vi è giudice e magistrato che non si circonda di un *consilium* di amici, nel quale il giurista non mancherà anche se la richiesta del parere sia sempre rimasta facoltativa. Il parere una volta richiesto non è vincolante, almeno fino a un provvedimento di Augusto, di cui subito ci occuperemo. Si noti tuttavia come nel verbo stesso *respondere*, usato assolutamente e tecnicamente, sia contenuto più che il semplice suggerire la soluzione, un'accento oracolare. Da questo punto di vista l'attività consulente del giurista romano (che pure costituisce l'elemento di maggiore continuità, dall'antichissimo responso del pontefice delegato dal colle-

(20) Vedi oltre, § VII.1.

(21) Cf., oltre SCHULZ 57-70; 130-146, soprattutto WIEACKER 128-160 (*Der römische Jurist*).

(22) È caratteristico l'episodio raccontato da Pomponio del giurista repubblicano Scipione Nasica cui fu donata con pubblico denaro una casa sulla via sacra perchè potesse essere consultato più facilmente.

gio al parere del *consiliarius* o *assessor* che affianca il funzionario tardo-imperiale) assume gradi di incisività molto diversi a seconda dei tempi e dei casi (23). Nel suo aspetto più tipico esso è spiccatamente autoritativo, ellittico o addirittura immotivato, parola di colui che sa. Ma non dobbiamo esagerarne gli aspetti imperativi; intanto essi si fanno sentire solo nei confronti del profano (24); e poi il profano stesso, quando disponga di una cultura o di una situazione sociale sufficiente, può gettare sulla bilancia il peso di un'argomentazione brillante o di un'autore-

(23) Non è possibile entrare qui dettagliatamente nel merito della controversia tuttora aperta sull'esatta portata dello *ius publice respondendi ex auctoritate principis* di cui, secondo POMPONIO (*D.* 1, 2, 2, 49), Augusto si sarebbe riservata la concessione. Restando fuori discussione la possibilità per ogni giurista di rispondere in privato agli amici, le incertezze riguardano soprattutto il punto se il principe abbia inteso riservare a certi giuristi muniti di una sua 'autorizzazione' l'esclusiva del responso (al) pubblico (teoria di MOMMSEN, recentemente ripresa da KUNKEL e MAGDELAIN), o semplicemente operare una delegazione del proprio 'prestigio' (*auctoritas* secundo sensu) ad alcuni giuristi, ferma restando la possibilità per gli altri di mettersi a disposizione del pubblico *fiducia studiorum suorum* (teoria anteriormente e direi tuttora dominante). Purtroppo gli elementi a disposizione non consentono una risposta categorica su un punto così importante; nell'una e nell'altra ipotesi restano poi assai difficili da accertare le conseguenze (efficacia vincolante o meno per i consultori, e quali: soli giudici privati, magistrati, funzionari; efficacia limitata ai responsi dati per il caso o estesa a quelli consegnati in opere scritte; efficacia in caso di pareri contrastanti, ecc.: cf. oltre, n. 133). Nemmeno conosciamo con sicurezza l'atteggiamento degli imperatori successivi ad Augusto (POMPONIO § 48, 50). Ci basterà perciò inquadrare questa misura nelle due costanti della politica imperiale rispetto ai prudenti: attrarli nell'orbita del potere centrale, eliminare il diritto controverso. Queste preoccupazioni, già di Cesare e forse di Pompeo, ritroviamo immancabilmente alla base di tutti i diversi provvedimenti imperiali da Augusto (*ius respondendi*) ad Adriano (*consilium principis*; rescritto in GAIO 1, 7) a Costantino ('canonizzazione' degli scritti classici) a Teodosio (progetto di codice, legge delle citazioni) a Giustiniano: cf. F. DE VISSCHER, *Le Digeste, couronnement de la politique des empereurs vis-à-vis des prudents*, in *Conf. XIV centenario delle Pandette* (1931), 53 ss.

(24) È preziosa la testimonianza di PAOLO, 1 *Vit.*, *D.* 28, 2, 19 *Scaevola respondit non videri, et in disputando adiciebat ideo non valere, quoniam...*

vole esperienza di vita. Nella suggestiva, in questo senso forse non superata caratterizzazione di Schulz (i giuristi, « Staatsmänner, die nach der römischen Lebensform suchen ») è contenuto, a mio parere solo un lato importante della verità: solo per un lato infatti (e appunto anche a causa dell'interindividualità del diritto privato) il responso è qualcosa come un atto di governo (25).

Questo prevalere del responso nell'attività giurisprudenziale (26) è significativo. Esso indica anzitutto che il diritto viene intuito dai romani prevalentemente come ciò che risolve ogni singolo caso, come il criterio che volta a volta si trova per sciogliere i nodi della vita concreta. La generalizzazione del criterio avviene cautamente di caso in caso, cioè per poterlo trasportare da un caso all'altro (27); anzi il diritto si estende meno per una astrazione operata dall'intelletto generalizzante che per un'accumulazione operata dalla memoria tesaurizzante. La giurisprudenza 'regolare', tesa cioè a formulare i principii (*regulae*), resta in Roma un fenomeno marginale di impronta ellenizzante o scolastica (28). Il prevalere del responso è poi indice (o causa) di una evolutività dinamica del diritto. Se il diritto è prima di tutto il diritto del caso, poichè ogni caso è in qualche misura un caso nuovo il diritto avrà continua occasione di rinnovarsi. Al

(25) Con le stesse riserve va quindi accolta l'affermazione di F. DE ZULUETA, secondo cui la giurisprudenza sarebbe stata durante la repubblica « una branca dell'arte di governare » (in AA. VARI, *L'eredità di Roma* [trad. dall'inglese, 1953], 205).

(26) Oggi, direi, comunemente riconosciuta; e colta già dagli umanisti: si vedano tra gli altri i passi di Bonifacio Amerbach e di Machiavelli citati da R. ORESTANO, *Introduzione storica al diritto romano*<sup>2</sup> (1961), 135, 154.

(27) Processo bene analizzato da WIEACKER 140.

(28) Ne abbiamo la riprova nella rassegna dei principali generi letterari classici. A parte la letteratura istituzionale e scolastica (alla quale si ricollegano le operette intitolate *Regulae*, *Definitiones*, *Differentiae*, *Sententiae*), gli scritti dei giuristi sono soprattutto raccolte di materiale casistico, sia *ex professo* (come nella impegnativa letteratura 'problematica' dei *Digesta*, dei *Responsa*, delle *Epistulae*, *Quaestiones*, *Disputationes*) sia nel tessuto dei commenti all'editto, a singole leggi, a trattati di diritto civile più antichi, soprattutto quello di Sabino. Mancano del tutto la monografia dogmatica, il 'sistema', la teoria generale.

tempo stesso il rinnovamento sarà graduale, non potendo il responso non vincolante operare con la radicalità e la generalità della legislazione. È chiaro comunque che nei confronti di un diritto largamente affidato a pareri non predeterminati da norme astratte 'complete' il giurista si trova in una posizione di spiccata iniziativa e responsabilità.

I pareri dati sul modo di compiere un negozio o di impostare una azione processuale coprono rispettivamente il campo del *cavere* e dell'*agere*. In occasione o in vista della consultazione, i giuristi sono venuti elaborando e fissando gesti e parole rituali di tutti i più antichi negozi solenni, accomodando le *nuncupationes* delle parti nel processo alla lettera della legge, soprattutto adattando le strutture intangibili a sempre nuove funzioni con ingegnosità talvolta distorta e chiaramente 'rabulistica'. Lo scrupolosissimo popolo romano ha affidato ai giuristi il compito, per lui essenziale, di individuare con tutta esattezza l'azione 'corretta'. La stessa arte rigida e flessibile, applicata non più soltanto alla regia dei riti esteriori, ma ancor più a scolpire gli elementi tipici delle cause negoziali, riconosciamo in quello che è forse il maggiore monumento edificato dai giuristi nel campo dell'*agere*: l'insieme delle *formulae* (e delle loro regole di utilizzazione) che stanno a base del processo ordinario tardo-repubblicano e classico. Col principato, anche per essersi ormai fissato il testo dell'editto, il *cavere* e l'*agere*, nell'aspetto (di mera assistenza pratica alla parte) per cui si differenziano dal *respondere*, vengono per lo più abbandonati a giuristi subalterni (29).

2. Non meno del consigliare, il *custodire* è romano. Come le vestali il fuoco, come i sacerdoti e i *patres* i *sacra*, come il senato gli *arcana imperii*, così i giuristi custodiscono per tutti il diritto. Il diritto si trova quasi esclusivamente presso di loro, archivi viventi. Non dimentichiamo che il magistrato si occupa di diritto per un anno, il giudice solo in margine alla propria normale attività. La pubblicazione delle leggi, senato-consulti ecc. è regolata in modo empirico e assai poco efficien-

(29) KUNKEL 323 s.; anche 325-329.

te (30). Non conosciamo raccolte di testi legali, i giuristi non curano edizioni di fonti e non hanno mai pensato a favorire una codificazione (31). Le sentenze, date da non giuristi, non vengono conservate. Il diritto si tramanda dapprima oralmente, dal maestro al discepolo che assiste alle decisioni o ascolta il racconto dei *responsa* famosi (ed è interessante notare come anche l'insegnamento del diritto si svolga, quindi, attraverso il responso o comunque con il *case method* (32)). Poi la conservazione scritta si impone per la maggior funzionalità, il parere dato per il caso reale evolve verso l'opinione consegnata nei libri di dottrina, e questo passaggio prepara i fenomeni del tipo dei 'tribunali dei morti', delle leggi delle citazioni, delle canonizzazioni, della *communis opinio doctorum* (l'espressione è medievale) come fonte vincolante.

Nella attività dei giuristi il custodire è in certo modo complementare del rispondere: impedisce che il diritto racchiuso come immanente *ratio* nella decisione del caso vada perduto, introduce la continuità e la certezza e la stessa possibilità di progresso che sarebbero compromesse dal decisionismo puro, prepara — come abbiamo accennato — la scienza. La perenne novità del responso si equilibra con la perenne fedeltà della custodia. E ancora una volta trova conferma, sotto un nuovo aspetto, l'esattezza delle vedute di Pomponio: lo *ius* non potrebbe senza lo *iuris peritus, constare* nella città.

V. Una volta riconosciuta la preminenza del responso tra gli atti del giurista, la nostra analisi dei procedimenti intellettuali potrà concentrarsi su quella parte dell'arte giurisprudenziale romana volta alla risoluzione del 'caso'. Potremo lasciare in secondo piano l'attività dogmatico-classificatoria (alla quale solitamente si attribuisce invece il maggior valore scientifi-

---

(30) Vedi F. VON SCHWIND, *Zur Frage der Publikation im römischen Recht*, 1940. La situazione era molto migliore per l'editto, dato che il pretore lo 'proponeva' ogni anno nella redazione aggiornata.

(31) KUNKEL 336-341.

(32) F. SCHULZ, *Principii del diritto romano* (1946, traduz.) 221 s.; W. KUNKEL, in *ZS* 1948, 448.

co (33)), tenendola presente solo nella misura in cui essa concorra nel processo di formazione del responso; e i procedimenti specificamente connessi alla forma letteraria del commento (34).

La concreta metodologia del responso andrebbe studiata direttamente sulle opere casistiche che formano il nerbo della letteratura giuridica romana. Per quanto spesso significative e fondamentali, le regole esplicite formulate nelle nostre fonti (soprattutto nella prima parte del tit. 1, 3 e *passim* al tit. 50, 17 del Digesto) non bastano neppure approssimativamente a darci un quadro completo. E tuttora non disponiamo, purtroppo, di ricerche moderne adeguate su quella che potrebbe chiamarsi la 'ragione giuridica concreta' dei romani (35): condotte dapprima per giurista, esse dovrebbero poi avviarsi ad una sintesi nella quale risiederebbe, a mio parere, il più vivo interesse dello studio romanistico per la coscienza storica contemporanea.

Occorrerà quindi contentarsi di impressioni d'insieme desunte da lavori preparatori e monografie meritevolissimi, ma insufficienti (36).

---

(33) Anche SCHULZ, che pure ha visto chiaramente il primato della letteratura 'problematica', esagera la portata del metodo 'dialettico' elenizzante, paragonandolo addirittura al fuoco di Prometeo (p. 82) e sostenendo che solo attraverso esso la giurisprudenza romana divenne scienza (p. 81). Cf. le mie osservazioni in *AG* 1961, 68 s.

(34) Su di essi recentemente E. SEIDL, *Die Methoden der Kommentatoren in der römischen Rechtsgeschichte*, in *St. Betti* IV (1962), 117-133. La sua *Deutung* del metodo di Ulpiano *Ad edictum* come « Begriffsjurisprudenz » (p. 125) vale a mio parere solo (e con riserve) per la parte in cui il classico chiarisce parola per parola l'editto e la formula; ma senza paragone più ampia (cf. sopra, n. 28) e del resto essenziale anche alla precedente, è nei commenti la parte casistica, intessuta del solito materiale tratto dai *responsa*. In essa il giurista ci dà, con gli infiniti casi collegabili al disposto edittale, lo *status quaestionis* delle opinioni giurisprudenziali su ciascuno. Con questo ritengo di avere risposto, almeno in parte, alla possibile obbiezione che il concentrare la attenzione sulla letteratura problematica accresca l'impressione di giurisprudenzialità, mentre il commento ci mostrerebbe il giurista in posizione di dipendenza, occupato a interpretare un testo normativo.

(35) Cf. *BIDR* 1963, 60 s.

(36) Mi limito a una scelta orientativa. Quadri d'insieme: SCHULZ, *Geschichte* cit. in *Abbrev.* e *Principii* cit. sopra, n. 32;

L'insieme dei procedimenti che il giurista segue per trovare il diritto viene talvolta designato globalmente nelle fonti col nome di *interpretatio*: ciò perchè un po' tutto lo *ius civile*

WIEACKER 139-156, spec. 150-156; M. KASER, *Zur Methode der röm. Rechtsfindung*, *Nachr. Akad. Göttingen, Phil.-Hist. Kl.*, 1962, 49-78, con cui mi trovo largamente d'accordo e dove sono discussi criticamente la maggior parte degli scritti qui citati; M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922) 461-465, cit. da Kaser alla n. 5; E. SEIDL, *Römische Rechtsgeschichte* (1962) §§ 11, 12 e 14, che ha il grande merito di tentare una caratterizzazione dei singoli giuristi. Osservazioni su diversi aspetti del metodo giuridico dei singoli autori si trovano sparse negli scritti (peraltro attenti soprattutto agli aspetti biografici e culturali della personalità dei giuristi) pubblicati negli ultimi anni, con metodo originale e interessante quanto discutibile, da A. M. HONORÉ (*The severan lawyers: a preliminary survey*, in *SD* 1962, 162-232; *Gaius: a biography* [1962]; *Proculus*, in *RH* 1962, 472-509; *Julian's circle*, in *RH* 1964, 1-44). Sul modo generale di argomentare, avvicinato alla topica o *Problemdenken*, T. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz* (1953) cap. I, su cui è bene vedere le recensioni di COING, WESENBERG, ENGISCH citate da KASER n. 9; cf. anche J. ESSER, *Grundsatz und Norm* (1956) 44 ss. e *passim*; F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen* (1960) 286 e passi ivi citati. Sull'influenza della retorica greca soprattutto J. STROUX, *Röm. Rechtswissenschaft und Rhetorik* (1949), suscitatore di vivaci polemiche. Sull'analogia i *Prolegomena zu einer Gesch. der Analogie* di A. STEINWENTER, I (*Römisches Recht*) in *St. Albertario* II (1953), 103-127; II (*Kaiserliche Konstitutionen*) in *St. Arangio-Ruiz* II (1953), 169-186; cf. anche III (*Glosse-Pandektenrecht*) in *Festschrift Schulz* II (1951), 345-363; R. REGGI, *L'interpretazione analogica in Salvio Giuliano*, in *St. Parmensi* II (1952), 103-159 e III (1953), 465. Sui problemi interpretativi H. COING, *Zur Methodik der rep. Jurisprudenz: Zur Entstehung der grammatisch-logischen Auslegung*, in *St. Arangio-Ruiz* I (1953), 365-388; J. HIMMELSCHNIG, *Studien zu der antiken hermeneutica iuris*, in *Symbolae Lenel* (s.d. ma 1935) 373-424. Cf. G. KISS, *Gesetzesauslegung und 'ungeschriebenes' Recht*, in *JhJ* 1911, 419-433. Sul problema se nella giurisprudenza romana prevalessi la *Begriffs-* o la *Interessenjurisprudenz* vedi F. SCHWARZ, *Begriffsanwendung und Interessenwertung im klass. röm. Recht*, in *ACP* 1952, 198-215 e soprattutto i numerosi lavori di E. SEIDL citati da A. A. SCHILLER, *CLR* 1958, 1238 n. 46 (vedi anche KASER n. 74); utile in questo contesto D. MEDICUS, *Id quod interest* (1962). Sulla sistematica, che qui interessa indirettamente, si vedano, oltre agli studi di G. LA PIRA citati da SCHULZ 73 n. 1, M. VILLEY, *Recherches sur la littérature didactique du droit romain* (1945); H. J. METTE, *Ius civile in artem redactum* (1954); M. FUHRMANN, *Das systematische Lehrbuch*



veniva considerato come il risultato di una 'esplicitazione' delle XII Tavole. In realtà l'*interpretatio* intesa in quel significato globale si scinde in almeno due componenti fondamentali, l'interpretazione propriamente detta dei testi normativi e — quando questi manchino o non bastino per decidere — tutto un complesso di mezzi sostitutivi o integrativi della natura più diversa.

1. Della prima sappiamo poco (37), e solo con molta cautela si possono estendere i risultati delle ricerche (comunque non ancora conclusive) condotte sull'interpretazione dei negozi *mortis causa* e *inter vivos* (sembrano accertate differenze anche tra queste due ultime categorie). Qui sembra decisamente prevalere, nella ricostruzione del significato delle parole, il criterio dell'uso comune o 'tipico', di fronte a quello psicologico dell'uso individuale: il titolo 50, 16 *de verborum significatione* del Digesto non si spiegherebbe senza lo sforzo di oggettivare dei significati costanti che possano produrre delle situazioni di diritto semplici e certe. Anche nell'interpretazione degli atti legali, esclusa per ovvi motivi la possibilità di risalire alla volontà del legislatore storicamente inteso (utilizzando lavori preparatori e analoghi sussidi), il valore dei termini sembra essere stato ricostruito a partire da quello corrente nell'ambiente sociale dell'interprete; ma per giungere, con uno sforzo autoritativo di fissazione, a un significato costante. Nel compimento di questa determinazione ulteriore, propriamente giuridica, si pone il problema della maggiore o minore scrupolosità letterale; e qui, pur con tutte le oscillazioni secondo le diverse leggi, le diverse epoche, i diversi giuristi, la tendenza sembra essere nel senso di un (moderatamente crescente col tempo) « formalismo interpretativo » (38), alieno dallo sfruttare le parole della

---

(1960) 104-121, 183-188. Sui concetti e sulle *regulae* D. BEHRENS, *Begriff und Definition in den Quellen*, in *ZS* 1957, 352-363; D. 50, 17, 1, in *ZS* 1958, 353-361.

(37) KASER, o.c. 50 n. 6.

(38) Il termine è di Schulz. Anche Steinwenter ha mostrato la relativa sobrietà dei classici nell'uso dell'analogia legale in senso moderno. KASER, *Röm. Privatrecht* I (1954) 189 s. parla di analogia anche a proposito delle azioni *utiles* o *ad exemplum* ecc., ma, come egli riconosce,

legge in via estensiva o analogica (salva sempre, s'intende, la possibilità di integrare la disciplina legale in sede extra-interpretativa). Considerazioni 'teleologiche', del genere di quelle propuginate dalla *Interessenjurisprudenz*, non sono invece mancate almeno tra i classici (39). Nel lavoro interpretativo non pare che i giuristi abbiano mai preso partito per una delle alternative suggerite dalla problematica ermeneutica dei retori: piuttosto, che siano stati stimolati a prendere coscienza più approfondita dell'autonomia dei criteri propriamente giuridici di soluzione.

2. Se, allo stato attuale degli studi, le conoscenze che è possibile raccogliere sull'interpretazione delle leggi non ci aiutano molto nel nostro assunto di delinearci con qualche chiarezza il

---

in senso estremamente lato, che potrebbe fuorviare qualora fosse adottato per qualificare, legalisticamente, di 'interpretazione' tutta l'attività dei giuristi. Come K. stesso (*Zur Methode* cit. 59 n. 45) opportunamente avverte, i romani sono invece meno restii allo sfruttamento analogico dei 'tipi' (cf. oltre p. 32) e di precedenti decisioni casistiche. Secondo U. v. LÜBTOV (*St. Arangio-Ruiz* II [1953] 359) il formalismo interpretativo servirebbe addirittura per restringere la portata della legge alla quale i giuristi romani come gli inglesi sarebbero ostili. Così anche H. KRELLER, *Das Problem des Juristenrechts in der röm. Rechtsgeschichte* (1932) 7.

(39) Due esempi fra i tanti: il senatoconsulto Velleiano vietava alle donne di prendere su di sé il vincolo di altri (*intercedere*); ma, precisa Ulpiano, *nisi callide sint versatae: ... nam deceptis non decipientibus opitulatur*; viceversa, *si tibi donatura (mulier) creditori tuo nummos numeraverit, non intercedit: senatus enim obligatae mulieri succurrere voluit, non donanti*. La donna che inganna e quella che dona vengono entrambe, per opposti motivi nessuno dei quali contenuto nella lettera del senatoconsulto, escluse dal divieto di intercessione (ULPIANO 29 *Ad edictum*, D. 16, 1, 2, 3 e 4, 1). Altro esempio: l'editto prevedeva una pena per chi avesse arrecato danni o modificazioni all'albo edittale che fosse stato *propositum in publico*. Dice Ulpiano: *quod si dum proponitur vel ante propositionem quis corruperit, edicti quidem verba cessabunt, Pomponius autem ait sententiam edicti porrigendam esse ad haec* (ULPIANO, 3 *ad edictum*, D. 2, 1, 7, 2). Si tratta qui di rintracciare l'interesse pubblico cui la norma alludeva, al di là delle parole: è pura *Interessenjurisprudenz* nel senso di HECK.

rapporto giurista-diritto (40), un profitto molto maggiore può venirci dall'esame dei casi nei quali il diritto viene trovato in mancanza di legge o di legge giudicata soddisfacente. E notiamo anzitutto che questi casi sono frequentissimi, addirittura la maggioranza. Delle leggi romane a noi note (poche centinaia in tutto) solo due o tre decine hanno riferimento al diritto privato, e quasi sempre in modo sussidiario e complementare rispetto a un *corpus* che evidentemente è presupposto: nessun atto legislativo (salvo le XII Tavole) si propone di esaurire in modo organico il diritto privato. E correlativamente è raro che i giuristi motivino una decisione come si farebbe oggi, citando un articolo di legge. Quanto alla *lex annua* dell'editto, essa dà delle direttive schematiche per muoversi in un mondo che essa non è neppur lontanamente in grado di evocare: fa pensare a una rete di strade, di cui la giurisprudenza dovesse poi comporre tutto il paesaggio circostante.

Se dividiamo, con Gény, le attività giurisprudenziali metainterpretative in « science » e « technique », dobbiamo constatare che i giuristi romani sono molto più forti in tecnica che in scienza. È stato notato ripetutamente: essi non solo non coltivano per se stesse, produttivamente, le discipline che modernamente potremmo chiamare della filosofia morale e politica, della filosofia del diritto, della sociologia, della storia giuridica, del diritto comparato (ciò che a rigore potrebbe essere una nostra impressione dovuta all'esclusione di eventuali opere del genere dal Digesto), ma nemmeno se ne valgono intensivamente e metodicamente per fondare le loro decisioni. Anche restano in larga misura estranei al movimento storico-politico: i profondi rivolgimenti anche sociali che lo Stato romano subisce passando da repubblica urbana aristocratica a impero mediterraneo con decine di milioni di cittadini di tutte le classi, lasciano sì può dire intatto il diritto privato. Qui occorre tuttavia tenere presente che i motivi in base ai quali i giuristi decidono ci sono resi oscuri dalla mancanza, o dalla laconicità, della maggior parte

---

(40) Per la stessa ragione rinuncio ad esporre i procedimenti argomentativi di tipo logico, distinzioni, riduzioni *ad absurdum*, anche se utili a caratterizzare i singoli giuristi.

delle motivazioni, ulteriormente scorciate dai compilatori giustinianeî. Un reperimento esaustivo e una classificazione ragionata dei diversi tipi di motivazioni rintracciabili presso i singoli giuristi (soprattutto nelle opere di *Responsa*) non è stato, comunque, ancora tentato: può darsi che, se affronterà questo suo compito fondamentale, la scienza romanistica si trovi ricompensata da risultati anche molto istruttivi.

Ma volendo tentare fin d'ora una caratterizzazione se non altro della giurisprudenza classica nel suo insieme, direi che le risorse della 'invenzione' extralegale del responso cadono, essenzialmente (41), in due categorie: 'principii' e 'calcolo dei tipi'.

A. Con 'principii' (termine cui è stato dato il suo contenuto più concreto da Schulz) intendo valori e criteri affermati operativamente nel foggare il diritto. Primo tra essi, in duplice senso dotato di efficacia antagonistica rispetto a tutti gli altri, è il principio di autorità e di tradizione. Ciò che è deve avere una ragione; se non la vediamo, ha per lo meno il merito di essere (42). In mancanza di codificazioni legali il rispetto per la tradizione è il fattore principale della certezza del diritto: e in questo primo senso si oppone ai principii di tipo 'argomentativo'. Lo stesso vale dell'autorità, che riferita al passato fa tutt'uno con la tradizione: ciò che un maestro ha detto ha comunque un peso, proprio affinché il diritto possa *constare*. Di qui la utilizzazione dei casi già risolti, mediante estensione analogica o ragionamento *a contrario*; di qui la citazione dei pareri di giuristi precedenti, infinitamente più frequente di quella delle leggi. Il diritto viene cercato anzitutto nel *corpus* del già esistente diritto giurisprudenziale. Riferito al presente, il principio di autorità consiglia *parchezza* nel fornire ai consultori le giustificazioni del proprio decidere, ad evitare che questo stia e cada con quelle: ecco il secondo senso in cui il principio si oppone a

(41) Trascuro in particolare l'impiego delle 'finzioni', su cui cf. intanto R. DEKKERS, *La fiction juridique* (1935).

(42) Si vedano i passi di GIULIANO, NERAZIO e PAOLO: *D.* 1, 3, 20; 21; 23.

quelli argomentativi. L'autorità nel presente serve tuttavia a liberare da un'ossequio servile alla tradizione: il classico sa di trovarsi sullo stesso piede dei predecessori. In questa dialetticità dei principii vediamo riflettersi tensioni e antinomie proprie della stessa esperienza giuridica universalmente considerata.

Tra i principii argomentativi mi sembra prevalere, come è naturale dato il carattere interindividuale del diritto privato, il temperamento degli interessi, l'equilibrio tra le posizioni non solo patrimoniali in contrasto, al quale possiamo forse dare il nome di *aequitas*. Seidl (43) lo ritiene caratteristico e decisivo per Labeone e Giuliano e i loro scolari, avvicinandolo alla *Interessenjurisprudenz*; la considerazione comparativa degli interessi (*utilitas contrahentium*) è, come noto, una delle basi del sistema classico di gradazione della responsabilità contrattuale.

Al criterio intersoggettivo dell'equilibrio si coordina il criterio soggettivo della *fides bona*, che impone di tenere in conto, se necessario anche con cooperazione positiva, l'interesse della controparte; suo opposto è il dolo. Si tratta di un altro principio di applicazione larghissima, anche se diversamente intensa e diversamente atteggiata soprattutto in rapporto alla diversa redazione delle *formulae* giudiziali. Esso si fa valere direttamente nei *bonae fidei iudicia*, indirettamente — con l'*exceptio doli* tardo-repubblicana — in tutti gli altri giudizi; oltre che, direttamente e specificamente, con l'*actio doli* anch'essa tardo-repubblicana.

Come altri principii si potrebbero indicare l'*utilitas* (anche *communis, publica*: ma sempre, direi, nonostante le suggestioni stoiche, nel senso empirico di 'opportunità, espedienza' piuttosto che in quello ideale di 'bene comune' o 'giustizia sociale' e simili), l'*humanitas* (44), l'autoresponsabilità (45) che addossa le conseguenze di fatti non voluti a colui nella cui sfera di controllo si sono prodotti. I principii sono assai più universali e

(43) *Römische Rechtsgeschichte* cit. 83 s.

(44) Pregiata particolarmente in Giuliano: cf. *BIDR* 1963, 40 s. n. 78.

(45) Il termine è di E. BETTI, cf. p. es. *Istituzioni di dir. rom.* II (1960), Ind. anal. s.v.; SEIDL parla in senso analogo di «Machtlage» o «Beherrschungsvermögen».

penetranti delle *regulae* formulate dai nostri giuristi, che raramente riescono a coglierli e ad adeguarli. Accanto ai principii, su un gradino più basso, possono collocarsi dei criteri di valutazione come l'*id quod interest*, il *quanti ea res erit*, il *restituere*, e simili.

B. Ma il procedimento più specificamente caratteristico dell'arte giuridica romana, attraverso il quale i classici hanno dominato e isolato dalle altre la cultura giuridica romanistica fino ad oggi, è quello insuperabilmente trasferito sul piano concettuale più astratto dai pandettisti e che ho chiamato prima (utilizzando appunto una sintomatica espressione di Savigny (46)) 'calcolo dei tipi'. La interindividualità del diritto privato fa sì che il diritto venga intuito non come ordine collettivo e sopraindividuale, nella cui vicenda è coinvolta la storia di tutto un popolo, quindi come riflesso di un assetto sociale giusto costruito secondo punti di vista generali; ma come serie di posizioni tipiche assumibili indifferentemente da ognuno di quegli individui matematizzati (47) che sono i soggetti di diritto. In altre parole, il valore di entità prime che i soggetti traggono dall'antica quasi-sovrànità interfamiliare del *pater*, e da altri complessi fattori sui quali ci tratteremo, ha come conseguenza una specie di astratta identità secondo la quale appaiono pensabili i principali rapporti tra i soggetti stessi. Questa identità ha naturale tendenza a tradursi sul piano concettuale in ipostatizzazione: le relazioni divengono sostanze. E poichè in quelle posizioni tipiche i soggetti sono immessi da una serie di (fatti o) atti tipici, con diritto (privato) si viene a intendere un insieme di tipi (figure, istituzioni) contemplabili in sè.

Ciò comporta:  $\alpha$ ) la fondamentale neutralità del diritto rispetto al problema di chi debba trovarsi in quelle posizioni

(46) « Man kann... sagen, dass sie (*scil.* i giuristi romani) mit ihren Begriffen rechnen »: sta in *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, § 4; nella ristampa della 3<sup>a</sup> ed. (Freiburg 1892), a p. 17.

(47) Cioè appunto privati di ogni caratteristica personale che non sia la possibilità di 'indossare' il tipo; e considerati al di fuori del particolare momento della vita in cui si trovano, della loro situazione 'storica' (psicologica, economica ecc.).

tipiche o in grado di compiere quegli atti tipici, cioè la fondamentale indifferenza del diritto privato rispetto al problema di giustizia distributiva. Ce ne accorgiamo anche dai criteri con i quali le leggi vengono incluse o meno tra quelle che interessano il diritto privato. Nessun giurista romano commenterà mai una legge frumentaria, o una legge sulla estensione della cittadinanza: cioè una legge distributiva. A meno che essa in qualche modo venga a incidere sul profilo di uno dei tipi, cioè, per restare in quegli esempi, della proprietà immobiliare, della cittadinanza. Entrerà nel diritto privato non la legge che scioglie, in un determinato momento storico, i debitori dalle loro obbligazioni, ma quella che abolisce per esempio il carattere personale (e non solo patrimoniale) del vincolo obbligatorio; e così via. La *ratio* delle leggi della prima categoria (giustizia sociale, lotta contro la miseria, equilibrio tra doveri e diritti) resta quindi per sé inoperante nell'interpretazione privatistica.

Il giurista si chiede cosa sia la proprietà, l'obbligazione: non chi debba essere proprietario o debitore, fino a che punto la proprietà o i debiti possano accumularsi in capo alle persone. Sarebbe pensabile, al limite, una società con un solo proprietario e creditore, e tutti gli altri esclusi dalla proprietà e debitori, senza che questo modificasse in nulla il diritto privato. Sono stabilite delle vie (i negozi giuridici) per accedere ai diritti: queste vie non sono quelle della giustizia distributiva, ma — tutt'al più — della non violenza e della giustizia commutativa (l'*aequitas* nel senso indicato prima). E si noti come anche questa 'equazione' sia ricercata non tra situazioni concrete, tra Tizio e Caio, ma tra situazioni tipiche e quindi astratte, cioè tra il compratore come tale e il venditore come tale. Col risultato che nel caso concreto l'equità è puramente fittizia non fosse che per la diversità di valore soggettivo delle prestazioni 'equivalenti' tra un ricco e un povero (48).

---

(48) Questo tipicismo è temperato (ma solo in piccola parte) da alcuni dei principii ricordati. Più importante è l'azione del giudice, che resta largamente arbitro di valutare le persone. Ne abbiamo un esempio nella sentenza resa da GELLIO (cf. *Noctes atticae* 14, 2), il quale, di

β) il sorgere e il consolidarsi di un mondo a parte, il cosmo delle istituzioni ipostatizzate, dei rapporti 'calcolabili'. I giuristi sono soprattutto (49) coloro che 'vedono' questo cosmo in sè, con le sue causalità, sostanzialità e accidentalità autonome; coloro ai quali il mondo di tutti si presenta come su uno schermo ai raggi X che delle cose rivela soltanto lo scheletro, l'arcano al di là. Perciò le regole di costruzione di quelle ipostasi (— perchè la servitù o il mandato debbano essere così e non altrimenti —) in gran parte ci sfuggono: procedono da una facoltà visiva che è il risultato dell'assorbimento di una tradizione, più che da un ragionamento economico, politico o etico. Il tipo (rapporto reale, contratto, legato) ha contorni fermissimi e arbitrari, come una parola (50). Tanto fermi, che si può pensare sia φύσει; tanto arbitrari che denunciano l'origine θήσει: il tipicismo a cui si attiene la giurisprudenza romana è una singolare forma di (gius)naturalismo tradizionalistico, il passato che diventa natura.

L'importanza di queste figure giuridiche è tale che possiamo riconoscere ad esse in primo luogo (51) la funzione di τόποι fondamentali presso i quali si rifornisce di continuo l'argomentare del giurista. La tipica, se mi si permette il gioco

---

fronte a due contendenti dei quali uno (l'attore) uomo *expertae fidei et vitae inculpatissimae*, l'altro *non bonae rei vitaeque turpi*, non si sente di assolvere il secondo, come pure in mancanza di ogni prova del debito avrebbe dovuto, e pronuncia *sibi non liquere*.

(49) Cf. WIEACKER 143 s., con riferimento alla tecnica sacrale. Anche SCHULZ, *Principii* 21 ha colto, sulle orme di PERNICE, un lato di questa caratteristica facoltà, che non cessa di sorprenderci nei giuristi romani e nei loro discepoli d'ogni tempo.

(50) Va notato che la necessità di foggiate tipi ha una radice empirica (o un riflesso?) nella limitatezza tassativa dei mezzi processuali. La formula editale ad esempio prevede che si sia 'comprato'. Ma cosa sia compravendita, è interamente problema dei giuristi; che molto sacrificano, nel risolverlo, alla chiarezza e distinzione della loro 'visione'. Potrebbe essere questo uno dei punti di partenza per affrontare il problema di come dalla norma si passi al tipo e dal tipo proceda a sua volta la norma. Cf. anche quanto detto nel testo a proposito delle leggi che 'interessano', o 'non interessano' il diritto privato.

(51) Cf. KASER, o.c. 65 s.; 73 i.f.; 74 n. 107 che corregge l'impostazione semplicistica di VIEHWEG.



di parole, è la vera topica giurisprudenziale. Ed è nei confronti dei tipi, più che delle leggi, che si pone il problema della completezza dell'ordinamento.

Ma il tipo deve servire al ragionamento del giurista verso il responso, e il responso significa materia di vita sempre nuova. Sicchè il concettualismo estremo (sia pure a non elevato grado di astrazione) che è contenuto come una possibilità di vanificazione nella logica dei tipi, deve per fortuna continuamente spezzarsi nella concretezza dei casi. La *militia respondendi* è ciò che mantiene alla giurisprudenza romana il suo dinamismo, controbilanciando in parte le componenti conservatrici. È qui che il 'fiuto', l'intuizione intervengono; qui la radice del *Problemdenken*, del valore euristico e topico — non dogmatico nè assiomatico — che i tipi malgrado tutto conservano, come Kaser da ultimo ha felicemente rilevato. In ciò l'attitudine del singolo giurista può essere decisiva: si è parlato di analogisti e anomalisti (52), certo vi è molto di preferenza personale nella scelta tra estensione del tipo noto e proposta concessione di un mezzo nuovo, per esempio di un'*actio in factum* o *fictionis* o *ad exemplum*. La differenza può ridursi a questione di forma; e magari anche nel caso di scelta tra estensione analogica del diritto esistente e proposta di creare un'azione edittale nuova. Dire che l'*aestimatum* è un caso di società può essere nella sostanza altrettanto rivoluzionario come il consigliare la creazione di un *iudicium aestimatorium* (53). È quindi una visione piuttosto superficiale quella che collega direttamente la creatività dei giuristi all'apprestamento di nuovi mezzi, costandone quindi, supponiamo, la diminuzione col progressivo consolidarsi dell'editto. E sulla decisione di trovare comunque, nell'una forma o nell'altra, una tutela giuridica influiscono altri fattori, proprio l'*aequitas*, l'*utilitas* (54), l'*humanitas* di cui si è parlato prima.

(52) Cf. BETTI, *Istituzioni* cit. (sopra, n. 45) Ind. anal. s.v.

(53) Per questo esempio vedi oltre, n. 132.

(54) *Quod si quis absurde a nobis haec constitui putaverit...* (rifletta, quel *quis*, che) *multa iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest: unum interim posuisse contentus ero*. Parole di Giuliano, tra le più belle

Il metodo del giurista romano ci appare ormai nei suoi limiti e nella sua complessità. « Technique » più che « science »; libero dal filologismo per quanto riguarda l'attribuzione di significati costanti alle parole legali e negoziali, ma alieno poi dall'estendere il loro ambito di applicazione; nell'attività metainterpretativa, che significativamente predomina, informato a principii e articolato in procedimenti essenzialmente conservativi (tradizione, autorità, calcolo dei tipi), contrastanti con principii moderatamente evolutivi, dei quali il più progressivo è forse la *fides*. Insomma un metodo — e questo è per noi l'essenziale — nel quale gli assiomi legalistici evidentemente non valgono.

Resterebbe da vedere come, tra le varie parti del metodo, si faccia l'unità; che sarebbe discorso da coordinare a quello su come il giurista realizzi tra i vari complessi privatistici (*ius civile*, *ius gentium*, *ius honorarium*) l'unità dei distinti. È soprattutto il responso, orientato alla concretezza del caso, che gerarchizza volta per volta i criteri e che fonde necessariamente in sé gli elementi astrattamente suscettibili di trattazioni e sviluppi separati. Il responso fa la vivente unità del diritto. E il responso è affidato al giurista. Al giurista è, dunque, affidato il diritto.

VI. Lo studio dell'evoluzione del diritto dovrebbe essere la nostra quinta ed ultima via di accesso al 'modello' cercato. Per svolgere il tema in modo esauriente occorrerebbe fare la storia di tutto il diritto privato istituito per istituto nei quattrocento anni del periodo che abbiamo prescelto: un compito certo sproporzionato in questa sede, anche passando sopra al fatto che la stessa ricostruzione storica degli istituti presuppone la conoscenza nei suoi esatti termini della posizione del giurista rispetto al diritto, posizione che la storia degli istituti a sua volta dovrebbe illuminare. Mi limiterò quindi a poche osservazioni, sommarie ma relativamente sicure.

---

che le fonti ci abbiano tramandato (86 *digestorum*, D. 9, 2, 51, 2). E tanto più belle se pensiamo che la *reductio ad absurdum* era tra i mezzi logici più amati da Giuliano: cf. SEIDL, *Röm. Rechtsgesch.* cit. (sopra, n. 36) 83.

È chiaro intanto che non possiamo attenderci trasformazioni molto forti dopo avere scelto il nostro periodo di studio proprio per la sua relativa omogeneità. Effettivamente, se potessimo prelevare una sezione sincronica ai due capi, o piuttosto poco dopo il 66 (pretura di Aquilio Gallo: *actio doli*) e nel 235, noi troveremmo un accrescimento certo mirabile in quantità e qualità, ma proporzionalmente ben pochi mutamenti di sostanza. La classicità del diritto era stata già raggiunta dai repubblicani: mancava la classicità letteraria (55). La casa del diritto è stata riccamente arredata, i muri maestri sono rimasti gli stessi: antico *ius civile*, diritto dei rapporti con gli stranieri recepito in Roma, mezzi di tutela fondati sull'*imperium* del magistrato. Gli istituti appartenenti a queste tre masse, che trovano tutti espressione nel breve giro della formula edittale, non risultano nè aumentati nè diminuiti significativamente di numero dopo il I secolo. Il formarsi di posizioni sostanziali di diritto pretorio modellate su quelle civilistiche ha sul piano pratico portata innovativa relativamente modesta, poichè quelle posizioni non sono in fondo che un'altra faccia dei mezzi di tutela processuale. È fuori di dubbio che il centro di gravità del sistema si è spostato verso le parti più moderne; pure, gli istituti dell'antico *ius civile* danno prova di una vitalità estremamente tenace. Anzi: la tensione intellettuale altissima del lavoro dei classici è dovuta proprio all'assunto di versare il vino nuovo nelle vecchie otri, di unificare i distinti, di fare del moderno senza nulla distruggere dell'antico. E comunque, la modernizzazione si è mantenuta sul piano tecnico-formale, apolitico, ideologicamente neutro di cui si è già discorso: perfezio-

---

(55) Vedi WIEACKER 161-186. Possiamo anche dire che alla fase creativa, conclusa al tempo di Q. Mucio o con Aquilio Gallo, è seguita una fase ordinativa (il periodo di relativa eclissi e ritiro dalla vita pubblica tra la crisi finale della repubblica e Vespasiano) e poi una di esplicazione ed applicazione casistica capillare. L'opinione che il periodo classico non abbia introdotto novità considerevoli nel diritto può dirsi comune: vedi per tutti P. JÖRS, *Römische Rechtswissenschaft* (1888) I s.; SCHULZ 149-152; FREZZA, *Corso* 367-371. Ma di ciò non si cercano per lo più i motivi, che a me paiono (cf. oltre, p. 43 s. e 57) di ordine soprattutto sociologico.

namenti nel senso della speditezza e dell'interiorità, della coerenza e della completezza, all'interno di un 'progetto' di fondo non più preso in discussione.

Si può essere inclini a giudicare severamente questo conservatorismo. Il giudizio non avrebbe però senso se commisurato ad altri periodi storici: ciò che conta è se l'evoluzione del diritto abbia tenuto il ritmo della evoluzione sociale e culturale del suo tempo. E qui occorre dire (56) che il diritto quale noi lo conosciamo dai classici riflette la vita e la mentalità di una cerchia umana ristretta di privilegiati. Al di fuori di questa cerchia, al di fuori della capitale e dei suoi tribunali è problematico quanta parte del raffinato gioco dei grandi consiglieri trovasse applicazione. Ora, i nostri giuristi scrivono essenzialmente per questa cerchia, alla quale per quasi tutto il periodo appartengono: e nei suo ambito i loro criteri e la loro iniziativa appaiono adeguati. Dal lato culturale è stato osservato (57) che i romani (e questo vale particolarmente delle loro aristocrazie) sono non meno sensibili alla tradizione che alla giustizia; dal lato sociale il prevalere dell'eguaglianza formale, dell'*aequitas* commutativa, dell'interindividualità privatistica è pienamente giustificato là dove vige eguaglianza sostanziale di posizioni economiche e di prestigio; l'esoterismo e il tecnicismo giuridici non nuocciono là dove i consiglieri di alto livello sono disponibili.

Ma più che per un giudizio storico di valore, questa evoluzione ci interessa qui come indizio per la diagnosi del tipo di diritto. Proprio la sua tecnicità e cautela, la sua lenta gradualità e il suo ricercare la perfezione nella completezza casistica ci rivelano un diritto dal quale il riformismo legislativo si è tenuto lontano e a cui è stato dato il tempo di maturare: ci rivelano, in una parola, un diritto giurisprudenziale.

VII. I nostri diversi approcci hanno, spero, mostrato il rapporto tra giurisprudenza e diritto nei molteplici aspetti della sua concretezza. Ci troviamo indubbiamente di fronte a un modello di ordinamento, nel quale depositari e responsabili della

(56) Vedi oltre, § VII.1.

(57) WIEACKER 145.

norma sono i giuristi: non perchè ufficialmente incaricati della sua posizione e applicazione imperativa, ma perchè messi dalla loro competenza e autorevolezza in grado di formularla.

Ora, la nostra curiosità di uomini immersi, quasi ineluttabilmente, nel paesaggio del diritto legale non può contentarsi di questo risultato che sta alla confluenza delle diverse vie percorse; non può acquetarsi finchè non veda: a) come sia stato possibile che una società complessa e grandiosa come la romana sia stata retta da un ordinamento nel quale il giudice, una volta ricevute dal pretore le poche parole della formula, non aveva quasi mai una legge a cui far capo e non era guidato da un corpo di precedenti vincolanti, e il pretore stesso, nel proporre il suo editto ogni anno e nell'impostare le singole liti, non aveva quasi altra base normativa statale che, rispettivamente, l'editto del predecessore e il proprio, brevissimi e dei quali si può dire ogni termine doveva presentare un significato incerto a un profano come egli era; b) come abbia funzionato, nelle sue varie parti, questo modello di diritto. La prima domanda è sociologica, esprime il bisogno di vedere il modello del diritto inserito, ingranato nel modello della società. La seconda domanda è giuridica, riguarda il modello del diritto in sè stesso, esprime il bisogno di conoscerlo dall'interno.

In quanto nascente dal legalismo la nostra curiosità — osserviamolo per inciso — sarebbe parsa non pertinente a un romano: il nostro modo di porre la domanda storica è infatti esso stesso storico (nel senso di appartenente a un tempo); ne diverremo tanto più consapevoli quanto più saremo vicini a una risposta soddisfacente, perchè una volta immersi nel paesaggio romano, nei suoi equilibri e nelle sue intime razionalità, esso ci apparirà non meno bastate a sè stesso e 'necessario' del nostro; poi l'uno e l'altro ci appariranno egualmente 'relativi' e infine la nostra domanda ci apparirà appunto come 'storica': vedremo allora che è la storicità a incuriosire alla storia, e la storia a farci consapevoli della nostra storicità.

1. La prima domanda non esige, a mio parere, più di una risposta fondamentale, sulla quale esclusivamente vorrei

qui trattenermi, senza temere l'inevitabile — ma talvolta proficuo (58) — effetto di 'esagerazione': il diritto in Roma (ciò va precisato ad evitare premature generalizzazioni) ha potuto essere così largamente giurisprudenziale per la struttura aristocratica della società repubblicana. Se questa struttura sia, a sua volta, 'spiegabile' (eventualmente giustificabile) con fatti ancora più fondamentali non ci interessa qui direttamente: essa è la 'spiegazione' prossima del sistema giuridico privato, e ad essa possiamo fermarci (59).

Nonostante la formale eguaglianza dei cittadini sancita dalla costituzione, sta di fatto che i massimi posti di governo (il consolato, la censura, la carica vitalizia di *princeps senatus*) oltre che le più alte cariche religiose (come il pontificato massimo) sono andati, per secoli, ai membri di poche grandi casate, tra le quali la lotta per il potere — che significava, per i romani, la via alla gloria! — è stata strenua e ininterrotta. Con l'estendersi delle conquiste romane, e soprattutto a partire dalle prime guerre puniche, ognuna di queste 'dinastie' alternantisi al governo ha assunto le proporzioni di una vera e propria potenza. La rivalità accanita tra di esse, non avvertita o non voluta mettere in luce dalla maggior parte degli storici antichi (forse anche essi abbagliati da quella che è probabilmente la maggiore opera d'arte romana: l'autoritratto epico-mitico della classe dirigente repubblicana), ma oggi accertata al di fuori di ogni dubbio (60),

(58) Come spiega molto bene G. ANDERS, *L'uomo è antiquato* (Milano 1963, traduz.) 22-27.

(59) Qualcosa di analogo si intende dire quando si fa risalire la giurisprudenzialità del diritto alla nozione di *auctoritas* e alla sua influenza sulla mentalità e sulla società romana (è il caso, p. es., di R. HEINZE, *Vom Geist des Römertums*<sup>3</sup> [1960] 51-53; F. DE VISSCHER, *La jurisprudence romaine et la notion de l'a.*, in *Recueil Gény* I [s.d.: 1934?] 34). Ma c'è da chiedersi se una nozione (sia pure quella di *a.*) abbia mai posseduto, per conto proprio, autorità; e soprattutto, perchè l'*a.* andasse a certe persone (p. es. l'imperatore) e non ad altre, perchè, in particolare, ne avessero tanta i giuristi. A questa domanda occorre rispondere (se si vuole evitare il ricorso a una *vis dormitiva*) tenendo presente la struttura politica e sociale nel suo complesso, e il posto in essa riservato alla giurisprudenza.

(60) Soprattutto dalla magistrale indagine di F. MÜNZER, *Rö-*

trovava i suoi limiti, oltre che nelle formalità, per lungo tempo rispettate, del diritto costituzionale, soprattutto in due interessi comuni: difendere e accrescere all'esterno la potenza romana, difendere e accrescere all'interno la potenza del ceto contro le opposte minacce monarchica e democratica. Accanto a questa aristocrazia del potere politico, che è il ceto senatorio con al proprio vertice la *nobilitas* (61) culminante a sua volta nelle *gentes maiores*, si venne poi formando un'aristocrazia del potere economico — industriali, appaltatori, commercianti, banchieri — che viene designata come l'ordine degli *equites*, dal censo che avrebbe consentito ai suoi membri di servire a cavallo nell'esercito. Anche con questi nuovi ricchi, il rapporto è duplice: rivalità da un lato, 'unione sacra' contro i non possidenti dall'altro. Ciò almeno fino a che non esplode la crisi finale della repubblica.

Questi fatti ben noti mi paiono appunto fondamentali per capire come la città potè reggersi sul diritto giurisprudenziale.

Anzitutto, essi spiegano la scarsità, l'incompletezza e secondarietà integrativa del diritto legale. Lo Stato romano imperialistico può essere avvicinato, se vogliamo tentare un paragone moderno, a una di quelle società per azioni o a uno di quei settori della vita economica che nell'epoca d'oro del capitalismo si trovavano 'da sempre' in mano a un ristretto numero di grandi famiglie: le quali da sempre si conoscevano, da sempre si combattevano, si allevavano, combinavano studiati matrimoni, si sovrapponevano — da sempre erano maestre nel risolvere tutto tra loro. La legge comiziale, in cui hanno voce — sia pure sapientemente indebolita dal sistema di votazione — anche i piccoli e

---

*mische Adelsparteien und Adelsfamilien*, 1920; illuminanti anche M. GELZER, *Die Nobilität der röm. Republik* (1912), ora in *Kleine Schriften* I (1962) 17-135 (nel seguito cito dalla 1<sup>a</sup> ed.) e R. SYME, *The roman revolution*, 1939 (rist. 1952, 1956).

(61) Al ceto senatorio appartengono i senatori e i loro discendenti; alla *nobilitas* (GELZER) i consoli, gli ex-consoli e i loro discendenti. I consoli si reclutavano preferibilmente nelle famiglie già consolari, e al di fuori di esse quasi solo nelle senatorie: dal 366 al 64 a. C. (anno del consolato di Cicerone) si contano, su circa 600 consoli, solo 15 (!) *homines novi*, cioè non nati in famiglia di rango senatorio (cf. GELZER 40 s.).

piccolissimi azionisti, non è vista di buon occhio e il console-amministratore delegato, ben istruito dai senatori-consiglieri di amministrazione, vi ricorre (come è suo diritto) il meno possibile. La legislazione infatti, dalle XII Tavole al I secolo, è nel suo insieme sotto il segno democratico. Tuttavia, come ho già accennato, essa si risolve spesso in provvedimenti temporanei di giustizia distributiva destinati a tacitare quei tali piccoli azionisti, senza quasi mai intaccare le venerate consuetudini, nè i durissimi spigoli e l'amplessissimo contenuto dei diritti soggettivi.

Del resto è significativo il fatto che le scarse leggi modificatrici del diritto privato siano tutte o quasi tutte plebisciti, di iniziativa quindi non consolare ma tribunizia (62). All'atteggiamento, poco favorevole alla legge, dell'aristocrazia può farsi risalire, forse, anche la scarsa efficienza della pubblicazione delle leggi e la scarsissima preoccupazione dei giuristi di darne raccolte, di curarne edizioni testualmente sicure (63).

La struttura sociale aristocratica si rivela poco propizia al diritto legale sotto il duplice profilo che la distingue: quello per cui è antimonarchica non meno di quello per cui è antidemocratica. Non è un caso che le codificazioni siano state realizzate o progettate, in Roma, o da movimenti popolari (quello a cui sono dovute le XII Tavole) o da autocrati (Cesare — forse preceduto da Pompeo — Teodosio, Giustiniano). L'editto, come nascente dalla giurisdizione, costituisce, per i motivi che ho già indicato, un caso a parte.

Sarebbe anche possibile rilevare un'influenza della struttura sociale aristocratica sugli stessi atteggiamenti fondamentali e sul contenuto del diritto privato. Non che esso sia limitato alle

(62) Si veda la penetrante indagine di G. ROTONDI, *Osservazioni sulla legislazione comiziale romana di diritto privato*, 1910, ora in *Scritti giuridici I* (1922) 1-42, dalla quale risulta anche la significativa prevalenza della legislazione tribunizia in ogni campo del diritto, ma più accentuatamente in quelli che potevano essere di più scottante interesse popolare, come le leggi agrarie. Almeno dal 287, se non da prima, i plebisciti legavano tutto il popolo al pari delle leggi comiziali. Politicamente, la differenza di composizione tra le assemblee (lievissima) conta assai meno della differenza tra i magistrati roganti.

(63) Vedi sopra, n. 30 s.



grandi famiglie: ma deve poter servire anche per loro, adattarsi anche — e questo significa soprattutto — alle loro concezioni ed esigenze. L'intangibilità e l'ampiezza di contenuto dei diritti favoriscono notoriamente chi li ha, o ha i mezzi per acquistarli; esse in Roma sono estreme, ai limiti della sovranità. La 'interindividualità', il 'privatismo' di cui si è discusso (64) si risolvono in difficoltà massima di piegare i diritti a funzioni sociali, di 'sloggiare' i già possidenti con misure distributive; e il lavoro, la sola merce commutativa che ogni uomo valido porta con sé, è appunto di scarsissimo valore in una simile società. Roma repubblicana — lo aveva già avvertito come un fatto fondamentale Jhering (65) — non ha ceti medio, o meglio questo è stato progressivamente distrutto dal tipo di economia introdotto dall'imperialismo e dalla società a schiavi.

Abbiamo anche visto come l'interindividualità del diritto sia in effetti una 'interpaternalità' (non c'è individualismo giuridico in senso stretto a Roma): soggetto dei diritti che non per nulla chiamiamo patrimoniali, proprietà e credito, è esclusivamente il *paterfamilias*; anche questa è una concezione che ben si attaglia a un regime di casate. Sono noti, all'interno della famiglia, i poteri del *pater* sui figli e sugli schiavi, sulla moglie. L'eredità intestata civile, la tutela più antica, la clientela, l'adozione, sono tutti istituti che bene si organizzano in una concezione nella quale le grandi, più che le piccole, famiglie dovevano scorgere una possibilità di uso e un proprio interesse.

Lo stesso vale, come dirò subito, del formalismo. E lo stesso vale, ritengo, della netta separazione tra il diritto come ordine coattivo, 'azionabile', e i doveri socio-morali, e della riduzione al minimo del diritto coattivo segnalate da Jhering (66). I capi-famiglia sono soggetti ai numerosi vincoli di un costume che non mancheranno di rispettare; ma possono essere costretti dal magistrato giudicante solo a un numero di comportamenti relativamente minimo (intendo relativamente sia alle società di tipo teocratico, nelle quali sono sottoposti a coazione molti do-

(64) Sopra, § III.

(65) *Geist* II, 237-249.

(66) *Geist*, spec. II, 23-27; 50-62; 139-147.

veri verso la divinità, sia alle società di tipo socialistico moderno). Difficilmente può cogliersi nell'empiria della storia con altrettanta evidenza un equivalente istintivo della distinzione teorica del diritto dalla morale sotto il suo profilo 'imperativo-attributivo' (67): ciò di fronte a cui il romano si cautela con le precise sue delimitazioni non è, si direbbe, il carattere imperativo dello *ius*, comune anche al severo, ampio codice di doveri del *mos maiorum*; è il suo carattere attributivo, che dà all'altro (grazie alla coazione) un potere su di me. Non si teme il dovere ma l'obbligo, con il potere altrui ad esso correlativo: un atteggiamento tipicamente aristocratico.

Tornando alla forma — legale o giurisprudenziale — del diritto, si potrebbe obiettare: anche le società greche che non avevano struttura aristocratica nella misura e nel modo di Roma (tipicamente Atene), hanno fatto largamente a meno delle leggi per il proprio diritto privato. Occorre rispondere: esse in generale hanno fatto a meno anche dei giuristi, Romano, e forse non avrebbe potuto. In una dura società di casate come quella della repubblica, anche il diritto dev'essere cosa dura e precisa. Ha detto Jhering: i romani pensavano che i coltelli che tagliano sono i migliori. Se voglio portare un Fabio o un Cornelio in giudizio, non posso farlo appoggiandomi allo strumento stemperato dell'equità intuitiva, mi occorre una macchina infallibile, mi occorrono confini inequivocabili tra il mio e il suo. Il vetusto formalismo risalente agli archetipi di una rappresentazione magico-dinamistica (68) del mondo si mantiene in età più avanzata anche perchè assolve ad una funzione giuridica, nella quale nessuno si è addentrato più arditamente e profondamente di Jhering, e della quale mi pare siano oggi visibili, più documentatamente di quanto non lo siano state a lui, le ragioni sociologiche. Anche la rigorosa tipicità dei negozi e delle azioni, oggi quasi scomparsa e sostituita dalla libertà con-

(67) L. PETRAZYCKI, *Über die Motive des Handelns* (1907) citato da G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*<sup>3</sup> (1950) 134 e n. 2; G. DEL VECCHIO, *Filosofia del diritto*<sup>9</sup> (1953), 223 s.; A. LEVI, *Teoria Generale*<sup>2</sup> (1953), 144 ss. e *passim*.

(68) Per il chiarimento di questi concetti si veda da ultimo P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis* (1961), 202-216.

trattuale e dalla genericità dei mezzi di tutela processuale, il principio per cui ciascun atto giuridico non può avere che un solo effetto od oggetto, non corrispondono forse alla 'enormità' della conseguenza estrema cui il diritto può arrivare, e cioè che un capofamiglia della *gens Valeria* venga condannato in giudizio? Un simile diritto non 'si fa' da solo. Contro il Savigny romantico, Jhering per primo ha affermato con la maggiore energia che lo *ius civile* non è spontanea formazione consuetudinaria ma cosciente artificio, e abbiamo già osservato (sopra, n. 8) come una conciliazione delle due tesi sia forse possibile distinguendo i piani dell'esistenza e dell'essenza: su questo piano l'acribia dei giuristi era necessaria per un diritto 'pericoloso' e inflessibile tra capi dinastici. Del resto, l'aristocraticità dei più importanti soggetti del diritto può esigere i giuristi anche per altri motivi: la puntigliosità nel litigare, soprattutto il senso del rito e della tradizione. Le forme più solenni e laboriose dei negozi (per es. i *gesta per aes et libram*) vengono elaborate e custodite caramente dai giuristi, ma non potrebbero così lungamente sopravvivere accanto a più agili forme sostitutive senza il favore degli strati conservatori che 'ci tengono' a fare una 'bella' vendita o un 'bel' testamento...

Di fronte a questo quadro nasce spontanea l'obiezione tratta da quel gruppo di istituti che, allontanandosi dalle tratlative forme quiritarie, si ispirano largamente alla *fides bona* e alla semplice razionalità; da quel diritto nuovo che, formatosi soprattutto anche se non esclusivamente nei rapporti con gli stranieri, sulla base dei trattati commerciali e della giurisdizione del pretore peregrino, verrà poi riconosciuto dalla riflessione filosofico-comparativistica come *ius gentium*, κοινόν δικαίον, diritto comune dei popoli civili. (Ad esso è vicino per ispirazione di fondo anche il nuovo ordinamento processuale *per formulas* e lo *ius honorarium*). Tuttavia, se noi proseguiamo la nostra interpretazione sociologica, troviamo un'ulteriore conferma e un completamento del quadro tracciato. Questo *ius gentium* o diritto comune è, in fondo, visto nel suo aspetto di componente del diritto cittadino, il diritto dei cavalieri così come il diritto cittadino (in senso restrittivo) era soprattutto il diritto della nobiltà. Ripeto: in entrambi i casi

non intendo dire che gli altri ceti ne fossero esclusi, ma solo che la fisionomia di un certo strato normativo si adatta tipicamente a quella di un ceto in particolare. Per quanto riguarda lo *ius gentium*, esso mantiene in pieno il principio dell'indifferenza ai problemi di giustizia distributiva: può ricevere solo chi ha da dare in cambio, la singola famiglia è l'entità originaria, conchiusa, inattaccabile dai bisogni degli altri. Dal vecchio diritto il nuovo si distingue per la sua scioltezza, che pare fatta apposta per favorire il commercio, ossia soprattutto i cavalieri. Non per nulla esso si forma e si afferma senza il più piccolo intervento legislativo delle assemblee popolari; non per nulla viene 'recepito' anche nei rapporti tra romani proprio nel corso del 2° secolo a.C., che vede la contrastata ma inarrestabile ascesa dei cavalieri; non per nulla esso trova nei giuristi, che sono ancora quasi tutti membri della *nobilitas*, accoglienza inizialmente fredda in quanto tende a introdurre uno stile non tradizionale e alieno dalla *subtilitas veterum* (69). Anzi possiamo dire che la grandissima, mai più eguagliata capacità innovatrice che si suole attribuire alla giurisprudenza (guida della pretura) repubblicana recente sarebbe un fenomeno inspiegabile e quasi sovrumano se non trovasse il suo parallelo e il suo appoggio, anzi la sua propulsione irresistibile nell'ascesa dei cavalieri (70). Compiutasi

(69) Traggo questa affermazione da alcune osservazioni di JÖRS, *Röm. Rechtswiss.* cit. alla n. 55. A p. 180 e 189 egli deduce dal notissimo racconto di GAIO 4, 30 che i *veteres* dovettero vedere con poco entusiasmo, almeno all'inizio, la riforma del processo: ora, questa è appunto condizione indispensabile per la 'recezione' del diritto nuovo. A p. 148 egli sembra pensare che la giurisprudenza si sia lungamente limitata ad estendere interpretativamente la portata delle *legis actiones*, invece che pensare a mezzi nuovi; un esempio di questo atteggiamento sarebbe dato dai *Tripertita* di SESTO ELIO (ivi, p. 181). Verso la fine del 2° secolo i giuristi sarebbero stati contrari a ogni estensione della cittadinanza (p. 126) pur cooperando ormai attivamente alla formazione del cosiddetto *ius gentium*: se ciò fosse vero, avremmo la prova che la 'recezione' è stata dovuta almeno inizialmente a un fattore propulsivo interno alla città, che dopo tutto quanto si è detto non potrebbe trovarsi se non nelle esigenze del nuovo mondo degli affari.

(70) È possibile (p. es. con BRYCE citato alla nota 83) dare, di questa trasformazione del diritto, una spiegazione meno sociale e più poli-

questa ascesa, la tettonica degli alti strati sociali non ha più conosciuto, almeno nella città di Roma, modificazioni di sostanza: ed ecco che la giurisprudenza del principato conduce a classica perfezione l'impianto repubblicano, ma appunto senza più sostanzialmente modificarlo.

Lo *ius civile* classico ci si presenta perciò come un solido ceppo nobile con un fiorente innesto equestre; alla grande massa restava... il diritto 'distributivo' (se non vogliamo piuttosto considerarlo una precaria assistenza sociale) delle *frumentationes* e degli spettacoli pubblici, *panem et circenses*. In questo senso il diritto romano classico appare, come ho già detto, l'eterno diritto aristocratico-borghese, validissimo ove destinato a collegare gli eguali, cioè all'interno delle cerchie dei possidenti, statico e impotente se destinato a reggere tutta una società affetta da profondi squilibri economico-sociali (71). Guardato sufficientemente

---

tica, diciamo anche più grandiosa. Roma avrebbe modernizzato il proprio diritto (e con ciò stesso portato la sua giurisprudenza dall'arcaico formalismo a un livello scientifico di perenne valore) perchè confrontata con il problema dell'impero, cioè per dare un diritto all'impero. Io non credo che questa spiegazione, malgrado tutto, sia soddisfacente. Anzitutto il diritto si è modernizzato già in pieno 2° secolo, quando Roma non aveva ancora una vera e propria responsabilità di amministrare un impero. È stato piuttosto lo sviluppo dei commerci a favorire, con gli stranieri e anche tra romani, davanti ai due pretori in Roma, il nuovo diritto. Vale poi quanto osservato in fondo alla nota precedente: il diritto romano (sia pure moderno e classificabile come *ius gentium*) valeva (salvo la funzione suppletiva tardiva di cui parlerò) tra cittadini romani; ora i giuristi ancora sullo scorcio del 2° secolo avversano l'estensione della cittadinanza mentre già hanno recepito ed elaborato il diritto nuovo. Ancora: lo *ius gentium* romano (come dirò alla n. 73) è elaboratissimo, quanto il diritto vecchio. Per l'amministrazione provinciale o anche dell'Italia dopo il 90 avrà potuto semmai servire un diritto romano volgare (su cui vedi le pp. 51-56). La scientificità dello *ius gentium* romano urbano non nasce quindi da esigenze amministrative, quanto piuttosto dal fatto che esso si applicava (anche, e quindi soprattutto) tra i potenti della capitale, in liti importanti alle quali principalmente si rivolgeva il responso dei giuristi più illustri.

(71) Sono significativi i punti di contatto tra la critica di uno storico come JHERING al diritto romano (vedi sopra, n. 65) e quella di un socialista come A. MENGER al progetto del codice civile tedesco, ispirato,

temente dall'alto esso ci appare, salvo eccezioni, rimasto quasi impenetrabile sia alle preoccupazioni da cui fu poi ispirata parte della legislazione economico-sociale del basso impero, sia alle suggestioni in senso antiindividualistico e comunitario che potevano provenire da gruppi filosofici e religiosi come quello cristiano.

Se il diritto privato romano, in quanto diritto tra concittadini che però tende (al limite) a configurarsi come diritto tra soggetti sovrani (72), esige, per questa duplice polarità da cui riceve la sua forma tipica, la tecnica e la precisione di giuristi specializzati (73), va anche detto che questi non avrebbero potuto essere che membri dell'aristocrazia, nelle composizioni da essa successivamente assunte. Nel campo della giurisprudenza sarebbe stato quasi impensabile il semplice professionista culturale di tipo ellenistico che pure in altri campi ebbe modo di allignare a partire dal 2° secolo. Ciò per vari motivi. Anzitutto perchè i dinasti non si sarebbero fatti dire il loro diritto da un *homunculus* (socialmente parlando) sia pure dottissimo. Era naturale che lo chiedessero piuttosto a membri del loro giro di *amicitia*, aristocratici dotati di temperamento sufficientemente studioso per dedicarsi, con amabile pedanteria, a quell'*hobby* decoroso come un'araldica, importante come una economia che era la giurisprudenza. Schulz, che l'ha così efficacemente caratterizzata come « Honoratiorenjurisprudenz », non ha forse abbastanza accentuato il legame di questo carattere col fatto che il diritto stesso era un *Honoratiorenrecht*, un diritto per ottimati.

---

attraverso la pandettistica, a concetti e principii romani (*Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 1890; 3<sup>a</sup> ed. 1904). Vedi anche EHRlich, *JL* 209 s. E cf. oltre, cap. IV § III.

(72) La base 'naturalistica' di questa autonomia che sfiora la sovranità è, nel periodo più recente, la potenza (paragonabile a quella di interi stati-città antichi) cui arrivano i grandi possidenti romani, nobili e cavalieri: cf. SYME (o.c. sopra, n. 60) 15.

(73) Ciò vale anche — ed è fatto significativo — del cosiddetto *ius gentium*, la cui versione romana è elaborata con rigore, completezza, coerenza e tecnicismo infinitamente maggiori delle versioni straniere.

Un altro motivo dell'aristocraticità della giurisprudenza stava nella sua connessione con la vita politica. Sempre i piccoli traggono la loro importanza dai contrasti tra i grandi: e a Roma il voto anche dei piccoli era la condizione perchè un grande potesse prevalere sull'altro. Di qui la necessità di rendersi popolari, ciò che poteva farsi, ci dicono le fonti concordi (74), soprattutto in tre modi leciti: con il successo militare, con l'oratoria, con la giurisprudenza. Il *respondere*, l'*agere*, il *cavere* vanno visti, oltre che come atti giurisprudenziali, come atti politici: rinsaldando i vincoli di *amicitia* con gli eguali, si pongono per gli inferiori come un *beneficium* comportante un dovere di gratitudine e un legame blando di clientela (75) che sarà prezioso al momento delle elezioni e comunque accrescerà quel prestigio (l'*auctoritas*) che è così importante per esercitare nella città il potere effettivo, al di là delle cariche ufficiali, in particolare delle magistrature, che sono quasi tutte di breve durata. È comprensibile che i nobili, come difendevano il proprio monopolio del potere, così riservassero a sé il più possibile quelle conoscenze che ne costituivano un presupposto. Questa connessione della giurisprudenza con le fatiche dell'*ambitus* e con gli intenti dell'aristocrazia contribuisce a spiegare la prevalenza dell'attività svolta oralmente e in diretti rapporti personali su quella letteraria che è, fino ai primi classici, sorprendentemente scarsa;

(74) Il testo fondamentale è CICERONE, *Pro Murena* 19-30, la cui vivacissima impertinenza non potrebbe divertire il pubblico (come certo vuole e sa) se non avesse un bersaglio degno e importante. Di Cicerone vanno letti anche *De oratore* 1, 131. 197-201. 239 s.; *Pro Plancio* 61-62 (*rogas quae castra viderit... num disertus sit... num iuris consultus*); *Cum senatui gratias egit* 13 (*cum eum... nulla res commendaret, non iuris scientia, non dicendi vis, non peritia rei militaris...*). Sull'argomento è sempre vivo il libro già spesso ricordato di GELZER.

(75) CICERONE, *De officiis* 2, 65 *in iure cavere, consilio iuvare... vehementer et ad opes augendas pertinet et ad gratiam... haec igitur opera grata multis et ad beneficiis obstringendos homines accommodata*. L'aver reso di dominio comune come il successo e l'intera struttura politica fossero essenzialmente fondati nei rapporti tra pari sull'*amicitia* (che andrebbe tradotta 'consorteria', 'alleanza') e nei rapporti tra diseguali sulla *clientela* è merito soprattutto di GELZER, preceduto però (come egli avverte a p. 49) da FUSTEL DE COULANGES.

e soprattutto il fondamentale carattere casistico della giurisprudenza. L'interesse per il caso, il prevalere del responso si spiegano, oltre che con una certa concezione del diritto, con l'ubicazione della giurisprudenza nella vita cittadina.

Del resto la giurisprudenza era anche per un altro verso una via al potere: i maggiori collegi sacerdotali, in particolare quello dei pontefici, avevano anticamente detenuto la conoscenza, in gran parte segreta, del diritto. Quando perdettero questa esclusiva in seguito alla laicizzazione del diritto, il rapporto tra giurisprudenza e sacerdozio, più che rompersi, s'invertì: nel senso che adesso diventava titolo preferenziale per la nomina a sacerdote l'essere competente di diritto (76). Ne è prova il grande numero di giuristi pontefici o auguri che incontriamo fino a tutto il 2° secolo. Sappiamo anche che il cumulo del potere politico e del sacerdozio (in particolare delle cariche, entrambe vitalizie, di *princeps senatus* e di pontefice massimo) era l'ambizione suprema della nobiltà (77).

Anche l'oratoria, con la possibilità che dava di patrocinare in giudizio, era un mezzo politico utilissimo (78); Cicerone attribuisce il suo memorabile successo come *homo novus* alle innumerevoli difese, scritte instancabilmente anche nei giorni festivi. Qui però erano maestri i greci; e la temibile concorrenza degli oratori ellenisticamente agguerriti è stata certo una delle cause che hanno costretto i giuristi alla modernizzazione e universalizzazione del diritto nel 2° e 1° secolo a.C. (79). Questa oratoria, e il diritto da essa influenzato, erano d'altra parte, per la loro minore solennità tradizionale, più facilmente accessibili anche ai nuovi ricchi: c'è dunque da aspettarsi, insieme con l'ascesa dell'ordine equestre, l'apparire di giuristi cavalieri.

(76) KUNKEL 49.

(77) MÜNZER, o.c. (sopra, n. 60) 415.

(78) Cf. GELZER, o.c. (sopra, n. 60) cap. II, § 3.

(79) Cf. SCHULZ 50-53, 63-66, Ind. anal. *s.v.* *Rhetorik*, con valutazione molto troppo restrittiva e negativa. L'episodio raccontato da Antonio in CICERONE, *de oratore* 239 del confronto occorso tra il giurista Crasso e l'oratore Galba resta altamente significativo. Alla retorica riconosce importanza decisiva, seguendo STROUX (o.c. sopra, n. 36), KRELLER (cit. n. 38) 8 s.



Tutto questo trova conferma nei dati delle fonti: le innovative ricerche di Kunkel hanno mostrato che la giurisprudenza è nobiliare fino intorno al 100, poi equestre (salvo l'eccezione di Servio Sulpicio, peraltro figlio di un cavaliere) fino alla fine della repubblica (80). Ciò significa un certo ritardo rispetto a

---

(80) I rilievi critici di P. FREZZA, in *AG* 1952, 174 e 176 intaccano, a mio parere, più che il fatto, il suo significato per la storia dell'attività giurisprudenziale. L'eclissi della giurisprudenza senatoria appare collegabile (come dirò subito oltre nel testo) con il passaggio della giudicatura ai cavalieri, e soprattutto (cf. KUNKEL 52 s., 58-60) con la continua tensione e i pericoli in cui la classe politica fu travolta. Come avverte Cicerone, nell'anno cruciale del *de officiis* (2, 65) è stata *haec confusio temporum* a togliere il diritto dalle mani dei *principes civitatis*. Nella classe equestre invece allignava precisamente il tipo d'uomo adatto a coltivare gli studi. Lo descrive efficacemente SYME (o.c. alla n. 60, 13 s.) citando Sallustio: accanto all'ambizione politica e alla *magnanimitas* tipica dei senatori, c'erano *illa quies et otium cum libertate quae multi probi potius quam laborem cum honoribus capessebant*; e fa l'esempio di Attico. La situazione politica e questi connotati anche psicologici della classe equestre hanno favorito, insieme a un certo ritiro della giurisprudenza dalla vita pubblica, le tendenze alla sistematica (*ius in artem redigere*) e alla precettistica (*regulae*, « Regularjurisprudenz ») che si delineavano già all'inizio di questo periodo sotto l'influsso della dialettica greca (entro questi limiti dissentirei da FREZZA, l.c.; vorrei anche aggiungere che la eclissi politica della giurisprudenza in questo periodo [e poi da Tiberio a Vespasiano], ha influito, oltre che sui modi dell'attività giurisprudenziale, alla quale soltanto si riferiva F., sul rapporto tra giurista e diritto e in definitiva sul diritto stesso, di cui ha favorito la divisione in uno strato classico, conservatore, e in uno strato volgare, poco aiutato, nelle sue esigenze di rinnovamento, da una tecnica imperfetta: su ciò vedi oltre, 51-57). La pace civile restituirà poi i giuristi — anche se in mutate condizioni — alla funzione autorevole del *respondere*, e tornerà a prevalere la tendenza casistica, più genuinamente romana: cf. SCHULZ 73-84, 153 s.; BRETONE, o.c. alla n. 3, 16 n. 18. Il ritratto più vivo e completo della giurisprudenza in questo periodo di transizione ci è dato da CICERONE nel primo libro del *de oratore*. Il principio dialogico del contraddittorio, che mette alle prese l'esaltazione un po' patetica di Crasso e lo scintillante *persiflage* di Antonio, colloca la giurisprudenza nel suo esatto chiaroscuro, illuminandola dai due opposti lati del tradizionalismo e dell'ellenismo che erano come le due anime viventi nel petto di ogni romano colto di allora. Tanto che essi nemmeno appaiono del tutto puri negli interventi degli oratori avversari ma ogni tanto vi si mescolano, come quando Crasso, il tradizionalista, vuole uno *ius civile in*

quanto ci si sarebbe potuti aspettare; ma è un ritardo che si spiega abbastanza bene con un'altra specifica circostanza, che vale anch'essa a gettare luce sul modello romano del diritto. Non solo i giuristi, ma anche i giudici appartenevano, *ab antiquo*, all'aristocrazia: la lista dei nomi tra i quali il magistrato doveva scegliere era quella dei senatori (81). È vero che in teoria le parti potevano indicare concordemente al magistrato un giudice di loro fiducia non scelto sulla lista: ma non è detto quanto il magistrato fosse docile alla loro indicazione, nè sembra troppo facile un accordo sul giudice quando ci si era rivolti al magistrato invece di ricorrere ad un arbitro. Il nostro testimone migliore, Polibio (6, 17, 7-8), vede anzi in questo monopolio giudiziario la radice principale del potere del senato sul popolo. Fu perciò atto politico di grande portata quello con cui Caio Gracco, probabilmente nel 123, fece trasferire per legge (ecco appunto un tipico uso della legge!) il *munus iudicarium* ai cavalieri; ed essi lo mantennero poi fino alla fine della repubblica, salvo una parentesi sillana e, successivamente, il ritorno ai senatori di un terzo dei posti. (A partire da Augusto le liste sono redatte dal principe. Esse comprendono ormai alcune migliaia di nomi, per cui la proporzione di senatori diminuisce ulteriormente; ma il contrasto tra gli ordini, e con esso la funzione giudiziale, ha perso quasi del tutto l'antica portata politica).

---

*artem redactum* (185-191). In questo e in alcuni altri scritti di Cicerone si trovano annunciati per la prima volta (come era naturale accadesse all'incontro tra grecità e romanità) i temi del contrasto, che non scomparirà più dalla cultura occidentale, tra il giurista con le sue *acutae ineptiae* (l'espressione è di Seneca) e l'*honnête homme* con la sua più versatile e disinvolta saggezza.

(81) Questo è certo per i tribunali collettivi, molto probabile per il *iudex unus* del processo privato. Su quanto segue cf., tra i molti, MOMMSEN, *Droit Public* VI, 2, 131-144 e l'importante nota ivi, p. 489; J. MAZEAUD, *La nomination du iudex unus* (1933); F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana* II, 2 (1955), 450-455 con altra letteratura. Io seguo l'opinione, appoggiata dalla maggior parte delle fonti, secondo cui Caio trasferì interamente (e non per i 2/3, come ritengono Carcopino e Mazeaud) la giurisdizione ai cavalieri

Abbiamo perciò un quadro coerente: aristocratici (nobili, poi anche cavalieri) i giuristi; aristocratici (nobili, poi anche cavalieri) i giudici; aristocratici infine gli stessi principali utenti del diritto privato, che appare esemplato nel suo ceppo più antico sulla nobiltà, nel suo innesto più recente sulla 'borghesia'. Ciò che a me qui maggiormente premeva, era il mettere in relazione l'apparire di una giurisprudenza equestre (un po' ritardato, come dicevo, rispetto all'evoluzione generale del ceto) con le vicende della giudicatura. Ora, se pensiamo che Quinto Mucio, console nel 95, è l'ultimo giurista repubblicano rappresentante della grande aristocrazia, mentre dei suoi allievi uno solo è di (malsicura) origine senatoria, noi otteniamo una indicazione suggestiva: i primi giuristi dell'ordine giudicante nuovo che vanno a scuola dall'ultimo giurista dell'ordine giudicante vecchio, e sono precisamente uomini che al tempo della riforma graccana erano giovanissimi o non ancora nati, cioè la prima generazione successiva alla conquista del *munus iudicarium* da parte dell'ordine equestre. Non ci sarebbe da stupirsi se i loro ricchi genitori li avessero avviati a uno studio che, pur non indispensabile, era certo favorevole all'adempimento delle maggiori responsabilità ormai riconosciute al loro ceto.

Riassumo quanto detto finora: sul fatto che il diritto privato repubblicano sia giurisprudenziale — e non legale, nè, come nel mondo greco, consuetudinario-equitativo — influisce notevolmente la struttura aristocratica della società romana, da un lato col restringere al minimo l'influenza della legge, dall'altro con l'esigere un diritto portato alla massima precisione e quindi degli specialisti; questi dovranno appartenere anch'essi ai ceti dominanti, e trarranno da quest'appartenenza la loro abilitazione a conservare nelle proprie mani, quasi in nome dei loro ceti, l'amministrazione del diritto.

Mi sono trattenuto così lungamente sul diritto repubblicano perchè la giurisprudenza classica, che può farsi iniziare e terminare con il principato, non lo ha, come già abbiamo visto, sostanzialmente modificato ma solo portato a una completa, capillare ramificazione casistica. Occorre però rendersi ragione appunto di questi tre aspetti caratteristici del diritto: — classicità, conservatorismo, giurisprudenzialità —, i quali se, visti

singolarmente nella logica interna del fenomeno giuridico, si spiegano, in una certa misura, l'uno con l'altro, presi globalmente invece non sembrerebbero affatto corrispondere alle esigenze e alla fisionomia della nuova romanità.

Il dato fondamentale è infatti l'allargamento progressivo e inarrestabile della cittadinanza: sia in forma massiccia, con l'incorporazione dell'Italia intorno al 90 a.C., sia attraverso lo stillicidio continuo di manomissioni, di colonizzazioni, di concessioni isolate a singoli o a collettività provinciali, fino alla costituzione di Caracalla del 212, che non poté trasformare in bianco il nero, ma il grigio, dando la cittadinanza a tutti i sudditi dell'impero. Insieme alla cittadinanza si espandeva, ovviamente, il diritto romano; anzi in misura ancora maggiore, per il suo crescente uso, nei tribunali dei governatori (promagistrati, *iuridici*, *procuratores*, *legati*), anche per le controversie tra romani e provinciali (82) e perfino tra provinciali (soprattutto se di diversa *civitas*) come diritto comune suppletivo (83).

Ma l'estensione della cittadinanza non è stata affatto accompagnata dal diffondersi di un livello e di uno stile di vita corrispondente a quello romano urbano. Solo la capitale e forse qualcuno dei maggiori capoluoghi di provincia (84) possono avere avuto dei giuristi veramente a conoscenza dei problemi agitati nelle opere in cui è contenuto il diritto 'classico' (85). È stato notato che nel processo provinciale del principato la *recitatio*

---

(82) Intendo qui, per brevità, anche i sudditi dei regni annessi che non sono considerati vere provincie ma vengono tuttavia di fatto amministrati da funzionari romani, come ad es. l'Egitto.

(83) Su questo punto ha insistito giustamente J. BRYCE, *Imperialismo romano e britannico* (1907, traduz.) 106 s. Del diritto romano come 'diritto comune' parla P. DE FRANCISCI, *Sintesi storica del diritto romano* 178. Sul diritto romano come diritto suppletivo sono illuminanti, come sempre, alcune pagine di L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht* (1891), 127-130 che va consultato anche per quanto dice sull'espansione della cittadinanza (ivi 143-158).

(84) GIUSTINIANO, *Cost. Omnem*, 7 intenderà poi restringere l'insegnamento del diritto alle *regiae urbes* e alla città di Berito, ritenendo che altrove *imperitos homines... doctrinam discipulis adulterinam tradere*.

(85) Sulla cultura giuridica delle provincie sono da vedere MITTEIS, o.c. 189-203; 151-158 e KUNDEL 346-365.

al giudice delle norme giuridiche non comprende gli scritti classici (86). Anche in Roma molte cose devono essere cambiate con la decadenza (di fatto, se non nella forma) delle istituzioni democratiche connesse con lo Stato-città. L'esercizio del *respondere* a casa o sulla pubblica piazza come mezzo per la conquista della popolarità politica, che obbligava ancora Servio Sulpicio ad alzarsi al canto del gallo (87), non ha più potuto avere molto senso da quando le nomine dei magistrati hanno cominciato ad essere sempre più decisamente influenzate dagli imperatori. È probabile che lo strato sociale dei consultori dei grandi giuristi sia andato sempre più a coincidere con quello dei potenti e degli abbienti invisibili alla folla, anche perchè quei giuristi sono stati presto chiamati a ricoprire posti di consiglieri e di alti funzionari nell'amministrazione imperiale (88).

(86) E. WEISS, *Recitatio und Responsum im römischen Provinzialprozess*, in *ZS* 1912, 223 s.

(87) CICERONE, *Pro Murena* 22: *vigilas tu de nocte ut tuis consultoribus respondeas; te gallorum... cantus exsuscitat*.

(88) In contrario potrebbero invocarsi le gelliane *stationes publice respondentium*, ma vedi KUNKEL 339. GELLIO stesso del resto ci avverte dello scarso numero e del difficile accesso ai giuristi (*Noctes atticae* 14, 2, 1: *vocis, ut dicitur, vivae penuria erat*). È opportuno dire qui due parole, riassumendo i risultati di Kunkel, sui natali e la posizione sociale dei giuristi classici. Dopo la parentesi equestre del 1° secolo (vedi sopra, n. 80) si ritorna, con Augusto, a una giurisprudenza prevalentemente senatoria; solo a partire dalla metà circa del 2° secolo i maggiori giuristi sono regolarmente cavalieri, che occupano posti spesso altissimi nella carriera civile equestre creata da Adriano. Ma mentre il primo e il secondo passaggio della giurisprudenza ai cavalieri sono spiegati da Kunkel in modo del tutto convincente, il ritorno ai senatori sotto Augusto non può, mi pare, comprendersi semplicemente come una conseguenza della concessione ad essi soli dello *ius respondendi* (KUNKEL 280 s., 284 s.; FREZZA, l.c. alla n. 80, 176, nega anch'egli questa portata dello *ius respondendi*, ma partendo dall'idea che l'eclissi dei senatori non sia neppure avvenuta). Intanto non sembra persuasivo che Augusto possa aver rifiutato sistematicamente lo *ius respondendi* a grandi giuristi equestri, tanto più che egli, come Kunkel ricorda, favorì in generale i cavalieri. Ma soprattutto i giuristi non si improvvisano con una concessione imperiale. Perchè lo *ius respondendi* potesse essere concesso (e magari limitato) ai membri dell'ordine senatorio occorre che membri di quest'ordine coltivassero il diritto: ed essi nella morente repubblica mancano, nel nascente

Dato il legame della giurisprudenza con la democrazia politica, che era vita 'in pubblico', con la scomparsa di questa la grande giurisprudenza perfino in Roma ha perso una preziosa via di contatto con il 'paese reale'. Questo a tacere di altri, complessi fattori come il diffondersi di una mentalità sempre più imbevuta di suggestioni elleniche e orientali, poco propizie al rigore e al grigiore del diritto.

Nè può pensarsi che la perdita dell'influenza attraverso la quotidiana fatica del responso sia stata compensata da una proporzionale espansione dell'istruzione giuridica: questa continuava a impartirsi per lo più privatamente, a pochi discepoli: di veri e propri stabilimenti di studio non abbiamo notizia sicura (89), comunque è da escludere che essi portassero gli stu-

principato ricompaiono. Questo è il fatto da spiegare, e si spiega mi pare con dei processi più lenti e più complessi. Come ci dice Kunkel, tra i giuristi del primo principato ve n'erano anche di nobiltà recente. Ora, la ricomposizione del senato operata da Cesare e poi da Augusto ha elevato di rango non poche di quelle cospicue famiglie equestri nelle quali i giuristi dell'ultima repubblica si reclutavano. La stessa competenza giuridica può essere stata un titolo di scelta (ed è più facile fare di un giurista un senatore che viceversa). Quanto ai membri dei vecchi ceppi senatorii repubblicani, essi possono esser stati rincuorati a riprendere l'arte giuridica dalla cessazione delle terribili ostilità politiche che restituiva loro la calma necessaria, ed anche — preclusa ormai dal principe la via al potere supremo — un qualche interesse per l'*urbana militia respondendi, scribendi, cavendi, plena sollicitudinis ac stomachi* (CICERONE, *Pro Murena* 19). Sempre da Kunkel (o.c. 274) apprendiamo del resto che nel nostro periodo i giuristi di accertato rango senatorio sono soltanto la metà circa, anche se comprendono le maggiori autorità: e non tutti tra loro sono nati nell'ordine senatorio. Di alcuni (p. es. di Giuliano) solo dalle cariche ricoperte sappiamo che vi appartennero personalmente. Nulla esclude in questi casi che essi abbiano avuto lo *ius respondendi* quando erano ancora cavalieri (la distinzione tra i senatorii per nascita e quelli per carriera non è fatta, mi pare, nè da Kunkel nè da Frezza). Complessivamente, quindi, i giuristi si mantengono al vertice della classe dirigente, ma rispetto alla situazione repubblicana più antica c'è un po' un'inversione del rapporto, nel senso che allora era il rango ad abilitare alla giurisprudenza, adesso è abbastanza spesso la giurisprudenza che consente di raggiungere un rango superiore.

(89) Nonostante SCHULZ 140-146: vedi soprattutto KUNKEL 334-345. Da ultimo, sull'istruzione data e ricevuta dai soli giuristi maggiori, vedi A.M. HONORÉ, *Gaius* (1962), cap. III (*The Law Schools*).

denti fino all'altezza del diritto 'classico' e che potessero fornire un numero di giuristi in grado di fare, per i milioni di cittadini romani dell'impero, ciò che i giuristi del buon vecchio tempo repubblicano avevano potuto fare per gli abitanti di Roma. Ciò significa che le opere maggiori (e ne abbiamo la conferma anche da quanto sappiamo sulla loro mole immensa, sulla tecnica del libro e l'organizzazione dell'editoria prima dei 'codici', sul numero di copie che se ne sono conservate in età postclassica) dovettero avere una circolazione limitatissima.

L'effettiva vigenza del diritto privato dibattuto dai classici deve quindi pensarsi come ristretta in fase negoziale ai pochi operatori, in fase giudiziale ai pochi magistrati e alla percentuale non troppo alta di giudici privati in grado di consultare personalmente o nelle opere i grandi giuristi: quindi quasi soltanto ad operatori, a magistrati (il gruppetto dei pretori incaricati delle cause civili) e a giudici della capitale, oppure dotati di cultura giuridica eccezionalmente profonda o di conoscenze personali che consentissero di richiedere al luminare in Roma un parere per iscritto (90). Quella vigenza va inoltre limitata ai casi in cui si sentiva il bisogno di consultare (direttamente o negli scritti) i rappresentanti del diritto classico: casi che possono benissimo essere stati proporzionalmente poco frequenti, sia perchè il consulto — diversamente dal medioevo, come vedremo — è rimasto sempre facoltativo, sia anche per lo scarso sviluppo dell'appello e la limitata responsabilità del giudice per l'errore di diritto. Tutto questo vale, s'intende, a prescindere dal 'diritto dei privati' con i suoi arbitrati, che potè avere una grande estensione, ma che ho escluso inizialmente dalla mia ricerca.

Dobbiamo perciò, sulle orme di studiosi come L. Mitteis (91),

(90) Sulla proporzione dei responsi di giuristi classici a provinciali cf. MITTEIS 157; KUNKEL 373 n. 778; A.A. SCHILLER, *Provincial cases in Papinian*, in *Acta Juridica* 1958, 221-242.

(91) O.c. 1-4. La problematica di Mitteis non è precisamente la nostra; comunque tutto il libro muove dall'idea che il diritto romano non è stato applicato nelle province secondo i puri canoni della scuola di Roma; la linea di confine tra diritto popolare o nazionale («*Volksrecht*») e diritto volgare («*Vulgarrecht*» di BRUNNER) è meno netta di quanto a Mitteis pareva.

W. Kunkel (92), E. Levy (93), F. Wieacker (94), M. Kaser (95), T. Mayer-Maly (96), A. D'Ors (97), P. de Francisci (98), P. Frezza (99) ed altri recenti (100), rappresentarci il diritto classico come uno strato (101), sottile e poggiate su una base personale estremamente esigua, del diritto romano ufficiale (uso qui il termine nel senso di: applicato nei tribunali dello Stato). Il grosso del diritto ufficiale del periodo è diritto (paragonato a quello classico) 'volgare': il che, sia detto per inciso, non significa senz'altro peggiore, anzi spesso ricco di fermenti pro-

(92) O.c. in *Abbrev.*, 368-377. Quanto dico nel testo si basa soprattutto su queste pagine magistrali.

(93) *West roman vulgar law* (1951) 6, 9; *Weströmisches Vulgarrecht* (1956) 2 s.; *ZS* 1959, 23. Cf. G. LOMBARDI (o.c. alla n. 8) 68 n. 208.

(94) *Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Spätantike*, *Heidelb. Sitzungsab. Phil.-Hist. Kl.* 1935, ora abbreviato in *Vom röm. Recht* cit. in *Abbrev.*, 235 pr.

(95) *Zum Begriff des spätröm. Vulgarrechts*, in *St. Betti*, II (1962) 569 s.

(96) 'Vulgo' und *Vulgarismus*, in *Labeo* 1960, 7-29, interessantissimo nell'impostazione anche se le fonti non consentono grandi risultati; cf. anche *Labeo* 1961, 350.

(97) In *Labeo* 1960, 232 pr. (volgarismo «coetaneo» del classicismo).

(98) *Alcune prospettive storiografiche nel campo del diritto*, in *St. Betti* I (1962), spec. 21, 24, 32. De Francisci vorrebbe sostituire l'espressione 'diritto volgare' con 'diritto della (delle) prassi'; ma il fenomeno a cui si riferisce è lo stesso di cui io parlo.

(99) In *AG* 1952, 178: «non è stata avvertita la necessità di colmare il salto fra l'alto livello della cultura giuridica ufficiale e quello della preparazione giuridica dei vari centri regionali dell'impero».

(100) Accennano di sfuggita a un diritto volgare in età classica p. es. C. SANCHEZ DEL RIO, in *Labeo* 1961, 56; G.G. ARCHI, ivi 211, 214. H. LÉVY-BRUHL, ivi 57 s., allarga troppo il concetto. G. GROSSO, in *Iura* 1957, 489 sembra piuttosto concepire per l'età classica il rapporto nei termini di una dialettica tra scienza e prassi; così anche G. PUGLIESE, in *AG* 1951, 119 ss., giungendo perciò a conclusioni scettiche sul concetto di *Vulgarrecht*. È comune del resto alla maggior parte degli autori finora citati l'idea che di diritto volgare possa parlarsi più propriamente quando la diga classicistica crolla.

(101) L'espressione è di KASER, l.c. 564, ed è preferibile a quella di 'ordinamento', o 'sistema', o 'complesso giuridico'.



duttivi (102). Con 'diritto romano' dobbiamo perciò rappresentarci una convivente pluralità di esperienze giuridiche comunicanti ma tuttavia individuabili; dobbiamo da un lato ritenere che anche l'esperienza giuridica volgare avesse i suoi giuristi, modesti culturalmente ma non inutili, anzi spesso vantaggiosamente spregiudicati: anche il diritto volgare è stato, a suo modo, diritto giurisprudenziale (103); dall'altro renderci conto che il diritto dei classici è un'esperienza in larga misura culturale, tendente a una perfezione contemplabile in ispirito; con ciò essa quasi si svincola dai limiti della sua società e del suo tempo, acquista in esemplarità perenne ciò che perde in efficacia concreta e rappresentatività storica entro l'orbe romano considerato nella sua totalità.

Tornando al nostro punto di partenza: con gli ultimi decenni della repubblica, soprattutto con il principato, prende corpo lo strato classico del diritto ma si dilata, contemporaneamente e in maggior misura, sotto la spinta dell'evoluzione politica, quello volgare (si può anzi affermare paradossalmente che, se per qualificare un diritto come volgare occorre il termine di riferimento di un diritto classico, è stata la giurisprudenza classica a 'far nascere' il diritto volgare (104). I grandi giuristi si assorbono nel compito di condurre alla perfezione il diritto cittadino decenni e secoli dopo la fine della città (105), mentre una

---

(102) Questa valutazione è oggi largamente condivisa dagli storici: cf. B. PARADISI, in *TR* 1959, 76; KASER, o.c. 550, 563.

(103) KUNKEL, 318-377; KASER, o.c. 547 s.: «Vulgarjuristen».

(104) Cf. WIEACKER 227. Le proprietà relative, come insegna san Tommaso, nascono insieme: è il figlio che, nascendo, fa nascere il padre (in quanto padre).

(105) Fenomeni analoghi non sono infrequenti nella storia della cultura occidentale. Penso all'opera dei glossatori nei confronti del diritto giustiniano, dei pandettisti nei confronti del diritto classico; fuori dell'ambito giuridico, all'aristotelismo della scolastica medievale, al tomismo della scolastica contemporanea. In tutti questi casi, come nell'opera dei classici (salvo la differenza che là non vi erano state lunghe cesure intermedie), si tratta (per usare l'espressione con cui Radbruch descrive il compito dell'interpretazione giuridica e teologica) di 'pensare fino in fondo un già pensato' sentito come punto di partenza da non più mettere globalmente in discussione: ciò che non esclude arricchimenti e im-

parte cospicua della vita del diritto procede per proprie vie. Ma poichè queste ultime ci sono largamente sconosciute, ecco — ben spiegabile — la nostra tendenza a ridurre il diritto del tempo a quello dei classici; e poichè il diritto dei classici è in larga parte opera di alta cultura, fenomeno particolaristico di élite, diritto nel diritto, ecco che esso può costruirsi senza quasi bisogno della legislazione e senza quasi tener presente la consuetudine, nel dialogo dei grandi autori. Un simile isolamento è certo dovuto soprattutto all'esoterismo tecnico della giurisprudenza superiore, ma misure come la concessione a pochi privilegiati dello *ius respondendi* non possono che averlo accentuato, diminuendo ulteriormente nel giurista l'impegno di motivare, di giustificarsi di fronte al consultore. Anche gli altissimi incarichi, senatorii e poi equestri, ai quali come abbiamo visto i maggiori giuristi sono stati chiamati, se da un lato hanno accresciuto la loro autorità, dall'altro hanno mantenuto il diritto nelle mani di pochi uomini della classe dirigente, ancora una volta dispensando da un sistematico intervento della legge. Si produce in Roma questo fenomeno altrove non frequente: i classici governano. Lo stesso imperatore non costituisce ancora un'alternativa per così dire 'politica' al potere dei tecnici: a questi è affidata in gran parte la sua (scarsa) 'legislazione' privatistica e soprattutto il suo 'tribunale', che possiamo presumere adito, di regola, solo dai personaggi socialmente più in vista. L'incredulità che poteva prenderci di fronte al 'diritto di tutto un impero in mano a pochi giuristi' può dissiparsi una volta accertata l'ubicazione sociologica di quel diritto; e insieme alla giurisprudenzialità possiamo ora spiegarcene (vedi sopra, p. 50 s.) la classicità e il conservatorismo.

Abbracciando con uno sguardo retrospettivo l'intero sviluppo storico fin qui rapidamente tracciato, possiamo ormai trovare una risposta sintetica alla domanda di fondo che ci eravamo posti, come in un ambiente giuridicamente così evoluto come quel-

---

pliche revisioni critiche dall'interno, talvolta mirabili. Accade così che certe idee creative giungano a maturazione su terreni diversi da quelli in cui avevano gettato le prime radici.

lo romano si sia potuto tanto largamente fare a meno dell'auto-rità e della certezza legale. La risposta, non l'unica e necessariamente semplificatrice ma verosimilmente centrale, è che i ceti possidenti, per i quali e dai quali in primo luogo era fatto il diritto, hanno dovuto istintivamente preferire la cauta autorevolezza dei giuristi all'imperatività incondizionata, e quella certezza che viene dai lenti mutamenti di uno *status quo* vantaggioso, anche se discusso nei dettagli, a quella che può derivare da norme incontroverse ma tendenzialmente innovatrici e livellatrici (106). L'aristocrazia repubblicana ha saputo creare un duplice capolavoro: da un lato, per quanto riguarda il potere politico, un disegno (o un mito) costituzionale nel quale, sotto l'egida del principio democratico di libertà positiva ed eguaglianza formale, il bene pubblico e i privilegi di ceto venivano a fare tutt'uno; dall'altro, per quanto riguarda il potere economico, un modello privatistico nel quale, sempre con il pieno rispetto dell'eguaglianza formale, la più raffinata giustizia commutativa e l'indisturbato predominio delle minoranze possidenti venivano felicemente ad accordarsi. Preciso ancora una volta, ad evitare mi si attribuisca un'interpretazione in senso restrittivamente classistico del fenomeno giuridico romano, che il suo essersi costituito in riferimento a un'aristocrazia storicamente localizzata non gli ha impedito di raggiungere un suo valore universale: nell'intensiva elaborazione intellettuale dei classici (che la struttura sociale ha potuto favorire, ma non certo necessitare *in toto*) l'aristocraticità dell'assetto sociale si trasvaluta — quasi per una 'astuzia della Provvidenza' — in parità di soggetti originari e cospicui: situazione in certo modo perenne e, se estesa all'intero corpo sociale, anche auspicabile. Quanta più eguaglianza sostanziale in una società storica, tanto più validi in essa i principii del diritto romano.

---

(106) Sul problema della certezza, e sulle illusioni contenute nell'idea che essa possa ottenersi solo con la legge, tornerò comunque a suo luogo (cap. V, § IV). Per Roma possono vedersi intanto, in una prospettiva diversa dalla mia, C.A. MASCHI, *La certezza del diritto nel diritto romano e nel pensiero contemporaneo*, in *Ius* 1959, 32-38 e in *RIDA* 1959, 337-345, ripubblicato in forma più completa negli *St. Betti* III, 411-450; SCHULZ, *Principii* (cit. sopra, n. 32) 206-218.

2. Per rispondere alla seconda delle domande poste all'inizio di questo § VII, è necessario anzitutto richiamare alla mente quanto detto al § III sulle principali fonti del diritto, sulla loro rispettiva importanza e sui reciproci rapporti, sul fatto caratteristico che tra le fonti statali quella 'giurisdizionale' prevale in quantità e — tramite l'*imperium* — anche in efficacia sulla stessa legislazione, pur non intaccandone formalmente la validità. Si tratta adesso di documentare come, in questa interlataura, trovi espressione la superiorità conclusiva della giurisprudenza. A questo scopo faremo intanto l'inventario dei possibili interventi del giurista sopra il diritto nelle sue varie partizioni. Per una (inizialmente legittima) semplificazione ridurremo il tipo di intervento del giurista al consiglio (107), tralasciando l'opinione contenuta in un'opera scritta. Avremo allora la seguente lista di consigli possibili:

alle assemblee	per	leggi plebisciti senatoconsulti
ai magistrati giudicanti	per	editti decreti
all'imperatore	per	editti rescritti
ai giudici	per	sentenze
ai privati	per	azioni processuali negozi

Con decreto del magistrato intendo qui l'atto con cui egli risolve la controversia a lui sottoposta per la parte che gli compete, istruendo la causa per il giudice. Con azione processuale intendo l'atto con cui il privato litigante formula la sua pretesa davanti al magistrato, statuendo così in quali termini la sua situazione giuridica vada esaminata. Non ho inserito nello schema il responso dato al privato che chiede qual'è la sua situa-

(107) Vedi sopra, § IV.

zione in diritto, perchè esso è vicino sia al caso precedente sia a quello del consiglio dato al giudice per la sentenza. O meglio: il responso al privato è un po' una sintesi anticipata che potrà poi analizzarsi, dato il meccanismo del processo, in consiglio al pretore, al privato divenuto 'parte' e al giudice.

Ora non c'è dubbio che se noi riduciamo gli atti normativi (generali o individuali) nei quali si articola la vita del diritto, a quelli elencati nella colonna di destra, noi constatiamo che nessuno di essi è propriamente posto dai giuristi, cioè nessuno di essi, per l'aspetto per cui 'fa stato', 'si impone', 'vige', ha nella giurisprudenza la sua origine. Tra questi atti che la giurisprudenza non pone, ve ne sono poi di quelli che neppure vengono posti seguendo il suo consiglio: e sono — per quanto possiamo desumere dalla nostra conoscenza delle fonti — le deliberazioni delle assemblee, che salvo eccezioni non hanno il carattere di prodotti giurisprudenziali. Tutti gli altri invece possono considerarsi, almeno in linea di principio, come non posti ma tuttavia formulati dalla giurisprudenza.

Così, mi pare acquisito dalle ricerche moderne (108) che per gli interventi — s'intende — impegnativi, per le 'soglie' da superare, il pretore nella redazione del suo editto dipende in grandissima misura dai giuristi, i quali assicurano la continuità stessa del diritto onorario. Si può dire forse che la giurisprudenza sta alla *iurisdictio* del pretore come il senato alla politica dei consoli: l'autorità decidente, annua, dispone dell'*imperium* per proseguire un disegno i cui lineamenti affondano in un passato e si proiettano verso un avvenire che la trascende.

---

(108) Soprattutto da M. WŁASSAK, *Die klassische Prozessformel* (1924), a cui si deve la dimostrazione che le formule edittali sono opera della giurisprudenza. O. CARRELLI, *La genesi del processo formulare* (1946) cap. V, ha pienamente accolto e confermato questo risultato, precisandolo solo nel senso che la formula non veniva dal giurista necessariamente proposta alla parte (come voleva W.), ma per lo più allo stesso magistrato. Per lui il magistrato o era giurista o era un semplice « portavoce della giurisprudenza », che « regnava e non governava. Chi governava per lui erano in realtà i tecnici del suo *consilium* » (o. c. 230 s.). Cf. anche H. LÉVY-BRUHL, *Prudent et préteur*, in *RH* 1926, 5-39; *ibid.* 701 s., ignorato da Carrelli.

Ogni innovazione richiede la conoscenza del diritto preesistente: il pretore non può *adiuvare supplere corrigere* lo *ius civile* senza conoscerlo, non può quindi non essere egli stesso giurista o non farsi consigliare dai giuristi. Di qui una sorta di cooperazione, starei per dire di *coniugium* tra pretore e giurisprudenza per la generazione della norma (109). Ma anche per i suoi *decreti* il pretore doveva, a meno di essere egli stesso giurista, seguire il parere dell'esperto. Il suo editto, è vero, conteneva il programma secondo cui egli, munito del suo *imperium*, poteva risolvere ogni controversia; ma conoscere veramente l'editto nella sua illimitata fecondità era ben altra cosa che conoscerne, magari anche a memoria, il semplice testo.

Quanto ho detto per l'attività del pretore può valere in larga misura, soprattutto a partire dall'istituzione del *consilium principis*, per quella dell'imperatore, che anch'essa si esercita nelle due direzioni fondamentali della norma generale (l'editto) e della 'applicazione' particolare (decreto, rescritto); potremmo dire, con qualche improprietà, della legislazione e della giurisdizione.

Per quanto riguarda infine quelle 'norme' (individuali) che buona parte della moderna dottrina riconosce nelle sentenze del giudice privato e nei negozi dei semplici utenti, possiamo ritenere che, quando il consiglio veniva richiesto (e ho già cercato di indicare, per le varie età storiche, con che frequenza ciò accadesse), esso veniva di regola anche seguito (tornerò presto su questo punto).

Come si vede, per ben comprendere il tipo di rapporto con la norma nel quale, in tutti i casi finora esaminati, il giurista si trova, occorre distinguere nella norma stessa due diversi profili, che già altra volta (110) ho chiamato, in omaggio a una illustre terminologia tradizionale, della 'esistenza' e della 'es-

(109) Cf. H. KRELLER, *Das Problem des Juristenrechts in der römischen Rechtsgeschichte* (prolusione 1932) 9: le *formulae* e il progresso del diritto da esse arrecato sono « nur staatsrechtlich ein Werk des Prätors... geistesgeschichtlich aber ein Verdienst des Juristen ».

(110) *Dalla fides alla bona fides* (1961), 193. Vedi ampiamente oltre, spec. cap. IV, § II. 2. C.

senza'. Il primo esprime l'efficacia vincolante, l'autorità, in termini più consueti la validità o vigenza della norma: se la norma sia, se sia impegnativa. Il secondo esprime il contenuto: ciò che la norma dice, quale norma è impegnativa. Tra i casi visti finora, abbiamo anzitutto quelli in cui nè l'esistenza nè l'essenza della norma è dovuta ai giuristi (e sono le deliberazioni assembleari e — aggiungerei — le norme, generali e individuali, difformi da quello che consiglierebbe il giurista, cioè il diritto volgare). Abbiamo poi tutti quelli in cui il contenuto viene dato alla norma dal giurista, l'esistenza da un'istanza diversa, quasi per una separazione di poteri (potere di formulazione, potere di emanazione o di posizione). Si è parlato, per questi casi, della giurisprudenza come « fattore di formazione » del diritto, in contrapposto alla vera e propria fonte; oppure di « fonte mediata » (111). Personalmente sarei per la prima terminologia, purchè venisse considerata fattore di formazione anche l'istanza imperativa: la causalità rispetto alla norma non si esaurisce nel solo crisma formale quando questo si è scisso per così dire istituzionalmente dall'istanza formulatrice. Oppure parlerei di fonte della validità e di fonte del contenuto. Ma è chiaro che la terminologia ha importanza secondaria: importante è rappresentarsi come stanno le cose.

Questo risultato fa subito sorgere una domanda: non vi sono dunque norme che la giurisprudenza ponga essa direttamente, nell'essenza e nell'esistenza? Lo schema di p. 59, che pare completo, sembrerebbe dare un'indicazione negativa. Tuttavia esso va analizzato meglio, alla ricerca di quel *proprium ius civile* che, come avvertiva Pomponio, *in sola prudentium interpretatione consistit*. Norme del tipo cercato vi sarebbero certamente ove la giurisprudenza (ed essa sola) potesse rispondere senz'altro: devi fare così, il diritto 'sta' così. Ora, questa ipotesi non si verifica forse mai in tutta la sua purezza. I consultiati conservano, rispetto al *corpus iuris* preesistente, un margine d'iniziativa la cui ampiezza varia ma è pur sempre sufficiente a far sì che la risposta del giurista sia piuttosto un 'puoi andare fino a questo punto', non vincolante ad un dato univoco tutto

---

(111) Vedi BERTI (cit. sopra, n. 2) 118 n. 39.

positivo. Il responso è un *iura condere*, un far *constare* (112) il diritto nel quale si implicano e si intricano i momenti della conservazione e dell'evoluzione che noi, avvezzi invece alla concezione legalistica, usiamo astrattamente contrapporre come *ius conditum* e *ius condendum* (113).

Ciò è ben chiaro per il responso dato al pretore e all'imperatore, i quali tanto nell'attività legislativo-edittale come in quella giurisdizionale-decretale traggono dal loro *imperium* la possibilità di innovare, entro limiti la cui determinazione è appunto affidata al consiglio del giurista (114). I negozi dei privati, originati da necessità sempre nuove, contengono anch'essi un impulso perennemente dinamico che il consiglio si sforza di assecondare. Tuttavia non c'è dubbio che nei loro confronti, e ancor più nei confronti delle sentenze dei giudici, il parere del giurista assume una posizione diversa, assai più vicina a quella di una norma (o della rivelazione di una norma) che va seguita. La portata anche evolutiva — oltre che conservativa — propria di ogni responso almeno quando venga dato per un caso delicato, si afferma anche qui ma nella sua misura minima. Insomma se noi seguiamo dall'alto al basso lo schema di p. 59, vediamo che il parere passa gradualmente da 'consiglio su come porre' a 'responso su come attuare' il diritto pur non essendo mai interamente privo dell'uno o dell'altro aspetto. Là dove il secondo aspetto prevale il parere assume quindi più nettamente, accanto agli altri *iura* di Pomponio, la figura di norma della norma (se manteniamo questo nome alle sentenze e ai negozi); ed è perciò soprattutto, anche se non esclusivamente, al livello delle sentenze e dei negozi (e più di quelle che di questi) che viene a innestarsi nor-

---

(112) Nel senso da me dato a questo verbo in Pomponio: sopra, n. 4.

(113) Il margine di libertà del consigliato rispetto al *corpus iuris* imprime al responso il suo momento dinamico; e in questo momento ha radice il margine di libertà del consigliato rispetto al consiglio stesso.

(114) Con la definitiva consolidazione dell'editto, che si ritiene avvenuta sotto Adriano, il pretore è rinvitato alla sola attività decretale. Ormai, del resto, tutta l'evoluzione statale (in senso stretto) del diritto è nelle mani del principe.



mativamente nella vita del diritto quel tale *ius civile quod in prudentium interpretatione consistit* (115).

In altre parole il responso giurisprudenziale, nel suo fornire il contenuto di atti normativi la cui esistenza è posta, per i loro destinatari, da altri che non i giuristi, si configura (in qualche misura nei confronti di tutti, ma più accentuatamente nei confronti di alcuni tra gli autori di questi atti) come norma esso stesso: norma individuale cui la giurisprudenza conferisce ad un tempo l'essenza e l'esistenza (116).

(115) Questa presentazione (p. 62-64) dell'ordinamento sotto il profilo dinamico, che probabilmente apparirà confusa, spero possa chiarirsi dopo la lettura del cap. V, spec. § II e § III.2 e 5, dove alcuni concetti rimasti qui impliciti dovrebbero trovare sviluppo e giustificazione teorica più ampia.

(116) Si potrebbe obiettare tuttavia che anche in questo caso uno sdoppiamento permane. Da un lato infatti si potrebbe sostenere che i responsi dei giuristi brevettati poggiano sull'autorità non della giurisprudenza ma del principe: sarebbero perciò analoghi ai rescritti imperiali redatti da giuristi. Dall'altro si potrebbe affermare che i responsi dei giuristi comuni devono la loro 'esistenza' normativa allo *ius*, alla consuetudine, di cui sarebbero solo la formulazione, priva di forza propria; io stesso ho accennato a una spiegazione di questo genere (sopra, n. 8). Ma per quanto riguarda lo *ius respondendi*, io non ritengo che la sua concessione equiparasse il responso a un atto dell'imperatore: e ciò (paradossalmente) tanto meno qualora si accolga l'opinione di KUNKEL e MAGDELAIN. Se infatti *auctoritas* significa autorizzazione, e non autorità, l'essere autorizzati dal principe a rispondere non implica che i responsi abbiano la stessa autorità dell'autorizzante: si possono autorizzare dei subalterni a certe attività senza che essi in queste abbiano i poteri del superiore; Augusto avrebbe potuto limitare a pochi giuristi la 'autorizzazione' a rispondere nei modi e con il prestigio dei rispondenti antichi. Se poi *auctoritas* significa autorità, non credo l'espressione *respondere ex auctoritate principis* potesse avere nella pratica il valore di una perfetta equiparazione dei giuristi al principe: si trattava di una distinzione ufficiale loro conferita, che lasciava agli altri — come vuole la dottrina tradizionale — facoltà di rispondere con successo *fiducia studiorum suorum*. Per quanto riguarda la seconda obiezione, essa è forse incontrovertibile, ma perchè ricorre a un concetto — quello di *ius* consuetudinariamente inteso — che, a parte il suo aspetto mitico (cf. WIEACKER 58: « Befehl der Vergangenheit »; « eine zum Grundgesetz eigenen Lebens ermächtigte Vergangenheit »), non sembra dotato di realtà autonoma nell'ambito delle fonti; se poi ci si vuole riferire all'effettività (vedi sopra, n. 8) questa è dimensione di ogni diritto vigente e può qui senza danno essere messa tra parentesi.

◆ Sempre prevalentemente al livello delle sentenze e dei negozi hanno, poi, valore di norme generali le opinioni consegnate dai giuristi in opere scritte. Queste opinioni infatti, sia che formulino una regola, sia che, come avviene di solito, risolvano un caso, sono sempre un criterio potenzialmente valido in ipotesi identiche o analoghe a quelle in esse contemplate: la differenza tra regola e soluzione (pubblicata) del caso non è certo tra generale e individuale, ma tra più e meno astratto, quindi se mai tra norme generali di più e meno frequente applicazione (117). È chiaro che anche queste norme generali (quando si tratti di responsi potremo parlare di 'responsi-precedente') sono giurisprudenziali *in toto*, nell'essenza e nell'esistenza; esse si ritirano per così dire in secondo piano quando i giudici o i privati ricorrono al responso-norma individuale, ma si riaffacciano sull'orizzonte normativo quando non venga richiesto. Parlando di *Juristenrecht*, di *jurists' law*, della giurisprudenza come fonte di diritto è probabile (118) ci si riferisca appunto alla categoria delle norme (generali o individuali) cui la giurisprudenza conferisce sia l'essenza che l'esistenza.

Vediamo meglio come ciò avvenga e si giustifichi, limitandoci, per semplificare ancora i dati del problema, al periodo classico.

In questo periodo la produzione statale del diritto privato, scarsa sempre, si è ormai presso che inaridita; in particolare il testo dell'editto ha rallentato se non arrestato la sua crescita e fin

(117) Anche la sentenza, che per il suo aspetto vincolante imperativo vale solo tra le parti, può eventualmente considerarsi come norma generale (ma con diversa esistenza o autorità) se è stata posta da un giurista importante chiamato a giudicare. Occorre, sempre, la pubblicazione.

(118) Come ha precisato un po' drasticamente A. A. SCHILLER, *Jurists' law*, CLR 1958, 1235: « Where a jurist expounds an existing legal rule, this is not jurists' law... Similarly, the suggestions and advice tendered by jurists to *praetor* and emperor and which were incorporated in praetorian edict or in imperial enactment (*constitutio*) are excluded from the category. The sanction of these rules rests on the *imperium*... and not on *auctoritas prudentium* ». In realtà nè la prima nè la seconda linea di demarcazione è così netta come Schiller la traccia. « Sanction » non mi pare, poi, espressione felice, almeno per l'*auctoritas prudentium*. Cf. anche D'EMILIA, l.c. oltre, cap. IV n. 67.

dal commento fondamentale di Labeone è solo più il tronco di un grande albero la cui ramificazione è tutta giurisprudenza. E poichè la stessa *interpretatio* va reinterpretrata, nel suo insieme il lavoro del giurista è, ormai, un responso sui responsi. Ecco allora che nell'attività consulente i pareri nei quali prevale il ' responso su come attuare ' vengono ad occupare sempre più posto rispetto a quelli in cui prevale il ' consiglio su come porre ' il diritto (il giurista è sempre più spesso chiamato a fornire norme individuali); ecco che, con l'inevitabile monopolizzazione della conoscenza di un *corpus iuris* come quello descritto da parte dei giuristi, l'evoluzione ulteriore del diritto viene ad assumere — al livello delle norme generali — la forma delineata or non è molto (119) di dialogo tra i grandi autori, dal quale si sprigionano norme che devono alla giurisprudenza e il contenuto e l'autorità.

Che le debbano il contenuto è di per sè chiaro. Poichè i giuristi sono gli unici ad abbracciare l'intero campo e l'intera tradizione del diritto, essi sono investiti nei confronti di tutti gli *iura* (anche quelli, come le leggi, non formulati o, come gli editti, soltanto formulati da giuristi), di una specie di mandato generale di interpretazione autentica (120); ciò vale *a fortiori* nei confronti dello *ius* consegnato esclusivamente nelle opinioni giurisprudenziali, ed ha tutto il suo rilievo quando questo, per la stasi delle altre fonti, si avvia a conquistare una sempre più netta preponderanza.

A questo punto sembra difficile mantenere distinti il contenuto e l'autorità, quando si rifletta che una fonte di cognizione per ipotesi unica del diritto, equivale in linea di fatto ad una fonte di produzione, o se si vuole evitare il termine di ' fonte ', la conoscenza del diritto è identica con il diritto stesso: il diritto conosciuto è il diritto. Il profilo del

(119) Sopra, p. 57. Cf. oltre, p. 75-78.

(120) È questa la spiegazione dogmatica proposta da BETTI nello scritto citato, e resa particolarmente calzante dall'osservazione che i giuristi (aggiungerei: non solo per la loro conoscenza completa del diritto, ma anche per la loro nascita e condizione) sono un po' « l'organo della coscienza sociale del tempo » (ivi 117; preciserei: della coscienza di quei ceti, ristretti anche se determinanti, di cui si è detto).

contenuto finisce allora per assorbire anche quello della validità. Possiamo perciò chiederci, conclusivamente: esisteva in Roma un modo di conoscere il diritto (al livello delle norme generali) che non fosse il ricorso alla giurisprudenza? Domanda che può così appuntirsi (121): era possibile agire in giudizio, giudicare, ricorrendo direttamente alle fonti non giurisprudenziali *contro*, o *scavalcando*, la giurisprudenza? Perché se dovessimo convincerci che non era possibile (o che lo era solo in un numero limitatissimo di casi), noi verremmo a riconoscere nella giurisprudenza, almeno dal punto di vista storico-fattuale che abbiamo adottato, l'equivalente di una vera e propria fonte di *produzione* del diritto, respingendo le altre in secondo piano quando non addirittura nel mito.

Purtroppo non disponiamo di sufficiente documentazione diretta sullo svolgimento dei processi; ma mi pare si possa egualmente concludere, da quanto detto finora, che l'utilizzazione diretta di un testo normativo in dispregio della giurisprudenza non era quasi mai concretamente pensabile (122).

Ne consegue che la giurisprudenza è, in questa stessa misura, la principale (anzi a rigore l'unica) fonte di cognizione-produzione del diritto al livello delle norme generali. In termini più spiccioli: il nucleo, il 'segreto' del sistema romano classico come sistema giurisprudenziale sta nel fatto che i responsi (orali, scrit-

(121) Affiora qui il criterio generale della 'fonte irrecusabile di cognizione' su cui vedi oltre, cap. IV, § II. 3. B.

(122) Ricordo ancora una volta il carattere che il diritto ha in Roma di arte esoterica: passando dai pontefici ai periti esso ha solo trasformato la difesa dei suoi segreti da sacrale in tecnica. Gli avvocati, che vivono in mezzo al diritto, e a maggior ragione i privati ne conoscono solo la parte che potremmo chiamare, pitagoricamente, acusmatica. Avverto anche che mi riferisco a coloro che volevano e potevano applicare il diritto nella sua perfetta espressione (quello che noi definiamo oggi 'classico'). I giudici avranno magari potuto, come accennerò subito e come mostra proprio l'esempio di GELLIO 14, 2, scostarsi dall'opinione della giurisprudenza; ma ciò facendo avranno tuttavia pensato che il diritto (noi diremmo il diritto positivo) era quello da essa consigliato. L'eventuale attaccamento alla lettera del testo normativo contro la giurisprudenza è quindi da interpretare piuttosto in chiave di volgarismo che di legalismo; mentre a un livello superiore il divario consapevole dalla giurisprudenza doveva essere sentito come un superamento del diritto positivo in nome dell'equità.

ti) tengono il posto della legge; quando io ho bisogno di conoscere-ottenere il mio diritto (che può essere, anzi di solito è inscindibilmente, tanto un diritto già fatto che un diritto da fare) lo chiedo non alla legge (fatta o da fare) ma alla giurisprudenza, lasciando poi ad essa di trovarlo dove creda (ed essa lo troverà nei luoghi e nei modi che abbiamo visto al § V). L'opinione della giurisprudenza, anche se riguardante un caso particolare, ha valore generale.

Fin qui ho parlato, per una prima approssimazione, della giurisprudenza nel suo complesso, come qualcosa di unitario. Ma il discorso in questo modo è ancora astratto. La giurisprudenza si compone infatti di singoli giureconsulti liberi, perennemente affaticati nella *disputatio fori* (123): e questo ha diretti riflessi sopra il tipo, il grado e gli atteggiamenti della sua autorità.

Cominciamo da quella del singolo giurista. Essa è necessariamente autorevolezza, cioè autorità non imperativa, per così dire non autoritaria (124). Sbaglierebbe chi la ritenesse per questo meno efficace: resta il fatto che essa non si impone incondizionatamente e materialmente. Questa sua natura favorisce — e non mi pare sia stato notato — la stessa tendenza casistica del diritto giurisprudenziale: il giurista si sente autorizzato a rispondere caso per caso, non a predeterminare ampie classi di comportamenti futuri (ciò non toglie che il suo parere venga dato sulla base di tutta un'esperienza giuridica, e possa perciò essere utilizzato in seguito come una norma generale). Sempre per la sua peculiare natura, l'autorevolezza giurisprudenziale ammette variazioni personali, diversamente dall'autorità connessa ad un ufficio; variazioni commisurate alla preparazione scientifica e — secondariamente — al prestigio ereditato dagli avi o acquisito con la propria vita privata e pubblica. A parte queste variazioni personali, che s'intendono contenute entro uno *standard* di autorevolezza comune ai giuristi maggiori, il valore del responso del singolo giurista sarà di-

(123) POMPONIO, *D.* 1, 2, 2, 5.

(124) È appunto *auctoritas* (su di essa cf. HEINZE cit. alla n. 59), e non *imperium* o *potestas* nè quella che noi chiameremmo autorità ('costituita').

verso a seconda che sia l'unico, o uno fra vari pareri, concordi o discordi. Nel primo caso il singolo è in qualche modo il rappresentante, il condensato dell'opinione generale dei dotti, come nel secondo (125). Nel terzo caso ci troviamo di fronte al fenomeno, importante, del diritto controverso, lo «strittiges Recht» del magistrale articolo di A. B. Schwarz (126), uno dei punti di vista più illuminanti per la comprensione di ogni diritto giurisprudenziale.

Notissimo come categoria bene individuata, fatta oggetto di studi particolari, agli oratori, che lo sfruttano senza scrupoli, raccolto in opere di consultazione che Cicerone già utilizzava e che non dovettero mancare in epoca classica o postclassica (127), il diritto controverso è chiaramente presente alla mente dei classici, anche ammesso che essi si esprimano in termini di dubbio soggettivo invece che di incertezza oggettiva (128). È addirittura sorprendente certe volte la delicatezza con cui Gaio rileva e fissa il grado di certezza (che è poi anche autorità) di ogni singola proposizione sul diritto (129); e quasi ancor più notevole la lucidità con cui tiene distinte le controversie di diritto dalle controversie di teoria, astenendosi dall'intervenire — lui semplice insegnante — nelle prime, riservate alle 'autorità', prendendo

(125) Diversa l'opinione di MAGDELAIN criticata da LÉVY-BRUHL, o.c. (oltre, n. 130) 13 n. 10 e 14 ss.; cf. BRETONE, o.c. (sopra, n. 3) 24 n. 23.

(126) *Das strittige Recht der röm. Juristen*, in *Atti Verona* II (1951), 121-148; anche in *Fs. Schulz* II (1951), 201-225. Cito secondo la paginazione degli *Atti Verona*.

(127) Vedi SCHWARZ, o.c. 135 e le opinioni di BERGER e PETERS ricordate ivi, n. 41.

(128) Ritengo, contro SCHWARZ, che non vi sia una reale differenza tra 'diritto (oggettivamente) controverso' dei retori e 'controversia o dubbio (soggettivo) su un diritto di per sè certo' dei giuristi. Anzi ritengo che anche psicologicamente gli uni e gli altri vedessero la stessa cosa, e cioè la prima. La differenza di terminologia, nella misura in cui sussiste nelle fonti, corrisponde piuttosto alla differenza di posizione dalla quale la vedevano: i primi dall'esterno, i secondi dall'interno del processo di formazione del diritto. Se io, protagonista, non vedo chiara la soluzione giuridica dirò che sono incerto; il profano, allora, dirà che i protagonisti discutono, e quindi che il diritto è incerto.

(129) Citazioni in SCHWARZ 136-138.

spesso posizione decisa nelle seconde. Insomma Gaio mostra di saper distinguere non solo diritto certo e diritto incerto, ma anche diritto e dogmatica, giuristi e professori, aprendo prospettive su cui dovremo ancora più volte portare la nostra attenzione. Ma la stessa lucidità si ritrova (al di sotto degli appiattimenti giustiniane) nella terminologia degli altri classici, nel loro contrapporre la singola opinione (*Iulianus scribit*) allo *ius quo utimur*, il *quaeritur* al *constat*, il *dubitatur* al *convenit* (130).

Per tornare al nostro problema: che valore ha il responso del singolo quando il diritto è controverso? Possiamo anche porci la domanda in modo più dogmatico: se ammettiamo che sia diritto, secondo il criterio della fonte irrecusabile di cognizione, l'opinione comune dei periti, qual'è (se pure c'è) il diritto in caso di opinioni divergenti? La risposta andrebbe data possibilmente non in linea logica ma cercando di cogliere e controllare eventuali valutazioni esplicite e soprattutto implicite contenute nelle nostre fonti. Sul piano logico, comunque, una risposta (la unica a me nota, ma con cui ritengo di poter concordare) è stata data da A. A. Schiller (131): ogni singola opinione era egualmente diritto; i giudici, scegliendo quella che preferivano, trasformavano ora l'una ora l'altra in diritto-per-quel-caso. Sul piano storico empirico l'attenzione del ricercatore dovrebbe concentrarsi intanto sul punto se, di fronte ad opinioni divergenti ma non logicamente contraddittorie, tali quindi da consentire un *tertium* (132), il giudice 'doveva' (e in che senso, con che grado di obbligatorietà) seguire almeno una di esse, o poteva decidere di testa sua: è il problema che pone anche il testo di Gaio sulla

(130) Citazioni in SCHWARZ 130-133; 143 s. Una breve raccolta di testi anche in H. LÉVY-BRUHL, *Juge et prudent*, RH 1962, 23 che attribuisce questa attenzione nel precisare lo *status quaestionis* alla preoccupazione essenzialmente pratica di far sapere agli utenti del diritto il grado di positività di ogni regola.

(131) L. c. alla n. 118, 1236 s.

(132) Caso tipico la *dubitatio* sul contratto estimatorio: incertezza se estendergli per analogia il regime della vendita, o della locazione di cosa, o della conduzione di opere o del mandato o della società; oppure munirlo di una propria azione edittale di buona fede; o invece di *actio in factum o praescriptis verbis!* (D. 19, 3, 1; 17, 2, 44; 19, 5, 13: tutti passi di ULPIANO, *Ad edictum*; cf. BIDR 1960, 129 ss.).

regola giurisprudenziale, originata o confermata da un rescritto adrianeo, secondo cui le opinioni di coloro *quibus permissum est iura condere* hanno, se unanimi, forza di legge; mentre se dissentono, il giudice è libero di seguire l'opinione che vuole (133). Si dovrebbe poi cercare di capire, dai pochi e frammen-

(133) *Institutiones* 1, 7: *responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur.* Il passo ha dato luogo a numerose discussioni, delle quali le più importanti sono purtroppo ancora aperte e non potranno forse chiudersi mai. Io estenderei anzi il mio scetticismo perfino all'opinione consacrata secondo cui coloro *quibus permissum est iura condere* sono i soli giuristi muniti di *ius respondendi* (cf. sopra, n. 23, e oltre, n. 138), quando Cicerone, Pomponio e Papiniano (vedi sopra, § II e n. 10) sembrano invece considerare come fonte tutt'intera la giurisprudenza nella sua plurisecolare fecondità (sul significato di quel *permissum est* cf., a ogni buon conto, QUINTILIANO, *Institutiones oratoriae* 12, 3, 8: *cum ipsis illis — scil. iurisconsultis — diversas inter se opiniones tueri concessum est*).

Mi parrebbe invece sicuro che (come ho detto nel testo) la regola unanimitaria esposta da Gaio fosse giurisprudenziale, solo ispirata o confermata episodicamente dal rescritto di Adriano; e propendo decisamente a interpretarla nel senso che il giudice fosse libero di scegliere tra le *sententiae* dissenzienti, non al di fuori di esse (in senso esplicitamente e documentatamente conforme, che io sappia, solo LÉVY-BRUHL, l. c. da ultimo 12-16). Ciò sia perchè non avrebbe avuto molto senso dire che erano *iura* i *responsa* se poi il giudice poteva interamente liberarsene in caso di controversia; sia perchè è assai più logico interpretare la *quam sententiam* finale come una di quelle *sententiae* di cui si è parlato già due volte nel brano, piuttosto che come un'improvvisamente affiorante escogitazione del giudice; sia infine sulla base comparativa dell'esperienza del diritto comune. Si veda il passo di PAOLO DI CASTRO (che non conosceva Gaio!) citato da ENGELMANN 213: *recurrendum est ad interpretationem magistralem, quae tamen non facit ius. Et si doctores scribentes certo modo intelligunt nemini discordante... communis est opinio... et iudex debet illam sequi. Si autem diversae sunt opiniones iudex excusatur eligendo eam, quae sibi placet.* Con *excusatur* si intende che non cade nella responsabilità, cosa che avverrebbe se decidesse interamente di testa sua. E si noti che qui non c'era *ius respondendi*! Più difficile appare stabilire in che ambito fosse vigente la regola: se solo nell'ambito dei *responsa* dati espressamente per il caso, o anche di ogni opinione consegnata in opere di giuristi (muniti o no di *ius respondendi*). Il testo di Gaio fa pensare forse più alla prima ipotesi, e adot-



tari indizi rimastici, se vi erano differenze di valore tra responsi a seconda delle circostanze e della solennità. Sembra probabile che il responso-norma individuale dato dal giurista appositamente consultato proprio per il caso litigioso avesse fino a tutta l'età classica più valore del responso-*'precedente'* contenuto in un'opera scritta; anzi possiamo riconoscere in questo primato dei viventi il contrassegno stesso della classicità (che prolunga lo stile repubblicano) nei confronti della età postclassica, dove si è persa la sicurezza di sé e ci si appoggia al passato; ma occorrerà ancora, all'interno della prima ipotesi, distinguere tra responsi formali, magari sigillati (134), pareri dati da assessori, membri del *consilium*, amici. Nei confronti degli altri giuristi il responso anche solenne non ha comunque certamente carattere vincolante.

Quando, con un processo storico sempre più o meno irrazionale, si viene consolidando una *opinione comune* (135),

---

tandola si hanno i vantaggi di praticità segnalati p. es. da LÉVY-BRUHL 15 s. Bisogna pensare tuttavia che se si toglie ogni valore di *iura* alle opinioni scritte, si riduce l'influenza dei grandi giuristi in limiti ancora più esigui di quanto io stesso non abbia fatto (cf. sopra, p. 54-56); inoltre è ben difficile trarre con Lévy-Bruhl la conclusione che il giudice non si curava minimamente di sapere quale fosse la *communis opinio*. Proprio i testi che Schwarz e Lévy-Bruhl citano, nei quali i giuristi e Gaio per primo si preoccupano di definire il grado di certezza di ogni proposizione giurisprudenziale, mostrano il rilievo che si attribuiva all'accordo e al disaccordo dei periti, e proprio a fini pratici (come osserva lo stesso Lévy-Bruhl a p. 22 i. f.). C'è poi il problema di quel *vicem legis optinere* che da un lato sorprende in quanto attribuito a un'autorità giurisprudenziale, per alta che fosse; d'altro lato sembra presupporre l'unanimità (cf. anche n. 135), un criterio presso che impraticabile fuori dell'ipotesi dell'efficacia vincolante limitata ai soli responsi diretti per il caso. Insomma se Gaio voleva dire solo ciò che, molto logicamente, ritiene Lévy-Bruhl, dobbiamo dire a nostra volta che non è riuscito a spiegarci un congegno così complesso e delicato come il diritto giurisprudenziale controverso; occorrerà perciò attendere le trattazioni esaurienti dei giuristi di diritto comune, su cui vedi oltre, cap. III, § IV. 2. C.

(134) POMPONIO, § 49.

(135) Non preciso ulteriormente in cosa essa consista perchè i giuristi romani non hanno affrontato espressamente il problema, o almeno Giustiniano non ha lasciato passare al vaglio della sua compilazione even-

vale a proposito della sua autorità quanto detto trattando della giurisprudenza nel suo insieme. L'opinione comune tende ad acquistare un tipo di autorità simile a quello della legge. *Vicem legis optinet*, dice addirittura Gaio (I, 7), ma presuppone l'unanimità e si riferisce forse al ristretto cerchio dei responsi dati proprio per il caso, quindi nel loro aspetto di norme individuali. Comunque, dove manca l'unanimità l'opinione dominante sembra lasciare (diversamente da quanto accade in diritto comune) un margine di libertà ai pretori e ai giudici, almeno nel caso singolo (ricordo ancora una volta che gli atti degli uni e degli altri danno luogo a responsabilità e impugnative relativamente limitate). Le espressioni come *sententia recepta*, *ius quo utimur* e simili, se classiche, dovrebbero quindi implicare anche un qualche riferimento all'uso giudiziale; tuttavia significano essenzialmente 'su cui noi (competenti) siamo d'accordo', essendo quasi impossibile che di fronte all'opinione unanime dei prudenti si

---

tuali discussioni in argomento. L'esperienza del diritto comune, su cui avremo modo di trattenerci, insegna che le cose non sono affatto semplici, perchè dove c'è stata controversia è impossibile raggiungere l'unanimità se si ammette che le 'voci' dei giuristi contino senza discriminazione di tempo; e in mancanza di unanimità l'opinione comune è delicatissima da fissare. D'altra parte l'unanimità è difficile da raggiungere anche ammettendo — con sacrificio drastico della pura ricerca razionale e dello stesso conforto proveniente da una pluriconfermata autorità — che contino solo le voci dei viventi o almeno dei recentissimi. I passi a noi giunti danno comunque piuttosto l'impressione di riferirsi a questa concezione dell'opinione comune; ma andrebbero rivisti criticamente uno per uno. Se l'impressione si confermasse, avremmo una teoria che divergerebbe in due punti fondamentali dal diritto comune: da un lato esigenza dell'unanimità, dall'altro restrizione ai viventi. Le spiegazioni potrebbero essere molte: limitata diffusione e citabilità delle opere antiche in mancanza della stampa, più vivo senso del progresso giuridico e della innovatrice creatività dei giuristi, in assenza del dogma legalistico dominante il medioevo dall'alto del *Corpus Iuris* (e in generale minore senso dell'esistenza di una 'verità' giuridica); ma forse anche incidenza di interpolazioni giustiniane: non è facile sapere se la notizia di un accordo raggiunto (*obtinuit, invalescit, constat, sententia recepta, hoc iure utimur* ecc.) proviene dal classico o è invece l'indicazione successiva e conclusiva di una scelta imperiale.

formasse una prassi costante e generalizzata in senso contrario (escludo l'ambito del diritto volgare) (136).

Abbiamo quindi un modello in cui la norma per il giudicante (sia generale, sia individuale) non sempre obbliga strettamente, perchè spesso in qualche misura controversa, e comunque più autorevole che autoritaria; s'intende che poi, tramite lo *imperium* magistratuale e i giudicati, essa viene a realizzarsi con l'efficacia vincolante anche materiale propria del diritto dello Stato. Tra le diverse norme giurisprudenziali che si offrono, ognuna delle quali precisissima ma non esclusiva, e la singola norma individuale statale si mantiene insomma una certa tensione, un certo stacco: la scelta tra quelle norme è il varco attraverso cui il caso litigioso può ottenere un ulteriore riconoscimento della 'sua' equità.

L'ascendente della raggiunta opinione comune doveva essere altissimo non solo sui decidenti subalterni privi di *auctoritas* ma anche — sebbene in misura minore (137) — sui grandi giu-

(136) Come ho già accennato, per individuare quello *ius quo utimur* manca a noi quasi interamente il termine di verifica della giurisdizione: non abbiamo, si può dire, documentazione sopra le sentenze, e tutto lascia presumere che gli stessi romani non usassero conservarle e pubblicarle, se mai le scrivevano al momento del giudizio. L'unica istanza giudiziale su cui ci siano pervenute un certo numero di testimonianze è la cancelleria imperiale nella sua funzione rescrittiva, che può considerarsi, in senso latamente analogico, come una Corte di Cassazione. Le sue decisioni hanno, come norme generali, un valore solitamente superiore a quello dell'opinione di un giurista, ma non incondizionato. Quanto alle comuni sentenze, esse non hanno alcuna autorità sopra i giuristi, e quindi neppure sui giudici che vogliono attenersi al diritto classico. Possono invece avere avuto una notevole influenza (come ci testimoniano gli oratori) nell'ambito volgaristico (sul problema cf. P. COLLINET, *Le rôle des juges dans la formation du droit romain classique*, in *Recueil Gény*, I [1934, s. d.], 23-31; P. JÖRS, *Geschichte und System des röm. Privatrechts* [1927] I n. 5; A. PERNICE, *ZS* 1899, 142-147; E. WEISS, *ZS* 1912, 226-228, 234 s.). Con una certa semplificazione possiamo perciò considerare come vero e proprio *ius* (*ius certum*, o allo stato solido) la norma o la istituzione che i giuristi stessi ci indicano come comunemente accettata, oppure — con minore sicurezza — quella su cui la maggior parte degli autori, ed eventualmente la cancelleria imperiale, si mostrano concordi.

(137) Si veda l'atteggiamento di Giuliano nel passo citato alla nota 54.

risti. Qui doveva essere quanto possibile rispettata la regola di Paolo *minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt*. Ed effettivamente non credo frequenti all'interno del periodo storico qui considerato, gli esempi di opinioni rimesse in discussione dopo esser state *receptae*: ma anche su questo punto manchiamo tuttora di qualsiasi indagine metodica.

Ci si stupirà che io abbia fatto astrazione fin qui dal dislivello (di determinazione ancor oggi incerta) tra giuristi comuni e giuristi muniti dagli imperatori, a partire da Augusto o Tiberio, di *ius publice respondendi ex auctoritate principis* (138): ma o i giuristi brevettati erano gli unici a poter rispondere *publice*, e allora basta trasferire nella loro cerchia i problemi che abbiamo visto porsi nell'ambito più vasto della giurisprudenza libera; o restavano, sia pure con particolare prestigio ufficiale, in concorrenza con gli altri, e anche in questo caso la problematica e le soluzioni non cambiano. Non può negarsi che nella prima ipotesi il diritto giurisprudenziale perde qualcosa del suo sapore genuino; è certo però che la seconda ipotesi è quella corrispondente alla realtà, almeno nell'ambito dei responsi dati privatamente e di quelli inseriti in opere letterarie.

Se ci limitiamo alle norme generali e quindi al diritto classico nella sua forma giurisprudenziale pura, noi ci troviamo di fronte a un modello nel quale si coglie con particolare chiarezza il rapporto tra il singolo (giurista) e l'istituzione. I classici ereditano un'architettura repubblicana i cui muri maestri restano fissi, sono appunto istituzione. Da essi parte, ad essi si appoggia il dibattito. E nel dibattito alcune proposte finiscono per consolidarsi anch'esse in istituzioni, altre restano episodi significativi. Su molti punti non può quindi parlarsi di un 'diritto classico' monolitico, ma di soluzioni personali o di scuola date a un certo problema dai prudenti (139).

(138) Vedi sopra, n. 23 e 133.

(139) Ho cercato di seguire — e verificare — questa impostazione nella ricerca *Aperçus sur la compensation chez les juristes classiques*, in *BIDR* 1963, a cui rimando per qualche altro chiarimento. In essa tuttavia sono stato forse condotto dal tema ad esagerare la frammentazione del diritto nei singoli contributi giurisprudenziali. Quanto alle fonti statali, anch'esse partecipano in certo modo di questa vicenda. Così, l'editto del

Il diritto anche esclusivamente giurisprudenziale, resta, nella sua idea, cosa superiore all'opera del singolo giurista, pur se talvolta trova in essa soltanto la sua consistenza. E questo influisce sul modo stesso con cui i nostri autori lo cercano e lo propongono, perchè fanno di dover esprimere non soltanto un proprio pensiero, ma un pensiero potenzialmente di tutti e per tutti, generalmente accoglibile, duraturo. Sanno che quel pensiero, se è destinato ad essere diritto, è destinato a non restare cosa loro; al tempo stesso non possono non imprimervi il suggello delle loro aspirazioni e della loro personalità. La peculiarità del diritto dei classici come strato superiore del diritto è di essere un'istituzione, ma altoculturale: come istituzione, esso al tempo stesso orienta all'oggettività e perennemente eccede in oggettività l'opera di ogni singolo autore; come fatto di alta cultura, ha la sua sede e la sua vita nelle opere. Il rapporto dei giuristi con il diritto è simile a quello degli scrittori non con la poesia, ma con la lingua; qui tuttavia con una lingua alta, classica, diciamo con la lingua letteraria. Può soccorrere anche il paragone con la teologia, le sue questioni certe e disputate, le sue 'note' qualificanti ogni proposizione secondo il grado di 'positività' teologicamente intesa, cioè di prossimità al dovere di fede (140).

Se quel che abbiamo detto finora è esatto, ne derivano mi pare impegnative conseguenze storiografiche. È necessario anzitutto rendersi conto dello splendido isolamento del diritto classico, vederlo sullo sfondo più ampio della vita giuridica totale. Chi vorrà limitarsi ad esso dovrà concentrare un'attenzione approfondita sulla personalità sia genericamente intellettuale che specificamente giurisprudenziale dei singoli giuristi, non solo per un ovvio anche se trascurato dovere filologico, ma anche perchè nelle loro opere quel diritto risiede

---

pretore appartiene piuttosto al nucleo istituzionale repubblicano di partenza, mentre le scarse norme generali di diritto privato risalenti all'attività editale e giurisdizionale dell'imperatore possono considerarsi come contributi sporadici al completamento dell'edificio, che non sempre accantonano, talvolta anzi rimangono o fanno sorgere diritto controverso.

(140) Vedi p. es. S. CARTECHINI, S.J., *Dall'opinione al domma. Valore delle note teologiche*, Roma 1953.

e si fa. Dovrà poi dare un'adeguata ampiezza alle ricerche di insieme sul metodo, a cominciare dalle motivazioni che sono il midollo stesso di quell'arte giurisprudenziale da cui il diritto trae vita. E infine nella ricerca, che resta fondamentale, sul diritto, bisogna badare a non interpretare ogni parere di un classico come senz'altro indicativo per conoscere 'il' diritto. Anzi si potrebbe — esagerando — sostenere che ogni qual volta il giurista ci dà la soluzione come sua, in prima persona (*respondi — puto — ecc.*), si tratta sempre di semplice presa di posizione personale su un punto di probabile *ius controversum*. Trovo che ha un certo valore l'argomento di Antonio in Cicerone (*de oratore* 241 s.): il diritto litigioso, che viene in processo, è sempre in qualche modo controverso. Lo stesso può valere del diritto sul quale il giurista dà un parere tanto significativo e impegnativo da conservarlo nelle sue opere. E da questo punto di vista tutta la letteratura problematica contiene presuntivamente diritto controverso.

Conformandosi perciò alla stessa attitudine dei classici lo storico vedrà di riprodurre nella precisa sua tensione la dialettica giurista-diritto, il grado di certezza di ogni singola norma (141). Si tratta di un lavoro delicato. Non è più lecito ricostruire un diritto classico monolitico utilizzando direttamente e concordisticamente a questo scopo tutte le testimonianze dei classici, ma non è ancora sufficiente risolvere tutta la ricostruzione storica in monografie sui singoli classici: sarà questa una prima fase di approfondimento, dopo la quale occorrerà riprendere lo studio degli istituti ma secondo un modello per così dire dinamico, che assuma in sé il rapporto dialettico giurista-diritto. Questo modello, come abbiamo visto, è triadico. Il primo termine è il *corpus iuris* tramandato dalla generazione precedente, con il suo nucleo di diritto certo e la sua frangia di diritto controverso. Il secondo termine è dato dall'opera del giurista nei confronti di quel *corpus* (recezione, integrazione, trasformazione). Il terzo è dato dal

---

(141) Nel far questo occorrerebbe sfruttare più sistematicamente di quanto non sia stato fatto finora le notizie sulle *dubitaciones* classiche contenute in numerosissime costituzioni di Giustiniano che appunto intendono risolvere i dubbi.

*corpus iuris* successivo (anch'esso con il suo nucleo solido e la sua frangia fluida), ed all'influenza esercitata dal giurista su di esso. Occorrerà quindi guardare anzitutto all'esperienza giuridica del singolo autore, ma vedendo poi se e come questa si inserisca o resti invece in margine all'esperienza giuridica più vasta che al livello classico è intanto quella degli altri autori *uti singuli*, e poi il loro consenso presso che universale. In questo, poichè abbiamo presunto la concordia tra giurisprudenza e giurisdizione, risiede — ammesso che risieda in qualche luogo — la vera e propria norma giuridica: lo *ius quo utimur* delle nostre fonti (\*).

---

(\*) *Avvertenza.* — Il capitolo I è stato steso in forma definitiva nel luglio 1965; a partire da quella data sono da segnalare, tra le pubblicazioni attinenti alla materia trattata, e particolarmente al metodo giurisprudenziale (§ V): G. G. ARCHI, *Componenti pregiuridiche del diritto privato romano dell'ultima repubblica e del principato*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche* (Atti del I Congresso internazionale della Società Italiana di storia del diritto), 1966, 71-92; E. BUND, *Untersuchungen zur Methode Julians*, 1965; A. CARCATERRA, *Le definizioni dei giuristi romani*, 1966; G. GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, 1966; R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, 1966; G. PUGLIESE, *L'autonomia del diritto rispetto agli altri fenomeni e valori sociali nella giurisprudenza romana*, in *Atti cit.* 161-192; E. SEIDL, *Prolegomena zu einer Methodenlehre der Römer*, nel vol. collettivo *Aktuelle Fragen aus modernem Recht und Rechtsgeschichte. Gedächtnisschrift für R. Schmidt* (1966) 359-378; P. STEIN, *Regulae iuris*, 1966.

CAPITOLO II  
IL DIRITTO COMUNE  
COME DIRITTO GIURISPRUDENZIALE

I. Il fenomeno di un diritto che viene considerato 'comune' a più ordinamenti, nel senso che viene attuato da privati e da giudici appartenenti a 'stati', o a 'cittadinanze', o a 'regioni' diverse, è fenomeno largamente diffuso nello spazio e nel tempo. Abbiamo visto come lo *ius gentium*, κοινὸν δίκαιον, avesse appunto questa posizione tra i popoli mediterranei prima della loro riduzione a province romane; e come in seguito, e fino alla *constitutio Antonina* del 212, lo stesso diritto romano fungesse, tra membri di *civitates* provinciali diverse, da diritto comune e suppletivo. In senso non troppo dissimile si è venuti a parlare di *droit commun* (*français*) e di *common law*.

La frammentazione che ha caratterizzato per tanti secoli lo assetto politico del continente europeo, e soprattutto della futura Italia e della futura Germania, non poteva, dati i sostanziali legami religiosi ed ecclesiastici, linguistici, culturali, di traffici, non essere compensata da una qualche forma di unità anche giuridica: da un diritto, appunto, comune, sia negli ambiti nazionali e sia anche al di sopra di essi. Questo diritto, tratto principalmente (ma con le integrazioni che vedremo) dalla compilazione giustiniana rimessa in pieno valore dalla scuola di Bologna, fu appoggiato inizialmente al mito dell'unica sovranità imperiale. Ma proprio perchè la qualifica di 'comune' presuppone una pluralità (1), essa non avrebbe significato senza la frammen-

---

(1) Come è noto, l'espressione *ius commune* ha nelle fonti antiche significati diversi; quello qui adottato è probabilmente il più diffuso, comunque, a mio giudizio, il più produttivo per una impostazione storica. E ad esso si attiene generalmente la moderna storiografia, pur divergendo poi nelle qualificazioni ulteriori: si vedano gli scritti citati da



tazione di cui abbiamo parlato, senza la progressiva trasformazione delle autonomie in quasi-sovranià e sovranià: trasformazione che per l'Italia è già molto avanzata nel periodo comunale in cui la scuola bolognese ha origine e si compirà poi con le signorie e i principati regionali. Il diritto universale anche quando nella scuola potè apparire l'unico, se usciva dalle aule per reggere la vita diventava necessariamente comune, cioè partecipato da ordinamenti diversi.

Si chiarisce così la singolare posizione del diritto comune: da un lato esso poggia sul terreno positivo statale in tanti punti quante sono le giurisdizioni che lo accolgono (2); e dappertutto è subordinato alle fonti locali. D'altro lato queste fonti regolano in genere solo una parte minima dei rapporti giuridici, soprattutto di quelli privatistici, proprio perchè possono presupporre il diritto comune. Il diritto comune è perciò sussidiario e suppletivo se si guarda alla dimensione dell'esistenza, mentre i diritti locali appaiono sussidiari e suppletivi in quella dell'essenza; nè l'uno nè gli altri sono tutto l'ordinamento. Gli ordinamenti giuridici del nostro periodo offrono un po' l'immagine di tante piramidi rovesciate con base comune: il diritto che forma questa base è la parte al tempo stesso più estesa e più lontana da terra. Esso ha tante esistenze positive quanti sono gli ordinamenti che lo recepiscono; ma un'unica essenza, identica ovunque (3).

Comprendiamo fin d'ora come esso possa svilupparsi per

---

G. ERMINI, *Corso di diritto comune*<sup>3</sup> (1952) p. X s. Come si desume dalla data di questi scritti, compresi tra il 1933 (S. RICCOBONO, *Per la istituzione della cattedra di diritto romano comune*, in *AG*) e l'inizio della guerra, e successivamente non cresciuti di numero (cf. anche F. CALASSO, *Medioevo del diritto* [1954] 390; 502), la discussione italiana sul concetto di diritto comune si aprì e celebrò i suoi fasti negli anni in cui da un lato il nazismo si sforzava di sopprimere del tutto l'insegnamento del diritto romano e comune in Germania (vedi KOSCHAKER 533 s. = 314 s.), dall'altro si istituivano in Italia le prime cattedre della materia.

(2) Venezia lo esclude dal novero delle fonti: un esempio, questo, che mostra chiaramente come la sua vigenza altrove fosse derivata e non originaria.

(3) Su questa identità vedi tuttavia, per l'età più tarda, le osservazioni di ERMINI, *Corso cit.* 234 s.

opera dei giuristi, e con una universalità ed una continuità coerente che i particolarismi e gli incessanti colpi di scena politici non compromettono. Comprendiamo come possa costituire oggetto a sè stante e sommamente istruttivo di storia giuridica, perchè, pur non essendo giunto in alcun luogo a valere senz'altro come un ordinamento positivo (i singoli ordinamenti ne rendevano positive le parti non abrogate da norme di efficacia prevalente), esso (ed esso solo) è stato pensato come un ordinamento completo, e proprio per questo capace di riempire le lacune sempre diverse lasciate dagli *iura propria* locali, nei cui confronti aveva, all'interno dei rispettivi ordinamenti, una posizione paragonabile a quella del diritto giurisprudenziale romano (*civile e honorarium*) rispetto alle costituzioni dei principi (4). Anzi, esso come vedremo conteneva un suo sistema delle fonti e dell'interpretazione nel quale erano collocati (5) quegli stessi *iura* che luogo per luogo gli anteponevano le proprie norme (sicchè que-

---

(4) MANZONI, al cap. II della *Storia della colonna infame* (ediz. a cura di M. ZIINO, 1928, p. 57), paragona, per il '600, i 'gridari' dell'autorità legiferante, che « avevano annessa non so quale idea d'occasionale e di temporario », all'editto del pretore, mentre « alla scienza ... era quasi unicamente appropriato il nome di legge ». Quale che sia la validità di questa e di simili osservazioni, resta fermo che, dal punto di vista della teoria generale del diritto, non è ordinamento positivo il solo diritto comune, così come non lo sono gli *iura propria* e non lo erano, in Roma, lo *ius civile* o lo *ius honorarium* separatamente presi. Ho perciò preferito parlare, a suo tempo, di 'sfere' o 'sistemi' normativi; e se in seguito parlerò talvolta del diritto comune come ordinamento, lo farò o ellitticamente (alludendo all'ordinamento positivo di cui sia parte integrante il diritto comune, all' 'ordinamento di diritto comune') o, con una certa improprietà, avendo riguardo alla completezza di contenuto acquisita dal diritto comune quale 'ordinamento pensato' per i motivi accennati nel testo. Sulla distinzione tra 'sistemi' e 'ordinamenti' in un senso molto vicino a quello qui accennato attira l'attenzione P. FIORELLI, *Storia giuridica e storia linguistica*, in *ASD* 1957, 273-275; *Giuristi e linguisti tra istituzione e storia*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche* (Atti del I Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto, 1966) 454 n. 19.

(5) Senza perciò divenire parti integranti o 'coefficienti' del diritto comune: cf. le critiche di G. ERMINI a CARUSI e CALASSO, in *Corso* cit. 132-137.

sto sistema 'comune' delle fonti, mentre si preoccupava dubitosamente della legittimità dello *ius proprium*, era poi, nella realtà della vita giuridica, suppletivo dei singoli sistemi delle fonti stabiliti dallo stesso *ius proprium*, così come ogni parte del diritto comune era suppletiva della parte corrispondente del diritto proprio) (6).

Ma qual'era la composizione di questo diritto comune, del quale abbiamo cercato di stabilire la collocazione, il modo di ingranarsi negli ordinamenti positivi? E quale il rapporto, con questo diritto, della giurisprudenza?

Nella realtà dei fatti e nella molteplicità delle testimonianze dirette tutto è molto meno netto che nelle ricostruzioni dogmatiche. Guardando le cose sufficientemente dall'alto non c'è dubbio però che la grande novità strutturale rispetto al diritto classico è data dall'esistenza di un corpo di leggi vasto, esauriente, che attraverso talune sue disposizioni sembra addirittura vietare agli interpreti ogni intervento non meramente ricognitivo. La compilazione giustiniana tramanda al medioevo reverente ed audace, accanto ai passi a noi ben noti di Pomponio sulla creatività dell'*interpretatio prudentium* (creatività che poteva però spiegarsi, dogmaticamente, come effetto dell'antica autorizzazione sovrana al *respondere*), i passi imperiali che ripetutamente, poco dopo la soglia del Codice (7), vietano alla giurisprudenza qualsiasi futura interpretazione della legge, riservata all'imperatore per la sua investitura divina a reggere i popoli secondo giustizia.

Anche quando questo divieto sarà stato reso innocuo, prima dall'ingegnosa restrizione « salvo che l'imperatore non sia assente », poi dal progressivo impallidire della stessa idea imperiale,

---

(6) Diritto comune e diritti particolari si comportano in un certo senso come la proprietà e gli *iura in re aliena*: possiamo parlare di una 'elasticità del diritto comune', il quale ogni qualvolta un diritto particolare cessa, occupa automaticamente il posto da esso lasciato vuoto.

(7) Cost. *Summa rei publicae* § 3 (introduttoria al *Codex*; anno 529); Cost. *Deo auctore* (C. 1, 17, 1, 12; anno 530); Cost. *Tanta* (C. eod. 2, 21; anno 533). Cf. F. PRINGSHEIM, *Justinian's prohibition of commentaries to the Digest*, in *RIDA* 1950, 383-415, ora in *Gesammelte Abhandlungen*, vol. II (1961).

rimarrà ad inquietare la coscienza del giurista il postulato che Ehrlich ha chiamato del vincolo alla proposizione giuridica, « *die gemeinrechtliche Gebundenheit an den Rechtssatz* » (8).

Non che nell'ordinamento classico non vi si fosse vincolati; ma l'idea di codificazione, di ' testo unico ', sposta decisamente la attenzione, nel modo di concepire il *Rechtssatz*, dal momento dell'essenza (è giuridica ogni proposizione argomentata secondo certe regole all'interno di una certa tradizione) al momento dell'autorità o canonicità (è giuridica la proposizione che si trova nel testo consacrato). È diritto, insomma, non tanto la proposizione che dice certe cose, ma quella che si trova in un certo luogo (cioè che ' esiste ' con un certo tipo di autorità, che è imperiale).

Nonostante Giustiniano, però, neppure nel nostro periodo la proposizione giuridica era così facile da riconoscere (9).

Accanto al testo romano altre norme ' comuni ' erano venute a collocarsi, altrettanto irrecusabili: il diritto divino rivelato, il diritto ecclesiale positivo, il diritto naturale, alcune parti (tra cui quella riguardante il feudo) del diritto consuetudinario. E la vita poneva problemi sempre nuovi, che il legislatore, muto da secoli, non disciplinava.

Tra questi due termini, della vita in movimento e di una norma postulata come esclusiva ma estremamente complessa e, nella sua parte principale, immobile, si instaura la tensione che caratterizza tutti gli svolgimenti della giurisprudenza di diritto comune.

Torna anche qui il dubbio se si possa parlare di diritto comune in significato unitario; di un giurista di diritto comune avente fisionomia costante. Io penso lo si possa, con qualche limitazione essenziale. Il tempo sarà l'arco intero di sette secoli che va dalla riscoperta integrale del *Corpus Iuris* da parte

(8) EHRLICH, *JL* 172.

(9) Sulla teoria delle fonti di diritto comune rimando agli scritti di CALASSO, soprattutto *Medioevo* cit. Di fronte al quadro che egli traccia occorre però tenere sempre presente che il diritto romano non è un elemento tra i molti, ma il corpo centrale e connettivo, rispetto a cui le altre fonti si pongono in funzione essenzialmente integrativa e interpretativa. E vedi oltre, n. 199 i.f.

della scuola bolognese (e quasi contemporanea compilazione del *Decretum* da parte di Graziano) alle codificazioni. Ma lungo questo tempo mi limiterò all'Italia e alla giurisprudenza in senso lato *forense*. Intendo la giurisprudenza i cui prodotti, anche se talvolta nati con destinazione puramente teorica, sono stati regolarmente utilizzati nella prassi e nei giudizi (sia pure eventualmente solo in opere di volgarizzazione). Restano quindi esclusi gli indirizzi di studio che di fatto non si addentellarono con la vita quotidiana del diritto in Italia: la scuola culta, i teorici della politica, i giusnaturalisti, gli illuministi. E terrò presente soprattutto la giurisprudenza (e il diritto) civile, intendendo con questo mettere in secondo piano tanto il diritto penale e pubblico quanto il diritto canonico. Escluderò il diritto civile contenuto nelle legislazioni statutarie o principesche, come non facente parte del diritto comune. Entro questi confini, la giurisprudenza (e il diritto) subiscono trasformazioni notevoli, e sulle quali ci soffermeremo brevemente; ma l'elemento di continuità prevale. Il diritto comune, che si prepara nei secoli della glossa e ha la sua maturazione piena nella scuola perugina del Trecento, va raffinandosi e complicandosi decadentisticamente (10), ma non fino a snaturarsi e rendersi irriconoscibile, nei quattro secoli seguenti. Creazione del medioevo, esso fluisce come un'acqua sempre meno energicamente percossa dall'onda iniziale — ed è un crescere in opulenza pigro talvolta ma inarrestabile —, attraverso secoli che vivono, oltre le mura forensi, esperienze culturali tanto diverse. Perciò il diritto quotidiano conserva, in Italia, l'impianto medievale fino alle soglie dello Stato unitario.

II. Per renderci conto della posizione della giurisprudenza rispetto al diritto possiamo tenere distinti, anche più esplicitamente di quanto lo abbiamo fatto trattando dell'ordinamento romano, due punti di vista: il primo, e per noi meno importante, guarda alla parte avuta dai giuristi nella legislazione, nella giurisdizione, nei negozi privati, insomma nel conferire il contenuto — l'essenza — a norme poste in esistenza da altri,

---

(10) Non dò al termine il valore univocamente negativo di una 'decadenza'.

o dagli stessi giuristi ad altro titolo; il secondo guarda invece al problema, se la giurisprudenza in quanto tale abbia prodotto norme giuridiche, e in che modo. C'è una reale diversità, mi pare, tra il chiedersi in che misura la legge sia opera dei giuristi e il chiedersi in che misura l'opera dei giuristi sia 'legge'.

1. Il primo punto di vista è quello in cui principalmente si poneva Federico Ciccaglione quando caratterizzava l'intero nostro periodo come l'epoca del diritto scientifico, di fronte alla precedente del diritto volgare e alla seguente del diritto codificato (11). Egli scriveva (12): « In questa seconda epoca, risorti gli studi di diritto romano, i cultori di questi a poco a poco rivolgono la loro attenzione al diritto pratico dei loro tempi...: penetrando nei consigli dei comuni e dei sovrani..., occupando... le loro più alte magistrature e le minori, essi esplicano tutta la loro influenza e sulle legislazioni, alla cui formazione prendono parte, e sulla stessa politica degli Stati italiani, e sulla giurisprudenza. Le leggi così sono ormai opera dei romanisti... La giurisprudenza [Ciccaglione intende la giurisdizione] è anch'essa opera dei romanisti... » (13).

Queste affermazioni vanno, sia pure brevemente, sviluppate e circostanziate. Sia consentito, anzitutto, aprire una parentesi che, 'situando' il giurista nel mondo suo contemporaneo, ci dia modo di meglio rappresentarci le componenti e i modi concreti della sua influenza. Abbiamo visto come in Roma la

---

(11) F. C., *Manuale di storia del diritto italiano* (2 voll.), 1901. Questa periodizzazione è stata giustamente lodata per aver sostituito « a quello empirico e cronologico, seguito da altri, un criterio logico e sostanziale » (*Studi storici e giuridici dedicati a F. C.*, 1909, p. XVIII). Cf., per un parallelo con la lingua, FIORELLI, in *ASD* cit. (sopra, n. 4) 287 s.

(12) O.c. vol. I, p. 9.

(13) Il secondo punto di vista, che a me pare il più importante, sembra invece presentato da Ciccaglione, in omaggio alla concezione statalistica del diritto, come secondario, quando egli aggiunge: « E l'influenza dei cultori del romano diritto si esplica anche indirettamente su tutta la vita giuridica dell'epoca, mercè i commenti non solo alle leggi romane, ma alle leggi stesse dei vari stati, e mercè le loro costruzioni e ricostruzioni scientifiche... » (spaziature mie).

dottrina non fosse l'unica condizione dell'autorevolezza del ceto giurisprudenziale; accanto alla fisionomia generale dell'ordinamento, fattori sociali vi contribuivano in misura significativa. Essi sembrano meno rilevanti nel nostro periodo.

L'origine dei giuristi medievali non ha formato oggetto di studi paragonabili a quelli di Kunkel per Roma; sembra tuttavia di poter dire che, almeno nei primi secoli, i giuristi si reclutavano in tutte le classi sociali. Non vi erano dunque preclusioni assolute; certo se si guarda al rapporto tra il numero dei giuristi e la rispettiva classe, i giuristi di famiglia nobile o abbiente risultano, in proporzione, molto più numerosi di quelli di piccoli natali (14).

Quanto alla posizione sociale e pubblica dei giuristi, occorre distinguere tra quella che spettava loro già in quanto tali, e

(14) Una lettura di SAVIGNY, vol. IV-VI (che arriva però solo fino a tutto il Quattrocento) dà i seguenti risultati.

NOBILI: sec. XII: Martino Gosia, Guglielmo da Cabriano, Enrico di Baila, Lotario; sec. XIII: Iacopo Baldovini, Lambertino Ramponi, Martino da Fano, Rolandino de' Romanci, Tommaso di Piperata, Guglielmo Durante; sec. XIV: Cino da Pistoia, Raniero da Forlì, Baldo degli Ubaldi, con i fratelli Angelo e Pietro; sec. XV: Francesco Accolti, Bartolomeo Socini con Mariano sr. e jr., Ludovico Bolognini, Lancellotto e Filippo Decio, Ambrogio Camaldolese.

FAMIGLIE DISTINTE («angesehen»): sec. XII: Iacopo, Ugo (due dei 'quattro dottori', Bandino; sec. XIII: Ugolino del Prete, Bagarotto dei Corradi, Carlo di Tocco, i tre figli di Accursio (Francesco, Cervotto e Guglielmo), Odofredo e il figlio Alberto, Giovanni Fagioli, Egidio Foscarari, Rolandino de' Passaggieri; sec. XIV: Iacopo da Belviso, Francesco Tigrini, Luca da Penne; sec. XV: Bartolomeo da Saliceto, Raffaele Fulgosio, Giovanni da Imola, Alessandro Tartagna (?), Giovanni Battista Caccialupo (?), Giason del Maino.

FAMIGLIE MODESTE, o UMILI: sec. XII: Piacentino; sec. XIII: Pier delle Vigne, Accursio, Martino Sillimani, Pascipovero (?), Dino del Mugello; sec. XIV: Pierre de Belleperche, Giovanni d'Andrea, Alberico da Rosate, Bartolo da Sassoferrato; sec. XV: Paolo di Castro.

Vi sono poi tutti i numerosi autori di cui Savigny non dice nulla, o la cui famiglia è ignota: si potrà presumere che in molti casi sia modesta. Appartengono a questa categoria, per esempio, Bulgaro, Pillio da Medicina, Azzone e altri giuristi di prima grandezza. Un accenno significativo alla condizione dei professori e al loro distinguersi dagli statuari 'plebei' nel sec. XIII è in E. GENZMER, ZS 1941, 306 s.

quella che potevano raggiungere (o era loro richiesta come condizione di autorevolezza) in altri campi di attività. Come dottori semplici (*non legentes*) essi già godevano di un prestigio notevole, di esenzioni e privilegi: i professori (*doctores legentes*) delle principali università potevano avere la giurisdizione nelle liti tra scolari ed estranei, e a certe condizioni raggiungere, come già i bizantini, la nobiltà comitale (15); in ogni caso godevano di una posizione rispettata e in genere altamente remunerativa (16). La loro autorità era rafforzata dall'associazione in corporazioni e collegi: papi e imperatori inviavano le loro leggi ai collegi universitari per 'pubblicarle', i pareri delle facoltà legali ebbero notoriamente un ascendente grandissimo, ma anche l'appartenenza agli ordini dei notai, degli avvocati, dei giudici era fonte di dignità e vantaggi.

Inoltre i maggiori giuristi, e specialmente i professori, furono spesso impiegati dalle città, dagli imperatori, dal papa in negozi importanti, arbitrati, consigli, ambascerie; ricoprirono nell'età comunale cariche di podestà e di giudici; più tardi, sotto i principi, poterono appartenere a vari rami dell'amministrazione; talvolta svolsero una funzione politica di rilievo (17).

Non vi è, tuttavia, neppure per il periodo più antico (nonostante sembri così ritenere Savigny) un legame tra giurisprudenza e politica, tra giurisprudenza e *auctoritas* personale, così stretto (per non dire organico) come da parte nostra lo abbiamo constatato in Roma. Al grande tecnico della classe governante guidato dall'intuito sicuro nella tradizione, succede il dotto anzi dottore universitario di stampo bizantino, che in anni di visibile, matricolata fatica (il medioevo crede ai titoli) ha conquistato il grado e la dottrina e con essi si guadagna da vivere spostandosi di cattedra e di università a

(15) Cf. A. VISCONTI, *De nobilitate doctorum legentium in studiis generalibus*, St. Besta III (1939) 219-241.

(16) Basta leggere le notizie che dà Savigny, nelle rispettive biografie, sugli onorari dei professori; per un'epoca più tarda può forse valere quanto ci dice della Germania KOSCHAKER 383 n. 59 (= 225 s. n. 5). Su quanto segue vedi anche SAVIGNY III, 90 s.; V, 224 s.; VI, 2-6; 22 s.

(17) Si veda quanto dice F. SCLOPIS, *Storia della legislazione italiana* II, 424-426 sugli avvocati di Napoli.



seconda delle offerte. L'insegnamento — sia detto qui una volta per tutte — ha un'importanza incomparabilmente maggiore che in Roma tra le attività dei giuristi più illustri (e ciò si riflette puntualmente sulle loro opere, quindi sulla stessa fisionomia della 'scienza giuridica'). L'importanza dell'università (che ha il suo precedente nell'organizzazione bizantina della cultura) impedisce, a mio parere, di accettare come generalmente valida l'opposizione di Koschaker (18) tra « Iuristenrecht » dei pratici e « Professorenrecht ». Il 'pedante' senza potere, lo scolastico lontano, almeno di regola, dai gravissimi impegni di governo e dalle ambizioni politiche che pesavano sopra il giurista romano, è il tipo di uomo che adesso incontriamo come depositario del diritto. Ma la sua forza nell'ambito giuridico non è minore: perchè la sua forma di giurista è corrispondente, complementare alla nuova forma del diritto, la grande architettura legittima che dall'apice divino discende in quadruplici arcate romana, canonica, feudale, statutaria, ad ogni estremo poggiante sulla base della ragione naturale. Col procedere del tempo andrà di pari passo l'obliterarsi di quell'architettura e l'accrescersi dell'importanza delle professioni forensi, giudicatura e avvocatura: è anche questo un fatto nuovo rispetto al mondo classico ed anche bizantino. I nostri giuristi sono generalmente uomini (come si diceva un tempo), di 'cattedra e foro' insieme; se è vero che il centro di gravità si sposta a poco a poco dalla prima al secondo, è pur vero che (diversamente dall'Inghilterra, e da Roma) il giurista si forma nell'università, e questa resta sempre un (se non il principale) centro propulsore dell'intera vita giuridica, soprattutto di quella che si rifà al diritto comune. Un altro grande canale attraverso cui si esercita l'influenza dei giuristi pratici è, in prosieguo di tempo, la stampa, che appunto consente non solo alle pubblicazioni universitarie ma anche ai prodotti della mai cessata attività di consulenza, e poi della giurisdizione dotta, di raggiungere una portata che va ben oltre il singolo caso; tutto questo allarga considerevolmente l'area di vita pratica ricoperta dal diritto giurisprudenziale.

---

(18) *Europa* 357-359 (= 211 s.) e *passim*. Su questa opposizione vedi anche oltre, § IV.1.D; E; e cap. IV, § II.4.C.

Chiudendo la parentesi. Il problema della influenza dei giuristi sulla legislazione si presenta in questo periodo come infinitamente più complicato che in Roma. Là ci si poteva limitare a poche, precise fonti di produzione legislativa: assemblee popolari, poi senato, poi imperatore, eventualmente il pretore edicente. Qui invece, anche a voler escludere tutte le norme generali emanate dalle arti, corporazioni e simili organismi associativi (19), ci troviamo di fronte a centinaia di Stati aventi costituzioni diverse sempre, e spesso radicalmente: comuni cittadini, comuni regionali, signorie, principati, regni, impero, senza contare la legislazione papale per i territori pontifici e la stessa legislazione canonica. Non è quindi possibile delineare con qualche dettaglio delle costanti. L'influenza dei giuristi — su questo non vi sono dubbi — andò comunque crescendo (20); mentre nelle antiche repubbliche è frequente la redazione per iscritto delle consuetudini con il semplice contributo dei *boni homines*, sappiamo che tra gli statuari dei comuni maggiori furono più tardi regolarmente presenti i dottori, quando non fu addirittura affidata ad alcuni di loro la redazione dello statuto; e leggi come gli statuti in cinque libri di Amedeo VIII di Savoia sono certamente nella tessitura, se non nella stesura formale, opera di giurisprudenza.

Ma la legislazione che qui preme è anzitutto quella di diritto comune; ora, essa è in campo civile scarsissima. Poco o nulla hanno aggiunto gli imperatori medievali alla legge romana; il diritto feudale, se pur si vuole considerarlo comune, non è propriamente legislativo; sulla sua formulazione i giuristi hanno certo influito. La vera e propria legislazione comune del periodo è la canonica; con la riforma gregoriana la Chiesa acquista una autorità centrale che consentirà all'idea stessa di legislazione ecclesiastica di farsi strada, e in grande stile, se non addirittura nella forma di un codice esclusivo e logicamente redatto; al punto che si può affermare, sulla solida base delle ricerche di

(19) Un esempio: in Toscana fino al 1808 vigevano millecinquecento statuti parziali: BRUGI, NS 62.

(20) Vedi p. es. F. SCHUPFER, *Manuale di storia del diritto italiano*, *Le fonti*\* (1908) 403; 405-411.

S. Gagner (20 a), essere la moderna idea della legislazione come fatto tecnico, principalmente di origine ecclesiastica e non statale: ora questa legislazione reca in effetti chiara impronta giurisprudenziale. Giuristi furono spesso gli stessi papi e sempre vi furono giuristi tra i loro consiglieri e collaboratori.

Quanto all'influenza dei giuristi sulle sentenze, rinviando a più tardi l'esame del problema se i giudici 'dovessero' attenersi a norme generali o individuali prodotte dalla giurisprudenza (che è lo stesso tema fondamentale della nostra ricerca), ci occuperemo intanto del primo, elementare profilo secondo cui la sentenza può esser dovuta a un giurista: in quanto cioè sia giurista lo stesso giudice.

Non vi è una ricerca d'insieme sulla cultura giuridica dei giudici (21). Abbiamo già visto come i giuristi *uti singuli* fossero spesso chiamati a svolgere mansioni di giudici; ma possiamo lasciare da parte questi casi, e porci il problema istituzionale.

Per quanto riguarda la teorizzazione fattane dal diritto comune, tanto civile quanto canonico, una specifica preparazione giuridica si considerava auspicabile, ma non necessaria nel giudice; del resto il diritto comune, che riconosceva l'autonomia delle giurisdizioni, non poteva che rimettersi a quanto disponevano in materia i rispettivi ordinamenti; con la riserva che il giudice ignaro di diritto chiedesse, nei casi per lui difficili, il consiglio di un giurista.

Le organizzazioni giudiziarie degli ordinamenti particolari sono diversissime secondo i luoghi e i tempi. La prima osservazione fondamentale è che, nella selva selvaggia di giurisdizioni

---

(20a) Soprattutto *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, 1960.

(21) Traggo quanto segue essenzialmente dalle osservazioni sparse nella *Storia della procedura* di G. SALVIOLI (1927), cercando di dare le grandi linee di un quadro che, visto da vicino, rischierebbe di dissolversi nella varietà delle teorie, dei tempi e degli ordinamenti. Mi è stato utile, per la freschezza di molte notazioni, anche il vol. II della *Storia della legislazione italiana* di F. SCLOPIS (1863), Parte I, cap. IX e Parte II, cap. III; cf. anche *Della autorità giudiziaria* (1843) cap. VI. Uno schizzo in BRUGI, NS 78-80.

speciali che ricopriva quasi ovunque il terreno della procedura, buona parte dei giudicanti non abbisognava di conoscenze giuridiche oltrepassanti l'estensione talvolta irrisoria della rispettiva competenza. Quanto alla giurisdizione civile ordinaria, occorre almeno distinguere tra prima e successive istanze.

La giurisdizione di prima istanza fu, nei liberi comuni, generalmente anche l'unica; il posto dell'appello era in qualche modo tenuto dal sindacato. Nè i giudici delegati dai consoli, nè tanto meno quelli portati con sè e pagati dal podestà (22) erano necessariamente giuristi: lo sappiamo sia per notizie dirette, sia argomentando dalla non obbligatorietà della motivazione delle sentenze e soprattutto dalla diffusione del *consilium sapientis* (23).

I comuni dominanti, le signorie e gli stessi regni lasciarono in genere sussistere questo stato di cose, salvo che il giudice veniva sempre più spesso nominato dal centro (24); alla prima istanza ne sovrapposero però altre, istituendo nelle città principali tribunali d'appello, che potevano anche conoscere in prima istanza cause di maggiore entità o privilegiate. Neppure i membri di questi superiori consigli erano sempre giuristi: i nobili e gli ottimati *idiotae*, cioè profani, vi avevano il loro posto. Tuttavia non c'è dubbio che quanto più si sale nella gerarchia giudiziaria e si procede nel tempo, tanto più cresce la percentuale dei giuristi e il livello di preparazione loro richiesto. Lo Stato pontificio dava in questo l'esempio, con la Rota romana composta di dodici illustri dottori; gli altri Stati ebbero istituzioni analoghe, Rote, Senati, Consigli formati in prevalenza o esclusivamente da giuristi. Le stesse facoltà giuridiche furono ta-

(22) Su questo ha insistito particolarmente SCLOPIS, cf. *Dell'autorità giudiziaria* 133.

(23) Vedi oltre, § IV.1.A.b). È singolare che ENGELMANN, il quale per primo ha messo in rilievo l'importanza del *consilium sapientis*, abbia spesso affermato che i giudici comunali erano colti in diritto: o.c., 47 ss. e *passim*.

(24) Vedi SALVIOLI, o.c. 24 sui giudici analfabeti dell'Italia meridionale, delegati dai baroni; cf. anche 499, 502 s. In contrario vedi tuttavia, dello stesso SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*<sup>8</sup> (1921) 766 e n. 1; 744; SCLOPIS, *Autorità giudiziaria* 137; *Storia* 252.

lora chiamate a giudicare in appello (25). Il carattere rigorosamente giuridico delle decisioni era però ovunque gravemente minacciato dal potere del sovrano assoluto di intervenire a suo arbitrio, cassando o riformando sentenze, nominando giudici a lui graditi, spostando le competenze: di altrettanto diminuiva, quando non era paralizzata, l'influenza giurisprudenziale sui giudicati.

Possiamo concludere dicendo che sulle sentenze inferiori i giuristi, e con essi il diritto comune, agivano — quando agivano — soprattutto indirettamente, tramite il consiglio; mentre le sentenze dei tribunali superiori erano diretta opera di giuristi, nei limiti di indipendenza loro concessi dalle costituzioni assolutistiche.

Diversamente dai giudici, gli avvocati (che si distinguono poi dai *procuratores*) sono senza eccezione giuristi. Da un lato infatti il puro retore di stampo antico è passato in secondo piano (anche se a Napoli, come ricorda Salvioli, avvocati giunsero a parlare per settimane!), d'altro lato non vi è una vera e propria carriera giudiziaria, i giudici, spesso temporanei, spesso itineranti, sono pagati ovunque malissimo dallo Stato e godono di poca considerazione sociale (26). Invece l'avvocatura è una vera professione, consente ai più abili di crearsi autentiche fortune, negli Stati aristocratici a economia fondiaria è addirittura l'unico mezzo per arricchire (27) parassitando la piccola e, di preferenza, la grande proprietà. Si capisce quindi come la preparazione giurisprudenziale abbia nella professione forense il suo naturale sbocco. Inoltre sono gli stessi regolamenti, statali o corporativi, a fissare requisiti spesso severi di studio e di tirocinio, a richiedere esami in diritto.

Gli avvocati hanno avuto notevole influenza sul diritto, sia attraverso i pareri dati come giureconsulti ai giudici e alle parti,

(25) A. SOLMI, *Storia del diritto italiano*<sup>3</sup> (1930) 689.

(26) SALVIOLI, *Storia della procedura* 23.

(27) Si veda, per Napoli, la testimonianza di Francesco D'Andrea citata da SALVIOLI 226 n. 1, e quanto Salvioli stesso dice a p. 225 s. Ma tutto il paragrafo (p. 220-231) è ottimo e da vedere. Sulla cultura giuridica degli avvocati è istruttiva anche la visita di BRUGI, *Nello studio di un avvocato del Settecento* (NS 170-178).

sia contribuendo quotidianamente alla formazione del diritto consuetudinario giudiziario (lo *stylus* dei tribunali maggiori). Particolarmente bene individuabile la specifica loro influenza sul diritto processuale: furono essi a rendere indispensabile l'assistenza alle parti, furono essi soprattutto che, di fronte al tentativo dei legislatori, appoggiato in linea di principio dalla dottrina, di estendere la cosiddetta cognizione sommaria, seppero reintrodurre tutti i gravami e le complicazioni della procedura solenne (28). Essi sono anche all'origine di certi generi letterari tipici, come le cautele; ed hanno indubbiamente collaborato, insieme ai notai (le due professioni erano in alcune regioni cumulabili), alla fissazione dei tipi e dei formulari negoziali.

2. *A.* Possiamo, contentandoci di questi cenni puramente orientativi, affrontare con maggiore ampiezza il nostro tema centrale: se, e in che senso, e per quali vie la giurisprudenza *come tale* abbia prodotto norme giuridiche, generali o individuali. Tema che, come il precedente, dovrebbe, se non m'illudo, attirare l'attenzione degli storici sul problema più vasto del diritto come ordinamento. Nelle esposizioni tradizionali noi incontriamo ottime storie, di tipo letterario, delle *fonti* (le leggi; gli scritti dei giuristi; le raccolte degli atti giurisdizionali e negoziali); e storie degli *istituti* di diritto sostanziale e processuale, pubblico e privato. Ma quella istituzione, matrice di tutti gli istituti particolari, che è l'ordinamento stesso nel suo complesso non viene fatta oggetto specifico di storia. I modi in cui le varie 'fonti' cooperano a generare la norma dell'azione, le reciproche influenze e gli eventuali contrasti, i loro equilibri, tutto questo definisce la fisionomia dell'ordinamento visto dinamicamente, e al di là delle eventuali pretese di taluni classi di 'fonti' ad essere considerate come tutto il diritto. Le fonti non sono solo collocate l'una accanto all'altra: esse interagiscono, si aiutano o si sfruttano a vicenda, tese ciascuna all'azione, a modellare (ciò di cui nessuna da sola è arbitra) gli istituti che daranno lo stampo all'azione.

---

(28) SALVIOLI 339 s.; anche *Storia del dir. it.* 777 i.f.

La conoscenza dell'ordinamento nel suo dinamico *agement*, così complesso ed anche mutevole, raramente accompagna le ricostruzioni degli istituti giuridici, anche quando (e non accade sempre) siano fatte tenendo presente la legislazione, la dottrina, i giudicati, i documenti negoziali. Quelle ricostruzioni rischiano allora di rimanere fondate sopra una intuizione istintiva e inesatta dei rapporti delle fonti tra loro, e quindi di risolversi in una giustapposizione acritica di materiale probatorio tratto indifferentemente dall'uno e l'altro campo, oppure di procedere per partizioni stagno (l'istituto nella legislazione; l'istituto nella dottrina; l'istituto nelle sentenze, nei formulari notarili, e così via). Con ciò lo storico si sarà precluso di raggiungere il suo scopo, che è di conoscere il meno approssimativamente possibile l'istituto nell'azione.

Mentre la posizione delle varie fonti tra loro e rispetto al diritto (inteso appunto come norma dell'azione) è essa stessa diritto, in quanto 'forma' dell'ordinamento, forma che genera gli istituti a propria immagine e somiglianza, e in essi si ritrova.

Se si ammette che è parte integrante dell'ordinamento la posizione che viene assegnata al giurista nel processo con cui la norma si fa, e si fa azione, e che quindi (dando alla parola 'diritto' i due significati ora precisati) il rapporto giurista-diritto è esso stesso diritto, lo studio storico della posizione della giurisprudenza, che qui tento e che spero sia da altri ripreso, non esaurisce dunque, ma intanto prepara la storia integrale dell'ordinamento, a sua volta premessa per la storia critica degli istituti (29).

---

(29) Per uno sviluppo più completo di queste idee rimando, ancora una volta, al cap. IV, spec. § II.2, e al cap. V, § II. L'opera che più si avvicina a una storia dell'ordinamento 'comune' (intendo quello di cui sia parte integrante il diritto comune, secondo ciò che ho detto all'inizio del capitolo) è indubbiamente quella di ENGELMANN (cit. in *Abbrev.*). Essa è stata perciò la mia guida principale: sia detto qui una volta per tutte, doverosamente e lietamente. Io non aderisco a molte delle tesi di E., altre non ho inteso esaminare criticamente perchè esulavano dalla mia ricerca. Ma ciò che mi è parso fondamentale, e con questa completezza e consapevolezza tentato da lui solo, è lo sforzo di vedere la giurisprudenza nel suo

Le 'cinque' vie suggeriteci dalla problematica romana per accedere alla conoscenza del rapporto giurista-diritto restano oggettivamente valide, anche se ognuna volta a volta diversamente fruttuosa, in tutte le possibili esperienze giuridiche; nel mio tentativo di comprendere l'esperienza medievale io le ho quindi tenute costantemente presenti. Ma nell'esposizione rinuncerò a seguirle una per una ordinatamente: il nostro materiale diventa troppo vasto, le ricerche moderne sulle quali basarci sono ancora poche, appena abbozzate, soprattutto è stata la stessa esperienza storica studiata, con le sue caratteristiche e il suo svolgimento, a suggerire tre aspetti (o dimensioni) salienti del rapporto giurista-diritto secondo i quali questo rapporto, nel periodo considerato, si lascia cogliere più sinteticamente e agilmente.

Mi è parso cioè che i risultati dell'indagine storica si lasciasero esporre nel modo migliore distinguendo anzitutto l'incidenza del giurista sulle strutture generali, direi sulla morfologia del diritto comune come ordinamento, dall'incidenza del giurista sul diritto come insieme di norme o istituti del comportamento, cioè come materia che riempie quella intelaiatura ordinamentale; e distinguendo poi ulteriormente, in questa incidenza sulle norme di comportamento, gli aspetti dell'inventività (cioè della misura in cui il giurista oltrepassa, formulando la norma, il dato legale) e dell'autorità che la norma così formulata possiede nella vita del diritto. Questi tre aspetti corrispondono in parte ad alcune delle 'vie' utilizzate

---

coordinamento, secondo modi specifici al periodo storico del Comune, con tutte le fonti (legislative, metapositive, giurisdizionali, negoziali). Condivido (con diversa motivazione) il giudizio di un lettore così attento ed altamente qualificato, e che non risparmia certo le critiche, come E. GENZMER (ZS 1941, 354): « ein rechtsgeschichtliches Meisterwerk von dauerndem Wert »; un'opera, aggiungo, la cui traduzione italiana sarebbe ancor oggi utilissima. Essenzialmente sul libro di E. si è basato KOSCHAKER, *Europa*; la recensione principale è quella di GENZMER, l.c. 276-354. Sulla necessità di una storia di ordinamenti insiste (dando tuttavia alla parola ordinamento il significato di un insieme di istituti più che di una struttura produttiva) FIORELLI, in *Storia giuridica e storia linguistica* (cit. alla n. 4) 275-288.



nello studio romanistico; in parte coincidono con le dimensioni della 'essenza' ed 'esistenza' di cui ho fatto cenno più sopra. Comunque, essi andranno colmandosi di un significato e di un contenuto concreto nel corso dell'indagine.

B. Nel periodo da cui trae origine e caratterizzazione fondamentale la secolare corrente giuridica del diritto comune, tutta la società è ancora sospesa a un Dio unico che non soltanto è Persona amabile e terribile come nei due Testamenti, ma è anche Idea, chiave di volta di un sistema architettonico di pensiero. Nulla esiste, nell'universo visibile e invisibile, nell'ordine dell'essere e del valore, se non in dipendenza da Dio; nulla quindi è 'intelligibile' fino in fondo se non in riferimento, immediato o mediato, all'idea stessa di Dio.

L'ordine giuridico medievale ci si presenta perciò, anche sotto questo profilo, come distinto da quello romano classico: un procedere deduttivo, un atteggiamento 'sapienziale' si contrappongono al procedere empirico-induttivo, all'atteggiamento 'prudenziale' dell'antico popolo politeista e politico. Il medioevo è l'epoca non tanto della legalità, quanto della legittimità: nel senso che la norma-base dell'ordinamento, di ogni ordinamento valido, non può essere relativa e meramente fattuale, non può essere che in Dio (30). La stessa compilazione legislativa di Giustiniano viene percepita attraverso la categoria mentale della 'rivelazione' (31).

Questo modifica anche le ragioni e i modi dell'autorevolezza dei giuristi. L'esiguità (almeno in Occidente) dell'impero sulla terra, anzi di ogni regno visibile sulla terra, è compensata dalla maestà della legge nel cielo delle idee. Non più quindi gli uomini della tradizione e del potere, anzi nessun centro di potere è arbitro del diritto come legittimità; può esserlo la dottrina, come espressione più meditata delle convinzioni comuni

(30) Si vedano i testi riportati da R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*<sup>2</sup> (1961) 126 s. Le leggi *donum Dei, factae a Deo*, sono ispirate dallo Spirito Santo, l'imperatore è *procurator Dei*, e così via. Vedi anche oltre, n. 39.

(31) WIEACKER, PRG 28: il *Corpus Iuris* avrebbe avuto addirittura fino al Settecento « die Macht einer Rechts off e n b a r u n g ».

agli uomini del proprio tempo, anzi della stessa oggettiva verità. Sono noti i racconti dei pareri chiesti ai giuristi sul fondamento e l'estensione dei poteri imperiali. Appunto la 'dottrina' è valore specificamente medievale, come la dignità e l'*auctoritas* in Roma, o la scienza positiva nell'età contemporanea.

a) Ciò vale, s'intende, *in apicibus* più che nell'attività quotidiana; ma ha la sua importanza anche proprio per spiegarci il fatto fondamentale della storia giuridica europea: il ritorno in vigore del diritto romano antico dopo secoli di volgariamo (32). Noi troviamo in un certo senso i giuristi bolognesi prima del diritto, all'origine del diritto: perchè i testi che Irnerio e le prime generazioni dei suoi discepoli studiavano, in fondo non erano ancora diritto, lo sono diventati perchè essi li hanno studiati e insegnati. Ciò che prende nuova vita è molto più la giurisprudenza, che non l'impero, di Roma. L'imperatore medievale non ha assolutamente alcun merito nella 'rinascita' del perfezionatissimo diritto di cui viene ad essere, quasi a propria insaputa, erede e fonte. Questo diritto glielo regalano i giuristi di Bologna (33).

Certo, la scaturigine della scuola giurisprudenziale bolognese è in uno slancio schiettamente umanistico, quello che anima alla esplorazione strenua, anzi subìta come una curiosità e una venerazione irresistibile, del testo romano; ma questo slancio si coordina a una legittimazione di quel testo che è, in definitiva, teologica: solo l'imperatore cattolico romano ha investitura divina per emanare una legislazione universale.

Ora, anche questa legittimazione viene cercata dai giuristi, sia pure dopo o insieme con i teorici della società cristiana. Il

---

(32) Ben s'intende che senza la sopravvivenza consuetudinaria del diritto romano volgare, neppure il rinascimento dotto sarebbe stato possibile. Su questo punto attirò a suo tempo particolarmente l'attenzione F. CICCAGLIONE, nel *Manuale* cit. alla n. 11, che mise in luce la continuità tra diritto comune dotto e istituti del diritto volgare.

(33) Non solo; ma essi restano arbitri di includere o meno, tra le fonti del diritto comune, le rare costituzioni che l'imperatore emana e invia a Bologna: cf. A. ROTA, *Il diritto comune* (1946) 71 s.; 75-123; SCHUPFER, *Fonti* cit. alla n. 20, 337.

primo aspetto per cui il diritto comune ci si presenta come giurisprudenziale è dunque proprio quello del suo fondamento, genetico (iniziativa di studio del *Corpus Iuris*) e legittimo (giustificazione teorica della potestà dell'imperatore romano e del diritto giustiniano). Fenomeno tipicamente medievale, questo della capacità fondante della dottrina, che ha letteralmente immesso il 'suo' diritto negli ordinamenti minori; fenomeno di cui troviamo in certo modo un parallelo nel formarsi del primo nucleo del *Corpus* canonico attraverso l'opera di Graziano e, fuori del medioevo, forse un solo esempio, molto meno cospicuo e del resto derivato dal primo: l'imposizione del diritto romano-pandettistico a due o tre generazioni tedesche da parte della scuola storica.

b) Giurisprudenziale è nel medioevo anche la teoria della coordinazione gerarchica delle fonti e degli ordinamenti giuridici. Il medioevo è insieme, e in estrema misura, il tempo dell'universalismo e delle autonomie; anzi osserviamo che è proprio la massima polverizzazione autonomistica, la fioritura comunale (34), a favorire l'universalismo del sistema politico e giuridico, della cultura, delle università. Con il formarsi di Stati superiori alla dimensione della città va di pari passo il chiudersi del diritto e della organizzazione della cultura in cerchi nazionali o regionali, e con esso l'abbandono di giustificazioni universalistiche e spirituali a favore di altre positivistiche e fattuali (la legittimità dell'unico ordinamento cristiano e l'autonomia degli ordinamenti particolari cominciano a risolversi nella sovranità degli Stati moderni). La grandezza intermedia distrugge le grandezze supreme e inferiori. Ma finché queste sussistono, l'organo abilitato a fare la gerarchia delle fonti è il dotto. Sono i giuristi di cattedra a stabilire per il giudice i criteri da seguire per giungere alla decisione, che è atto necessariamente unitario e unificatore, nell'ordinato rispetto del diritto divino e

---

(34) Veramente il Comune nasce già, come indica la parola, da un movimento centripeto; il punto massimo di polverizzazione è costituito da un lato dalle federazioni mercantili e artigiane, dall'altro dal castello feudale. Non mi riesce però di pensare questi enti, neppure analogicamente, come Stati; mentre il Comune lo è.

umano, razionale e positivo, comune e proprio. I giuristi non studiano il diritto degli statuti (se non occasionalmente (35) o per i consigli), ma studiano il rapporto tra diritto statutario e diritto comune, i casi di prevalenza dell'uno e dell'altro; studiano insomma l'ordinamento unitario che la decisione concreta ogni volta richiede, e che fonde il pluralismo senza negarlo. Anche ai giuristi è dovuta la validazione e l'ammirevole teorizzazione della consuetudine come fonte di diritto.

c) Ma per i rapporti che intercorrono tra la concezione generale del diritto e il diritto privato (e penale) da un lato, e la struttura costituzionale dello Stato, i suoi particolari valori e principii costruttivi, la sua articolazione organica, le sue relazioni con i singoli e con gli altri Stati, possiamo dire che anche lo Stato non solo moderno ma già medievale è sotto un aspetto essenziale opera della giurisprudenza (36). Risuscitando la concezione romana del diritto, mettendo il diritto romano alla base dei rapporti sostanziali, la giurisprudenza non poteva non far sorgere l'esigenza di una nuova organizzazione della giustizia, di un più rigoroso controllo della fondatezza in diritto delle sentenze (37); non poteva non avviare un processo di razionalizzazione della prova giudiziaria, dei modi di appianamento delle contese tra il cittadino e gli organi dello Stato e tra i diversi Stati, dove i giuristi non mancarono di adattare analogicamente principii del diritto privato; il diritto pubblico romano forniva l'idea stessa di 'ufficio' spersonalizzato e utili stampi di magistrature e di uffici agli Stati — cittadini o più ampi — di nuova costituzione.

(35) Esistono, nel tardo diritto comune, vari commenti a statuti (Milano, Faenza, Gubbio, Roma ecc.) ma è un fenomeno di scarso rilievo.

(36) WIEACKER, *PRG* 45: «Der Jurist hat den modernen europäischen Staat als technische Wirklichkeit erst ermöglicht».

(37) L'influenza della dottrina sulla riorganizzazione della giustizia e sulla riforma dei criteri di interpretazione e di giudizio, prima ancora che sul diritto sostanziale, è una delle tesi centrali di ENGELMANN: cf. GENZMER, *ZS* cit. alla n. 29, 282-287 e *passim*. Analoghe considerazioni già in K. v. HEGEL, *Geschichte der Städteverfassung von Italien II* (1847; rist. 1964) 247 s.

d) Affidata ai giuristi, assai più che alla legge, è anche la teoria dell'interpretazione che, per distinguersela dall'interpretazione stessa, vorrei chiamare ermeneutica giuridica. Ciò discende anzi tutto dall'essere affidato ai giuristi, come abbiamo già detto, il coordinamento gerarchico delle fonti: l'una e l'altra problematica si toccano, spesso si sovrappongono (38). Così, l'equità, la razionalità, il diritto naturale — tutte cose che nel nostro periodo non sembrano distinguibili (39) — possono considerarsi come meri criteri interpretativi del diritto statuito ma anche come fonti normative concorrenti con esso. Contrasti teorici come quello tra l'equità non scritta (40) e la legge, tra l'equità scritta ma in una legge gerarchicamente sussidiaria e la legge meno equa ma prevalente nell'ordine gerarchico formale, tra l'equità scritta generale e il rigore (scritto ovviamente) speciale, tra *ius commune* (qui in senso diverso dal consueto) e *ius singulare*, tra *ius vetus* e *ius novum*, o *correctorium* (41), e così pure tutti i problemi attinenti alla delucidazione o fecondazione della norma di una data sfera con norme o principii tratti da un'altra, o alla estendibilità analogica delle norme statutarie (anche a seconda della loro equità), sono ai limiti tra l'ermeneutica e la teoria delle fonti. E sono problemi pensabili e affrontabili solo dai giuristi; come è chiaro che ad essi spetterà poi, nel merito, sotto la guida

(38) Avremo modo di tornare (oltre, cap. III; cap. V) sul motivo profondo per cui ogni teoria dell'interpretazione e quindi della giurisprudenza è anche, necessariamente, una teoria del diritto, e viceversa. Se ne ha la prova anche leggendo i due volumi su *La norma giuridica* di E. CORTESE (1962 e 1964), ai quali rimando per molte delle considerazioni che seguono e per approfondimenti ulteriori. Per i periodi successivi possono vedersi V. PIANO-MORTARI, *Il problema dell'interpretatio iuris nei commentatori*, in *ASD* 1958, 29-109; *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione del diritto nel secolo XVI* (1956).

(39) E che tutte, sia pure mediatamente, risalgono a Dio: cf. P. FEDELE, *Nihil aliud est aequitas quam Deus*, in *Etudes Le Bras I* (1965) 73-87; U. GUALAZZINI, 'Natura, idest Deus', in *Studia Gratiana III* (1955) 411-424.

(40) I giuristi distinguono fin da Irnerio tra equità non scritta, cioè non contenuta in un altro testo di legge, ed equità *scripta* o *constituta*.

(41) Vedi oltre, n. 177.

del pensiero teologico e della stessa loro *vera, non simulata philosophia*, il giudizio su quale sia caso per caso l'equità ideale non scritta, la legge più equa e così via.

I giuristi si sono poi assunta, come sempre, la soluzione dei problemi ermeneutici in senso stretto: se si debba attenersi ai *verba* o alla *mens* o *ratio legis*, quale significato vada attribuito ai *verba*, quale norma prevalga in caso di conflitto con altra appartenente alla stessa fonte, entro che limiti e secondo quali procedimenti possa usarsi l'analogia, e simili.

Tutto questo forma oggetto, germinalmente già dai tempi di Bulgaro e Martino (42), di una riflessione sorprendentemente responsabile e matura, estesa a un numero di variabili (positive e metapositive) quale nessun altro ordinamento giuridico ha forse contenuto, articolata in 'distinzioni' complesse nelle quali l'ultima cosa da vedere è un omaggio formale alla dialettica scolastica. Occorre invece rendersi conto della decisiva importanza anche pratica di questa competenza ermeneutica dei dottori. Le regole interpretative contenute nel *Corpus Iuris*, disperse e gravemente contraddittorie, vengono largamente eccedute; più istruttivo ancora è seguire la lotta tra le regole interpretative statutarie, frequenti e puntigliose, ispirate alla diffidenza verso l'interprete, e quelle di diritto comune elaborate dalla giurisprudenza (43), lotta nella quale i giuristi, con armi acuminata, ridu-

---

(42) Vedi E. M. MEIJERS, in *TR* 1941, 117-135; CORTESE, o.c.; B. PARADISI, *Storia del diritto italiano* (Corso 1961-1962) cap. VIII. Osserva GENZMER, l.c. 315, che i due indirizzi apparentemente contrastanti si avvicinano nei risultati: la scuola di Bulgaro e Giovanni Bassiano compensa le restrizioni poste alla decisione equitativa concedendosi l'indagine sulla *mens* o *ratio legis*; le consuetudini inique dei seguaci di Martino hanno il loro equivalente nelle consuetudini contrarie a una *lex generalis* dei seguaci di Bulgaro; e analoghe osservazioni valgono per i commentatori. Mi pare sia questo un risultato storico prezioso (vedi oltre, cap. III, spec. 265 s.; cap. V, § III.4.B.c, spec. n. 53).

(43) Si vedano le bellissime pagine di ENGELMANN, spec. 139-157. Certe argomentazioni dei giuristi sono memorabili. ALBERICO riporta una disputa di Guido da SUZZARA (sec. XIII) che diceva: *statutum loquitur solum de interpretationibus futuris fiendis per iudices vel advocatos vel alios, non autem de interpretationibus antiquitus factis per iura...* Più tardi BARTOLO interverrà con la consueta energia: *istae interpretationes*

cono a vanità le prescrizioni letteralistiche (spregiate come ' *judicantes* '), dimostrandole o impossibili a seguirsi, o tali da portare a risultati iniqui; e, quando l'operazione non riesca, inchiodano lo statuto ai suoi stessi *verba* privandolo di ogni fecondità analogica. La necessità di superare la lettera statutaria richiedeva, come ha visto Engelmann, il continuo impegno della giurisprudenza consulente per sollevare i giudici inesperti dal timore della responsabilità nel processo di sindacato alla loro uscita di carica.

C. Quanto detto finora ha mostrato, mi pare, che l'ordinamento di diritto comune è opera largamente, anzi principalmente giurisprudenziale nelle sue strutture generalissime, quelle che delineano il suo tipo, che costituiscono la sua forma appunto come ordinamento giuridico. E non è poco; tuttavia la incidenza dei giuristi sul diritto non si esaurisce a questo livello.

Quella forma compagna e anima una *materia*, che è data dalla infinita serie delle norme di comportamento. Si tratta di vedere quale ruolo abbiano i giuristi nel venire in essere di queste norme (alle quali solitamente si pensa quando si usa il termine 'diritto', per esempio quando ci si chiede se la giurisprudenza sia fonte di diritto). S'intende che l'assegnazione ai giuristi del loro ruolo è elemento integrante dell'ordinamento stesso, che potrà così risultare giurisprudenziale sotto un duplice profilo: in quanto costruito con la partecipazione determinante dei giuristi, e in quanto assegnante ai giuristi come tali una simile partecipazione nella genesi delle norme di comportamento.

La prima delle domande in cui si articola il nostro problema è questa: vediamo cosa fanno i giuristi per trovare le norme di condotta. Si limitano a 'rinvenirle' in un perfetto repertorio legale preesistente, o devono, e in quale misura, anche 'inventarle'?

---

*sunt necessariae naturaliter... sed illud, quod est naturaliter necessarium, per leges civiles tolli non potest ...* BALDO riprenderà in forma più incisiva e che rimarrà esemplare l'argomento di Guido: *istud statutum debet aeque intelligi de glossa hominis, non de glossa legis* (ENGELMANN 149 s.). Eccellente esempio del valore anche totalmente ever-sivo che la *distinctio* scolastica poteva avere.

Le verosimiglianze che possono risultare dallo stesso quadro delle fonti quale lo abbiamo finora delineato sono decisamente a favore della seconda ipotesi.

Intanto, questo quadro comprende diverse sfere normative, alcune positive, altre metapositive. I giuristi hanno il compito duplice (e unitario) della 'interpretazione' delle prime e della — diciamo — 'rivelazione argomentativa' delle seconde. Quest'ultima operazione è già evidentemente personale e creativa; i suoi risultati vanno poi composti in una sintesi con quelli dell'interpretazione legale, assumendo nei loro confronti, secondo i casi, il ruolo di una *conferma*, di una *integrazione* o di una *trasformazione* correttiva. La giurisprudenza è allora per definizione visione binoculare, quindi in profondità, del diritto legale: la stessa conclusione giurisprudenziale per ipotesi perfettamente conforme alla lettera della legge non è semplice, ma 'doppiata' da un giudizio ispirato all'insieme delle norme metapositive.

E d'altra parte la stessa materia positiva si presenta tale da esigere il primato dell'interprete nella formulazione del diritto. Ciò vale anzitutto per la già accennata pluralità di sfere anche positive concentricamente disposte entro l'ordinamento; e poi perchè, come ha chiarito definitivamente Koschaker, lo stesso complesso fondamentale e connettivo, la compilazione giustiniana, non può essere applicato, se non a condizione di trasformarsi in materiale costruttivo di un nuovo *Juristenrecht*; e questo in aperto contrasto con le famose costituzioni antigiusprudenziali di Giustiniano. Certo, come ho già detto, il principio codificatorio di Giustiniano, così infinitamente non romano-classico (è diritto solo ciò che si trova in un dato testo; è abilitato a porre nuovo diritto o a interpretare il vecchio solo l'imperatore) ha introdotto una cesura nella storia della giurisprudenza occidentale: ce ne accorgiamo dalla frequenza enormemente maggiore, nell'argomentazione giuridica, del ricorso alla *citazione* di testi legali (e, sia detto per inciso, a procedimenti interpretativi palesemente cavillatorii). D'altra parte la compilazione, proprio perchè 'chiusa', si allontana costantemente dalle condizioni dei tempi; e per la sua composizione nonostante tutto alluvionale è folta di contraddizioni e ambi-



guità che non possono essere risolte univocamente; e per il fatto di includere il Digesto si presenta essa stessa con un contenuto largamente giurisprudenziale, tanto che possiamo dire che il giurista medievale si trovava di fronte (a parte la validazione autoritativa imperiale e i tagli semplificanti operati dai compilatori) a un *corpus* non troppo diverso da quello che il giurista tardo-classico romano aveva davanti nei volumi dei suoi predecessori, con il suo nucleo di *ius certum* e l'ampia frangia di *ius controversum*.

Ma lasciando le illazioni, sarebbe questo il luogo per affrontare il tema dei procedimenti effettivamente seguiti dai nostri giuristi nell'attività di ritrovamento del diritto: affrontarlo, possibilmente, sulla base non solo dei trattati o delle occasionali trattazioni ermeneutiche, ma dell'intera loro produzione cattedratica e forense. Un simile programma, di storia del metodo sul presupposto della storia dei dogmi e degli istituti, coincide però in misura preoccupante con l'assunto stesso della storia del diritto comune; non potrò quindi che limitarmi ad alcuni punti che mi sembrano, tra quelli oggi accertabili, i più importanti e generali, rimandando a tra poco una caratterizzazione differenziata secondo i periodi.

Anzitutto le *motivazioni* delle opinioni giuridiche sono generalmente di un triplice ordine, spesso esplicitamente formulato dagli stessi giuristi con i termini di *leges*, *rationes*, *auctoritates*. Il primo termine si riferisce alla interpretazione del testo legale; interpretazione che comprende tutta la gamma dei procedimenti di distillazione del succo legale, dalla elucidazione della *litera* alla penetrazione della *ratio*, dalla soluzione delle contraddizioni fino alla *extensio* analogica inclusa (44).

(44) L'arditezza delle *extensiones legis* effettivamente compiute dalla dottrina intermedia è notoriamente estrema, nonostante l'ortodossia delle formulazioni ermeneutiche (su cui vedi, oltre gli autori citati alla n. 38, N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto* [1938], Parte Prima; U. NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane*<sup>2</sup> [1955] §§ 8, 19, 20). Di quell'arditezza dà qualche esempio significativo W. KUNKEL, *Das römische Recht am Vorabend der Rezeption*, in *St. mem. Koschaker* (1954) 12-15.

Il secondo termine, *rationes*, include gli argomenti di equità, di umanità (diciamo pure di diritto naturale), di opportunità e di logica che non trovano il loro appoggio in un testo di legge, umana o divina.

Qui occorre però stare attenti a una distinzione che i giuristi facevano e che Brugi (45) è dei pochi, se vedo bene, a non essersi lasciata sfuggire. E cioè: i testi di legge potevano essere citati, ci dice Brugi, « puramente e semplicemente (*simpliciter*) quando decidessero in modo espresso il caso: ovvero in via di argomentazione (*in argumentum*) quando la decisione vi fosse implicita. Taluni moderni hanno creduto citazioni fuor di proposito quelle che erano spesso citazioni *in argumentum* ». Spesso la sigla *arg.*, o altra simile, precede la citazione qualificandola; ma anche se manca, possiamo e dobbiamo pensare che il citante supponesse nel lettore comprensione del senso in cui citava.

Ho detto tutto questo perchè le citazioni legali fatte *argumentative* sono qualcosa di mezzo tra le *leges* e le *rationes*. Le *rationes* più spesso ricorrenti nell'argomentazione spontanea dei giuristi formano poi la materia della *topica* o *ars inveniendi*, che è la parte senz'altro più cospicua (46) dei trattati tardivi di dialettica legale. È chiaro che, quanto più si ricorre alle *rationes*, e quindi quanto più il pensiero giurisprudenziale è topico (47), tanto meno l'ordinamento è legale.

(45) *NS* 38. In *Saggi* 114 vi è un'immagine bellissima: « quando, formatasi la nuova dottrina, si citano i passi delle fonti senza farne tuttora l'esegesi, essi debbono semplicemente ricordare il fondamento primo della dottrina, quasi come si ricorda l'etimologia delle parole » (spaziature mie).

(46) Le altre parti riguardano l'*ars iudicandi* e la teoria della dimostrazione sillogistica. Sull'importanza prevalente della *topica* vedi PIANO-MORTARI, o.c. alla n. 47, 310 e 348.

(47) Il merito di avere attirato una diffusa attenzione sulla funzione della *topica* nel ragionamento giuridico è di VIEHWEG (o.c., sopra, cap. I n. 36). È importante soprattutto (ivi, § 3) il suo porre l'accento sull'orientamento del pensiero topico al *problema* (e non al sistema). I cataloghi di *τόποι* non vanno quindi intesi come insiemi di assiomi, ma come repertori, buoni nella misura in cui servano a risolvere il problema in esame. Per un'ampia documentazione sui *loci* raccolti nei trattati dialettici del Cinquecento va visto V. PIANO-MORTARI, *Dialettica e*

A proposito delle *rationes* va aggiunto, ritengo, che esse sono complessivamente meno interessanti di quanto si vorrebbe pensare, scarsamente tratte da autonome convinzioni filosofiche e da una metodica analisi della realtà sociale. Il giurista di diritto comune, salvo eccezioni anche splendide come l'autore delle *Quaestiones de iuris subtilitatibus*, come Martino, come i grandi del Trecento, resta nell'ombra della tradizione tecnica, e dalla filosofia trae forse più l'armamentario logico (sia pure in funzione di liberazione dal testo, come vedremo) che non l'intimo anelito di critica e di approfondimento. Egli appare quindi, a spiriti come un Dante o un Petrarca, uomo isolato nel suo meschino mondo, agli umanisti uomo tortuoso e incolto. Indubbiamente constatiamo, rispetto all'impostazione romana, sfumature nuove, un clima ed alcuni atteggiamenti diversi. Almeno fino al formarsi delle monarchie regionali, non mancano scambi e influenze reciproche tra alcuni grandi rami della cultura, teologia, filosofia, giurisprudenza canonica e giurisprudenza civile. L'ermeneutica canonica di un Yves de Chartres, la dialettica di un Abelardo, la concezione organica dello *ius* di un Irnerio stanno a rappresentare, per l'inizio del secolo XII, il rapporto di reciproca integrazione che durerà ancora a lungo, e nel quale non è possibile assegnare senz'altro a una delle discipline la priorità univoca sulle altre (48): si tratta piuttosto della circumincessione di un unico spirito, che alimenta e si alimenta dei risultati di ciascuna. Così, nel maturo diritto comune l'equità canonica alita per tutto il sistema; l'attenzione già bizantina e comunque cristiana per l'interiore volontà si manifesta dissolvendo i troppo rigidi e tassativi contorni del tipico in ogni campo: cadono le liste tassative delle azioni processuali, il riconoscimento dei patti prepara quello della libertà contrattuale, si ammette largamente l'efficacia reale delle semplici convenzioni, l'interpretazione dei negozi si fa sempre più sottilmente individuale

---

*Giurisprudenza*, in ASD 1957, 293-401 di cui non condivido l'interpretazione storico-giuridica. Un quadro che copre tutto l'arco di svolgimento del diritto comune era già stato dato da BRUGI, NS II (*Dalla interpretazione della legge al sistema del diritto*).

(48) Vedi S. KUTTNER, *Graziano: l'uomo e l'opera*, in *Studia Gratiana* I (1953) 15-29.

e indiziaria, fino all'eccesso. Accanto al potenziamento dell'*animus* e del consenso troviamo un allargamento delle *causae favorabiles*, troviamo misure a vantaggio dei poveri; sì che non è forse errata la diagnosi complessiva di un certo spostamento del 'calcolo dei tipi' verso i 'principii' (49). Anche una nuova concezione dei beni economici si fa sentire, ottenendo per esempio al lavoro, sotto l'influenza germanica, un riconoscimento più adeguato rispetto al puro *dominium*. Non si può negare tuttavia che i fermenti del mondo circostante incontrino, sulla soglia delle facoltà legali e del foro, un proibente filtro di tecnicismo: da questo punto di vista i giuristi romani, per usare una celebre espressione di Maitland, continuano a governare la giurisprudenza dalle loro tombe. E le *rationes* non propriamente 'giuridiche' continuano a fare un po' la figura di parenti povere nell'argomentazione giurisprudenziale.

Infine si motivava con le *auctoritates*. Ma questo è un campo che potrà presto ricevere una migliore illuminazione da un diverso angolo visuale (50).

Per concludere queste brevissime note sul metodo: poichè interessano qui non tanto gli strumenti metodici utilizzati quanto il risultato giuridico ottenuto, grazie ad essi o malgrado essi, potremo contentarci di confrontare il 'progetto di diritto' quale si riflette nei testi legali di partenza con quello che trova espressione negli scritti dei nostri dottori. E credo si possa oggi dare per notorio che la differenza è grande, e che quindi l'interpretazione, pur attraverso artifici e finzioni, è stata *intensa e inventiva* (51). Se così non fosse, noi potremmo conoscere, nel contenuto, la letteratura giuridica del Cinquecento aprendo il Digesto o le *Clementinae*; e non avrebbero spiegazione le reazioni dei puristi di tutti i tempi, dai culti ai rappresentanti della scuola storica.

(49) Su questi concetti vedi sopra, cap. I, § V.2.

(50) Vedi oltre, *sub D* e § III (variabile 'C'); cf. § IV.1.E; § IV.2.C.

(51) Per un rapidissimo, efficace panorama cf. BRUGI 118-121. Nella più recente letteratura monografica possono leggersi con profitto le ricerche di P. GROSSI su *Le obbligazioni pecuniarie nel diritto comune* (1960) e sulla *Locatio ad longum tempus* (1963), l'una e l'altra dedicate a problemi che le leggi romane lasciavano appena sfiorati o risolvevano in modo del tutto diverso dai giuristi medievali.

D. Detto questo, resterebbero da indicare le trasformazioni principali che il metodo, fin qui descritto nella sua generalità, è venuto subendo lungo l'arco di tempo che noi consideriamo. Ma sarà bene attendere, per farlo, di aver messo in luce il secondo aspetto da cui dipende l'efficace partecipazione della giurisprudenza nel processo genetico della norma di condotta. In tal modo, la periodizzazione finalmente adottata potrà tener conto di tutte le variabili che abbiamo scelto come più significative.

Questo secondo aspetto è quello dell'autorità riconosciuta alla giurisprudenza stessa.

La maggiore o minore libertà dell'interprete nei confronti del testo ci dice in fondo soltanto quale sia il rapporto tra il contenuto di quel testo e il contenuto di un altro testo, il testo giurisprudenziale. Ma non ci dice ancora in che misura questo testo giurisprudenziale, per ipotesi accettata ben diverso e ben più ricco di quello, sia diritto. Potrebbe essere, per esempio, semplice divagazione dogmatica di un dotto a tavolino; o utopico progetto di un riformatore inascoltato; insomma elucubrazione personale, teoria magari genialissima, e non diritto. Per riprendere il paragone con l'esperienza linguistica: le sperimentazioni verbali di un futurista o di un ermetico, audacissime nei confronti della lingua del loro tempo, possono essere, o non, poesia, senza per questo diventare, o non, lingua. In altre parole: la posizione della giurisprudenza va determinata in base a due, ben distinti rapporti: quello delle sue opinioni con la legge (che sta qui, semplificativamente, per tutto il diritto non giurisprudenziale anteriore) e quello delle stesse opinioni con il diritto successivo. Solo se questi rapporti sono, il primo di diversità, il secondo di identità, possiamo dire che la giurisprudenza, oltre che inventiva, è influente, autorevole (52).

Ed è proprio la realtà medievale, e non un astratto schema dogmatico, a suggerirci la distinzione dei due piani: sono certi fenomeni caratteristici dell'ordinamento di diritto comune

---

(52) Sorprende notare quanto lontano la dottrina più antica spesso si spinga nell'ammettere l'esito creativo e innovativo dell'interpretazione, e quanto sia invece restia a riconoscerle autorità: ENGELMANN 210 s.

(sui quali mi tratterò subito) a farci scorgere l'altro piano, che è come una seconda dimensione dell'opera del giurista. Una dimensione in cui riconosciamo, se non sbaglio, quella della *esistenza giuridica* di cui abbiamo già parlato (53). Si tratta insomma di sapere, a proposito di queste interpretazioni riconosciute come audaci, quale esistenza (cioè poi quale *autorità*) sia loro toccata nella vita del diritto. La giurisprudenzialità di un ordinamento dipende da almeno due fattori: inventività della giurisprudenza e sua autorità. Il primo da solo (l'autorità di una giurisprudenza inventiva in misura minima ha poco senso) lascia sussistere un ordinamento legale.

Ho accennato ad alcuni fenomeni caratteristici per i quali, anche sotto quest'ultimo aspetto, l'ordinamento di diritto comune ci si presenta come giurisprudenziale in grado eminente. Si tratta del *consilium sapientis*, dell'autorità della glossa accursiana, dell'ascendente di certi autori o di certi libri (« books of authority » li ha chiamati Koschaker) nella dottrina e nella prassi, infine del sempre maggior peso riconosciuto alla *communis opinio doctorum*. Essi si prestano appunto a una periodizzazione complessiva che tenga conto di tutti i fattori fondamentali. La vicenda del rapporto giurista-diritto per quanto riguarda le tre variabili principali messe in rilievo (chiamerò 'A' l'incidenza sulla struttura dell'ordinamento, 'B' l'inventività, 'C' l'autorità dei prodotti giurisprudenziali) può ormai essere esposta in sintesi.

III. 1. Abbiamo un primo periodo, dagli inizi della scuola bolognese alla glossa accursiana, e cioè grosso modo dal 1100 al 1230, nel quale l'opera del giurista è vista soprattutto come lavoro sul testo giustiniano. Lo si denomina comunemente periodo dei *glossatori*, termine non troppo felice perchè mette in luce solo uno tra i generi letterari che i giuristi del tempo coltivano. Il sistema delle fonti, fin d'ora stabilito anzi conquistato dalla giurisprudenza (altamente creativa nella direzione della nostra variabile 'A'), è quindi ancora piuttosto semplice; i motivi di allargarlo non sono del resto troppo pressanti, mancando ancora

---

(53) Sopra, cap. I, § VII. 2, spec. n. 110.

buona parte della legislazione canonica e statutaria (le Decretali di Gregorio IX sono del 1234). La relativa semplicità del sistema fa sì che l'inventività dell'interpretazione ('B') sia (relativamente) poco innovativa (54), beninteso se si prende come termine di raffronto il *Corpus Iuris*: se ci si riferisce allo stato del diritto anteriore ai glossatori, occorre dire invece che

---

(54) Questa, almeno, l'opinione dominante tra gli storici. Vi sono state comunque caratteristiche alternanze di valutazione. SAVIGNY lodava la fedeltà al testo come pregio scientifico dei glossatori; una successiva corrente di pensiero (impersonata p. es. da SECKEL: cf. GENZMER, o.c. alla n. 29, 296), senza modificare la diagnosi ha riabilitato i commentatori proprio per la maggiore indipendenza e 'scorrettezza', considerata condizione necessaria per l'adattamento responsabile del diritto ai tempi; tuttavia può anche notarsi una tendenza minoritaria, rappresentata forse prevalentemente da storici degli istituti, a valorizzare nuovamente i glossatori, ma questa volta per la loro creatività, eguagliata quando non anteposta a quella dei commentatori. In effetti le dottrine eversive rispetto al diritto romano sono, nei glossatori, frequenti, e su punti centrali, come la teoria della consuetudine e dell'interpretazione (cf. sopra, n. 42 s.) o la problematica dei rapporti reali (cf. p. es. E. MEYNIAL, *Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé... du XIIIe au XIVe siècle*, in *Mélanges Fitting* II [1908] 409-461; P. GROSSI, *Locatio* cit. alla n. 51). Non credo però numerosi coloro che sottoscriverebbero il giudizio di CORTESE, o.c. alla n. 38, *Premessa*: « si è messo a fuoco il pensiero civilistico fino ai primordi del Commento, limitando cioè l'indagine alla fase dottrinale più ricca di impulsi creativi e caratterizzata, pertanto, come quella del Diritto comune classico ». La verità è che (come coraggiosamente confessa B. PARADISI, *La diffusione europea del pensiero di Bartolo e le esigenze attuali della sua conoscenza*, in *Bartolo da Sassoferrato - Studi e documenti per il 6° centenario* vol. I [1962] 398) non sappiamo ancora nulla di conclusivo nè sulla glossa nè su uno solo dei massimi commentatori. Mi attengo perciò qui al giudizio che ha per sé il maggior numero di conferme parziali e che appare anche il più verosimile: ed è che l'utilizzazione del testo da parte dei glossatori, confrontata a quella dei commentatori, fu assai meno disinvolta, i loro spunti sistematici rinnovatori assai meno espliciti; ma essi si trovarono tuttavia a dover sostenere nella propria persona il primo, decisivo scontro fra il diritto romano aulico e il diritto volgare del loro tempo, per cui furono, dallo stato stesso delle cose, forzati a raggiungere — magari riluttanti, magari inconsapevoli — risultati che romani non erano. I commentatori sono più liberi, ma si trovano il terreno già oscuramente preparato dai maestri precedenti.

la trasformazione è tra le maggiori che la storia conosca. Non bisogna neppure dimenticare che nella letteratura destinata non tanto alla scuola, quanto alla pratica, e presumibilmente (perchè non vengono ancora pubblicati) nei consigli, i glossatori si sono più risolutamente staccati dal testo. Il loro metodo esegetico e didattico, di cui sono state messe in luce le somiglianze con quello degli universitari bizantini (55), è già implicitamente sistematico e largamente permeato di dialettica aristotelico-scolastica (56).

L'autorità della giurisprudenza presa nel suo insieme ('C') è grande non tanto nel senso che le si accordi il primato sul testo, quanto nel senso che la vita del diritto prende a organizzarsi secondo i suoi insegnamenti, cioè come riflesso dell'incidenza strutturale ('A').

La maggiore incidenza dei grandi glossatori sulla giurisprudenzialità del diritto non è stata forse di ordine interpretativo; è consistita piuttosto nel formare una classe di (migliaia di) giuristi, cioè nel fare affermarsi praticamente l'idea che il diritto è cosa da giuristi, che per occuparsi di diritto bisogna studiare, che all'amministrazione della giustizia bisogna proporre persone istruite in diritto o almeno da una tale persona consigliate; e così via. E questo hanno ottenuto mostrando che il testo giustiniano si poteva (e quindi anche si doveva) capire e conoscere a fondo; che esso era in grado di reggere la vita. Se quindi da un lato possiamo dire che la loro autorità fu grande ma in certo senso coincidente con quella del testo interpretato, dall'altro si deve tenere in conto che questo ebbe vigore proprio perchè dimostrato interpretabile (ciò che significava, entro certi limiti, adattabile). Quanto all'autorità del singolo giurista, decisiva per il giudice e le parti nel caso di *consilium sapientis*, è limitata in ogni altro caso (cioè al livello delle norme generali) dalla mancanza di personalità dominanti, di *books of authority* all'interno della scuola (che è soprattutto quella bolognese).

(55) Soprattutto da F. PRINGSHEIM, *Beyt und Bologna, Festschr. Lenel* (1921) 204-285; ora anche in *Gesammelte Abhandlungen I* (1961) 391-449.

(56) Fondamentale in Italia BRUGI, *NS II* (15-54); altra letteratura in PARADISI, l.c. 410.



2. L'apparato di Accursio (57) può segnare il passaggio a un periodo nuovo. Ma non tanto perchè tra i glossatori e i giuristi postaccursiani si debba vedere una differenza essenziale di 'interpretazione' (variabile 'B'): certamente constatiamo una stanchezza per la vecchia maniera, un abbandono dei grandi apparati, un limitarsi a integrare l'opera di Accursio (la 'serrata delle glosse'); si prediligono perciò i generi letterari più sistematici e più pratici, brevi trattati, *Practicae*, direttorii giudiziari e notarili, del resto non ignoti all'età precedente; ma il fatto che costituisce cesura è un altro, e sta sul piano della 'esistenza' giuridica (variabile 'C'). La glossa di Accursio assorbe in sé quasi completamente i lavori analoghi dei predecessori, i quali escono dalla vita della prassi (58); nei loro confronti essa può considerarsi come una 'consolidazione', ha gli stessi effetti che aveva avuto sugli scritti dei classici il Digesto di Giustiniano: salvare ciò che si include, far cadere nell'oblio ciò che si esclude. La glossa di Accursio ha avuto questo effetto perchè l'unificazione era un bisogno della tecnica libraria (59) e della prassi. Il suo (chiamiamolo così) 'effetto-Digesto' sulla giurisprudenza precedente (60) non è se non l'altra faccia della influenza e della

(57) Il nome italiano originale è Accorso (P. FIORELLI, voce *Accorso*, in *Diz. biogr. d. ital.*); Accursio è una ritraduzione dal latino. Mi attingo ad essa in omaggio al fatto linguistico ormai istituzionale, e per l'inconcinnità tra il nome Accorso e l'aggettivo 'accursiano', che in espressioni come 'glossa accursiana', 'giureconsulti postaccursiani' ecc. (usate dallo stesso Fiorelli) sembra davvero ineradicabile dalla lingua.

(58) Alcuni lavori di genere diverso si mantengono nei cataloghi dei librai universitari (*stationarii*) ancora per un certo tempo: cf. BRUGI 57 n. 31 e NS I (1-14). Tuttavia anch'essi vengono inevitabilmente sospinti in secondo piano. Prima di Accursio aveva avuto, nel proprio campo, analogo effetto la *Summa Codicis* di AZZONE (1210 c.).

(59) Se fosse esistita la stampa, l'effetto sarebbe certamente stato minore. Le opere giunte, in un modo o nell'altro, fino all'epoca della stampa non sono più state soppiantate interamente dagli scritti analoghi successivi: il commento di Giasone sintetizza, eppure non oblitera i commenti precedenti.

(60) Così SAVIGNY V, 295. KOSCHAKER 150 (= 86) avvicina invece l'effetto prodotto dalla Glossa a quello dei grandi commenti di Paolo e Ulpiano alla fine dell'età classica, o delle *Pandette* di Windscheid rispetto alla Pandettistica dell'Ottocento. A mio parere, per i motivi accennati nel testo, esso fu anche più radicale: cf. SAVIGNY V, 299.

autorità che essa ha acquisito e lungamente mantenuto nella vita del diritto successivo. Dopo la Glossa il diritto comune diventa assai più nettamente giurisprudenziale (per la crescita del fattore 'C'): in quanto ormai il testo di legge non si consulta, non si cita, non si pubblica senza l'apparato ordinario (61), mentre le parti non glossate escono dall'uso forense.

Si è parlato, dai quasi contemporanei di Accursio fino a Savigny (62) e ai giorni nostri, di una efficacia 'legale' o 'quasi legale' della Glossa nei tribunali. Dire questo significa restare nel generico, un generico dal quale soprattutto Engelmann, in pagine fondamentali, ha cercato di uscire. Vi sono differenze grandi secondo i tempi e gli ambienti. In attesa di una ricerca in corso di pubblicazione (63) limitiamoci a dire che chi sostiene in tribunale un'opinione diversa dalla Glossa ha su di sé un onere probatorio grave; chi cita un testo di legge contro la Glossa si espone a sentirsi obbiettare: *Credis tu quod glossa non ita viderit illum textum sicut tu et non ita bene intellexerit sicut tu?* (64). Non si sa bene ancor oggi in che misura ciò avvenisse; ma la misura in cui avveniva è probabilmente il parametro più indicativo della giurisprudenzialità di un ordinamento: non potersi in pratica citare il testo contro l'interprete, divenuto fonte irrecusabile di cognizione (65).

Del resto dobbiamo osservare che la Glossa non contiene solo materiale esegetico o esegetico-dogmatico: essa porta anche testimonianza sull'esistenza e l'approvazione di consuetudini (interpretative e non), sullo stato delle opinioni a proposito di punti non toccati nel testo, e queste parti metaesegetiche, e tanto più giurisprudenziali, ebbero autorità non minore delle interpre-

(61) Vi sono tuttavia eccezioni: cf. BRUGI 26 n. 11 (ma vedi ivi 107) e NS 8.

(62) V, 295.

(63) Essa dovrebbe costituire la seconda parte del contributo di U. NICOLINI agli *Atti del Convegno celebrativo del VII Centenario accursiano* (cf. U.N., *I giuristi postaccursiani e la fortuna della glossa in Italia*, in *Ius* 1964, 42-69).

(64) Raffaele FULGOSIO (principio sec. XV), ad l. 6, C. 4, 10: in ERMINI, *Corso cit.* alla n. 1, 204.

(65) Vedi oltre, cap. IV, § II. 3. B; e già sopra, cap. I n. 121.

tazioni. Anzi, se dobbiamo credere a Engelmann (66) esse furono proprio le più autorevoli: un'altra conferma che il valore e vigore della Glossa era sempre in larga misura autonomo e non puramente dipendente dalla plausibilità e dal rigore della interpretazione.

L'autorità della Glossa — e questo non va mai dimenticato — era certo più forte nei tribunali che nelle aule scolastiche (67); tuttavia nel periodo che consideriamo nonostante le scrollate di spalle di spiriti forti come Dino, anche la scuola sembra obumbrata dalla grande compilazione. Si comincia a fare oggetto d'insegnamento la Glossa per se stessa (68); si arriva (è logico, ma a prima vista paradossale) a utilizzare il testo per interpretare la Glossa: *glossa debet intelligi secundum legem, quam allegat* dirà poi Bartolo (69); si teorizza l'autorità della Glossa o ci si sforza di conciliarne le contraddizioni (70). E se nella legislazione statutaria la consacrazione esplicita dell'autorità della Glossa è rarissima (71), questo nulla toglie alla sua influenza effettiva: le centinaia di esempi di richiamo in via sussidiaria del diritto comune, o romano, sono altrettanti casi di richiamo della Glossa, perchè senza di essa il testo avrebbe cessato di parlare.

Non meno importante per il consolidamento del regime giurisprudenziale al di sopra delle feroci lotte di parte è la decisa

(66) O.c. 180-183; 189. Cf. anche lo statuto milanese citato a p. 189.

(67) ENGELMANN 194-204.

(68) SAVIGNY V, 298 s. (con il singolare passo citato ivi alla n. g]: *scribunt nostri doctores moderni lecturas novas, in quibus non glossant glossas, sed glossarum glossas*); BRUGI 106 s.; ENGELMANN 178 s.

(69) Citato da ENGELMANN 184.

(70) Sarà proprio DINO (2<sup>a</sup> metà del '200) a scrivere un *De glossis contrariis*, riunito poi, con il trattatello *De autoritate glossae* di Antonio CORSETTI (sec. XV) e il *De concordia glossarum* di Antonio NICELLI (sec. XV-XVI) nel tomo XVIII dello ZILETTI, fol. 187-221. Cf. SAVIGNY V, 293 s. Lo stesso procedimento, sia detto qui per inciso, fu poi applicato alle opere di Bartolo (PARADISI, o.c. alla n. 54, 422 s. n. 69).

(71) MARONGIU, o.c. alla n. 81, 449-452; ENGELMANN 186-189 (statuto di Verona e statuto di Bologna, ricordato dal Diplovataccio ma inesistente).

presa di posizione degli statuti a favore della giurisdizione quale i dottori la volevano, e cioè secondo diritto: nessuna traccia si conserva della *Urteilsfindung* intuitiva ad opera dell'assemblea, caratteristica degli ordinamenti germanici. E si badi: proprio il generalizzarsi dell'esigenza del *consilium sapientis* al giudice, che è esigenza di conformità della sentenza ai risultati della dottrina, avviene nel Duecento, parallelamente al generalizzarsi dell'uso della Glossa.

Tuttavia la 'esplosione' del diritto legale comunale, che si produce proprio in questo periodo quasi a equilibrare il carattere sempre più accentuatamente giurisprudenziale del diritto comune, costituisce la premessa storica di una crisi del sistema, crisi il cui superamento ci introduce in un periodo nuovo.

Concludendo sul periodo postaccursiano. Non è forse possibile illuminare la differenza tra storia della giurisprudenza come storia della scienza e come storia del diritto, meglio che confrontando i due giudizi, equilibrati entrambi e contrari, di Savigny (72) e di Engelmann (73) sul valore della Glossa. Dal punto di vista 'scientifico', che è quello di Savigny, essa appare come opera piena di difetti, risultato e causa di una decadenza degli studi, insufficiente a raggiungere i suoi scopi sia di informazione teorica che di decisiva guida pratica. Dal punto di vista del diritto in azione, che è quello di Engelmann, essa appare altamente meritoria: è infatti lecito ritenere che il diritto di cui gli uomini hanno fruito nel periodo postaccursiano sia stato reso dalla glossa di Accursio con tutti i suoi difetti — e dalla calorosa accoglienza umilmente riservatale — migliore, nel senso di più certo, più uniforme, più diffusamente addottrinato e giurisprudenziale, e al tempo stesso più capace di conquistare e reggere la vita che nell'epoca precedente.

3. Il periodo seguente, che possiamo chiamare dei commentatori, può farsi iniziare intorno al 1315 se guardiamo al fatto letterario, alquanto dopo se ci sforziamo di considerare

(72) V, 284-294.

(73) Soprattutto nelle pagine 176 e 177, che mi paiono da sottoscrivere pienamente nel contenuto, anche se forse non proprio tempestive (cf. GENZMER, *ZS* 1941, 320 s.).

nella sua integralità il rapporto giurista-diritto. Intorno al 1315 viene messo in circolazione il *Commento al Codice* di Cino, che inaugura scientificamente in Italia la nuova scuola. Dal nostro punto di vista però l'avvenimento che fa data è piuttosto l'insegnamento a Perugia e la pubblicazione delle opere di Bartolo, a partire da una trentina d'anni più tardi. È in Bartolo infatti che si annodano i due fili del metodo interpretativo e dell'autorità per creare una sintesi nuova tra il giurista e il diritto. (Ed è in Bartolo, assunto organicamente il fenomeno statutario nella luce del diritto, che trova espressione piena la visione matura del sistema delle fonti; ma su di essa non mi trattengo, avendola già delineata sopra come quella del diritto comune *tout court*).

Il metodo anzitutto. La storiografia moderna ha concordemente messo sempre più in luce la continuità tra le forme di pensiero dei glossatori, dei postaccursiani e dei commentatori, rifiutando la visione semplicistica di un taglio netto, di un passaggio brusco dall'esegesi alla speculazione scolastica. In particolare non vi è dubbio che, se si adotta una periodizzazione della storia della giurisprudenza basata sull'analogia strutturale con gli indirizzi scientifici-guida succedutisi in Europa (74), sia glossatori che commentatori (anzi tutta la giurisprudenza di diritto comune) cadono nella categoria del pensiero scolastico (75), così come i culti rispecchiano il risveglio filologico-storico, i giusnaturalisti quello matematico, i giuspositivisti quello appunto positivistico. Non bisogna neppure dimenticare che le differenze tra glossa e commento sono essenzialmente differenze tra modi di insegnamento, tra tipi di lezione universitaria. Al di sotto di queste differenze espositive non è escluso, come ho già accennato, che il vero e proprio ritrovamento del diritto avvenisse con risultati analoghi, e ancor più negli scritti meno legati all'intento didattico. Affine dovette essere, soprattutto, la metodologia dei consigli, che come vedremo (oltre, § IV.1. A)

---

(74) WIEACKER, *PRG* 10 s.

(75) NICOLINI, o.c. alla n. 63, 62, attirando l'attenzione sulla coesistenza del glossare in senso stretto e del commentare fin dagli inizi del rinascimento bolognese, considera invece non tipicamente scolastico il primo tipo di attività.

venivano dati sia dai glossatori che dai commentatori in gran numero, ma solo in minima parte pubblicati.

Tuttavia non può negarsi che qui la continuità non è identità, è sviluppo vitale di certi spunti ad esclusione di altri, e in modo tanto creativo che noi forse non vedremmo gli spunti nel termine iniziale del raffronto se il termine finale non ci fosse dato (76). D'altra parte occorre raffrontare grandezze omogenee. Il fatto che certe distinzioni, certe *summulae*, certe questioni dei glossatori, certe opere embrionalmente trattatistiche e monografiche si avvicinino sensibilmente al tessuto del commento non basta a ridurre la distanza tra le due scuole. Occorre confrontare le produzioni principali e caratterizzanti. Cioè per esempio la lettura sul *Corpus Iuris* di un glossatore e di Bartolo. Occorre soprattutto confrontare Accursio e Bartolo (o Baldo, o Paolo di Castro). Qui ci si avvede bene della differenza (che già i protagonisti facevano) tra *antiqui* e *moderni*. Sarebbe stato possibile trarre dall'opera di Accursio un libro come quello di Mariano Socini jr. sulle 'Distinzioni' di Bartolo (77), veri e propri trattelli rigorosamente schematici inseriti a ogni passo nel commento senza nessun riferimento più che occasionale al testo commentato? Il metodo dei commentatori (che non sarebbe stato possibile, si badi, senza il punto di partenza della Glossa) è un metodo nel quale le *rationes* e le citazioni *in argumentum* prevalgono sempre più sull'interpretazione: secondo un aneddoto Bartolo prima decideva e poi si faceva trovare le fonti da un amico « memoriosus » (78). Lo scopo del nuovo metodo e la ragione del suo successo sta nel fatto ch'esso mirava a offrire una visione sintetica di ogni argomento e istituto, su base logica e non esegetica. L'impalcatura logica delle *distinctiones* e la topica tendono a questo risultato, che è al tempo stesso teorico e altamente pra-

---

(76) In questo senso imposta la questione storica PARADISI, o.c. alla n. 54, spec. 409-421, cui rinvio anche per l'informazione bibliografica.

(77) *Distinctiones Bartoli de Saxoferrato... in Tabulas sive schematismos CCCCXXXIII ... redactae ... a Mariano Socino Iuniore*, Venezia 1564. Le 433 *tabulae* riempiono ben 222 pagine in 4°, e per quanto ho potuto vedere non esauriscono affatto il materiale.

(78) SAVIGNY VI, 152 n. g).

tico. La prima, in particolare, ci offre l'esempio (altrove non proprio frequente) di una dogmatica pratica, perchè orientata ad ottenere non tanto dei concetti quanto delle soluzioni, delle decisioni. Ciò che si 'distingue' è infatti una proposizione normativa, esposta sotto forma di *quaestio* (*statuta utrum recipiant interpretationem? — interpretatio privilegiorum quomodo fiat? — lex an et quando extendatur ad casum similem rationem habentem? — dicta in uno legis capite, an videantur dicta in sequentibus?* ecc.) a cui si risponde distinguendo ipotesi e sotto-ipotesi che 'limitano' e 'ampliano' una *regula* precisandone con tutta esattezza l'ambito di applicazione, sicchè la veste logico-schematica ricopre in realtà materiale concretamente casistico. Può accadere allora di scoprire con sorpresa sotto il 'loico' del Trecento, un continuatore dell'antico, sobrio rispondente romano.

Del resto tutto il metodo scolastico aveva un esito essenziale: consentire di allontanarsi dal testo. Il formalismo, almeno nei maggiori, è — se così può dirsi — un fatto formale più che sostanziale. La forma scolastica doveva appunto servire a scacciare un'altra forma meno adatta. Il superamento del formalismo esegetico poteva avvenire o con un avventuroso antiformalismo conclamato, o mediante un altro tipo di formalismo, quello apparentemente solo espositivo e didattico — in realtà veicolo di un movimento inventivo razionale, concreto insieme e sistematico — della scolastica.

Ma il nostro periodo unisce alla nuova arte interpretativa (che produce un aumento della giurisprudenzialità del diritto, per crescita del fattore 'B') una nuova autorità del singolo giurista. Rinasce — anzi ha la sua stagione culminante nell'atmosfera propizia del Trecento — il giurista come personalità, operante come tale (diversamente dai glossatori, che erano naufragati nell'opera collettiva dell'apparato accursiano) sulla vita del diritto. E ben presto accanto alla Glossa vengono a porsi i *books of authority* di Bartolo e dei suoi maggiori discepoli. È sempre il mondo giuridico nel suo insieme, e soprattutto la prassi, a fare le autorità: quella di Bartolo fu, come è noto, grandissima (79), e quella di Baldo le sta a fianco.

(79) Per una visione d'insieme: NEVIZZANO 25; J. L. J. VAN DE

E vorrei dire che proprio questo grande prestigio dei commentatori, unito alla indipendenza e modernità delle loro decisioni, fa compiere a tutto l'ordinamento giuridico un salto qualitativo nel senso della giurisprudenzialità. La Glossa si era posta come un diaframma definitivo tra i vecchi maestri e i giuristi successivi ma non altrettanto tra questi e il testo giustiniano: essa era per un lato diritto giurisprudenziale, schermo al testo; ma per un altro lato — e sia pure in misura minore — esegesi, quindi via al testo, quindi invito alla correzione sulla base della fedeltà al testo in margine al quale — si noti — veniva stampata. Quando invece le opere dei commentatori acquistano il posto eminente che sappiamo, la figura del giurista viene veramente a occupare il primo piano, respingendo il nudo testo legale assolutamente sullo sfondo: con conseguenze di riflesso anche sulla Glossa, la quale beneficia in un certo senso di questa ritirata del testo, sicchè possiamo constatare che l'autorità della Glossa è maggiore dopo che durante il Trecento (80). Vista in prospettiva da dopo i commentatori, la Glossa appare come appiattita contro il testo, ravvicinata e fedele al testo, quasi testo essa stessa. E il testo vero si nasconde sempre di più.

4. Ma sarebbe forse più esatto dire che con il collocarsi dei grandi commentatori tra le autorità e il formarsi dell'ordinamento che ho adesso descritto comincia già un periodo nuovo. Cioè il periodo dei commentatori (circa un secolo da Bartolo ai primi decenni del '400) si distingue da quello precedente soprattutto per il completamento del sistema delle fonti e per il nuovo metodo (variabili 'A' e 'B'); cose che favoriscono e accom-

KAMP, *Bartolus de Saxoferrato 1313-1357* (1936); ENGELMANN 233-236; adesso soprattutto la raccolta su Bartolo da Sassoferrato citata alla n. 54.

(80) Cino la insulta brutalmente, Bartolo non le riconosce valore teorico decisivo; come abbiamo visto anche Dino, nel Duecento, la parvipendeva volentieri. La sua efficacia nella prassi viene già da loro riconosciuta, ma solo nel Quattrocento il prevalere della Glossa in caso di dubbio viene prospettato come regola. Cf. ENGELMANN, spec. 197-199. Una spiegazione in NICOLINI, o.c. alla n. 63, 59: è proprio nel periodo successivo ai commentatori che ci si dedica sempre più assiduamente a ricercare l'opinione giurisprudenziale 'dominante', come vedremo subito.



pagnano una fioritura di personalità creative e indipendenti. Ma proprio queste grandi personalità, calando i risultati del loro approfondimento in opere di commento completo al *Corpus Iuris* e quindi anche per questo adatte a offrire una base alla prassi, acquistano un ascendente che rende difficile ai giuristi successivi mantenere nei confronti dei maestri la stessa indipendenza da questi affermata e vissuta, e che quindi modifica il quadro del diritto (influenando sulla variabile 'C').

Appunto a partire dal periodo che segue la fioritura dei grandi commentatori si produce il fenomeno, sporadico ma in questo clima significativo, delle *canonizzazioni*, con le quali il legislatore, come già nel basso impero, riduce la possibilità di allegare in giudizio e citare nelle sentenze gli scrittori a pochi nomi soltanto; senza che sia sempre chiaro se con ciò i giuristi canonizzati acquistino autorità legale, o mantengano, ad esclusione però degli altri, la semplice autorevolezza che era loro propria anteriormente (81). Certo è che queste misure nascono più dall'avversione, che non dal favore per il diritto

(81) La questione non è affrontata da A. MARONGIU nell'interessante articolo su *Legislatori e giudici di fronte all'autorità dei giuristi* (*St. Besta* III, 441-464) dal quale possono desumersi tutti i dati in proposito. Sono da ricordare soprattutto uno statuto di Verona del 1393, nel quale al giurista che dava il consiglio vincolante per il giudice si fa obbligo di seguire le glosse di Accursio e, quando si contraddicano, quelle che Dino abbia approvato; una Prammatica del 1427 di Giovanni II di Castiglia, con cui si riducevano le citazioni dottrinali a Giovanni d'Andrea e Bartolo (e qui non sembrerebbe che si conferisse loro con ciò stesso efficacia rigorosamente vincolante); un'altra Prammatica, stavolta dei Re Cattolici di Spagna, rimasta in vigore solo dal 1499 al 1505, con la quale si aggiungevano in sottordine l'Abate palermitano per i canoni, Baldo per le leggi (e qui si direbbe che il giudice fosse vincolato: « qual delas se deve seguir en duda a fallta de ley », dice la legge abrogante); una vera e propria legge delle citazioni emanata nel 1613 dall'ultimo duca d'Urbino, Francesco Maria II della Rovere, e rimasta in vigore fino al 1631 (qui si parla, disinvoltamente, di « valersi » delle fonti, tra le quali sono posti, senza apparente differenza di valore vincolante, « il semplice Testo, Glosa et lecture de Bartolo, Baldo, Paolo di Castro, Alessandro, Iasone et Imola, Statuti e Decreti dello Stato »). Fuori d'Europa, in Brasile, possono ricordarsi le *Ordenações Filipinas* del 1603, che dopo il testo e la Glossa ponevano Bartolo (CALASSO, *Medioevo* cit. alla n. 1, 574 n. 126).

giurisprudenziale; il fatto che esse vengano prese dimostra però, da un lato l'importanza avuta dalla giurisprudenza fino a quel momento, dall'altro la sua persistente indispensabilità visto che non ci si spinge al divieto di citazione di tutti gli autori (82). Un tale divieto (83) venne invece emanato da Vittorio Amedeo II di Savoia nel 1729 (ma dopo la promulgazione di un vero e proprio codice, il primo in Italia, e dopo un precedente tentativo di legge delle citazioni influenzato negativamente da un parere chiesto a tre giuristi olandesi) ed è contenuto nella baldanzosa clausola di molti statuti, che le loro disposizioni non debbano assolutamente essere interpretate; ma ciò che poteva almeno pensarsi (in realtà fu invece impraticabile) per il diritto statutario, non venne in mente a nessuno di applicare alle leggi comuni.

Il periodo nuovo è caratterizzato anche da mutamenti significativi nel campo dei generi letterari. Il commento scolastico a tutto il *Corpus Iuris* va esaurendosi; le *distinctiones* sistematiche che in esso erano contenute (e che a loro volta prolungavano quelle dei glossatori) si ampliano ancora e si rendono indipendenti: si afferma così il *tractatus*, la monografia. Ma più importante (almeno dal punto di vista di questa nostra ricerca) è la crescente, poi prevalente fortuna della letteratura consiliare. La funzione consulente era già stata esercitata, come vedremo, dai glossatori e dai commentatori ma in margine alla loro attività principale; e soprattutto quanto a produzione letteraria, restava molto indietro all'insegnamento, alla *lectura* o *repetitio* che si consegna nei grandi com-

---

(82) Il parallelismo tra diritto e teologia può trovare qui un'altra conferma: un caso grandioso di canonizzazione nel senso qui adottato è dato per esempio dalle disposizioni dei pontefici, a partire dal secolo scorso, in merito alla dottrina di san Tommaso. Del resto la parola stessa canonizzazione evoca subito alla mente l'operazione con cui fu fissato dall'autorità ecclesiastica, nel corso del 2° secolo, il canone degli scritti ispirati nel Nuovo Testamento (anche se si trattava qui di canonizzare, non tanto l'opera di interpreti altamente qualificati, quanto le stesse fonti della rivelazione).

(83) Cf. MARONGIU, o.c. 460 s.

menti. Con il Quattrocento invece il rapporto comincia a rovesciarsi; e i *Consilia* prevarranno poi senza confronti nei secoli successivi.

Questi fatti si comprendono meglio se si mettono in relazione con le vicende interne del mondo giuridico e con quelle della organizzazione politica. Dal primo punto di vista, il commento cessava sia perchè portato a maturità difficilmente superabile, sia perchè il testo romano che si sarebbe dovuto commentare rappresentava sempre meno, o non rappresentava più affatto, la fonte di cognizione del diritto comune. Dal secondo punto di vista, instaurandosi nel Trecento quasi ovunque la Signoria (si ricordi il grido di Bartolo: *hodie Italia est tota plena tyrannis*), e consolidandosi poi i principati regionali, le università andavano perdendo il loro carattere sopranazionale di libere cittadelle della cultura, si legavano ai sovrani, affondavano a poco a poco nella stagnazione dei piccoli Stati dinastici. Decadendo il prestigio dell'università, decadeva quello della lezione.

È interessante seguire, non solo le vicende della giurisprudenza all'interno del mondo del diritto, ma anche all'interno della giurisprudenza in senso stretto, le vicende del rapporto tra cattedra e foro (una distinzione secondaria nel diritto romano classico, presente nel diritto comune fin dal suo sorgere, e che viene adesso accentuandosi, soprattutto quanto a produzioni letterarie). In questo periodo si produce un mutamento a vantaggio del secondo. Lo Stato regionale accentratore, se per un lato mortifica l'universalità e l'autorità universitarie, costituisce d'altro lato i grandi collegi giudicanti, senza i quali non è neppure possibile parlare di 'foro' nel senso divenuto corrente della parola.

Ciò concorre, con altri fattori su cui ci tratteremo tra breve, ad orientare la giurisprudenza verso un'attività ed anche una produzione letteraria di tipo pratico (i *Consilia* appunto), accanto a cui nascono (in modo del tutto occasionale, affidate ai privati) le raccolte di *Decisiones* dei tribunali maggiori.

Non solo; ma la stessa lezione, nonostante la smania di originalità dei professori (84), non può non essere influenzata dalla

---

(84) Vedi oltre, § IV.1.D; E.

necessità di stabilire anzitutto, con faticose compilazioni, lo *status quaestionis*, come occorre fare nei consigli.

Insomma il centro di gravità della giurisprudenza non giudicante si sposta: dallo *studium generale*... allo 'studio' privato del consulente e causidico di grido. Sotto questo profilo possiamo chiamare tutto l'ultimo periodo del diritto comune (secoli XV-XVIII) periodo dei *consiglieri* (85).

Ma la fioritura delle grandi personalità nel periodo dei commentatori e la successiva prevalenza della letteratura consiliare si combinano nel dar luogo ad un altro fenomeno caratterizzante, per cui il nostro periodo potrebbe altrettanto bene chiamarsi periodo della *communis opinio*.

L'autorità di Bartolo, di Baldo, degli altri commentatori — e correlativamente della Glossa — faceva infatti sorgere nella pratica delle difficoltà gravi in caso di contrasto tra i dottori. Siamo nuovamente di fronte al problema, immanente ad ogni ordinamento giurisprudenziale, del diritto controverso. Qui esso si poneva acutamente. Ed ecco dunque che, in parallelo con il prevalere della giurisprudenza consulente, e per un verso in dipendenza da questo prevalere, viene sviluppandosi l'uso di cercare *ex professo* l'opinione comune dei dottori su un dato punto di diritto, uso che sarà presto riconosciuto esplicitamente e teorizzato nei dettagli.

La dipendenza di quest'uso dal prevalere dei *Consilia* si spiega: il giudice, al quale il consiglio, direttamente o indirettamente, era rivolto, voleva essere informato non tanto, come gli scolari, dell'opinione personale del maestro quanto dello stato oggettivo della questione, dello *ius quo utebatur*. *Communis opinio... quam sit in scholis contempta, quamque in iudiciis culta, nemo est, qui nesciat* scriverà nella seconda metà del Cinquecento Anton Maria Corazio (86).

Mentre il professore, pur non esonerato dall'obbligo di accumulare le citazioni, poteva singolarizzarsi, magari anche solo con una originalità cervellotica e velleitaria, il consulente doveva

(85) Questa denominazione è oggi poco diffusa; l'adotta p. es. WIEACKER, *PRG* 38 ss., ma applicandola — non felicemente — anche al periodo qui chiamato dei commentatori.

(86) Sono le prime parole dell'opera citata in *Abbrev.*

almeno dare a intendere che il suo parere poggiava sulle opinioni più comuni e ricevute.

Ma la giurisprudenza consulente, oltre ad essere solidale con il movimento che assegna alla *communis opinio* un posto di rilievo e in certo senso il primato tra le fonti, fornirà poi alla *communis opinio* stessa la principale sua sostanza: non solo per il progressivo prevalere quantitativo dei *Consilia* nella letteratura giuridica, ma anche per la citazione preferenziale dei *Consilia* stessi da parte dei consulenti successivi (87).

Insomma la *communis opinio*, proprio perchè ricercata soprattutto a fini 'pratici', viene sempre più a configurarsi come l'opinione comune dei pratici (più esattamente: dei giuristi quando scrivono per la pratica).

Mi pare siano così fissate le grandi linee del quadro che ci offre l'ultimo, e più lungo, periodo della storia del diritto comune. Ma vorrei questa volta non limitarmi alle grandi linee: il periodo dei consiglieri, o della *communis opinio*, merita di essere avvicinato con un'attenzione e direi una cordialità particolari, sia perchè è stato trascurato e sottovalutato da una storiografia oscillante tra i poli del puro legalismo e del puro scienzismo, sia perchè rappresenta il logico punto d'arrivo (per nostra fortuna documentatissimo) di una lunga, indisturbata esperienza di diritto giurisprudenziale. In esso ci si presentano, nel loro più accentuato rilievo e dibattuti dagli stessi contemporanei con candida, necessaria pedanteria, fenomeni di interesse paradigmatico per la comprensione di ogni diritto giurisprudenziale, ai quali ritengo utile dedicare due ricerche alquanto più approfondite (§§ IV.1 e IV.2) che ci permetteranno poi di cogliere con maggiore concretezza il funzionamento e l'equilibrio del sistema nella sua totalità (§ IV.3).

IV. 1. Nel nostro periodo ho già segnalato come caratteristica la presenza di una intensa e sempre crescente attività di consulenza da parte dei giuristi. Sarà utile, credo, per una visione più concreta di tutta la nostra problematica, risalire anche, brevemente, alle prime manifestazioni di questa attività,

---

(87) Vedi oltre, § IV.1.E.

che possono considerarsi concomitanti al perdurare negli usi — ma soprattutto al rinascere nella scuola — del diritto romano.

A. a) Sotto la dominazione ostrogotica e la riconquista bizantina si mantiene la prassi romana di affiancare al magistrato dei *consiliarii* o *assessore*s competenti in diritto; dopo una interruzione o piuttosto obumbrazione dovuta al prevalere del giudizio longobardo o longobardo-franco, con il secolo XI, parallelamente alla rinascita del diritto romano, troviamo soprattutto in Romagna le testimonianze dell'esistenza di un ceto di *legis docti, periti, iuris prudentes, causidici, grammatici, scholastici* che intervengono nel processo con funzioni ancora fluide, ma generalmente consistenti nell'esaminare il punto di diritto: essi possono considerarsi i discendenti degli antichi *assessore*s e i predecessori dei *consiliarii* o *assessore*s dei secoli seguenti (88), XII e XIII, chiamati dal magistrato prima occasionalmente, poi stabilmente a partecipare con il loro consiglio orale alla formazione della sentenza.

Accanto a questo primo sviluppo nell'assessorato istituzionale, la funzione di quei tali *causidici* — che del resto prosegue, con il suo carattere generico, anonimo e occasionale per tutto il sec. XII e la prima metà del XIII (89) — ha un secondo sviluppo distinto, nel consiglio orale occasionalmente richiesto dal giudice, che sarà detto poco più tardi tecnicamente *colloquium* (90): esso avviene, diversamente dal *consilium* vero e proprio di cui parleremo, *sine commissione* (Baldo), ed è sempre ammesso

---

(88) Mi attengo, per tutto quanto precede, ai dati raccolti da A. CHECCHINI, soprattutto nei saggi I 'consiliarii' nella storia della procedura (1909) e L'ordinamento processuale romano nell'alto medioevo (1932), ora in *Scritti giuridici* II (1958) 3-65 e 227-252. Le opinioni di Checchini sono interamente condivise da G. Rossi, *Consilium sapientis iudiciale* (1958) cap. I. Ho parlato di obumbrazione per tenere conto dei risultati di Checchini sul cosiddetto placito longobardo-franco nel suo insieme, che sarebbe di larga derivazione romanistica (senza però che sia dato rinvenirvi, stando alle testimonianze addotte da Checchini, la presenza di *consiliarii* tecnico-giuridici, che è quella che qui ci interessa): cf. *Scritti* cit., 238 e 250.

(89) Rossi, o.c. 69-77.

(90) Rossi, o.c. 76-81.

dalla legislazione statutaria, implicitamente o (di rado) esplicitamente.

Tre forme, dunque, di consiglio orale in questi due secoli, delle quali quella dell'assessorato assume, in quanto cristallizzazione istituzionale, più netto profilo e importanza prevalente.

b) Diverso, a mio parere, dall'istituto dell'assessorato (91) è l'istituto — che qui maggiormente ci interessa — del *consilium sapientis iudiciale* (92), caratterizzato dal fatto che il giurista consultato non 'siede' a lato del magistrato ma è uno studioso indipendente al quale ci si rivolge in modo saltuario e in casi di particolare gravità. Il suo parere viene perciò normalmente dato per 'iscritto, e con certi rivestimenti formali (*subscriptio*, sigillo, spesso giuramento) sui quali torneremo.

Questo istituto si collega per me alla rinascita (che fu sco-

---

(91) Su questo punto non mi sento di seguire Checchini, se non nella affermazione che il *consilium sapientis* non è un resto (FICKER, CHIOVENDA) o una deformazione (KANTOROWICZ) della divisione germanica tra *Richter* e *Urteiler* (tra chi dà efficacia imperativa e chi formula il contenuto della sentenza). Solo dal punto di vista della comune contrapposizione alle forme processuali germaniche può parlarsi, ritengo, di « un istituto unico... del quale i *consilia sapientum* e i *consiliarii* non rappresentano, come vedremo, che due manifestazioni » (CHECCHINI, *Scritti* II cit., 55). All'interno della tradizione romanistica invece le differenze sono nette. L'assessore è un modesto giurista, spesso agli inizi della carriera, e che presto aiuterà il giudice nell'esame di tutta la causa; il sapiente è un giurista maturo, al quale si sottopone il punto di diritto. L'assessorato si configura come ufficio organico-istituzionale, mentre la 'sapienza' è qualità personale, sia pure riconoscibile univocamente da certi titoli di studio come il dottorato. L'assessore avrà quindi, in prosieguo di tempo, la *iuris dictio*; mentre il sapiente *non intelligitur iudicare* (Paolo di Castro e Baldo citati da Rossi, o.c. 31). L'assessorato affonda le sue radici immediate, come ha mostrato Checchini, nel romanesimo prebolognese, mentre il *consilium sapientis* presuppone direi per la sua nascita la ripresa in grande stile degli studi ad opera dei glossatori, e per la sua diffusione la tipicamente comunale responsabilità del giudice nel processo di sindacato (ENGELMANN). La forma scritta, la *subscriptio* e altre cautele formali tutelano infatti non solo e non tanto le parti, quanto il giudice che renda la sentenza *secundum consilium*.

(92) Fondamentale ENGELMANN 243-335; con riferimento ai secoli XII e XIII cf. ROSSI, o.c. Ottima sintesi, che copre i secoli XIII-XVII, in G. SALVIOLI, *Storia della procedura* (1927) 498-503.

lastica, prima che politica o forense) del diritto giustiniano, il quale per le sue caratteristiche non poteva instaurare che un ordinamento giurisprudenziale. Già prima di essere previsto negli statuti, e cioè fin da quando non sembrò più possibile affidare la risoluzione delle controversie a una pronuncia secondo l'equità, le consuetudini locali, le leggi diverse dalla romana (93), il nostro istituto dovette essere spontaneamente adottato o meglio foggiato dai privati, con il ricorrere (o il chiedere al giudice di ricorrere) al parere del dotto; traccia di ciò abbiamo appunto nella circostanza che la grande maggioranza degli statuti impone al giudice di far ricorso al sapiente (solo) quando le parti lo abbiano richiesto (94). Del resto la diffusione, principalmente consuetudinaria, dell'istituto nel processo è documentata fin dall'inizio del sec. XIII e, con carattere di generalità, nello *Speculum iudiciale* di Guglielmo Durante, intorno al 1270 (95).

Senza soffermarci qui sopra le ulteriori occasioni, specificamente medievali, che concorsero nel produrre la nascita e nel

(93) Tuttavia non sono da escludere consigli richiesti anche a giuristi di second'ordine per quanto riguarda soprattutto il diritto locale. Mentre i consigli sul diritto comune dati dai grandi dottori ricordano i *responsa* illustri dell'epoca romana, questi consigli minori possono avvicinarsi a quelli che davano, al livello del diritto volgare e locale, i *νομικὸί* di provincia (vedi sopra, cap. I, n. 84; n. 85; n. 103).

(94) Documentazione in ENGELMANN 261-263, 276-289 (statuti dall'inizio del '200 al 1566).

(95) Adotto questa datazione perchè il passo che a noi interessa, nel quale si parla del *consilium sapientis* come di — riprovevole — *consuetudo Italiae generalis*, si trova nel libro II (partic. II, nu. I) che, per testimonianza dello stesso Durante, fu scritto nel 1271: cf. SAVIGNY V, 574 e 584. (Lo *Speculum*, opera che può annoverarsi tra i *books of authority* del diritto comune, ebbe una seconda edizione — l'unica a noi giunta — una quindicina di anni dopo, che, sebbene non abbia recato al testo modificazioni cospicue, lascia aperto di fronte al singolo passo il dubbio sulla datazione). Accanto alla testimonianza del Durante vanno collocate quella di Uberto da Bobbio (I<sup>a</sup> metà del '200), riferita da Lambertino Ramponi, secondo cui il giudice, se anche il suo assessore è ignorante e inesperto, *tenetur de iure et bona consuetudine* a prendere il consiglio (cf. Rossi 100 n° 33) e quella di Giovanni di Dio († 1253) secondo cui *est etiam approbata consuetudo ut non feratur diffinitiva sine consilio sapientum* (Rossi 115 n° 7). Cf. Rossi 114-118. Meno significativi i documenti notarili riportati da Rossi 81-87.



delineare le caratteristiche più particolari dell'istituto, mi pare importante avvertire che la prassi consiliare ha abbondantemente preceduto la letteratura dei *Consilia*: per cui dobbiamo tenere presente la forma 'consiliare' di partecipazione del giurista alla formazione del diritto anche al di fuori della pubblicazione di raccolte di pareri le quali introdurranno, attraverso la dimensione dell'opera divulgata, delle novità specifiche nella struttura dell'ordinamento. Fin d'ora è certo — certo, s'intende, sul piano idealtipico, per usare il termine di Weber — che un sistema fondato, per ipotesi, esclusivamente sui pareri dati dalla giurisprudenza per il caso concreto, sarebbe un sistema ben lontano da quello legale (96), in certo senso il più lontano dopo il sistema giudiziale-equitativo puro. In esso sarebbe, per definizione, precluso al giudice e alla parte di risalire con mezzi propri a una fonte superiore al consiglio, che fungesse da istanza di controllo nei suoi confronti; l'unica possibilità sarebbe quella di procurarsi un consiglio contrario ugualmente o più autorevole. Determinare quanto il sistema giuridico di questi primi due secoli (e poi dei successivi) si sia avvicinato di fatto a un simile modello nella sua purezza, è compito di no-

---

(96) Non mi sentirei quindi di aderire senza qualificazioni alla diagnosi di U. NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane*<sup>2</sup> (1955) 120, essere l'obbligo di chiedere il *consilium sapientis* manifestazione del principio di legalità (a meno di intendere per 'legge' quel tale *corpus iuris* sterminato e largamente giurisprudenziale sopra descritto: su questo punto si vedano i miei rilievi alla n. 199). Direi piuttosto che si vuole sostituire la decisione del dotto a quella dell'indotto, riconoscendo così la preminenza non tanto della legalità quanto della dottrina (valore tipico del rinascimento medievale) sull'*aequitas rudis* del giudice. La 'legge' è quindi richiamata, sì, ma indirettamente: in primo piano sta il responso del *sapiens*, quasi sempre (vedi oltre, *sub c*); cf. Rossi 188-193) scarsamente o per nulla motivato, e certo non solo con allegazione di passi di statuti o del *Corpus Iuris*.

Il carattere a dir poco bivalente dell'istituto nei confronti del principio di legalità mi pare confermato proprio dallo sforzo dello stesso Nicolini di mostrarne quanto più possibile ridotta la diffusione e la obbligatorietà per il giudice; oltre che dagli sviluppi successivi della giurisprudenza consulente, dei quali ci occuperemo tra poco.

tevole delicatezza e complessità; basti qui indicare, intanto, una tendenza verso il modello.

È fuori di dubbio infatti che l'istituto del *consilium sapientis iudiciale* ha avuto una grande importanza per l'influsso della giurisprudenza sui giudicati, particolarmente negli ordinamenti comunali podestarili ma non in essi soltanto; ciò può asserirsi quale che sia la generalizzazione che si voglia poi tentare dei diversificatissimi dati dottrinali e soprattutto statutari sui punti delicati dell'obbligo per il giudice di assumere e — cosa non identica — seguire il consiglio (97). Anche indipendente-

(97) Tento di ordinare qui le conclusioni, che mi paiono più attendibili, di ENGELMANN e di ROSSI.

I. *Diritto comune.* a) Il giudice è autorizzato, sempre, a chiedere il consiglio quando ciò gli sia utile per formarsi la sua convinzione in diritto; b) Il giudice non è obbligato a seguire il consiglio, quando è semplicemente autorizzato a chiederlo; c) Il giudice è obbligato a chiedere il consiglio in casi eccezionali: sua ignoranza del diritto — volontà delle parti — precedente atto contrattuale o testamentario in tal senso (in questi ultimi due casi l'obbligatorietà era discussa, soprattutto qualora la soluzione del caso fosse indubitata); d) Il giudice è obbligato a seguire il consiglio, con certezza, nel 1° dei casi precedenti; negli altri l'obbligo di seguirlo era discusso. Limitazione per tutti i casi: il consiglio non deve essere *contra ius*; nel caso di obbligo di seguire il consiglio, se ci sono consigli *contrari* il giudice può scegliere tra di essi (non adottare una 3ª soluzione).

II. *Statuti* a) Se non dicono nulla, o se autorizzano espressamente a chiedere il consiglio, si segue il diritto comune; b) Statuto che ordina di chiedere il consiglio, o di decidere solo dopo aver preso il consiglio. Poichè l'obbligo di seguire il consiglio stesso era una deroga al diritto comune, una parte della dottrina tendeva ad interpretare restrittivamente la disposizione statutaria (obbligo di prendere, non anche di seguire il consiglio); altri facevano notare che in tal modo il primo obbligo diventava vano, *frustratorium*; si replicava loro (Lambertino) che non era tale, dato che il parere poteva avere influito decisivamente sulla convinzione del giudice. Viceversa, a vantaggio dei fautori della obbligatorietà giocò il fatto che l'aspetto derogatorio ed eccezionale di essa si attenuò per la generale consuetudine di seguire il consiglio; c) tutto invece era liscio se lo statuto ordinava di giudicare *secondo* il consiglio. Ma anche sul sussistere o meno di questo ordine a seconda delle espressioni usate (*cum, ex, de consilio* ecc.) i giuristi erano divisi.

L'obbligo di seguire il consiglio è, poi, sancito dagli statuti per lo

mente da precise disposizioni statutarie, che del resto troviamo numerosissime, la consuetudine di chiedere e seguire il *consilium* fu, come abbiamo accennato, largamente diffusa; tanto da contrapporsi talvolta vittoriosamente, nella stessa opinione della dottrina, ai principii più restrittivi del diritto comune (98).

Anche quando la sentenza si limitava a riprodurre il *consilium* vincolante, l'una e l'altro rimasero atti formalmente ben distinti: mi pare sia merito di Rossi (99) avere dimostrato, contro Salvioli e Roberti, questo punto, enucleando così un caso esemplare di perfetta separazione, quanto all'origine, tra 'essenza', o contenuto (formulato dal *sapiens*), ed 'esistenza', o efficacia (posta autoritativamente dal giudice), della unica ed inscindibile norma di diritto (che è qui la *sententia secundum consilium*).

B. Nei secoli successivi alla fioritura comunale, e cioè già a partire dal XIV e fino al XVIII, l'attività di consulenza giudiziale continua ad essere intensa, come possiamo desumere se non altro dalle disposizioni statutarie raccolte da Engelmann e Salvioli, e dal trattato *De consilio sapientis in forensibus causis adhibendo* di Pace (o Pacio) Scala (100), interamente dedicato al *consilium iudiciale*. In questi secoli tuttavia assistiamo a due fatti nuovi, e importanti: l'uso dei giureconsulti di dare pareri scritti, solenni, anche alle parti; e l'uso di pubblicare, dapprima manoscritti, poi a stampa, i pareri tanto di parte che giudiziali.

Le ragioni del primo fatto sono complesse: si intuisce che vanno cercate nei nuovi ordinamenti costituzionali, nella conseguente diversa organizzazione giudiziaria (con i tribunali stabili, spesso collegiali, spesso composti di giuristi esperti, che si formano nelle capitali dei principati), nell'aumento stesso della

---

più in relazione a una richiesta fattane dalle parti e in cause civili; ma qui la varietà è grande.

(98) Rossi 100, 102 s., 144 s., 204 s.

(99) O. c. 103-112.

(100) La 1ª edizione è a Venezia, 1540 (lo Scala, padovano, morì nel 1601). Il trattato, ampio e notevole, è riprodotto in ZILETTI III *pars* I (1584), p. 332-355.

litigiosità in grande stile che il tramonto delle semisovranità feudali o magnatizie produce con l'assoggettare le grandi famiglie della nobiltà e della borghesia allo Stato. Il litigante consigliato è spesso illustre, puntiglioso, pazientissimo: la lite diviene talvolta quasi uno sfogo dell'antica prepotenza frustrata dal principe, un surrogato della vendetta; cresciuta generalmente la ricchezza, gli interessi patrimoniali per cui lottare sono spesso notevolissimi.

D'altra parte la norma giuridica positiva ha assunto una complessità inaudita: sia per il moltiplicarsi e consolidarsi delle legislazioni particolari, sia per la dilatazione del diritto comune ad opera delle glosse, dei commenti, dei trattati della dottrina. Per cui da un lato il litigante è sempre più bisognoso di orientamento, dall'altro il consigliarlo diventa fatica sempre più degna del giurista anche ambizioso; e la cospicuità economica dei litiganti e la difficoltà del consigliare concorrono nell'elevare gli onorari, attraendo anche per questo lato i giuristi alla nuova attività.

Quanto alla pubblicazione dei consigli, giudiziali o di parte, essa si spiega appunto con la cresciuta loro impegnatività e necessità (la domanda delle raccolte parte soprattutto, ma non soltanto, dai giudici e dagli avvocati), con il fatto che i consigli di parte, diretti a convincere un giudice non di rado esperto e comunque, anche se *idioti*, non in posizione di subordinazione di fronte al consulente, sono sempre più attentamente ed esaurientemente motivati; infine con la facilità derivante dall'invenzione della stampa.

Nasce così la vera e propria letteratura consiliare a noi nota: migliaia di volumi, distribuiti lungo un arco di 4-5 secoli, ma le cui caratteristiche possono considerarsi costanti. Con la pubblicazione — questo aspetto è, ai nostri fini, essenziale — i consigli compiono nell'ordinamento un passaggio qualitativo di posizione, conquistando, almeno potenzialmente, anche la normatività<sup>(101)</sup> generale, non limitata al caso per

(101) Nel senso attenuato che preciserò a suo tempo (vedi cap. V, § I.3; 4).

cui furono dati. Sotto questo profilo essi ci si presentano, una volta inseriti nelle raccolte, come un fenomeno unitario.

Ma nelle raccolte confluiscono, d'altra parte, categorie di consigli diverse quanto ad occasione e destinazione, come ho già avuto occasione di rilevare distinguendo consigli giudiziali e consigli di parte. Ora, questa diversità può comportare un diverso rapporto di ciascuna categoria con il diritto, cioè con il *corpus iuris* precedente e con quello successivo. Occorre quindi portarne a termine l'individuazione.

Noi possiamo distinguere, nei *Consilia* a noi giunti, tre (forse anche quattro) tipi fondamentali. Ci sono anzitutto i consigli al giudice, sui quali ci siamo trattenuti sopra, sub *b*).

*c*) Ci sono poi, come ho accennato, i consigli dati a una parte, che li chiede nel proprio interesse desiderando conoscere la sua posizione in diritto ed eventualmente produrli al giudice come elemento di convinzione. Ciò può portare alla interessante situazione delineata da Pacio Scala: il giurista invitato a dare il *consilium* (*iudiciale*) si vede allegare dalle parti il *consilium* (in questo secondo senso) di un altro giurisperito (102).

I criteri di riconoscimento di queste prime due classi, qualora manchino espliciti riferimenti nel testo stesso del consiglio, sono discussi. Per E.M. Meijers (103) i responsi al giudice sarebbero o privi o estremamente scarni di motivazione, quelli alla parte in vista del convincimento del giudice sarebbero invece motivati largamente, talora sovrabbondantemente: ciò perchè i primi sarebbero autoritativi e i secondi no. Pacio Scala (104) ac-

(102) Cf. *De consilio sapientis* cit., lib. III, cap. XV. Secondo il nostro autore *nulla horum responsorum ratio a sapiente habenda* (salvo che siano *muniti legibus, bonisque rationibus*, o dati in causa dubbia); anzi il *sapiens* deve far conoscere il parere alla parte avversa, soluzione non priva di audacia (tutto il capitolo è una bella, equilibrata polemica contro il principio di autorità, alla quale non si attaglia la qualifica di « ingloriose ruminazioni » attribuita in genere ai pensieri del Nostro da CALASSO, *RSDI* 1936, 331).

(103) *Responsa doctorum tholosanorum* (1938), p. XLIII n° 3.

(104) O. c., lib. III cap. 20. Vedi anche Tiberio DECIANI, *Apologia* citata *infra* (n. 111), XV 28; Pietro Filippo CORNEO, citato alla n. 130; NEVIZZANO 67.

cenna a una possibile differenziazione in questo senso; ma per constatare poi che i dottori *nostrates* (l'autore opera presumibilmente nel Veneto ma il riferimento può essere più ampio) usano motivare anche i pareri giudiziali.

D'altra parte nella stragrande maggioranza i *Consilia* sono largamente motivati: dovremmo concludere allora per l'assoluta prevalenza dei consigli di parte. E questa è effettivamente l'opinione di quasi tutti i detrattori della letteratura consiliare (105) come pure di alcuni scrittori che ammettono quella prevalenza (106) senza perciò svalutare i consigli. Per un così notevole conoscitore come Engelmann (107), i *consilia* a noi pervenuti sono invece quasi esclusivamente giudiziali e Genzmer (108) sembra d'accordo con lui. Ma, a parte altre critiche che si potrebbero rivolgere al quadro dell'attività consulente tracciato da Engelmann (109), dobbiamo osservare come l'asserita giudiziarietà dei consigli possa fargli comodo per una sua tesi di fondo, quella dell'influenza del processo di sindacato sullo sviluppo del diritto in Italia (110).

(105) Sui quali vedi oltre, n. 120.

(106) Così BRUGI, *Un biasimo e una apologia dei pareri legali dei nostri antichi professori*, in NS 97-110; CALASSO, *Medioevo* 588 ss.; SCHUPFER e BESTA ricordati ivi, 588 n. 152.

(107) O. c. in *Abbrev.*, 244.

(108) ZS 1941, 330. H. Coing ha creduto di poter constatare che i *Consilia* di Bartolo sono, nella loro quasi generalità, dati al giudice (*Die Anwendung des Corpus Iuris in den Consilien des Bartolus*, *St. mem. Koschaker* I, 1954, 75).

(109) E. non esita, anzitutto, a identificare assolutamente consiglio alla parte e parzialità del consiglio; per questo motivo discutibile escludendo che i consigli di parte potessero essere pubblicati e godere di alto prestigio. Inoltre sostiene la facile riconoscibilità, nei consigli pervenuti, del loro carattere giudiziale (o non): cosa che mi pare molto dubbia. Infine se fosse vero quanto dice (e cioè che i pareri sono quasi tutti dati ai giudici e che i pareri ai giudici si danno quasi soltanto nell'ambito delle costituzioni podestarili), quasi tutti i *consilia* che abbiamo dovrebbero essere stati dati a giudici podestarili: il che è escluso già dal fatto che il grosso della letteratura consiliare fiorisce nel periodo delle signorie e dei principati.

(110) Il parere giudiziale può infatti apparire desiderabile al giudice per diminuire la propria responsabilità in quel processo garantendo la giuridicità della sua decisione. Ma la tesi della giudiziarietà dei consi-

Tornando al problema del criterio di distinzione, occorre considerare che il consiglio giudiziale immotivato per il quale si era schierato, nel '200, il grande maestro dei pratici, Guglielmo Durante, poteva giustificarsi solo nei casi in cui il giudice era obbligato a seguire pedissequamente il consiglio stesso: casi rari, e comunque limitati nel nostro periodo ai tribunali minori, mentre è presumibile che i consulenti pubblicassero piuttosto i pareri dati ai tribunali maggiori, quindi motivati. Sicchè allo stato attuale delle ricerche non pare si possano individuare delle caratteristiche differenziatrici esterne di queste prime due classi di responsi: caratteristiche che sarebbero invece utilissime per renderci conto della posizione del singolo responso (e quindi del giurista consulente) nel ciclo della vita del diritto dalla norma alla decisione. Sembra però di poter dire che con il tramonto del comune e della costituzione podestarile, e per gli altri motivi visti sopra, il *consilium iudiciale* debba aver perso

gli (che per altro verso è esaltazione dell'influenza della dottrina sull'amministrazione della giustizia) è sottesa a mio parere, come molte delle tesi di E., da una più profonda e certo non dichiarata intenzione, che forse è quella che più fortemente e intimamente ha mosso E. all'intera sua ricerca: combattere, con i mezzi (con il mezzo storico) a sua disposizione, la concezione germanistica e (pre) nazista del diritto. Anzitutto smentendola nella sua forma storico-nazionalistica: con l'affermare ripetutamente la superiorità della recepita romana amministrazione della giustizia sulla germanica e sostenendo fino, probabilmente, all'exasperazione la romanità del diritto comune. Poi combattendo l'avversione fatta propria dal nazismo per la scienza giuridica e la sua presunta impotenza. Poi ancora, e in più diretto nesso con i suoi assunti storiografici, mostrando il giudice servitore del diritto, e non suo creatore (qui assume il suo vero significato dimostrativo l'importanza data al sindacato e alla responsabilità del giudice, come pure alla dipendenza del giudice dalla dottrina e dalla *communis opinio*). Per quella intenzione profonda l'opera di E. si coordina, pur con assunti suoi propri, da un lato agli scritti di quegli autori che dagli abusi nazisti e fascisti, e più generalmente dei regimi totalitari, furono indotti a una difesa della legalità: penso in Italia, a CALAMANDREI, a LOPEZ DE OÑATE, a NICOLINI (ne *Il Principio di legalità* cit.); dall'altro (soprattutto nell'apologia del romanismo e della giurisprudenza pratica) al libro di KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht* (1946). Quella intenzione, nobile ma contingente, va tenuta presente quando si vogliono esattamente valutare le accennate tesi storiche e dottrinali.

progressivamente di importanza a vantaggio dei consigli alle parti; per cui possiamo (con cautela) presumere di trovare, nelle nostre raccolte, una percentuale di consigli di parte direttamente proporzionale alla tardività delle raccolte stesse. L'opera di Pacio Scala nel 1540 e diversi passi dell'*Apologia* del Deciani che citerò subito (per esempio II 15, IX 6-9, X 4, XV 28, XIX 4, XXII 41) documentano comunque la lentezza con cui questo processo è avvenuto, e come negli stessi principati fosse d'uso il delegare a giudici inferiori cause da decidere *secundum sapientis consilium*.

d) Dalla nostra seconda categoria non è facile, anzi va discusso se sia legittimo isolarne una terza: quella delle *allegationes*, le vere e proprie comparse degli avvocati. Qui la nostra fonte migliore è l'*Apologia* di Tiberio Deciani (111), occasionata dalla sbrigativa demolizione della giurisprudenza consulente da parte dell'Alciato.

L'*Apologia* ha anzitutto interesse in generale, per la valutazione della letteratura consiliare nel suo insieme, e nell'immanicabile confronto con la produzione degli 'interpreti' o 'ripetenti' (quelli che noi chiamiamo i commentatori).

Da questo punto di vista il giudizio può essere sostanzialmente favorevole (112). Il discorso del Deciani ci si presenta bene, un po' prolisso e pesante nelle citazioni e supermotivazioni, ma equanime. Certo una buona parte della discussione si muove su un piano come fittizio, facendo appello ad argomenti tanto rispettabili che l'avversario non potrà non convenirne ma dei quali in fondo si sa bene che non lo convinceranno, come non convincono chi li invoca; lucidissimo e di una disincantata maturità in molti suoi spunti polemici, il Nostro sembra ogni tanto ingannare benignamente se stesso quan-

(111) *Apologia pro iuris prudentibus qui responsa sua edunt imprimenda, adversus dicta per Alciatum Parergon lib. XII cap. ult.*, Venezia 1579. Lo scritto del Deciani, insieme al passo dell'Alciato contro cui polemizza, è riprodotto alla fine del lib. III dei *Responsa*, editi a Venezia nel 1602, da cui cito. Sulla figura dell'autore può vedersi A. MARONGIU, *Tiberio Deciani lettore di diritto consulente criminalista*, in *RSDI* 1934, 135-202 e 312-387.

(112) Cf. BRUGI, *NS* 104 ss.; MARONGIU, *RSDI* 1934, 201 s.



do difende ciò che gli sta a cuore. Tuttavia si resta con l'impressione che ha maggiormente ragione lui, e che l'Alciato si è voluto in fondo togliere il gusto di una malignità (113). Dal contrasto tra i due emerge però quella che pare la verità vera e che è fatta di luci e ombre non separabili: sia interpreti che consulenti avevano le loro pecche come uomini — ambizione, desiderio di lucro, vanità; gli uni e gli altri tendevano ad assolutizzare il valore dei pregi loro propri (*plus nam vel sine doctrina prudentia efficit, quam sine prudentia doctrina*: Deciani, *Apol.* X 19). Ma tanto i professori come i consulenti (che si ritrovavano poi spesso nella stessa persona) erano anche costretti, non fosse che per raggiungere i successi magari discutibili da loro appetiti, a impegnarsi col meglio delle loro forze, a infondere solo questo meglio nelle loro opere; e quindi a fare opera non troppo cattiva.

Per quanto riguarda in particolare la distinzione tra *consilia* e *allegationes*, la sua nettezza varia non poco secondo l'interesse dialettico che comanda i diversi passi dell'*Apologia*. In XV 13 per esempio, l'interesse dialettico del Deciani è di minimizzarla: perchè così facendo potrà meglio respingere l'accusa dell'Alciato al Castrense (Paolo di Castro) e a Lapo (da Castiglionchio?), di aver essi voluto, chiamandoli *allegationes*, dare

(113) Aggiungiamo che proprio i consigli dell'Alciato (pubblicati dopo la sua morte dal nipote cardinale Francesco, col titolo di *Responsa*, nel 1561) non sembrano brillare per oggettività. Il PERREMUTO (o. c. alla n. 116) ci informa (*Pars* II, vol. I, p. 51) che secondo Paolo Rubeo l'Alciato aveva spesso consigliato *necessitatis et egestatis causa*, e aveva « assecondato, compiaciuto » (*morem gessisse*) i clienti. La cosa sembra confermata, lasciando s'intende l'ultima parola al diretto esame nel merito, dal numero assolutamente imponente di contraddizioni in cui l'Alciato (nonostante un certo lavoro di coordinamento già fatto dal nipote, che ce ne avverte nella Prefazione alla sua edizione) cade nei suoi consigli, secondo la lista fattane dal Perremuto stesso. Nè i *Responsa* dell'Alciato, per quel che mi consta, giunsero mai ad alta autorità, come mostra già la scarsità di adesioni e critiche da parte di successori nelle segnalazioni del Perremuto. Cf. P. VACCARI, *I consulti dell'Alciato*, in *Rend. Ist. Lombardo, cl. Lettere*, 1951, 84-92 e *Andrea Alciato e la giurisprudenza italiana etc.*, in *St. Cavalieri* (1960) 124 s.; P. E. VIARD, *André Alciat* (1926) 139 s. n. 1; le edizioni dei *Responsa* furono, comunque, sei in meno di cinquant'anni, dal 1561 al 1605.

ai loro consigli tendenziosi minore peso e responsabilità. Al Deciani serve però anche solennizzare al massimo la gravità dei *responsa* veri e propri che secondo lui i giuristi danno « quasi come giudici » (cfr. anche XV, 23-25; XIX 43) ed è forse anche per questo che non insiste sulla differenza tra il *consilium iudiciale* e quello alla parte. Letto con queste avvertenze, il § 13 del cap. XV permette, mi pare, di concludere che una differenza tra *consilia* e *allegationes* c'era. Probabilmente maggiore, direi, di quella che poteva passare tra i 'Pareri' che ancora un Fadda, ultimo forse in Italia, pubblicava all'inizio di questo secolo (114), e le comparse conclusionali dello stesso autore come avvocato. Il parere, e soprattutto quello pubblicato, ha per sè, malgrado sia sollecitato e pagato da una parte, una presunzione di oggettività decisamente maggiore che la comparsa forense.

La nostra diagnosi trova conferma fin troppo esplicita in altri passi, dove il Deciani accentua con la massima energia la differenza. In XIX, 21-22 non manca, beninteso, di ricordare con la sfumatura di ipocrisia moralistica che a mio parere rende tanto inferiori certi suoi svolgimenti alle sfrontate massime della retorica antica, che anche l'avvocato, come il consulente, deve difendere soltanto le cause giuste; ma questa è norma che riguarda la coscienza. Sul piano istituzionale (ivi, § 21) *non sunt comparandi advocati respondentibus*: i primi non possono essere testimoni nella causa che patrocinano, i secondi sì (anzi vi prendono parte per definizione come *testes iuris*); i primi configurano l'intera causa, fatti compresi, e formulano il *petitum*, che è sempre esagerato, mentre i secondi rispondono sui fatti al-

---

(114) Ho sotto gli occhi il volume *Pareri giuridici* del 1912, contenente pareri dati negli anni 1896-1912. La grande maggioranza si conclude con le esplicite parole « parere per la verità »; ma anche dove mancano vanno presunte, così per la prima memoria, che con il titolo di *Parere pro veritate* esiste anche come stampato indipendente depositato presso la 2ª sezione della Corte di Appello di Napoli, causa Gennaro Antignano contro Errico Antignano. Il parere 4º fu poi rifiuto in una comparsa conclusionale a difesa dello stesso E. Mennuni (Corte d'Appello di Potenza, 1904): proprio il confronto mostra la tutta diversa sobrietà giuridica della trattazione. Il parere per la verità è chiesto sempre dalla parte, che spesso è un ente pubblico; la conclusione è di regola in senso favorevole al consultante.

legati, in puro diritto, e *super iam petitis*; l'errore in diritto squalifica il consulente e non l'avvocato. Non è quindi legittimo inferire con l'Alciato *advocatus non debet esse iudex, ergo nec consulens* (ivi, § 30).

Eppure il quadro che si delinea da tutta l'*Apologia* è assai meno netto. Mi pare di poterlo riassumere così: in sede di prima, coscienziosa delibazione della causa il consulente deve accertarsi con sicurezza che la ragione sta dalla parte del cliente (XX, 10-11); e solo in questo caso accettare la consulenza. Ma questa una volta accettata è vero e proprio patrocinio, da espletare ormai fino in fondo con un preciso scopo: persuadere comunque il giudice (XXII *passim*), demolire ogni ragione della parte avversaria (XXII 121). Non si prende nemmeno in considerazione l'ipotesi di un *consilium* contrario alla parte che lo richiede e lo paga (e sul rapporto economico consulente-cliente è molto istruttiva la fine del cap. XXII); tutti gli accorgimenti retorici sono buoni: dal segreto ascolto degli architettamenti del cliente (XXII 28) alla sagace scelta e disposizione degli argomenti più o meno buoni (97, 99-105) alla considerazione della psicologia del giudice (146; XV 32). Perfino l'onestà può essere finalizzata al successo, per cui certi suggerimenti appaiono come una curiosa mistura di astuzia avvocatesca rivolta al *fidem facere* e di autentica preoccupazione di coscienza (p. es. i §§ 123-124 del solito capitolo XXII); in questa luce prende un aspetto un po' ambiguo perfino l'invocazione del nome di Cristo, pur inculcata con fervore certamente sincero (115) al § 36. I consigli sono presentati al giudice e restano rigorosamente ignoti alla controparte (§ 51): in linea generale non è normalmente approvabile, rifiutato il consulto a un cliente che è in torto, consigliare (leggi: difendere) la parte avversa (§ 14). E naturalmente ognuna delle parti presenterà al giudice un *consilium* a suo favore, circostanza che il Nostro giustifica con spiegazioni

---

(115) L'invocazione a Dio, a Cristo, a Maria all'inizio del consiglio è uso del resto assolutamente generale e stereotipo. Anche alla fine del consiglio si trovano spesso le formule *Laus Deo* o *Deo gratias* o altre devozioni. P. es. i primi due consigli di Paolo di Castro si chiudono con la lode a Dio, alla Vergine, e al Santo del giorno in cui il consiglio viene reso.

talvolta sagge, talvolta decisamente amene (si veda specialmente il cap. XXI).

Concludendo. Il *consilium* alla parte è qualcosa di intermedio tra la sentenza del giudice e la comparsa dell'avvocato: più vicino nella forma alla prima, nella sostanza alla seconda. È nella sostanza un patrocinio in diritto; riveste forma e garanzie di imparzialità.

Sebbene il responso 'ordinario' (*Apol.* XXII 23) si distingua anche esternamente (XV 13) da un semplice avviso scritto e dalla stessa comparsa, non possiamo escludere che nelle nostre raccolte siano comprese come *consilia* un certo numero di *allegations*. L'obliterazione della distinzione tra gli uni e le altre anche nelle intitolazioni (116) dovette procedere di pari passo

(116) Nel 1662 il barone siciliano Paolo Francesco PERREMUTO BOSCHITELLI, pubblicando a Palermo il suo *Conflictus iure consultorum inter sese discrepantium*, destinato a raccogliere accanto ai passi di ogni autore conosciuto tutte le prese di posizione concordi o contrarie dei giuristi successivi (opera singolare, già tentata in scala minore da Girolamo ZANCHI e che, se fosse stata fatta veramente bene, avrebbe potuto offrire un sussidio utilissimo per la storia del diritto), dedica l'intera *Pars II*, in due cospicui volumi, alla letteratura consiliare e parla di *consilia*, *vota*, *responsa*, *allegations* e *patrocinia*. Ma su circa 220 autori compresi in tale Parte della sua compilazione, troviamo solo 13 autori di *Allegations*, 3 di *Responsa*, 3 di *Vota*, 1 di *Patrocinia*, 1 di *Advocationes*: tutti giuristi di secondo piano o addirittura oscurissimi. Il titolo normale, regolarmente adottato dai grandi, era *Consilia*. Anche così si conferma, mi pare, che le *allegations* forensi venivano sentite come un genere di dignità inferiore ai consigli: per cui o non si pubblicavano, o si inserivano per così dire sotto mentite spoglie nelle raccolte di *Consilia*. Non dobbiamo del resto concedere una fede assoluta alle citazioni del Perremuto, che sono talvolta inesatte e spesso sommarie: così, i pareri del Deciani sono da lui ricordati come *Consilia*, mentre sappiamo che nelle prime edizioni erano intitolati *Responsa*; e l'intitolazione completa delle raccolte consiliari è spesso, per non dire regolarmente, *Consilia sive Responsa*, volendosi (probabilmente dagli autori) aggiungere *ad pompam* l'allusione ai giureconsulti romani. Per altri titoli delle raccolte consiliari cf. BRUGI, *NS* 173 s., dove l'autore sostiene la curiosa opinione (criticata già da MARONGIU in *RSDI* 1934, 177 n. 118) secondo cui le *allegations* erano « pareri chiesti dall'avvocato per confortare con l'autorità altrui la propria opinione in una causa » (il che, oltre a contraddire la testimonianza precisa del Deciani, avrebbe come conseguenza che le *Allegations* di un certo avvocato sarebbero state scritte dai giureconsulti più diversi).

con il diminuire di importanza dei consigli giudiziali nell'attività dei giuristi, e quindi il progressivo identificarsi del *consilium* con il parere dato alla parte (117).

e) Affine per molti aspetti a quello dei *consilia*, come già lo era a quello romano dei *responsa*, è il genere delle *quaestiones*: anche qui troviamo prospettato un caso, la cui soluzione viene raggiunta per argomentazioni contrapposte. Esso fu assai grato ai canonisti, anche antichi (118), ma non ignoto ai legisti. È di origine scolastica. Non sempre i due tipi di scritti sono tenuti distinti: S. Kuttner (119), a proposito dei *Responsa doctorum tholosanorum* (fine sec. XIII - inizio XIV) editi da Meijers, ha avanzato dopo Kantorowicz il dubbio se molti pezzi della raccolta non siano, invece che veri e propri *consilia* resi a un richiedente reale, semplici *quaestiones* accademiche: specialmente quanto non vi è *scriptio* e menzione del sigillo, dei nomi propri, delle circostanze e quando il parere ha forma tipicamente disputativa. Alcuni di questi criteri distintivi cadrebbero per la letteratura consiliare più tarda, dove peraltro non è probabile si infiltrassero molte questioni di scuola. Queste formavano invece spesso il tessuto dei commentari dei ripetenti, come avverte il Deciani (*Apol.* XI 8) che ha cura di aggiungere come fosse più facile il questionare che il consigliare: *quaestiones qui formant (quod faciunt interpretes) facilem rem aggrediuntur; quia in propositione quaestionis tota res perspicitur, et uno solo termino continetur ... facileque se explicat disputator, numquam propositam excedens materiam...* Ben diversa la complessità del caso concreto.

### C. Questa sommaria classificazione dei tipi di *consilia* con-

(117) Nella prefazione alla Parte II, il Perremuto parla solo di *consulere*, di *respondere*, ma qualificando immaginosamente gli autori da lui messi a confronto come coloro che *de iure responderunt in eadem causa, seu compatronos, seu adversantes*, mostra di intendere i consigli come fondamentalmente avvocateschi. Ciò rifletteva probabilmente le caratteristiche della letteratura consiliare del suo tempo; ma non si attagliava senz'altro agli autori più antichi da lui citati, quali Dino, Bartolo, Baldo, Paolo di Castro.

(118) Un elenco in BESTA, *Fonti* II, 839 s.

(119) In *SD* 1940, 430.

tenuti nelle nostre raccolte dovrebbe adesso permetterci la loro valutazione differenziata in termini di maggiore o minore conformità al diritto, cioè allo spirito e alla lettera del complesso normativo preesistente al singolo consiglio; conformità che in una visione statica è tutt'uno con la loro attendibilità quali fonti di cognizione del diritto. Per quanto detto or ora, lasceremo da parte le *quaestiones* come provenienti piuttosto dall'esperienza giuridica universitaria.

La letteratura consiliare è stata sempre giudicata come un tutto omogeneo. I suoi detrattori (120) sembrano di solito presupporre, come ho già detto, che essa si componga unicamente di consigli alla parte, i quali vengono poi accomunati alle *allegationes* e svalutati come fatiche venali e parziali. Dei suoi fautori alcuni vedono quasi solo il consiglio giudiziale, altri, con più moderna dialettica, la considerano, sì, come letteratura di avvocati, quindi tendenziosa, ma le riconoscono una insostituibile funzione propulsiva del diritto in epoche nelle quali lo Stato legislatore taceva e la dottrina universitaria tendeva a involversi nello scolasticismo (121). Da quest'ultimo grup-

(120) La lista è lunga. Ricordo, tra gli antichi, l'Alciato e il suo maestro Paolo Pico, e gli scrittori di cui farò parola più oltre, n. 135, 138, 140, 143; accanitissimo tra tutti MURATORI nel suo scritto citato oltre, n. 149, che influò sul pensiero, un tempo favorevole alla letteratura consiliare, del napoletano Giuseppe Aurelio DI GENNARO (*Delle viziose maniere del difender le cause nel Foro*, 1744; cf. B. DONATI, *L. A. Muratori e la giurisprudenza del suo tempo* [1935] 49 in nota). I pandettisti, in quanto dogmatici, furono contrari alla 'prassi' e alla casistica: Savigny ha influenzato largamente i giudizi successivi. SCHUPFER (*Fonti* 631) è incerto: i consigli sono « fatiche venali, che non sempre ebbero di mira il vero e il giusto » e al tempo stesso « quanto di meglio e di originale offre questo periodo ». Per ENGELMANN 244, i pareri dati alla parte sono radicalmente privi di valore non rappresentando nè l'opinione personale del consulente nè la decisione giuridicamente esatta. Così anche NICOLINI, *La proprietà* ecc. (cit. alla n. 199), p. XXIV s.; G. SALVIOLI, voce *Consulente* in *Dig. It.* (1898).

(121) Così BRUGI, MARONGIU cit. alle n. 106 e 111; BESTA (*Fonti* 880) loda addirittura senza riserve i « meravigliosi » pratici, i cui consulti « costituiscono la parte più sana e fattiva della loro produzione »; altrove (*Introduzione al diritto comune* [1938] 51-53) si dice addirittura tentato di riservare all'epoca dei consiglieri e trattatisti l'etichetta di 'diritto comune'. WIEACKER, *PRG* 38 ss. designa globalmente i giuristi

po (122) proviene alla letteratura consiliare la lode (un po' insidiosa e quindi assai ben scelta, direi piuttosto un eufemismo, forse, che una lode) di aver costituito la più viva manifestazione della lotta per il diritto, come difesa, sia pure all'insegna di una giustizia oggettiva, degli interessi particolari.

Certo, l'unico procedimento apportatore di risultati definitivi e individualizzati sarebbe quello di chi, munito della perfetta conoscenza del *corpus iuris* precedente, studiasse le nostre raccolte consiglio per consiglio, facendo ogni volta il raffronto. Da parte mia, mi contenterò di avanzare, a lume di buon senso, alcune ipotesi di lavoro che appaiono verosimili in attesa di una esperienza che resta da fare; e questo anzitutto in riferimento ai diversi tipi di consigli compresi nelle nostre raccolte, poi in riferimento alla letteratura consiliare nel suo insieme, confrontata con la produzione dei ripetenti.

Non c'è dubbio che, delle nostre tre categorie, quella per cui va presunta l'intenzione più 'pura' è il consiglio giudiziale. Esso anzi, anche per la responsabilità che può comportare nel processo di sindacato, sembra *a priori* riunire tutte le condizioni di massima oggettività, e rappresentare quindi in certo modo (al pari della sentenza che fosse resa da un giurista di valore) il vertice dell'attività consulente.

Occorre però precisare (i nostri dottori avrebbero detto 'limitare') il riconoscimento di questo primato con almeno due riserve importanti. Una è che il giurista può essere tentato di indulgere a maggiore sbrigatività quando sa che il giudice è per statuto o per volontà delle parti legato al suo consiglio; in questi casi, infatti, abbiamo visto che il consiglio poteva essere poco o per nulla motivato; ma abbiamo anche detto che esso allora difficilmente arrivava alla stampa.

La seconda riserva è che proprio la mancanza di passione di parte, e soprattutto il timore del sindacato, può trattenere il *sapiens* dall'aderire a un'opinione nuova o scarsamente rappresentata, magari meglio adatta ai tempi o più consona all'equità; mentre proprio l'equità (vera o asserita) era spesso l'unica *ratio*

---

successivi alla glossa come « Konsiliatoren » e li loda, senza distinguere i vari tipi di consigli.

(122) E precisamente da CALASSO, *Medioevo* 591.

alla quale il consulente di parte poteva appellarsi di fronte a un caso dal diritto non deciso o deciso a sfavore del suo cliente. La maggiore conformità al diritto poteva insomma pagarsi con un maggiore conformismo; e il consiglio al giudice essere quindi in massimo grado rappresentativo del diritto comunemente vigente, non invece altrettanto rappresentativo degli ultimi progressi fatti dalla giurisprudenza in un dato periodo, del punto a cui il diritto era arrivato o avrebbe potuto arrivare.

Ma è anche possibile un ragionamento in senso contrario. Il giurista in posizione di subordinazione rispetto al giudice avrà dovuto, per convincerlo, almeno apparentemente appoggiare il suo parere ai più consolidati fondamenti legali e dottrinali (dai quali il consulente giudiziale poteva, se ne aveva il coraggio, più liberamente allontanarsi): vi è qui una controspinta — beninteso di forza minore — al naturale impulso di utilizzare ogni immaginabile argomento favorevole al cliente.

Detto questo, resta vero in linea di massima che sia sul piano giuridico rigoroso, sia sul piano equitativo deve presumersi minore imparzialità e quindi attendibilità nei consigli alla parte, e minore ancora nelle *allegationes*. Del resto ciò che serve non è tanto lo stabilire *a priori* coefficienti quantitativi di attendibilità da assegnare ai vari tipi di consigli, quanto il farsi avvertiti degli specifici condizionamenti, influenti in un senso o nell'altro, connessi con ciascun tipo, così da procedere nel modo meno ingenuo e indiscriminato possibile alla valutazione dei *consilia* come testimonianze del diritto del tempo.

D. Se poi passiamo a confrontare la letteratura consiliare nel suo insieme con quella interpretativa o cattedratica, ci colpisce subito il conflitto tra due opposti elementi di valutazione che ci si offrono. Da un lato, appare chiara la portata necessariamente più innovativa del consiglio rispetto al commento e alle sistemazioni teoriche. Il consulente si trova continuamente di fronte ai problemi posti non dalle interne contraddizioni e difficoltà dei testi o dall'astratta fantasia, ma dalla vita; di fronte a casi non decisi, che è *non parvi artificii iungere decisis, sed tanti est vere, quanti est iurisconsultum esse* (Deciani, *Apol.* X 17). Questa perenne sfida del concreto non può essere elusa.



Inoltre, come abbiamo già detto, l'interesse del cliente preme per ottenere riconoscimento, sollecitando l'inventiva del giurista. E mentre l'interprete si limita (o può limitarsi) all'esegesi isolata di un solo complesso testuale normativo (il *Corpus Iuris*, le Decretali), il consulente deve ogni volta operare la fusione di tutti i complessi compresi nell'ordinamento, deve in un certo senso creare quell'unità dalla quale soltanto può desumersi la norma dell'azione. È appunto nei consigli che si incontra con la maggior frequenza ed evidenza lo schema triplice di motivazione — *leges, rationes, auctoritates* — nel quale soltanto è rappresentata completamente la norma giuridica.

D'altra parte, però, se c'è un dato che emerge dalle dichiarazioni esplicite come dagli *obiter dicta* dei nostri giuristi, i quali come sappiamo frequentarono quasi tutti e la cattedra e il foro, questo dato è la differenza tra le opinioni da loro sostenute *in docendo* (o *in disputando*) e *in consulendo* (o *in iudicando*). E la differenza sembra essere nel senso che *in consulendo* ci si atteneva molto più da vicino all'opinione (interpretativa o integrativa della legge) comunemente ricevuta, mentre nella scuola il giurista esprimeva il pensiero suo personale. Insomma, maggiore conformismo e tradizionalismo *in consulendo*.

I passi che esplicitamente contrappongono l'opinione sostenuta nella scuola a quella sostenibile in tribunale (123), come

---

(123) Mi limito a qualche citazione, scelta tra quelle che ENGELMANN (213-227; si vedano anche le citazioni a p. 198 ss. sulla diversa autorità della Glossa *in disputando* e *in consulendo*) ha raccolto sul problema della *communis opinio*. BALDO, ad C. 6, 26 (*de impub. et al. substit.*) 8 (*precibus*) n° 54: *Item interpretatio prudentium communiter tenet hanc opinionem et ego... ita saepe consului... In contrarium ostendo evidentissimis rationibus...*; Raffaele FULGOSIO ad C. 2, 40 (*in quibus causis in integrum*), 5 (*sancimus*) n° 3: *literae legis generalitas multum facit pro sententia ultramontanorum contra sententiam communem. Sed, ut dixi, sequimini communem...* *Idem*, ad D. 3, 5 (*de negot. gest.*), 8 (*Pomponius scribit*), n° 3 ss.: espone prima la sua opinione poi quella dominante: *Et ista est communis lectura et in iudiciis tenenda, quia communis. Idem*, ad C. 6, 26, 10 (*cum quidam*): *Et dubito multum, sed magis tutius (sic!) est sequi communem sententiam. Idem*, ad C. 7, 55 (*si plures una sent.*), 1 (*si non*) n° 3: *Nec ab hac sententia iudicantes recedetis! Mihi autem disputationis causa visum est...* *Idem*, Cons. 32: l'opinione di Cino e Jacopo d'Arena sarebbe,

pure quelli, troppo noti e numerosi per essere citati, nei quali si 'limita' regolarmente la massima '*opinio communis sequenda*' con l'aggiunta '*in consulendo*', '*in iudicando*', '*in decisivis*', servono a interpretare quelli, numerosissimi anch'essi, che semplicemente dicono non doversi recedere dall'opinione comune o dominante: possiamo sempre sottintendere quella 'limitazione'. Nessun cattedratico si è ritenuto legato dall'opinione comune, se non nella misura in cui parlava a futuri pratici che dovevano essere messi al corrente dello stato oggettivo del diritto: anzi i professori ambivano l'originalità anche vana e peregrina. Di qui, in certi casi eccezionali, la necessità della precisazione che ci si può scostare dalla comune 'anche' nel giudicare (124): era ovvio che lo si poteva nell'insegnare e nel teorizzare. Giasone e Filippo Decio si sono segnalati per avere *consigliato contra communem* (125), non per aver sostenuto opinioni singolari. Ma questo punto non ha bisogno di altra dimostrazione.

Vi è, dunque, il problema del contrasto tra l'accentuata innovatività e l'accentuato tradizionalismo del consiglio; problema che solo l'esame paziente dei testi potrà un giorno risolvere definitivamente. Provvisoriamente occorrerebbe distinguere, come abbiamo già fatto, tra consigli giudiziali e di parte. Soprattutto riguardo a questi ultimi siamo portati a supporre che l'in-

---

*stricta disputandi ratione*, esatta, ma egli non osa, *propter diversam maximam magistrorum auctoritatem*, sostenerla *in negotiis forensibus*. RAFFAELE CUMANO, ad *D.* 41, 2 (*de acquir. poss.*), 33 (*fundi*): *et hoc* (cioè la sua opinione) *dico gratia collationis, quia a communi sententia non est discedendum*. *Idem*, Cons. 110 n° 3: *et haec opinio videtur verior de iure, licet prima sit communior*. Del Cumano cf. anche il Cons. 87 citato alla n. 139. GIASONE, Cons. 69 n° 6 s.: *tamen, quicquid legendo dicam, in iudicando, ubi sunt diversae opiniones doctorum, standum est illae op., quae plurimum doctorum testimonio comprobatur*. *Idem*, Cons. 107 n° 7: *in iudicando a magis communi sententia non est recedendum*.

(124) GIASONE, Cons. 130 n° 23: *Unde licitum est etiam in iudicando recedere a communi opinione* ecc. BERÒ, Cons. I, c. 76 n° 89: *immo a communi sententia scribentium... recedendum est etiam in iudicando...* P. ANTONIO DI PIETRA, *De potestate principum*, cap. 34 n° 146 ss.: *nihilominus et reiicienda est et minime tenenda etiam in iudicando...*

(125) Mariano SOCINI jr., Cons. IV, c. 8 n° 16.

novazione (cioè la deviazione più o meno equa e creativa dal *rigor iuris*) fosse sostanziale, il tradizionalismo apparente; che cioè il consiglio (di parte), caustissimo e ortodosso nella forma, appoggiato agli argomenti più 'rispettabili' e alle opinioni più comuni, fosse invece eversivo nel risultato: saremmo allora di fronte a un genere letterario ipocrita e sofistico quanto rappresentativo — in superficie — del diritto consolidato. Cosa che potrebbe anche formularsi in senso favorevole al consiglio, nel senso cioè che la tensione tra impegno per la parte e oggettività necessaria *in consulendo* trovasse il suo punto di equilibrio in un *optimum* di prudente, perchè criptica, trasformazione del diritto.

Ugualmente suscettibile di opposte valutazioni sia da uno stesso, sia da diversi angoli visuali appare il dato della maggiore libertà di sostenere la propria opinione personale *in legendo*. Dal punto di vista della conformità al diritto preesistente, l'opinione personale può infatti contrapporsi alla comune come maggiormente fedele alla legge, nella lettera o nello spirito (ed è di solito quanto danno a intendere gli autori nel presentare appunto la loro opinione divergente); ma anche come più soggettiva e paradossale, diciamo pure come prova esibizionistica della acutezza e originalità del professore (e così la intendono i fautori della giurisprudenza consulente, con in testa il Deciani (126)). E dal punto di vista della valutazione storica l'opinione personale può, in questo secondo caso, presumersi coraggiosamente innovativa rispetto alle osservanze acritiche, ma anche evasiva nel mondo della dogmatica fine a se stessa.

Non dobbiamo lasciarci sfuggire il fatto che anche le testimonianze degli autori su se stessi variano in parte a seconda dei luoghi in cui sono rese. Abbiamo visto che soprattutto a lezione il professore sosteneva la superiorità *de iure* (o *de aequitate*) della sua opinione *in legendo*; ma vi sono numerosi passi nei quali i giuristi affermano invece la maggiore ponderatezza della loro opinione *in consulendo*, e questi passi provengono più spesso da *Consilia*. Del resto il movente di molte di

---

(126) *Apologia* XIII 18; X; e *passim*.

queste affermazioni in un senso o nell'altro non è tanto l'astratta solidarietà di un genere letterario con se stesso, quanto l'interesse (spesso contingente) dell'autore ad avvalorare l'opinione giuridica che sta in quel momento difendendo.

E più in generale la nostra valutazione presuntiva deve concludere per un certo equilibrio e per una certa equivalenza sia, come abbiamo già detto, all'interno della letteratura consiliare, sia tra questa letteratura e le interpretazioni.

Chi crede più nella fantasia accademica e nel rigore, tenderà a cercare il vero diritto in queste ultime, nei trattati; chi crede più nella fecondità dell'esperienza pratica si rivolgerà di preferenza ai consigli. Personalmente, pur mantenendo fermo che tutti i generi letterari sono valide, complementari testimonianze sul diritto, propenderei a riconoscere la massima rappresentatività del diritto nei *consilia*: sia perchè, ripeto, essi non potevano sottrarsi all'onere di compiere la fusione dei diversi complessi normativi; sia perchè, diretti a convincere il giudice, dovevano tenere assai più conto (della *communis opinio* e) dello *stylus curiae* quando c'era; sia per la loro collocazione centrale nell'ambiente giuridico. Noi non ci rendiamo forse abbastanza conto, trovandoci di fronte allo scritto, di come i 'commenti' fossero diretta espressione dell'insegnamento orale universitario; per i contemporanei essi sono *lecturae, lectiones, repetitiones*; noi diremmo corsi, dispense (127). Si capisce allora che le cose 'dette a lezione' abbiano meno peso dei pareri ufficiali. Deciani insiste, ai §§ 26, 30 e 31 del cap. X, sul fatto che nelle lezioni si andava di corsa e che esse venivano spesso raccolte da studenti e pubblicate da loro o da eredi dell'autore, mentre i consigli, per lo meno, erano riletti e corretti dall'autore che li sottoscriveva e sigillava; ed è anche chiaro che il consiglio dato male comportava delle responsabilità, religiose, morali, giuridiche (risarcimento, *retorcutio*), particolarmente gravi. Tutto questo potè in parte equilibrare la spinta, certo presente nella categoria più cospicua dei *consilia*, a distorcere il diritto nell'interesse della parte.

Ma abbiamo forse un modo per dirimere storicamente la

---

(127) SAVIGNY III, 572 s. (cf. VI, 19) parla di semplici « Collegenhefte ».

questione, utilizzando lo spiraglio di una precisa problematica presente alla mente dei giuristi fin dal XV e XVI secolo: *stante varietate unius doctoris, quam eius opinionem magis amplectemur* (Nevizzano).

E. Con questa ricerca noi affrontiamo il rapporto tra giurista e diritto dal secondo punto di vista possibile (128): si tratta in fondo sempre di valutare le opere dei giuristi nella loro attendibilità come fonti di cognizione del diritto; ma trattandosi qui di diritto successivo, esse sono tanto più attendibili come fonti di cognizione quanto più lo hanno influenzato, quindi quanto più si avvicinano a delle fonti di produzione.

Quale fu, dunque, l'importanza attribuita ai diversi generi letterari nella formazione del *corpus iuris* successivo? Noi lasciamo da parte, qui, l'influenza esercitata direttamente sulla sentenza dai consigli dati per il caso reale, dove è chiaro che il consiglio giudiziale prevalse su quello di parte (129). Invece, quale che fosse stata l'occasione e la destinazione del consiglio, esso, per quel che ho potuto vedere, una volta pubblicato si immetteva nella circolazione della vita del diritto a titolo di parità con gli altri, e cioè come dato *pro veritate* e rispecchiante l'opinione in diritto dell'autore (130). La valutazione differen-

(128) Vedi sopra, § II.2.D.

(129) ENGELMANN si è occupato soltanto dell'influenza diretta, individuale, dei consigli giudiziali; non dell'influenza generale dei vari *consilia* una volta pubblicati, nè del prestigio rispettivo della letteratura forense e universitaria. L'argomento, ch'io sappia, non è stato finora trattato.

(130) Nessuna distinzione tra i *Consilia* fa, per esempio, il PERRE-MUTO; nè viene fatta dagli autori e dagli editori nel pubblicare, dai giuristi successivi nel citare i consigli. Questo vale in generale. Abbiamo tuttavia alcune testimonianze isolate per la maggiore autorevolezza del consiglio giudiziale (che si chiamava ormai costantemente, fin dalla prima metà del '400, *consilium decisivum*). Io ho incontrato le seguenti: a) il consiglio 6, n° 4, lib. IV di Andrea BARBAZZA (1400-79): *et allego celebrem... Petrum de Ancharano in... consilio septuagesimonono, et est consilium illud decisivum... Fuit etiam illud dubium cum toto processu et allegationibus partis utriusque transmissum de communi concordia decidendum iudicio et consilio ipsius domini Petri, quo casu maioris est auctoritatis consilium decisivum*; b) il consiglio 127, n° 1 (i.f.) di Pietro Filippo CORNEO (cf. oltre, p. 152): *Et constat maiorem fidem adhibendam*

ziata dei *consilia* è richiesta quindi allo storico che voglia servirsi dei giuristi consulenti come *testes iuris*, testimoni del diritto vigente al tempo loro; ma per il lato per cui essi sono *conditores iuris*, cioè per il loro rapporto con il diritto successivo, per la loro partecipazione alla formazione della *communis opinio* etc., contavano solo la fama del giureconsulto, il peso intrinseco degli argomenti, la corrispondenza della decisione adottata con gli interessi che per i giuristi successivi si trattava di difendere.

L'equivalenza non sembra invece essersi mantenuta tra letteratura consiliare e (scelgo un termine comprensivo) professorale. Qui la domanda del Nevizzano riceve, mi pare, risposta sempre più chiaramente favorevole ai *Consilia*.

Io ho cercato di seguire la vicenda nella sua completezza fino a tutto il '500, s'intende per quanto riguarda le esplicite dichiarazioni dei giuristi in proposito e non l'effettiva utilizzazione nelle opere successive e nelle sentenze.

Gli accenni più antichi alla distinzione tra opinione sostenuta *in legendo* e *in consulendo*, e al primato di questa, si andavano a cercare in due passi di Bartolo, che a noi paiono probanti fino a un certo punto.

Bartolo, *in C. 6, 25 (de institutionibus)*, 4 (*si pater filium*) n° 2: Ego iam hic in cursu lectionum sic recitando processi secundum opinionem Modernorum, postea cum casus hic occurreret de facto, volens melius et subtilius videre, adhaesi opinioni glossae etc.

*esse consilio decisivo quam consilio facto ad instantiam unius partis.* (Corneo tiene distinti in modo particolarmente netto i consigli decisivi dagli altri: cf. lib. I, cons. 137 pr.; cons. 179 pr.; lib. III, cons. 79 pr.; lib. IV, cons. 323 pr. La distinzione qui riguarda però soltanto la motivazione, che il Durante inculcava di omettere, ma che Corneo si dice invece solito tenere nei limiti della stringata essenzialità); c) un *obiter dictum* del NEVIZZANO nel passo citato a p. 156; d) una esplicita dichiarazione del CORAZIO, nel passo riassunto a p. 159 ss. Ho l'impressione che chi prendeva esplicita posizione sull'argomento (o mosso da un interesse teorico o per i contingenti bisogni del suo argomentare), si dichiarava favorevole al consiglio decisivo; ma che questo prendere posizione, era, rispetto all'utilizzazione quotidiana indiscriminata dei *Consilia*, un fatto eccezionale.

Id., in C. 6, 58 (*de legitimis haeredibus*), *authent. Cesante* (dopo la legge 3): ... Ego istum punctum examinavi multum clare et late in 1. post consanguineos 1 ff. eo. Et super hoc habui consulere, ideo scripsi multum late.

Ci informa Pietro Paolo Parisio (1473-1541 c.), nelle sue *Adnotationes* a Bartolo, a proposito del primo passo:

‘Volens melius’. In istis verbis allegatur Bartolus quod magis credendum est doctori in consulendo, quam in legendo, quia praesumitur, quod melius consideravit.

E la sua testimonianza è confermata dal Pomazio (131).

Mi pare significativa proprio la modesta forza probante della citazione di Bartolo: sappiamo che, quanto più sforzata l'interpretazione, tanto più urgente, di solito, il bisogno da cui essa muove. Nel '300 la contrapposizione non è ancora netta: Baldo la omette del tutto, limitandosi qua e là ad avvertire della fretta e della poca diligenza con cui sono fatte le lezioni che vengono poi trasfuse nei commenti.

Baldo, in C. 4, 21 (*de fide instr.*), 20 (*comparationes*) n° 16: et mirum est quod Bartolus ita erravit; sed saepe accidit hoc Doctoribus quando loquuntur in cursu lectionum (132).

La sua avvertenza sarà poi costantemente ripetuta (133).

---

(131) Scioglio così la sigla *Pomp.* (leggi *Poma.*) della edizione di Bartolo che ho sotto gli occhi (Venezia 1585). Il Pomazio viene citato nel frontespizio e si trova continuamente nelle annotazioni come *Poma.* Il passo originale non mi è stato possibile rintracciarlo; nè ho trovato notizie sull'autore.

(132) Di Baldo si citano anche il cons. II, 189 che, almeno nella mia edizione (Venezia 1575), non dice nulla sul punto che ci interessa; e il cons. II, 27 i.f. così riassunto dal Deciani (*Apol.* X, 26): *dicit, quod Bartolus in cursu lectionum festinans non poterat omnia considerare, quod et refert, et sequitur Io. Bapt. de S. Sever. ecc.*

(133) Giovan Battista CACCIALUPI da Sanseverino (sec. XV), *Tractatus de transactionibus* (in ZILETTI VI, *pars* I, p. 30 ss.) *quaestio* 13 verso la fine: (di fronte a una contraddizione di Bartolo) *sed opinor, quod lectura sit mendosa, vel in discursu loquendi illud dixerit, ut aliquando contingit Doctoribus in discursu lectionis ecc.*; Felino SANDEO (1444-1503) in *c. causam quae*, col. 12 *de rescript.* (nel passo citato del commento alle Decre-

La dottrina 'consiliaristica' trova il suo secondo appiglio nella grave autorità di Alessandro Tartagna.

Alessandro Tartagna (1424-1477), *Consilia seu Responsa*, Venezia 1590, lib. II, cons. 185, n° 25: Decimoquinto non obstant auctoritates allegatae in contrarium. Primo non obstat auctoritas Lud. (si tratta di Ludovico Pontano, il Romano, che le sigle indicano *Lu. Ro., Lud., Roma.*) quia dico, dato quod in discursu lectionis ita tenuisset: tamen postea consulendo, qui est actus magis deliberatus, tenuit contrarium...

E più o meno contemporaneamente si pronunciavano nello stesso senso il volubile (134) ma non sprovveduto giurista siciliano Andrea Barbazza (135) e il pavese Francesco Corti il vecchio († 1495):

Francesco Corti, *Consilia*, Venezia 1580, cons. 76 *in fine*: ...cum opinio Baldi in consi(lio) censeatur melior et deliberatior, quam (ea quam) transcursive legendo tenuit, ut dicit Bartolus ecc. ...Et sic facit Baldus in praefato consilio magis deliberate, et ideo censenda est potius sua opinio, et pro ea iudicandum ecc.

---

tali non trovo nulla che faccia al caso nostro; vedi il riassunto in NEVIZZANO 26); Antonio CORSETTI, *Singularia* 269 (voce *Testamentum*), anch'egli citato dal Nevizzano, si limita a raccontare dei colloqui di Bartolo con i *mercatores*. La fretta delle lezioni è luogo comune degli avversari del commento.

(134) Non solo perchè in modo vistoso *sibi contrarius* sul nostro punto (cf. la nota seg.); ma per comune ammissione, cf. NEVIZZANO 27; 28.

(135) 1400-1479. I passi favorevoli al consiglio sono (citati dal DECIANI *Apol.* X 26): a) *In c. cum contingat de foro comp. n. 28 ver. ego longe miror*; b) *In c. 2 n. 85 circa finem eo. tit.*; c) *Cons. I col. 24 versi. item aliud est consulere, in primo* (non trovato: vedi riassunto ampio in Deciani); d) *Cons. 58 n. 21 in primo* (non trovato: breve riassunto in Deciani). BOHIER (l.c. alla n. 139) aggiunge: e) *In c. quod translationem fal. 149 col. I post medium de offic. lega. praestiti*; e NEVIZZANO cita: f) *In c. nullus col. 17 eo. titu. (de foro compe.)*.

Contro il consiglio si citano (NEVIZZANO): a) *In c. I col. 14 extra de constitu.*; b) *In Joannina col. 171 ver. item venit (contra mentem Feder.)*. Sul *consilium decisivum* vedi n. 130.



Della seconda metà del secolo sono la testimonianza di Pietro Filippo Corneo (della Corgna), perugino (1420-1492):

Pietro Filippo Corneo, *Consilia sive Responsa*, Venezia 1572, lib. IV, cons. 272 n° 5 verso i due terzi: (Bartolus) tamen in cursu forte lectionum loquitur non praecise firmando, sed contrarium aperte firmat in quodam consilio... ubi loquitur magis accurate, ex quo consulendo et expresse decidit ... itaque auctoritas Bartoli videtur magis iuvare hanc partem...,

di Giasone (136), di Bernardino Landriani (137).

In campo avverso il primo — e l'unico in questo periodo — ad affiancarsi al Barbazza è Bartolomeo Socini, senese (1436-1507) (138).

Fin qui si tratta esclusivamente di prese di posizione rapide e occasionali. Con la prima metà del '500, mentre le testimonianze di questo tipo, per (139) e contro (140) i *consilia*, prose-

(136) Lib. IV, cons. 151 secondo il MAGONIO (cf. p. 163). Il consiglio IV, 151 nella mia edizione (Venezia 1581) non dice nulla che faccia pensare ad una prevalenza del consiglio sulla lezione. A meno che il Magonio non abbia frainteso il n° 6 (*sed Angelus illud de datione in solutum solum dicit in discursu sermonis... et ideo de eo quod in discursu simpliciter dicit Angelus non est curandum...*) riferendolo a una lezione (*sermo; discursus*), mentre Giasone vuol dire che nel consiglio citato dall'avversario, Angelo toccava il punto controverso solo di sfuggita, senza specifico esame. Se è così, la testimonianza di Giasone perde ovviamente ogni valore per noi.

(137) NEVIZZANO: *Landrianus in principio suarum apostillarum ad Angelum* (Angelo GAMBIGLIONI aretino, † 1451) *de maleficiis et ad Geminianum* (Domenico da S. Gimignano?) *super Sexto*. Quest'ultima opera non ho potuto reperire. Tra le postille del Landriani ad Angelo (viste nell'edizione del *De maleficiis* di Lione, 1555) non sono riuscito a trovare il passo cui allude il Nevizzano (come già non vi era riuscito il CORAZIO, opera, Parte e titolo citati a p. 159, n° 54).

(138) CORAZIO (cf. p. 160): *Socin. in consil. 35. punctus super quo col. I sub num. 1. versic. tamen in secundo casu lib. 3*. Che si tratti di Bartolomeo (i cui *Consilia* non ho potuto vedere) è dimostrato dal fatto che Mariano *nepos*, nel cons. 168 n° 94-95 lib. II, parla di *dominus meus* (più sopra, n° 94, *patruus et dominus meus*) dando però al consiglio il numero 34.

(139) a) ALCIATO (proprio lui!): *Responsa*, Lione 1561, resp. 264, n° 2: *maxime cum Bartolus fuerit (sibi) contrarius, et credendum sit*

guono e si moltiplicano, abbiamo il fatto nuovo di veri e propri

*magis ei in consiliis, quam in lectura; b) Ludovico GOMEZ (XVI), Commentaria novissima super... titulo Institutionum de Actionibus (sta in De Actionibus titulo Institutionum... Commentarius D. Iasonis Mayni ecc., Venezia 1595) in § Quaedam (= Institutiones Iustiniani 4, 6, 20), n° 26: specialmente nelle lezioni accade che il giurista, spinto dalla fretta, venga a contraddirsi, non potendosi indagare sufficientemente la verità. Et propterea Bartolus in lecturis non ita bene ponderabat sicut consulendo, ut dicit Baldus (l.c. sopra) et Ioannes Bapt. de Sancto Severino (l.c. sopra), nam quando casus super quo consultatio petebatur, erat dubius, Bartolus solitus erat cum mercatoribus conferre... Et ideo non mirandum est, si Alexander in consulendo rectius consideraverit, et tenuerit contrarium illius, quod legendo trutinaret. quapropter illam opinionem tanquam veriolem teneo... (ma vedi anche Commentarii in iudiciales regulas Cancellariae [scil. Apostolicae], Lione 1557, p. 12 [ad rubricam quaestio II]: le decisioni della Rota hanno massima autorità nam qui consulit, propriam videtur utilitatem prosequi, quae facit homines aliquando a vero deviare, et interdum contraria consilia dare ecc. Qui vero legit, solet multa ingenii et gloriae causa proferre, quae vera non sunt...); c) Nicola BOHIER (1469-1539; presidente, nella prima metà del '500, del parlamento di Bordeaux; le Decisiones sono redatte verso la fine della sua vita), Decisiones aureae..., Venezia 1568, dec. 155, n° 22 i.f.: spesso i dottori si sbagliano in cursu lectionum (e cita il solito Baldo). La motivazione è ... originale (n° 23): quod qui confidunt memoriae, saepe et saepe decipiuntur in ista maledicta legali scientia (citazioni). Quare secundum Bartolum..., quem ibi sequitur Iaco. de sancto Georgio (cf. n. 147), magis credendum est dicto doctoris in consulendo, quam suo dicto in lectura. Quia, inquit Alexander cons. 185..., est actus magis deliberatus, ubi respondet ad quoddam dictum Ludovici de Roma qui in lectura tenuerat unum, et in consulendo tenuerat contrarium...; d) Pietro Paolo PARISIO (1473-1541 c.), Consilia, Venezia 1593, Pars I, cons. 110: l'Aretino e Filippo Decio avevano l'uno e l'altro sostenuto una certa opinione in consulendo, e l'opinione opposta in legendo. Al n° 20 del suo consiglio, il Parisio sta ancora riferendo le ragioni che militano contro i suoi clienti, e dà quindi la prevalenza all'opinione sostenuta in legendo, confortato dall'autorità del Socini. Al n° 52 invece, espone le ragioni favorevoli al parere per il quale al n° 24 s. si è deciso, e quindi la vera sua opinione. (Non va perciò citato il n° 20 a favore della lezione, come molti fanno). E dice: Ex quibus necessario infertur, opinionem Aretini in dicto consilio... et Decii in dicto consilio... esse veriolem, et sequendam... Nec est verum, quod dicebat Socinus ecc. ... sequendam esse opinionem Doctoris quam firmavit legendo, et non illam, quam tenuit consulendo. Nam in contrarium adsunt complures decisiones quas cumulat Sylva Nuptialis ecc. ... Quibus concluditur, se-*

trattatelli sull'argomento. Sono quelli del Cagnoli, del Nevizzano, e — più modesto — del Porzi.

*quendam esse magis opinionem traditam consulendo tanquam maturius, et diligentius collectam, exaratam, et digestam, quam eam, quae legendo tradita est.* La stessa posizione il P. mantiene in *Pars III*, cons. 91 in fine: ... *ipse Baldus consulendo tenuit contrarium. Et opinio de qua in consilio est tenenda, tanquam magis deliberata et consulta*, ecc. (seguono le autorità): cf. anche sopra, p. 150; e) Mariano SOCINI jun. (1482-1556) *Consilia sive malis Responsa*, Venezia 1580, lib. I cons. 23 n° 9-10: ... *et cum magis accurate quis consulendo loquatur, et proprie venit ad decisionem casus contingentis, videtur, quod ei* (scil. Decio) *magis sit standum ita consulenti, quam legenti* (e cita il Corneo e il Corti sen.). Il Socini è gravemente *sibi contrarius*, cf. n. seg.; f) Benvenuto STRACCA, *de sponsio. versi. quero igitur*, n. 6 (citato dal MAGONIO, vedi oltre, p. 163); g) si cita spesso anche Raffaele RAIMONDI da Como, detto il Cumano (sec. XIV-XV), cons. 86 (altri hanno 87) *in principio*. Nei *Consilia sive Responsa* editi (con quelli di Raffaele Fulgosio) a Venezia nel 1575, non trovo nulla al cons. 86, e al cons. 87 solo questa frase: ... *et quamvis in scholis solet mihi placere pars affirmativa, consulendo tamen a communiore opinione non discessi*, ecc. Come si vede il passo, sebbene spesso citato, non è molto concludente; o almeno non lo è più dei passi numerosissimi sulla differenza tra opinione sostenuta *in legendo* e *in consulendo*, cf. sopra n. 123.

(140) a) Mariano SOCINI jr., *Consilia* cit., lib. I, cons. 56 n° 57; cons. 168 n° 95; b) Aimone CRAVETTA (1504-1569), *De antiquitatibus temporum* (in ZILETTI XVII [1584] 121 ss.) *pars I, sectio Propositum nostrum* n° 48: *et reperio, quod Doctores legendo magis nituntur veritati, quam consulendo; quia in lectura cessat affectio et cupiditas aeris, cuius libido quot mortalium animas ad inferos protrahit?*; cf. *pars. IV, sect. Materia ista* n° 48; c) Ulrico ZASIO (1461-1535), *Singularia responsa*, in *Opera omnia*, tom. V, Lione 1550, *caput 7* n° 10-11: *Quod si alterutrum ex suis* (scil. Accursii) *dictis eligi oporteret, malim stare cum ea assertionem, quam in glossa sua primitus docuit, quam cum eo quod postea consuluit. In consiliis enim ad quaestum, ad lucra saepe illiciuntur Doctores, ut solitus fuerat dicere praeceptor meus D. Ioannes Knappius...;* d) Alessandro DE NEVO, *Consilia* (editi postumi nel 1560 a Venezia), cons. 29 n° 2-3: *et ideo potius est credendum illi quod dixit Iaco. de Alvaro. in lectura, quam in consilio: quia quae scribuntur in lecturis propter veritatem lucidandam exprimuntur, sed consilia principaliter fiunt causa lucri;* e) Nicola EVERAERTS (sec. XV-XVI), *Responsa sive Consilia*, Lovanio 1554, cons. 105 verso la fine: ... *ipse idem* (scil. Ludovico Romano) *contrarium ponit in lectura... et in dubio, magis ei credendum est in lectura, ubi nulla affectione motus, veritatem praesumitur dixisse, quam in consiliis ad requisitionem partis saepe affectuose datis;*

Girolamo Cagnoli (1492-1551), *Opera omnia*, Lione 1570, tom. III, in *D.* 50, 17 (*de regulis iuris*), 75 o 76 (*nemo potest mutare*), n° 9-11: *Sed moveo elegantem difficultatem. Pone quod doctor consulendo contrarium tenuerit eius quod legendo firmaverat, cui opinioni erit adhaerendum?* Cita il Barbazza e Alessandro (Tartagna) favorevoli al consiglio, il Socini (non dice quale, ma è Bartolomeo) favorevole alla lezione, per i motivi che conosciamo: il consiglio è più 'deliberato', la lezione è più disinteressata. Lui aderisce alla prima opinione, per il motivo ora detto e (argomento che verrà regolarmente ripreso) *quia in lectura disputationis gratia multa dicuntur, quae consulendo quis non firmaret. Nec obstant quae de amicitia et lucro dicebantur: quia* (l'argomento diventerà tradizionale) *praesumendum non est, quod in detrimentum animae suae hisce respectibus quis moveatur...* (seguono due 'fallentiae':) *Verum tamen est, quod si in discursis consiliis aliquid diceret, deinde talem articulum plenius in lectura examinaret, staretur tunc opinioni quam in lectura tenuisset, prout erat in consultatione Socini superius relatae...* Lo stesso vale quando la *lectura* adduce ragioni migliori.

Il Cagnoli scrive con la convinzione di essere il primo a trattare sistematicamente la materia, poichè conclude: *quae omnia bene nota, quia nusquam sic discussa reperies*. E la sua presa di posizione è tanto più significativa in quanto si trova proprio in una *lectura*: non vorremmo perciò dover leggere, nel suo commento a un altro passo del Digesto (*D.* 1, 2, 2), una « invettiva » contro i consulenti (così almeno Brugi, NS 101).

All'incirca contemporanea (141) è la *Sylva* del Nevizza-

---

f) Giacomo Filippo PORZI, *sibi contrarius*, cf. n. 143; g) Giovanni Antonio ROSSI (?) (*Rubeus*), cons. 127 n° 8, cit. dal MENOCHIO (vedi oltre, n. 144); h) Girolamo GRATI († 1540), *Responsa* (Venezia 1585), lib. I, cons. 134 *viso puncto mihi transmisso* n° 64.

(141) Della *Sylva* ci furono due diverse edizioni curate dall'autore, la seconda (del 1522) assai più ampia della prima, che è del 1518, ed è rarissima (C. LESSONA, *La Sylva Nuptialis di Giovanni Nevizzano* [1886] 47); per cui il Nevizzano è certo anteriore al Cagnoli; resta poi da vedere se il nostro passo fosse già nella prima stesura, che non ho potuto consultare.

no (142), serio e faceto centone che ebbe largo successo presso i giuristi dell'epoca.

Giovanni Nevizzano, *Sylva nuptialis*, Lione 1556, lib. V, n° 26: *Sed quaero stante varietate unius doctoris, quam eius opinionem magis amplectemur? Respondeo, quod illam, quam tenuit in tractatibus* (e cita Claudio di Seyssel, in *l. si idem cum eodem § fin. ff. de iurisdic. omnium iudic.* [= *D. 2, 1, 11*]) *vel consulendo*. Ciò contro il Barbazza, perchè, sebbene i consulenti tendano ad allegare anche parecchi argomenti non concludenti, *negari tamen non potest quin ea quae consulendo dicunt sint magis appensata et digesta* (e cita, tra i molti, lo stesso Barbazza *sibi contrarius in c. cum contingat num. 28 de foro compe*; Anzi: *plus dicit idem Barbatia in c. nullus col. 17 eo titu. quod adhuc stabitur consilio licet lectura fuerit posterius facta...*) *quam ea quae dicunt in discursu lectionum, quarum sequens stimulat praecedentem... Et propterea Bartolus in lectura non ita bene ponderabat... Et quando Bartolus habebat consulere, maturius ponderabat, imo si casus erat dubius conferebat cum mercatoribus... Et in lectura Doctores quandoque sunt adeo pomposi, quod studio contradicendi amittunt sanum intellectum... Quod* (cioè che il consiglio prevalga) *maxime procedit quando est consilium decisivum*, come ha detto il solito Barbazza (cf. n. 130). Il Nostro procede poi a una svalutazione in regola dei consigli del Barbazza, che gli permette di affermare al § 28: *Nimirum ergo si in locis praellegatis Barb. dixit potius debere stari dicto in lectura, quam in consulendo: quia quis putat in alio quod in se est*. E con questo è demolita per Nevizzano anche l'unica testimonianza in contrario che riteneva di poter allegare.

Nulla di nuovo aggiunge il Porzi (143).

(142) Adotto questo nome perchè è quello prescelto da LESSONA, l'unico autore che a mia conoscenza abbia compiuto una ricerca esauriente sulla vita del Nostro. Come desumo dal suo lavoro (p. 15), i nomi latini che si incontrano sono *Nevizanus, Nevizianus, Navizanus, Nevicanus*. Anche l'*Onomasticon* del FERRARI ha Nevizzano. BRUGI (p. es. NS 86 n. 17) ha Nevizani; R. ORESTANO, *Introduzione storica allo studio del diritto romano*<sup>2</sup> (1961) 144 scrive Giovanni da Nevizzano (N. è nato a Buttigliera d'Asti: LESSONA 16).

(143) Giacomo Filippo PORZI (*Portius Imolensis, 1516-62*), *Conclusionum et regularum, cum ampliationibus (ut vocant) et limitationibus*,

La prima metà del secolo si chiude con lo sfogo a noi già noto dell'Alciato; il successivo quarto conferma e rafforza la tendenza consiliaristica, mettendo a tacere i detrattori (144) e producendo le due vere e proprie trattazioni sistematiche sull'argomento, quella del Deciani e quella di Anton Maria Corazio, entrambi decisamente favorevoli alla letteratura consiliare.

Di Tiberio Deciani abbiamo parlato a sufficienza. Tutta la

---

*nec non et communium opinionum libri VI*, Venezia 1569. Così suona la *conclusio* 36 del libro II, nel contesto di una serie di presunzioni sul valore dei testimoni: ... *magis illi* (scil. Doctores) *credendum est in tractatibus et consiliis, quam in lecturis, licet in hoc sint opiniones*. E cita: a favore il Parisio, Mariano Socini jun., il Nevizzano e il Cagnoli; *contra* il Barbazza, lo stesso Socini, lo stesso Parisio (!) e Aimone Cravetta. Dal modo con cui è redatta la conclusione emerge che lui prende piuttosto partito per la prima opinione. Del resto è non solo un frettoloso, ma un indeciso. Nei suoi *Consilia sive Responsa*, Venezia 1567, al cons. 92, n° 52 è per i consigli: *et quamvis legendo aliter sentire quandoque sit visus* (scil. Alexander), *maior tamen ei fides in huiusmodi praesertim responso admodum deliberate edito adhibenda videtur*, e cita i soliti; ma poco prima, al n° 46, diceva: *unde sequitur, si in praesenti casu contrarium respondit, ei tamen legendo magis credendum esse*, e citava il Barbazza, il Parisio, il Socini e il Cravetta!

(144) Tra coloro che si occupano *obiter* del problema trovo, citato dall'allievo CORAZIO (I, tit. VI, n° 54 i.f.), il perugino Gian Paolo LANCELOTTI (1522-1590), *in sua disputatione an, et quando servanda sit communis opinio, in versiculo quid si Doctor variaverit*, e, sempre citato dal Corazio, *Cardi. Alban.* (Girolamo Albani?) *in dd. lucubrat. ad Bar. in l. si alienam § Marcellus n° 7 ff. de don. cau. mor.*: l'uno e l'altro favorevoli al consiglio. Discorde Macagnano AZZOGUIDI, bolognese, *De communi opinione* (cit. oltre, n. 165) III, cap. XV, meno che sommariamente informato, cita solo il cons. 110 del Parisio (senza precisare ulteriormente) e il cons. 25 del Vol. III del Socini. Si mantiene invece informativo e neutrale il celebre (ai suoi tempi) Jacopo MENOCHIO (1532-1607), *De praesumptionibus* ecc., Venezia 1587 (prima ediz.), lib. II, praes. 71 (*opinio vera quae praesumatur*) n° 48 s., limitandosi a riportare in primo luogo i fautori del consiglio (solo Gomez, Mar. Socini, Bohier e Alciato), poi quelli della lettura (solo il Parisio, il Rubeo, Socini, Cravetta e Zasio), e infine quelli del trattato (Seysssel e Nevizzano). Il M. non prende in alcun modo partito; non so se qualcosa possa desumersi, magari sul piano dell'inconscio, dall'ordine in cui enuncia le tre posizioni. Comunque è poco informato, cita a sproposito il Parisio (cf. n. 139), e non mi sembra rispecchiare la situazione degli anni in cui il suo libro apparve: cf. qui di seguito nel testo (p. 157-164).

*Apologia*, e in modo particolare il cap. X, è dedicata a mostrare con i più diversi argomenti, alcuni dei quali io stesso ho utilizzato, la superiorità della letteratura consiliare. Cito perciò soltanto un passo (*Apol.* X, 26) sullo stato della questione al suo tempo:

Quibus et nono loco hoc addendum est, quod veriores habentur opiniones iurisconsultorum in responsis expositae, quam in commentariis, et interpretationibus. Quod et si inter iurisperitos aliquando controversum sciam, cum alii contrarium senserint, tamen haec sententia crebiori calculo recepta fuit, ut iudex in iudicando potius sequi debeat opiniones in responsis scriptas quam in commentariis, quod scilicet conscientiae laedendae timor bonum virum diligentem facit in respondendo quam in interpretando. (Seguono ampie citazioni).

Intorno al 1579 l'opinione *magis communis* era dunque per i consigli. Ne abbiamo la conferma nella testimonianza del coscienzioso giurista cortonese, alquanto anteriore a quella del Deciani, ma che ho preferito citare da ultima per la sua completezza (145).

---

(145) Antonio Maria CORAZIO (adotto, in mancanza di notizie sicure, la semplice italianizzazione del cognome latino *Coratius*; l'*Onomasticon* del FERRARI ha Corasi, ma senza fondamento. Il nostro autore non va confuso con il francese suo contemporaneo *Joannes Corasius*, membro del parlamento tolosano e autore di numerosi scritti di notevole diffusione), *Tractatus de communi doctorum opinione constituenda, et attendenda, et de poenis recedentium ab ea* (così il Fontana). Non sono riuscito a vedere la prima edizione; il Fontana indica un'edizione in 8° a Perugia nel 1572; il LIPENIO indica anch'esso un'edizione in 8° del 1572, ma a Venezia. Il trattato scritto dall'autore a soli 23 anni (*Praefatio*, n° 53) ebbe largo successo. Nel 1574 veniva collocato all'inizio della raccolta di *Receptae sententiae* che fu probabilmente alla base del famoso *Syntagma communium opinionum*, ripetutamente edito in tutta Europa (vedi oltre, n. 157): e con il *Syntagma* si diffuse il trattato del Corazio (al quale, come autore del più importante fra i tre trattati introduttivi, il *Syntagma* viene dal FONTANA addirittura attribuito). Esso trovò poi accoglienza nel vol. XVIII dello ZILETTI (1584). Possiamo quindi considerarlo come un'opera molto rappresentativa delle concezioni del suo tempo. Aggiungo che essa merita la fama allora goduta, per completezza senza eccessive ridondanze nell'impostazione dei problemi, per accura-

Già nella Prefazione cogliamo l'atteggiamento di fondo del Corazio. I dottori a lezione si fanno gloria di impugnare la comune opinione (n° 7) e i professori la deridono (n° 46 i. f.), la venerano invece e la seguono i giudici e gli avvocati: ma l'una e l'altra cosa è ben fatta, *nam licet, immo spectat ad iuris interpretes multa subtilia, etiam falsa effundere ad acuenda scholarium ingenia* (n° 47) ... mentre *iudices, et advocati, qui solam veritatem ante oculos habere debent*, nella quasi impossibilità di trovare il vero e il falso in materia giuridica, *si non certam et claram, saltem praesumptam sequi veritatem tenentur, et per consequens communem opinionem, quae vera praesumitur*. Corazio aggiunge al n° 51, seguendo del resto un insegnamento costantissimo della giurisprudenza intermedia, *practica est vera legum intellectrix*.

A noi interessa soprattutto il profilo sotto cui vengono contrapposti professori e consulenti: perchè giunti alla *sedes materiae*, la posizione del Corazio non potrà esser dubbia.

Tale *sedes* si trova nella *Pars I (Liber I, in alcune edizioni)*, tit. VI (*Qui doctores faciant opinionem et numerum in communi*) n° 43 ss.: *quae opinio Doctoris varii et contrarii sit attendenda?*

La risposta distingue due casi principali: e cioè che il Dottore abbia opinato diversamente *in diversibus actibus*, e cioè per esempio *legendo* e *consulendo*; oppure abbia opinato diversamente nello stesso tipo di atti (letture, consigli).

Come si vede, il Corazio dà inizialmente la prevalenza alla questione dei generi letterari (*actus*) su quella del contenuto (*qualitates*); questa sarà affrontata successivamente, all'interno dei diversi generi, ma con risultati che verranno a modificare decisamente i primi.

*Primo caso principale.* (n° 44-73).

Considerando come generi letterari i seguenti quattro: *consilia, lectiones, tractatus, singularia* (ai quali ultimi equipara le

tezza nei dettagli. La trattazione che qui riassumo, sul valore comparativo delle opinioni espresse da uno stesso autore in luoghi diversi, non è, come si intuisce, che una parte del discorso più ampio, su come vada formata la *communis opinio*.



*additiones*, le *regulae* e simili), il Nostro procede, con criteri di combinazione logica rigorosa, a discutere i sei sottocasi possibili:

1. contrasto *consilium-lectio* (44-61)
2. contrasto *consilium-tractatus* (61-67)
3. contrasto *consilium-singularia* (e sim.) (67-68)
4. contrasto *lectio-tractatus* (68-69)
5. contrasto *lectio-singularia* (e sim.) (69-71)
6. contrasto *tractatus-singularia* (e sim.) (71-72)

(Corazio aggiunge poi un settimo caso, contrasto tra i *singularia* e le *additiones* o *regulae*, che lasciamo da parte).

Nel primo sottocaso, il più importante di gran lunga e il più discusso, Corazio avverte che vi sono due opinioni tra gli scrittori: quella per le lezioni, quella per i consigli.

La prima è sostenuta da tanti dottori, da apparire comune. I dottori sono: l'Abate (146) (*qui re vera hoc non dicit*), e gli altri che già conosciamo. Gli argomenti (che Corazio espone in rigorosa forma sillogistica) sono quattro, e cioè che la lezione si presume più vicina alla verità, perchè è disputativa (si risponde che i professori fanno pompa vana di acume e dicono perfino il falso, e che anche i consulenti disputano); che i lettori non hanno interessi che possano far deviare il loro giudizio (si risponde che lasciarsi guidare dagli interessi è delitto, che non può presumersi); che gli avvocati possono essere ignoranti (si risponde che non lo sono); che nei consigli possono addursi anche ragioni riprovate, o deboli (si risponde che esse si adducono *ad pompam*, per convincere giudici poco sagaci, ma semprechè vi siano ragioni fondamentali).

Mostrata così l'inanità della prima opinione, Corazio espone la seconda. Essa è stata sostenuta da poco meno che una ventina di dottori, a noi quasi tutti già noti (147). Appare quindi

(146) Niccolò DE' TODESCHI, detto anche il Panormitano (1386-1445).

(147) Riporto qui le citazioni date da Corazio di giuristi pochissimo noti come personalità e come periodo, dei quali non sono riuscito a rintracciare e controllare i passi: *Purpur.* (il Porporato), *in l. edita*

chiaramente come la *opinio magis communis*. E i suoi argomenti sono più forti: *a*) l'opinione espressa *in consulendo* è più diligente perchè può recar danno e, se falsa, induce peccato mortale; *b*) essa è più vicina alla realtà e alla precisione del diritto perchè guarda non a una ipotesi ma a un fatto, e *ex facto oritur ius*: le leggi si deglutiscono a scuola e si digeriscono a palazzo; *c*) essa è anche quella che l'autore *varius* considera la più approvata e la vera, quella che egli per così dire sigilla con la sua volontà.

Il nostro autore accede quindi all'opinione di coloro che danno la prevalenza al pensiero espresso dal giurista *in consulendo*. *Et haec conclusio procedit etiam si lectura sit facta post consilium*, come disse il Barbazza seguito dal Nevizzano: semprechè non si tratti, nel consiglio, di *obiter dictum* aggiunto *ad ornatum et copiam*, e fatta salva l'opinione, ovunque espressa, dotata di *meliores rationes* (Cagnoli), o espressamente autenticata dal dottore di fronte a tutte le altre.

Nel secondo sottocaso (contrasto consiglio-trattato) il Corazio sostiene l'interessante opinione, fino a lui, come abbiamo visto, affacciata solo da Seyssel e Nevizzano, che debba prevalere il trattato per la sua sistematicità e la disinteressata ricerca del vero, salve le solite *fallentiae*. Nel terzo sottocaso (contrasto consiglio-singularia) prevale il consiglio. Nel quarto sottocaso tra *lectio* e *tractatus* prevale il secondo. Nel quinto, tra *lectio* e *singularia* non vi sono regole di prevalenza, e ci si dovrà rimettere perciò alle *qualitates* (su cui *infra*). Nel sesto caso prevale ovviamente il trattato. Abbiamo quindi la seguente classifica: trattato, consiglio, lettura e *singularia*.

*Secondo caso principale* (n° 73-88).

Quando il Dottore è a sè stesso contrario in scritti apparte-

---

*nu. 14 C. de eden.; Iaco. de S. Georg. (Iacopino da SAN GIORGIO) in d. l. si pater, nu. 15* (si tratta di un commento a C. 6, 25, 4, che si appoggiava al passo di BARTOLO citato sopra, p. 149: cf. la testimonianza di BOHIER alla n. 139); i già ricordati (sopra, n. 144) G. P. LANCELOTTI e *Cardi. Alban.*

Il MAGONIO (cf. oltre, p. 163) cita, come favorevole al consiglio, *Curt. 119*. Non saprei chi possa essere. I consigli di Francesco CORTI sr. che ho potuto vedere (cf. sopra, p. 151) non arrivano al 119.

nenti allo stesso genere letterario, bisogna por mente alle *qualitates* che contraddistinguono i passi in contrasto.

Così (primo sottocaso) tra due consigli, prevale quello *decisivum* su quello *ad petitionem partis factum* come avevano sostenuto il Barbazza e il Corneo nella seconda metà del '400: perchè il consiglio decisivo è equiparato a una sentenza del giudice (148) come avevano detto l'Abate e lo stesso Corneo e altri riferiscono.

Ma il caso più interessante (il decimo: n° 87) è quello in cui vi è conflitto tra un criterio appartenente al primo caso principale (dei generi letterari), e uno appartenente al secondo (delle *qualitates*). Cioè per es. quando si trovino di fronte una opinione sostenuta *in consulendo* e una sostenuta *in legendo* ma munita di una delle *qualitates* vantaggiose (recenziorità, abbondanza della trattazione, conferma in altri passi, benignità): qui il Nostro si arrende, e abbandona la valutazione al buon senso del giudice.

Molte altre considerazioni importanti potrebbero desumersi dal trattato del Corazio sul punto che ci interessa. Ma mi limito a ricordare, sempre nel nostro titolo, la *Inspectio XVIII, numquid consulentes in aliqua causa faciant numerum pro constituenda communi in illo casu ad utilitatem sui clientuli?* E si risponde decisamente di no, equiparando completamente il consulente all'avvocato. Con la conseguenza che il consiglio dato direttamente per la causa non può influirvi come autorità, mentre può formare la *communis opinio* in un altro caso identico. Seguendo il Corazio si avrebbe quindi il prevalere del consiglio stampato su quello dato per il caso. È un rovesciamento del principio romano che si spiega come un omaggio all'autorità della *communis opinio*, formata solo di 'norme' generali (cf. anche oltre, p. 178 *sub* 11).

Con la chiarissima, completa e assennata trattazione del Corazio, il nostro problema raggiunge l'apice della delucidazione. L'opinione del Deciani e del Corazio, che è — non dimentichia-

---

(148) S'intende: del giudice dotto, cioè del giurista stesso qualora fosse chiamato a giudicare; le sentenze valevano quanto valeva chi ne era autore. L'equiparazione alla sentenza interessa solo come garanzia di imparzialità.

molo — ispirata alla pratica e destinata ad orientarla, dovette nella pratica trovare largo seguito, come, nel silenzio ormai della controversia, testimonia, proveniente proprio da un giudice (quale già era il Bohier), il breve bilancio del Magonio, sferzato ma non smentito dal Muratori (149):

Girolamo Magonio (1530-96), *Decisiones causarum tam Rotae Florentinae quam Rotae Lucensis*, Venezia 1612, *Dec Luc.* 15, n° 27: Et quamvis Alexander alias legendo contrarium tueri conatus sit, consulenti tamen Doctori magis credendum est, quam legenti, tanquam magis deliberate respondenti, ut idem Alex. testatur, cons. 185 ecc. post Bartolum ecc. (seguono citazioni).

Proprio l'inasprito riconoscimento di un avversario della letteratura consiliare, come il Muratori, ci fa fede del prevalere

(149) *Dei difetti della giurisprudenza* (vedi oltre, n. 192) cap. IX (ediz. BARNI p. 104): « Che se si tratta di consulenti, benchè tenuti nella maestosa corte d'Astrea per ufficiali d'ultimo rango, pure per parere del Magonio, tom. 2, *Decis. Luc.* 15, n° 27, corteggiato da altri non meno poderosi colleghi, si deve credere più ad uno di essi, che ai ripetenti e a chiunque è stato pubblico lettore ed ha stampate le sue letture; forse perchè questi ultimi si fan belli con delle sole leggi, cioè con disusati e rancidi editti, e la preminenza è dovuta alla moda, o sia alle ingegnose e invincibili riflessioni di chi fa allegazioni e consulti. Ed è infatti antica la lite fra i testuali e i prammatici, o vogliam dire i cattedratici e i pratici ». Muratori torna spesso e con la massima nettezza sulla distinzione. Cap. IV (p. 41): « ecco letture pubbliche... eccoti i consulenti uscir fuori... »; (p. 44): « Tutto lo studio... è intorno ai trattatisti, consulenti e decisioni; giacchè i ripetenti, cioè gli antichi interpreti delle leggi... si lasciano riposar pieni di polvere in fondo alle librerie, e... nelle botteghe di chi vende sardelle ». Cap. V (p. 60): « Nel che specialmente han faticato due diverse schiere di giureconsulti, cioè gl'interpreti dall'un canto, e i consulenti dall'altro »; (p. 61): « Più, e senza alcuna moderazione, han fatto i consulenti, nobili mercatanti del loro sapere: siccome gente disposta a patrocinare ogni causa... ». Cap. VI (p. 71): « Ma il male maggiore della professione legale è proceduto dall'eccesso dell'ingegno, e massimamente dei consulenti »; (p. 73): « Le più di tante opinioni contrarie e contraddittorie nella facoltà legale vengono dai molti e varii consulenti »; e si potrebbe continuare. Per Muratori consulenti anche antichi e avvocati sono tutt'uno, ugualmente venali e tesi solo a far trionfare il cliente: si tratta di un vero e proprio errore storico, dovuto alla generalizzazione delle condizioni forse prevalenti al suo tempo.

della letteratura consiliare nella pratica (150). E la conferma ci viene dallo stesso fatto letterario ed editoriale: i commenti si estinguono con il '400, le riedizioni della Glossa e di Bartolo, il più resistente tra i commentatori, cessano all'inizio del '600, i consigli si pubblicano in centinaia di raccolte, fino a tutta la durata del diritto comune.

Al di là di tutti gli argomenti teorici, di tutte le prese di posizione (troppo spesso dettate da interessi dialettici contingenti, troppo spesso *contrariae!*) dei nostri dottori, la ragione profonda del successo dei *Consilia*, cioè della giurisprudenza pratica, sta nel bisogno di casistica di un sistema in cui la pura interpretazione delle leggi, vetuste, insufficienti, incoordinate, e la sistemazione teorica su essa fondata non potevano in alcun modo adeguare l'ormai già antica novità della vita; sta, in una parola, nell'esigenza della *completezza* effettiva — e non solo postulata — del diritto.

2. *A.* Ho già messo in luce (151) un duplice nesso che intercorre tra il prevalere dei *Consilia* e l'affermarsi, con valore normativo, della *communis opinio*. Vorrei aggiungere adesso che entrambi i fenomeni — certo i più adatti a caratterizzare questo periodo di storia giuridica — si alimentano in certo modo ad una comune radice culturale.

Anche in filosofia, in teologia dogmatica e morale, nella retorica, nella stessa azione quotidiana privata e pubblica che si volesse bene ispirata dal punto di vista dell'utilità e della moralità ci si poneva il problema di come andasse scelta l'opinione migliore. Ed era saggezza antica, salomonica e pagana insieme, non fondarsi troppo esclusivamente sul proprio giudizio, tenere in gran conto il consiglio altrui, ciò che autorevoli maestri avevano fatto e pensato. Le idee del consigliarsi, dell'appoggiarsi alle autorità e alla tradizione, sono idee romane ed ebraiche che

(150) E questo nonostante la reazione del cardinale DE LUCA, il brillante giurista del '600, che si pronunciò a favore dei ripetenti: cf. *Theatrum veritatis et iustitiae, Index s. v. Auctoritas, Auctoritates, Doctorum auctoritas*. (Per il '600 e il '700 non ho fatto comunque una ricerca dettagliata).

(151) Sopra, p. 123 s.

la teoria greca (in particolare aristotelica) del 'probabile' in-  
 nesta vitalmente e profondamente nella fibra dell'animo medie-  
 vale (152). È appunto affermazione 'probabile', per Aristotele,  
 quella condivisa dalla maggioranza degli esperti, dei qualifi-  
 cati. Chiedere consiglio, informarsi dell'opinione comune sono  
 quindi atti ricompresi nell'unico dovere di avvicinarsi quanto  
 possibile ad una verità sentita come oggettiva ma al tempo stesso  
 conosciuta come non immediatamente evidente. E tali erano  
 i generi di verità più presenti all'esperienza culturale e comune  
 prima dell'invasione dello scibile da parte del metodo matema-  
 tico e sperimentale, iniziata col Seicento.

In particolare i moralisti (per scegliere il campo più vicino  
 al nostro) elaborano tutta una teoria dell'opinione da seguire nei  
 casi controversi, dividendosi nelle scuole dei probabilisti, pro-  
 babilioristi, tuzioristi (153).

I giuristi fanno proprie queste preoccupazioni tanto più ne-  
 cessariamente a causa del momento autoritativo e intersoggettivo  
 essenziale al diritto. Il fenomeno della *communis opinio* ha una  
 storia, alla quale per brevità rinuncio, che risale ai secoli an-  
 teriori al Quattrocento. Esso interessa per primi i canonisti. Ma  
 già l'autorità della glossa accursiana, se vogliamo, ha tra le sue  
 giustificazioni anche quella di essere qualcosa come una *com-  
 munis opinio* dei glossatori; le stesse denominazioni collettive  
*glossa, glossator, glossatores*, suggeriscono di pensare che ci si

(152) BRUGI, NS 37-43; VIEHWEG, o.c. alla n. 47; PIANO-MORTARI,  
 cit. *ibid.*; *L'argumentum ab auctoritate nel pensiero dei giuristi medie-  
 vali*, in RISG 1954; A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, 1961.

(153) Su queste scuole vedi ad es. J. FUCHS, *Theologia moralis ge-  
 neralis*<sup>3</sup> I (1965) 201-211, spec. 208 n. 11 (con bibl.) e, più ampiamente,  
 M. ZALBA, *Theologiae moralis compendium* I (1958) 380-406.

Quanto all'opinione comune, era frequente la massima *etiam in foro  
 conscientiae communis opinio servanda*. Sono numerosissimi (e non sem-  
 pre tenuti distinti nei cataloghi antichi da quelli dei giuristi, ciò che ne  
 mostra la sostanziale affinità) i trattati dei moralisti *De opinione com-  
 muni, De opinione tuta eligenda, De opinionibus contrariis, et quod pec-  
 catum non sit sequi unam ex illis, De opinione deligenda in controversiis,  
 De opinione probabili, De opinione dubia, et scrupulis eligendi, De opi-  
 nionis probabilis usu licito* e simili. Ancora una volta constatiamo lo  
 svolgimento per tanti aspetti parallelo e sincrono del diritto comune e del  
 pensiero filosofico-teologico scolastico.

rappresentasse l'opera come espressione conclusiva di tutta la scuola, delle opinioni in essa dominanti, piuttosto che di quella personale di Accursio (154).

B. Come ha visto Engelmann (155) e come ho già detto, non può, tuttavia, parlarsi di maturità dell'idea se non dopo la fioritura della grande giurisprudenza del Trecento. Essa ha la sua emersione in punti diversi. Anzitutto diventano sempre più numerose le affermazioni isolate di ordine teorico, sparse qua e là nelle ripetizioni e nei consigli, non essere 'sicuro' allontanarsi dall'opinione comune *in iudicando* e *in consulendo*, per timore nel primo caso di incorrere nella responsabilità, nel secondo di perdere la lite (156). Nello stesso periodo, la prima metà del '400, si diffonde quasi generalmente il ricorso effettivo alla *c. op.* nei consigli. L'Abate, il Fulgosio, il Cumano, Ludovico Romano, il Barbazza, il Tartagna consigliano già frequentemente appoggiandosi alla *c. op.*; dopo di loro la *c. op.* è il fondamento principe dell'argomentazione consiliare.

Tutto questo porta a due tipi di scritti per così dire 'secondari': le raccolte di opinioni comuni e i trattati intesi a elaborare la dottrina giuridica della *c. op.*

Le prime (157) sono dovute ad autori per lo più, ma non

(154) Questo anche se l'apparato accursiano non intendeva fornire sempre la *communis opinio*, ma piuttosto uno *status quaestionis*, riportando varie opinioni magari contraddittorie, come avevano fatto le *Dissensiones dominorum*. È significativo, p. es., che Baldo potesse contrapporre una *communis opinio glossarum* alle *aliae glossae* (citaz. in ENGELMANN 201). Quando, più tardi, la dottrina dell'*opinio communis* si venne affermando, non mancarono coloro che ritennero *standum esse illi opinioni, in quam glossa inclinatur, tamquam communi* (Agostino BERÒ, cit. da ENGELMANN 202): si vedano in CORAZIO II, tit. IX, casus VII, gli autori che avevano sostenuto *quod sententia ipsius Glossae solius... adeo sit communis, ut praeferatur alteri communi* (id. I, tit. III n° 15; cf. anche n. 1; 2; 11-14); NEVIZZANO 25; ENGELMANN 216; « Während die in der Glosse bezeugten Ergebnisse der Lehre der Glossatoren teils als herrschende Lehre zur Geltung kamen... »).

(155) 212-227; vedi anche BUSSI, o.c. alla n. 199, spec. 33-41.

(156) Cf. sopra, n. 123; abbondantissime citazioni in CORAZIO II, tit. VIII, n° 16, con una spigolatura anche nei secoli più antichi e tra i canonisti (l'Ostiense, Giovanni d'Andrea); ENGELMANN l. cit. alla n. prec.

(157) La più antica di cui abbia notizia è quella di Benedetto CA-

sempre, non illustri; e sono assai numerose, quasi una quaran-

PRA († 1470, perugino). La più famosa ai suoi tempi, e una delle più ampie, è probabilmente quella intitolata in alcune edizioni (Lione 1583, 1608, a cura di un *Gulielmus Nepos, Lugdunensis*) *Syntagma communium opinionum sive receptarum u. i. sententiarum ad instar Codicis Iustiniani in titulos redactum*. Nella prefazione vi si accenna a molte edizioni precedenti, di editori e con titoli diversi. Una dovette essere quella veneziana del 1574, intitolata *Receptarum sententiarum sive ut nunc loquuntur Communium opinionum iurisc. u. i. tomi II* (traggo l'indicazione dal catalogo della facoltà giuridica fiorentina; l'opera è oggi smarrita). Nella *Bibliotheca Iuridica* del LIPENIO (ediz. Lipsia 1757) trovo ricordato ancora un *Communium opinionum thesaurus super civilibus et criminalibus causis* in 2 tomi, edito a Francoforte nel 1584; nei *Supplementa ac emendationes* al Lipenio di R. C. DE SENKENBERG (1789) viene indicato come *Thesaurus communium opinionum et conclusionum atque receptarum sententiarum* ecc., edito nel 1584 e nel 1616. Esso è certo una nuova incarnazione del *Syntagma*, come si desume dalla lista degli autori in esso utilizzati. Tutte le edizioni della raccolta si aprivano con i trattati *De communi opinione* del CORAZIO (vedi sopra, n. 145), dell'AZZOGUIDI (vedi n. 165) e del NEVIZZANO (il libro V della *Sylva*). Gli autori di raccolte di *Communes opiniones* escerpiti nel *Syntagma* del 1583 sono (oltre il Capra) i seguenti: *Ioan. Bellonus Tholosanus, Franciscus Vivius ab Aquila, Perusinus* (denominazione sorprendente, ma costante: il FONTANA, *Pars II* cita addirittura *Vivij Aquilani Perusini Communes op. doctorum* ecc., *Venetii* 1567; e, dello stesso, *Sylvae Communium op. libri tres, Aquilae* 1582, *Francofurti* 1611), *Ioan. Baptista Villalobos, Tolletanus, Ioan. Fichardus, Francisc. Turzanus ab Incisia, Emanuel Suarez a Ribeira, Matthaeus Chaerianus* (è Matteo GRIBALDI MOFA), *Iulius Clarus Alexandrinus, Marianus Socinus Iunior, Pius Fichardus, Erasmus Musculus, Hippolytus Bonacossa, Laurent. Kirchovius Megalopolensis, Michael Grassus Pomeranus, Rolandus a Valle Casalensis, Francisc. Bursatus Mantuanus, Ioan. Baptista Vezinus, Ioan. Francisc. Bellacomba, Ioan. Donatus a Fina Sangrensis*. La prefazione al *Syntagma* fa anche i nomi di *Io. Baptista Taurinensis* e *Iosephus Ludovicus*, mentre quella dell'edizione del 1608 dice che sono state incluse le raccolte di *Antonius Gabriellus* e di *Iodocus Damhouderius*. Il *Syntagma* dev'essere stato come si era proposto relativamente completo, anche perchè nella *Bibliotheca Legalis* del FONTANA (Parma 1688), *Pars III*, sono riportati, come autori di *Communes Opiniones*, tutti i precedenti e in più solo un *Calvinus*, un *Gravatus* e un *Herculanus*, che tra l'altro possono benissimo essere posteriori al *Syntagma*. Il LIPENIO ricorda ancora, come autori di opere intitolate *Communes Opiniones* o in modo equivalente, *Bened. de Benedictis, Hier. de Caevillos, Franc. de Caldas Pereira, Nic. Calvoli, Prosp. Farinacius, Leand. Galganettus, Bern. Henr. Ianuensis, Aldfr. Ma-*



tina in poco più di un secolo, il Cinquecento; senza contare tutte le raccolte dai titoli *Conclusiones*, *Controversiae* e simili, numerosissime, che spesso si avvicinano loro notevolmente nel contenuto. Non posso non ricordare almeno il 'Tosco' (158) e il 'Sabello' (159) che, se non sono vere e proprie raccolte di opinioni comuni, certo costituiscono un usitatissimo arsenale di autorità. Anche le compilazioni del tipo di quelle già ricordate dello Zanchi e del Perremuto obbediscono a un'analoga ispirazione. Ma tutte le opere dell'epoca sono infarcite di citazioni fatte nello spirito di una ricerca della *c. op.* molto più che in omaggio al principio della proprietà letteraria.

L'altro genere di letteratura 'secondaria' sulla *c. op.* è dato dai trattati dottrinali, formanti opere a sè oppure inclusi in opere più vaste, o in compendi, in enciclopedie. Tra questi ultimi appunto le voci *Opinio*, *Opiniones* del Toschi e del Savelli, del Bertacchini (160), del Cotta (161); il libro V della *Sylva* del Nevizzano e altri. Tra i primi abbiamo il trattatello *De electione opinionum* di Matteo Mattesilani bolognese (162), quattrocentesco ma che non riguarda la *c. op.* se non nell'ambito generale della scelta tra le opinioni giuridiche contrastanti, dove all'opinione comune è riservato il quinto posto, dopo quella approvata dalla consuetudine, quella avente per sè un testo chiaro di legge, quella approvata da un testo canonico e quella ottenuta per ana-

*scardi*, Jac. Phil. Portius, Scipion. Rendina, Arisminus Tepatus. Ometto per brevità l'indicazione dei titoli completi e delle date delle edizioni, che possono generalmente desumersi dal FONTANA e dal LIPENIO (con le aggiunte di SCHOTT [1775] e DE SENKENBERG [1789]). Salvo poche eccezioni, le raccolte sono del Cinquecento. Sul *Syntagma* vedi anche oltre, p. 199, \* *Addendum*.

(158) Cardinale DOMENICO TOSCHI, *Practicae conclusiones iuris in omni foro frequentiores*, Roma 1605-8. Riporta regolarmente le opinioni indicate come comuni da uno degli autori citati.

(159) Marc'Antonio SAVELLI, *Summa diversorum tractatum* (ho visto l'edizione veneziana del 1748). È un'enciclopedia giuridica per voci, che fa largo posto alle opinioni in contrasto.

(160) Giovanni BERTACCHINI, fermano (sec. XV), *Repertorium*, Venezia 1577.

(161) Catelliano COTTA (milanese, sec. XVI), *Memorialia. Ex variis u. i. doctoribus collecta*, Venezia 1572.

(162) Sta in ZILETTI XVIII, 221-222.

logia. C'è poi la già ricordata (163) *disputatio* di Gian Paolo Lancellotti, maestro del Corazio. Molto più importante è il *De communi opinione* dell'allievo (164), certo la trattazione più ampia e completa sull'argomento; dovette godere di una certa stima — sebbene sia caratteristica, spesso incredibile espressione di un pensiero teologico-filosofico impotente — il trattato dell'Azzoguidi (165); non mancano i trattatisti stranieri (166).

Infine si dovrebbe seguire l'emergere dell'idea nelle decisioni dei tribunali. Lo scorgiamo, certo, di riflesso nei consigli: se questi argomentano dalla *c. op.* è evidente che anche i giudici ne riconoscevano il peso e vi si attenevano. Tuttavia ricerche dirette mancano, nè può considerarsi ostacolo decisivo il fatto che i giudici per lo più non fossero obbligati a motivare (167).

C. Per ricostruire integralmente il fenomeno della *c. op.*, il suo posto e il suo significato nella vita del diritto, andrebbero tenuti presenti, confrontati e coordinati i dati offerti da tutti i tipi di fonti fin qui ricordati, e che rappresentano ognuno una particolare articolazione dell'ordinamento. La vastità del materiale ha però costretto, finora, a indagini parziali. Così, per i *Consilia* si è reso benemerito Engelmann; ai trattati si è rivolto

(163) Sopra, n. 144.

(164) Vedi sopra, n. 145.

(165) Macagnano AZZOGUIDI (bolognese, sec. XVI), *De communi opinione*. Si trova nelle varie edizioni del *Syntagma*, non in ZILETTI; è ricordato nel FONTANA, non nel LIPENIO.

(166) Henninghjus RENNEMANNUS, *De opinionum communium et abusuum iuris vanitate*, Frf. (così il LIPENIO; Erffurti il FONTANA) 1633 (non potuto vedere); Georg Adam STRUVE, *Dissertatio de communi doctorum opinione*, Iena 1661 (non potuto vedere). Il FONTANA, *pars V sub voce Opinio, Opiniones* ricorda, edito a Lione presso Gulielm. Barbier, un *De opinione communi tractatus Mariae*. (sic): forse il carmelitano Ioachim a Sancta-Maria, autore di un *Tractatus de interpretatione sacrarum vocum* del 1685? Sia il FONTANA che il LIPENIO citano un (dei?) *Tractatus de com. u. i. doctorum op. constituenda, tuenda, attendenda* ecc. (Colonia 1584).

(167) Su questo punto vedi G. SALVIOLI, *Storia della procedura II* (1927) 514-516. Per la posizione della Rota romana nei confronti della *c. op.* possono vedersi intanto le citazioni di BRUGI, *NS* 88 n. 23 e di BUSSI, o. c. alla n. 199, 39 s.; cf. anche MURATORI, o. c. alla n. 192, p. 44.

Brugi (168) e seguirò anch'io la sua via, che mi sembra, nella necessità di una scelta, la più proficua.

a) È chiaro anzitutto dai principali trattatisti che ho potuto vedere (in ordine approssimativamente cronologico il Nevizzano, il Corazio, l'Azzoguidi e il Toschi), come il problema riguardasse soprattutto il giudizio: si discuteva cioè del valore della *c. op. in consulendo* e *in iudicando*. Il Nevizzano affronta il tema nel libro V, intitolato: *Quomodo iudicandum*; Corazio esclude esplicitamente che la *c. op.* andasse seguita *in legendo*, rivelando quanto già fosse diffusa una concezione accademizzante della lezione come lecita evasione nella fantasmatica concettuale, e riconoscendo una vera e propria differenza di dimensioni tra la 'teoria' giuridica e la decisione, un loro obbedire ad esigenze e a leggi essenziali diverse. Se l'una e l'altra sono esperienze giuridiche, occorre pur dire che sono già, per lui, esperienze giuridiche distinte (169).

b) Comunque il problema va inserito nella tematica più ampia dell'argomentazione giuridica che confina, se non coincide, con quelle dell'ermeneutica e della teoria delle fonti. Tra le *leges*, le *rationes*, le *auctoritates* la *c. op.* non è di collocazione semplice. Certo appartiene al *genus* delle *auctoritates*, ma

(168) *Sentenze di giudici antichi e opinioni comuni di dottori*, NS 81-96.

(169) Si vedano le citazioni fatte sopra, p. 159. Corazio torna ripetutamente sull'argomento, p. es. in *Praef.* n° 48: *cum diversi sint fines interpretum, et iudicum, non debet mirum videri. quod diversis medijs utantur...*; tit. VI, n° 46: *lectores non disputant tantum ad veritatem reperiendam, sed ac acuendum ingenia Scholaribus, unde possunt, et saepius dicunt multa subtilia potius, quam vera...*; opinione generalmente condivisa, a giudicare dai passi del Nevizzano e del Deciani che fanno le stesse constatazioni di fatto dandone spiegazioni assai meno benevole e... diplomaticamente dialettiche (non dobbiamo dimenticare che Corazio, quando scriveva il Trattato, era un giovane, da cinque anni scarsi dedito alla *legalis philosophia*). Sulla distinzione tra *lectura* e *consilium* da questo punto di vista mi sono già trattenuto sopra, cf. spec. p. 144 s. È significativa, in quest'ordine d'idee, anche la distinzione che fa NEVIZZANO, lib. V n° 3, tra gli argomenti 'scolastici' e quelli giuridicamente rilevanti, tali cioè da poter infirmare l'opinione comune (cf. *ibid.* n° 61; 67, e vedi oltre, p. 177 *sub* B. 4.).

presenta caratteri specifici che l'avvicinano, con oscillazioni significative, sia alla legge che alla consuetudine; e d'altra parte è un'*auctoritas* che si giustifica per motivi principalmente razionali ed è esposta a cadere se troppo difforme da ragione.

Di questa autorità si discuteva se valesse solo in caso di diritto (legale) controverso, secondo una famosa definizione datane dal Salomonio: *de iure non aperto ab omnibus probata sententia*. Accolta ancora dal Nevizzano, la definizione è invece criticata dal Corazio (170): la *c. op.* ha valore anche in caso di diritto (legale) certo, *quoniam* (tra molti ragionamenti fiacchi, questo è il decisivo) *saltem hodie leges sine auctoritatibus parum prosunt* (n° 12): preziosa — anche perchè quasi sfuggita — confessione del grado di giurisprudenzialità raggiunto dal diritto comune nel secondo Cinquecento. Qui la *c. op.* è necessaria per confermare il dettame della legge. Ma essa va seguita anche (si dice così quando si vuol rendere formale omaggio al famoso *erubescimus sine lege loquentes*: in realtà ci si rende conto che va seguita proprio) quando il diritto legale è incerto o manca del tutto; anzi anche (o proprio) quando non ci sono, a favore di alcuna opinione, *rationes* decisive (mancanza o incertezza del diritto che potremmo chiamare razionale). Tutto questo scolpisce per ora il suo carattere 'autoritativo'.

c) gli elementi costitutivi dell'*opinio communis* (alla quale la *magis communis* viene interamente equiparata) sono due: il numero e l'autorevolezza (*auctoritas*) dei dottori. Il secondo elemento è essenziale quanto il primo. E mentre i tentativi di precisazione dei requisiti numerici ci paiono oggi ingenui o irrazionali, i criteri escogitati per ben graduare il peso della testimonianza dottorale rivelano un'analisi che ha sempre il pregio dell'ingegnosità, e non troppo raramente anche quello del buon senso. Si cercava di stabilire, anzitutto, l'autorità dei singoli giuristi nominati, di certe opere eccellenti (come il commento di Azzone al Codice, dell'Arcidiacono — Guido da Baisio — al Sesto). Ci si chiedeva poi se valesse più un 'antico' o un 'moderno'; un canonista o un legista; un ripetente o un

(170) Lib. I, tit. I, n° 10-20.

consulente; e non erano domande peregrine, come abbiamo visto approfondendo quest'ultima.

Si distingueva tra esplicita trattazione disputativa o per *distinctiones* del punto in questione, e opinione espressa *obiter* dal giurista, riconoscendo maggiore autorità alla prima; si teneva conto della specializzazione di un autore in un certo ramo del diritto, dell'eventuale contraddizione di un autore con se stesso su quel particolare punto o in generale; l'esemplificazione potrebbe continuare (171) con episodi talvolta curiosi ma anche rivelatori di acutezza psicologica, scaturenti da un'analisi particolareggiata che oggi, dopo tanta dogmatica, si è perduta, e che possiamo anche rimpiangere. Insomma una legge delle citazioni fatta nella forma e con la finezza di un trattato sul valore induttivo delle testimonianze.

d) Posta la definizione e individuati gli elementi costitutivi della *c. op.*, i giuristi si interrogavano sui f o n d a m e n t i dell'obbligo di seguirla. (Vorrei far notare come questa ricerca sia già essa stessa un indice di giurisprudenzialità dell'ordinamento: la *c. op.*, ormai fonte precipua del diritto, è giurisprudenziale non solo nella sua costituzione ma anche nella sua legittimazione (172)).

I fondamenti addotti erano di vario tipo: testuali, teoretici (nel senso di: gnoseologici, attinenti al raggiungimento della verità), pratico-giuridici. Il loro valore ci appare disuguale. Sui primi, quasi solo canonistici, ritenuti allora importanti ma sostanzialmente pretestuosi, sorvolo. I secondi, come ho già accennato, andrebbero approfonditi nell'ambito più vasto della storia della cultura (*argumentum ab auctoritate*, teoria del probabile, ecc.); ma forse possiamo dire che, al di là delle giustificazioni culturali, essi scaturivano da profondi e connaturati, non sempre coscienti atteggiamenti dell'animo medievale, in ultima istanza educato da una rivelazione (scritturistica ed ecclesiale), quindi portato a non separare mai l'atto del conoscere da un atto del

(171) CORAZIO I, tit. V e VI.

(172) MARONGIU, o. c. (sopra, n. 81) 459, afferma di non conoscere alcuna legge o statuto che facesse obbligo al giudice di seguire la *c. op.*: la cui autorità è, quindi, auto-fondata.

credere, e in certo modo ad estendere la categoria della ' fede in una rivelazione, in una tradizione ' anche al di fuori del campo religioso. Mi pare difficile sfuggire alla suggestione di vedere nel fenomeno della *c. op.* il risultato di una forma di pensiero ' cattolica ' (nel senso non del centralismo papale, ma del tradizionalismo dottrinale), un prolungamento del medio evo nei tempi nuovi. Di fronte al triplice movimento individualistico-rivoluzionario di ritorno al testo che si produce nell'Umanesimo letterario, nella Riforma religiosa, nella scuola giuridica dei culti, la dottrina della *c. op.* afferma i diritti della ininterrotta tradizione. Gli stessi diritti afferma in sostanza anche di fronte alla esaltazione della ragione (individuale) che si accompagna al movimento filologico, di fronte ai cartesianismi giuridici che nasceranno e la combatteranno negli ultimi due secoli di vita del diritto comune, sfociando negli illuminismi paternalistici o democratici. In essa possiamo quindi vedere una forza conservatrice e magari anacronistica; ma avremo modo di precisare questa prima impressione.

Del resto, nell'argomentazione dei trattatisti quei fondamenti teorici prendevano spesso la forma di considerazioni di buon senso: più occhi vedono meglio di pochi, l'opinione largamente condivisa può presumersi vera fino a prova contraria, i giuristi sono *testes iuris*, ora nelle testimonianze la pluralità concorde ha tutto il suo valore; e così via.

Ma i motivi più urgenti di ricorrere alla *c. op.* erano quelli dell'utilità pratico-giuridica. I nostri autori insistono sulla penuria delle leggi, sulla loro impossibilità di tutto prevedere, e quindi sulla necessità di un ritrovamento integrativo del diritto da parte dei dottori. Ma poichè questo ritrovamento è inevitabilmente condotto con criteri soggettivi e opinabili, insorge una molteplicità di opinioni nella quale il teorico diguazza, i giudici e le parti soffrono. Ecco allora l'opinione comune offrirsi come il *minus malum* (Corazio, *Praef.* n° 25) per ottenere la certezza del diritto e l'uniformità dei giudicati, per sollevare i giudici dalla responsabilità, per garantire il più possibile le parti dallo arbitrio colpevole. Del resto per il suo modo di formarsi l'opinione comune poteva avvicinarsi, come reiterata manifestazione

di una *opinio iuris seu necessitatis*, alla consuetudine (173), la cui forza vincolante era fuori discussione.

Colpisce, in tutta questa teorizzazione, la lucidità critica (174), l'assenza di ogni enfasi e *libido serviendi* (la *c. op.* semplice presunzione sul piano teorico, *minus malum* su quello pratico). Non può sfuggire peraltro che i motivi teoretici erano in parziale contrasto con quelli pratici, rispondendo alle esigenze antinomiche rispettivamente della verità e dell'autorità, o in altri termini della giustizia (o giustezza) e della certezza del diritto.

e) Dal loro contemperamento, dalla posizione della *c. op.* nella triade *leges-rationes-auctoritates* deriva la serie delle *ampliatioes* e delle *limitationes* alla *regula 'opinio communis attendenda in iudicando'*.

Le 'limitazioni' anzitutto. Possono appunto ordinarsi in tre categorie, a seconda che la nostra regola venga coordinata con quelle sulla efficacia del diritto 'legale', delle 'rationes' e delle altre 'autorità'.

#### A. Diritto 'legale' (in senso largo)

1. La *c. op.* cede alla legge (ma solo a certe condizioni: vedi 'ampliazione' 1);

---

(173) Così per esempio CORAZIO II, tit. VIII n° 25. I rapporti tra *c. op.* e consuetudine quanto a forza vincolante (*vis*) secondo i trattatisti saranno definiti tra breve, *sub e*) e *sub g*); per altre testimonianze (Giovanni d'Andrea, Baldo, Alciato) cf. ENGELMANN 213 s. Certamente le due cose non si identificano senz'altro e sotto ogni profilo, postulando in teoria la consuetudine un accordo di tutti i diversi generi di operatori della vita del diritto, e ottenendo perciò un netto primato di autorità. In pratica però la consuetudine si accertava sulla base delle sentenze e di una certa durata di tempo, per cui molto di quanto dico a proposito dei giudicati (oltre, p. 187 s.) vale anche per essa. Difficilmente una consuetudine giudiziaria o volgare avrebbe potuto essere sentita come vincolante dal giudice se contrastata dalla *c. op. doctorum*, e viceversa; ma difficilmente la *c. op. doctorum*, costituita in larga parte da *consilia*, avrebbe potuto formarsi in contrasto con una solida consuetudine giudiziaria; difficilmente una consuetudine giudiziaria avrebbe potuto consolidarsi in contrasto con una ben accertata *c. op. doctorum*.

(174) Meriterebbero di esser letti i n° 1-11 della Prefazione di Corazio.

2. La *c. op.* cede ad altra opinione approvata dalla consuetudine.
3. La *c. op.* non va seguita se c'è una *regula iuris* in contrario (ma vedi 'ampliamente' 2).

B. *Rationes.*

4. La *c. op.* cede quando *convincitur viva et urgenti ratione* (Corazio II, tit., IX, n° 86-97): perchè l'autorità della comune si basa su una presunzione di verità che cede di fronte alla verità stessa. Cf. però Ampl. 4.
5. La *c. op.* non va seguita quando è evidentemente erranea. La cosa però era discussa, *error communis facit ius* (*ibid.*, n° 117-119).
6. Quando vi è *iusta causa*. Veramente, per *iusta causa* poteva essere disattesa anche la stessa legge; in entrambi i casi questo potere era riservato ai soli giudici maggiori (Corazio 145-150; Nevizzano n° 70).
7. Quando l'*op. c.* è rigorosa, la meno comune equa o più benigna (purchè si tratti di equità *legale*!). Così almeno il Nevizzano (n° 68). Ma la cosa era discussa, cf. Ampl. 5 (175).
8. A un contrasto con una '*ratio*' può ricondursi anche la seguente limitazione: la *c. op.* 'generale' cede all'opinione meno comune 'speciale'.
9. Ancora: la *c. op. in regula* cede all'opinione meno comune *in limitatione* (è in certo senso un caso particolare della limitazione precedente).
10. Ai confini tra limitazioni da '*ratio*' e da 'autorità' si trova la seguente: l'*op. c.* dei giuristi non specializzati in un dato ramo del diritto cede a quella ugualmente (o anche meno) comune dei giuristi specializzati in quel ramo, quando il punto discusso rientra nel ramo stesso. Così su un punto di diritto feudale molti canonisti cedono a pochi feudisti, ecc. (Corazio 75 s., 150-160; Nevizzano

---

(175) Testi non di trattatisti in ENGELMANN 226 s.



69). La questione è importante perchè comprende quella del contrasto tra canonisti e legisti, cioè tra diritto canonico e diritto civile; e tra teologi e canonisti.

### C. *Auctoritates*.

Qui, almeno nel Cinquecento, la *c. op.* domina. Ma ancora il Nevizzano deve discuterne a lungo, cf. le 'Ampl.' sotto C). Unica limitazione ammessa era:

11. Contrasto della comune col detto di un santo (ma parlante in materia spirituale e appoggiato a una citazione calzante del Vecchio o del Nuovo Testamento!): cf. Corazio 69-75, Nevizzano 66.

Anche le 'ampliazioni' si prestano a una classificazione tripartita.

### A. *Diritto 'legale'*.

1. La *c. op.* va seguita anche se contrasta con un testo di legge, purchè questo testo sia stato visto dai dottori che formano la *c. op.* (così almeno Corazio 135-137; autori meno audaci avranno ammesso tutt'al più l'esonero da responsabilità).
2. La *c. op.* va seguita anche quando c'è in contrario una *regula iuris*, se questa regola è 'generale' (e la comune 'speciale'), o se la regola, pur speciale, è stata vista dai dottori. Solo la regola speciale e non vista prevale sulla comune (vedi Limit. 3).
3. La *c. op.* va seguita anche se c'è uno statuto che ordina di seguire altre autorità, per es. la Glossa approvata da Bartolo: così Nevizzano 64, con giustificazione tendenziosa e interessante: gli statuti vanno interpretati secondo il diritto comune, che impone di far prevalere sulle autorità la legge o la ragione; ora (dobbiamo sottintendere) la *c. op.* si presume conforme alla legge e alla ragione, *ergo*.

B. *Rationes.*

4. La *c. op.* va seguita anche quando l'opinione contraria '*videtur*' *verior* (Corazio 80 s.; Nevizzano 61). Ciò significa che non ci si può contentare di una semplice fondatezza apparente di questa opinione per preferirla alla comune: le ragioni devono essere evidenti e stringenti. Particolarmente interessante quanto dice Nevizzano: non bastano ragioni 'scolastiche' per rovesciare la comune nei tribunali (176).
5. La *c. op.* va seguita anche se contrasta con l'equità (*aequitas iuris scripti*, beninteso!) almeno per Corazio 100-108; *contra* Nevizzano 68, cf. Lim. 7. La comune prevaleva sull'equità non scritta. Con *aequitas* s'intende qui semplicemente l'opposto del *rigor*, non l'insieme dei criteri superiori al diritto positivo.
6. La *c. op.* va seguita anche se contrasta con una *causa favorabilis* (matrimonio, testamento e altre). Così Corazio 109-116. Ma la cosa era molto discussa, cf. anche Nevizzano 73.
7. La *c. op.* va seguita anche se non è fondata su una legge, ma solo su una *ratio*; e anche se non è neppure fondata su una *ratio*: Corazio 120-130, cf. Nevizzano 20-24.

C. *Auctoritates.*

8. La *c. op.* prevale su qualunque dottore singolo per quanto grande: si veda la lunghissima discussione in Nevizzano 25, che può parerci spesso molto curiosa, ma che veramente consacra l'avvenuto passaggio al periodo nuovo.
9. La *c. op.* prevale in particolare sul Papa *loquens magistratiter* (cioè non come legislatore).
10. La *c. op.* prevale anche sull'opinione del proprio maestro (anche se il seguir questa non produceva, secondo taluni, responsabilità): Corazio 28-34, Nevizzano 37 i. f. e 38.

---

(176) Vedi sopra, n. 169.

11. La *c. op.* prevale su qualunque collegio di giuristi: Corazio 35-53.
12. Va seguita anche *si contra fuerit iudicatum* perchè il diritto comune, come vedremo, non riconosce il valore dei precedenti. Ciò valeva, s'intende, nella misura in cui i giudicati non avessero formato consuetudine (Corazio 84) e al di fuori degli Stati nei quali eccezionalmente vigesse, per le sentenze del tribunale supremo, il principio del precedente (così a Napoli, Corazio 65-67).
13. In particolare, la *c. op.* prevale sulle decisioni della Rota romana che poteva essere considerata sia come tribunale supremo, sia come collegio di (ben dodici) illustri dottori. Il punto era discusso: Corazio 54-68.
14. La *c. op.* va seguita anche contro la Glossa. Anche su questo si era molto discusso: cf. Corazio 21-28 e Nevizzano 25.
15. Infine la *c. op.* prevale anche sull'opinione di un santo (sia pure appoggiata a un passo della Scrittura), quando non si tratta di materia *spiritualis, vel concernens peccatum*. Così almeno Corazio 73, qualificando ulteriormente l'affermazione dei predecessori (cf. Lim. 11): ed è qualificazione significativa.

In sintesi la regola con le sue limitazioni e ampliamenti sembra potersi ridurre a questo: la *c. op.* ha per sè una forte presunzione di giuridicità. Essa perciò deve essere seguita dal giudice a meno che l'opinione diversa non venga dimostrata come *evidentemente* più conforme alla legge (ma vedi Ampl. 1), alla consuetudine o alla (sobria e grave) ragione. (Ometto le 'limitazioni' minori, a ben guardare o poco rilevanti o comuni anche alla vigenza della legge). Si spiega perciò come il Nevizzano, in apertura del suo libro VI, potesse conclusivamente consigliare al giudice di ricercare prima di ogni altra cosa la *c. op.* e, trovatala con certezza, stare ad essa; solo in sua mancanza volgersi ai testi legali.

f) La dottrina esaminava poi (anche sulla traccia dei vari trattati *De syndicatu* precedenti) quali fossero le conse-

guenze della mancata osservanza della *c. op.* per i litiganti, gli avvocati, i consulenti delle parti e del giudice, gli arbitri, i giudici. E le commisurava molto da vicino a quelle derivanti dall'inosservanza della legge. Per limitarci al caso del giudice, era discusso anzitutto se la sentenza difforme fosse soltanto *iniusta* o anche senz'altro nulla; comunque già la 'ingiustizia' dava luogo, per i nostri teorici, alla possibilità di 'rescissione' (da parte di altro giudice). Corazio distingue ancora tra sentenza semplicemente e 'notoriamente' *iniusta*, nel quale ultimo caso non avrebbe dovuto essere eseguita. Si ammetteva poi generalmente, a carico del *iudicans contra communem*, la responsabilità nel processo di sindacato, la presunzione di *imperitia*, il *facere litem suam* e quindi l'obbligo di risarcire la parte lesa. Mentre il *iudicans secundum communem* andava esente da responsabilità.

g) Tutto questo permette di affrontare ormai il quesito, solo apparentemente cruciale, se si possa dire che la *c. op.* aveva 'forza di legge'. Così come è posto, nella sua astratta generalità, esso esige risposta negativa: la *c. op.* cede (sia pure entro i limiti già visti!) alla legge (177) e alla consuetudine, e cede an-

(177) Una conseguenza singolare che fu tratta dall'inferiorità della *c. op.* rispetto alla legge si trova nel trattato *De interpretatione iuris* di Costantino ROGERIO (composto nel 1463), e riguarda le *leges correctoriae* o *correctivae*, tendenti cioè a modificare il diritto più antico o più generale: mentre *certum est, quod debent* (tali leggi) *restringi quantum est possibile, quia propter correctionem iuris communis sunt odiosae*, ci si deve comportare diversamente di fronte a una *lex correctiva iuris interpretati, puta quando lex nova, vel statutum decidit contra communem sententiam doctorum in casu, ubi sunt opiniones. Et dico quod tale ius, licet decidat* (l'autore si riferisce principalmente ad alcune decretali pontificie in tema di diritto controverso) *contra communem sententiam, non tamen debet restringi ad instar iuris correctivi...* La prova si riduce però a questo: *quod licet sententia lata contra ius expressum sit nulla... non tamen est nulla* (e quindi da restringere) *illa, quae est lata contra communem sententiam in casu, ubi sunt opiniones*. Dove noterei: anzitutto il fatto significativo che si pensi a porre il problema del conflitto tra un atto del legislatore e la *c. op.*; poi, che la motivazione non è perfetta, perchè applica alle leggi il regime delle sentenze (siano pure quelle del legislatore) ma soprattutto lascia aperto il caso in cui ci sia opinione unanime dei dottori e quindi *ius expressum*: qui sembra chiaro che

che alla ragione, cui le prime più difficilmente si piegano. Ma dove una norma legale, consuetudinaria o razionale assolutamente chiara manca, la *c. op.* va osservata come legge: *pro lege, et tamquam ius servatur* (Corazio III, tit. XII n° 10); (*doctores decreverunt*, si badi!) *legi esse aequiparandam, et eius virtutem, ac vim sortiri* (id., *Praef.* n° 30); *quinimmo quoad hoc, ut servari debeat* (178), *c. op. venire appellatione legis in statuto de lege loquente* (id., *Praef.* n° 31-32); *et postremo ... vim, et efficaciam consuetudinis obtinere* (*Praef.* n° 33); *communis habet vim legis, et consuetudinis* (id., II, tit. IX, n° 86); *legi et consuetudini aequiparatur* (ivi, n° 112). E troviamo le stesse affermazioni in Nevizzano e negli altri trattatisti (179); ma ciò che più conta è che tutta la loro dettagliata trattazione, come abbiamo visto finora, sostanzialmente le conforta.

In conclusione per i nostri trattatisti la *c. op.* vige, con forza di legge, in un campo ben più vasto di quello che la legge direttamente occupa. Pur mantenendole in linea di principio il suo

---

avrebbe dovuto intervenire l'interpretazione restrittiva. Sul passo cf. PIANO-MORTARI, *Ricerche* cit. (sopra, n. 38) 143, da cui prendo la citazione.

(178) CORAZIO specifica anche altrove (p. es. in II, tit. IX, n° 26; 86; 112) che la *c. op.* è equiparata alla legge e alla consuetudine *quoad hoc, ut attendi debeat*. Vuol dire con questo che legge e *c. op.* differiscono sotto altri aspetti. Così nota intelligentemente in *Praef.* 35-36 che *opinio superveniens aequae communis non tollit communem priorem contrariam ad instar legum, quarum posteriores contrarias priores abrogant* (il principio è sostanzialmente esatto, nonostante la prevalenza data da taluni alla *c. op.* ultima; ed è principio, se ho visto bene, opposto a quello romano, cf. sopra, cap. I n. 135, e oltre, n. 185). Osserva ancora che la nuova opinione comune sopravvenendo abroga, sì, la precedente divenuta meno comune, ma non al punto da distruggerla del tutto: infatti i pareri dei dottori che la compongono 'restano buoni' per far numero qualora essa riceva rinforzi successivi. Osservazioni acute (come anche quelle sul diritto intertemporale), ma che non toccano il punto essenziale per noi.

(179) Al di fuori dei trattati non ho fatto ricerche dirette; possono vedersi alcune citazioni significative (Deciani, la Rota) in BUSSI, o. c. alla n. 199, p. 41 e 66; o in BRUGI, *Saggi* 104 n. 32 (*Ant. Nebrissens.*). Vi è poi tutta la ricchissima documentazione raccolta soprattutto nei *Consilia* da ENGELMANN (o. c. 212-227), che implicitamente o esplicitamente conferma le conclusioni dei trattatisti.

valore sussidiario, essi sanno poi presentarcela come la fonte principale, anzi in un certo senso omnicomprensiva (180) del diritto comune da applicare nei tribunali. Si tratta di affermazioni indubbiamente audaci e, nella storia del diritto occidentale, relativamente nuove, comunque raggiunte con un notevole grado d'indipendenza (in particolare i Nostri non conoscevano GATO 1, 7 con il suo *vicem legis optinet*).

Con la dottrina della *c. op.* è abbandonato completamente lo stato della 'provvida illusione' in cui molti autori moderni, difensori del legalismo, amano immaginare i nostri giuristi, 'creatori inconsapevoli'. Quella dottrina rappresenta proprio il lucido superamento del dogma (in realtà non ancora affacciato in tutto il suo rigore) dell'esclusiva legalità del diritto, e smentisce le interpretazioni basate sul principio della 'doppia verità', dogmatica (il giurista che deve ritenersi puro interprete della legge) e storica (il giurista che è *conditor* di sempre nuovo diritto). La matura giurisprudenza comune sa di essere, almeno quando concorde, fonte di valide norme giuridiche (181).

Esagerazione? Saremmo portati a pensarlo. Ma a mio parere essa (se pur c'è) sta non tanto nell'influenza che viene così riconosciuta alla giurisprudenza, quanto nel fatto che questa influenza le viene riconosciuta solo in una delle molteplici sue manifestazioni. La giurisprudenza creatrice e normativa non si riduce a un certo numero di *communes opiniones*: ci sono i consigli di parte e soprattutto giudiziali, ci sono le opinioni dei singoli autori, tutto l'ambito del controverso che lascia agli ope-

(180) Abbiamo visto (sopra, p. 171) come le *auctoritates* fossero necessarie anche per rafforzare la legge chiara, e come si consigliasse al giudice (NEVIZZANO, cit. a p. 178) di cercare prima di ogni altra cosa la *c. op.* e, trovatala, tenersi ad essa. Con questo mi pare superata un'obiezione mossa a Bussi da ROTA (cf. n. 199) asserendo che la *c. op.* non aveva valore normativo che nell'ambito del diritto controverso: risponderci che anche il diritto certo è tale per comune opinione.

(181) Altra questione è se abbia poi fatto molto e felice uso di questa conquistata consapevolezza nella direzione del rinnovamento e perfezionamento del diritto; non è escluso che, mentre veniva consolidando il suo completo dominio sul diritto comune (variabile 'C'), si sia alquanto intorpidita nel suo slancio creativo (variabile 'B'). Comunque i due fatti non sono in relazione causale: questo è per noi l'importante.

ratori e ai giudici libertà di scelta ma in una cerchia limitata di soluzioni, e dal quale del resto le opinioni comuni germogliano ed emergono, per poi non di rado tornare a confondervisi.

Se però riteniamo che per i nostri trattatisti, inevitabilmente affascinati dal soggetto prescelto, la *c. op.* stia, come momento culminante e paradigmatico, per tutta la giurisprudenza, che la teoria della *c. op.* sia la via da essi trovata per dar voce e giustificazione alla loro convinzione (ed esperienza quotidiana) che il diritto era cosa fatta dai giuristi, allora possiamo, io credo, ammettere che è stata piuttosto sopravvalutata la funzione della *c. op.* nell'ambito della giurisprudenza, che non la funzione della stessa *c. op.* (intesa come rappresentativa della giurisprudenza), nell'ambito del diritto (182). In altre parole: la giurisprudenza è ormai la fonte (di cognizione esclusiva e quindi di produzione) del diritto; e la *c. op.* è soprattutto un modo per pensare la giurisprudenza come un tutto.

Si comprende perciò che la *c. op.* valesse, almeno per alcuni nostri trattatisti (183), non solo *secundum* e *praeter legem*. Conosciamo l'interna complessità e la frequente contraddittorietà delle fonti legali del diritto comune. Sappiamo che la legge cedeva alla consuetudine, talvolta all'equità, e comunque andava interpretata secondo la sua *mens*, postulata ragionevole. Sfruttando queste interne tensioni del sistema normativo, ogni testo singolo poteva essere contrastato, capovolto, reso sterile. Il giudice era quindi ben giustificato se si volgeva anzitutto alla giurisprudenza. E se, di fronte a una salda opinione comune, era portato a pensare che fosse essa il diritto, come risultato sin-

---

(182) BUSI, o. c. alla n. 199, non ha forse colto questa possibile prospettiva, sopravvalutando anch'egli (come gli hanno rimproverato alcuni suoi critici, in particolare DULCKERT) la rappresentatività della *c. op.* nell'ambito della giurisprudenza. Per il resto la sua concezione (cui sono del resto significativamente vicine quelle di BRUGI ed ENGELMANN) mi trova largamente consenziente. In particolare condivido l'idea che la giurisprudenza non possa mettersi accanto alle altre fonti (diritto romano, canonico, statutario ecc.), ma sia, come ho detto alla n. 180, omnicomprensiva, che cioè le fonti legali stiano all'edificio del diritto come il materiale, la giurisprudenza come l'architetto.

(183) Vedi sopra, spec. Ampl. 1.

tetico di legge, consuetudini trasformanti, ragione ed equità; quindi a ritenere di doverla seguire anche eventualmente *contra legem*.

3. Dopo avere approfondito separatamente i fenomeni della giurisprudenza consulente e della *communis opinio* possiamo riprendere, con maggiore conoscenza delle vie numerose, tra loro intricate, attraverso le quali la giurisprudenza partecipava alla formazione del diritto, il quadro del sistema giuridico nel suo complesso. Del resto vale anche il reciproco: solo se collocati in questo quadro, nella dinamica e nell'equilibrio dell'intero ordinamento, gli stessi fenomeni particolari possono ricevere un'adeguata valutazione del loro significato giuridico.

Credo che il quadro cercato possa organizzarsi intorno a due linee-guida, corrispondenti a due esigenze fondamentali della vita giuridica: il bisogno di norme generali e il bisogno di norme individuali. Caratteristica del nostro periodo è che il soddisfacimento di questi bisogni avviene, soprattutto al livello del diritto comune, mediante una larghissima supplenza allo Stato esercitata dalla giurisprudenza. Così almeno siamo portati a rappresentarci (in termini di negazione) le cose noi, partendo dalla nostra esperienza statalistica; ma si può dire che questa visione non è troppo lontana da quella dei protagonisti, concordi se non altro nell'attribuire la necessità dell'intervento giurisprudenziale al secolare silenzio del legislatore.

*A. a)* Partendo, dunque, da un capitale immoto di leggi 'comuni', la giurisprudenza supplisce lo Stato anzitutto nella prima di quelle due fondamentali esigenze: la produzione di norme generali. Ed è qui che appunto ha una funzione saliente la *communis opinio*.

Essa ha trovato i suoi detrattori soprattutto tra coloro (e sono i più) che l'hanno giudicata dal punto di vista della scienza giuridica. È sembrata un'abdicazione da parte dello studioso alla propria indipendenza di pensiero. Abbiamo modo ormai di vedere che la critica è infondata. La *communis opinio* viene sempre presentata come decisiva solo nella prassi. Nessuno vietava



al grande giurista di fare scienza. Che poi l'importanza della *communis opinio* nella pratica abbia troppe volte spinto i cattedratici, i quali avevano il compito di formare anche i futuri pratici, a limitare la loro lezione a una raccolta di opinioni comuni, senza ripensamento critico, questo è giudizio corrente ma finora poco dimostrato; le testimonianze contemporanee parlano, almeno per il '500, di smania di originalità dei professori. Se questa smania restava sterile il vizio non era tanto del sistema, quanto degli uomini e della loro scarsa magnanimità (e, aggiungerei, della situazione politico-sociale italiana). Del resto, lo abbiamo visto ma occorre ripeterlo, la dottrina della *communis opinio* non ha nulla di un meccanismo passivo, di un numerismo cieco. L'autorevolezza delle testimonianze era graduata in teoria secondo saggezza, restava in ultima analisi affidata al sentire del giudice, e sempre vincibile da una *ratio* stringente.

Il significato della *communis opinio* si coglie, a mio avviso, molto meglio se la si guarda dal punto di vista del diritto. Qui la *communis opinio* ci appare, sinteticamente, come un fenomeno 'legalistico' endogiurisdizionale: essa è precisamente lo sforzo di un ordinamento giurisprudenziale di dare a se stesso la propria 'legge'. Proprio quando — ed in quanto — la legge vera (imperiale, testuale) è più lontana, l'ordinamento giurisprudenziale ne cerca un surrogato.

Questa definizione si chiarisce e si giustifica sotto diversi aspetti. Non vi è dubbio anzitutto che il cristallizzarsi della giuridicità nella *communis opinio* è fenomeno prodotto dalla polarità della certezza — immanente ad ogni ordinamento giuridico — in un ordinamento particolarmente 'fluidico' in quanto altamente giurisprudenziale. E poichè la certezza è uno dei fondamenti che stanno alla base della legge come fatto tecnico, la definizione data riceve una prima conferma. Sotto il profilo della certezza possiamo, molto approssimativamente, collocare in ordine crescente le canonizzazioni o leggi delle citazioni (alle quali va avvicinata la concessione dello *ius respondendi*), la *communis opinio*, le consolidazioni, le legislazioni esclusive, le codificazioni (184). La *communis opinio*

(184) *Consolidazioni e codificazioni* (s.d.; Bologna, Zanichelli) è

eccelle nettamente sugli espedienti della prima categoria in raffinatezza e plausibilità; inoltre, a differenza da questi e dalle consolidazioni, che anch'essi intendono 'rimediare' a una condizione di diritto largamente giurisprudenziale e controverso, costituisce uno sforzo di superamento *ab intrinseco*, giurisprudenziale esso stesso, e non dovuto ad interventi autoritativi. Tanto che si è spinti a chiedersi come mai una dottrina del genere non ci risulti nemmeno accennata dai giuristi romani, dei quali non possiamo presumere l'indifferenza ai bisogni della prassi. E una spiegazione fra le molte (185) può forse essere che appunto il mondo giuridico classico sentiva con acuità e sistematicità minore l'assillo di uscire dal diritto controverso,

il titolo di un chiaro volumetto di M. VIORA, dal quale traggio la distinzione, che mi pare giustificata, tra le semplici compilazioni, ad opera del potere centrale, di materiale giurisprudenziale (o anche legale) già esistente, e le redazioni *ex novo* di libri legali destinati a regolare completamente ed organicamente un intero ramo del diritto (cf. anche ERMINI, *Corso* 97-111). Con legislazioni esclusive intendo i regimi a diritto solo legale, ma non compendiate in codici o almeno in compilazioni (confesso che non saprei indicarne un esempio storico: il postulato autoritativo della legge completa non giunge a porsi senza un proporzionato sforzo intellettuale di organizzazione della norma [cf. oltre, 201 s.]).

(185) Anzitutto si potrebbe pensare che essa non ci sia giunta, perchè non passata attraverso il filtro di Giustiniano; ma direi che almeno Pomponio e Gaio avrebbero dovuto farvi allusione nei passi che abbiamo, e che sono indenni da interventi apprezzabili. Più probabile è che i romani non abbiano svolto una vera e propria dottrina della *communis opinio* per la loro avversione alla teoria e al trattato monografico; invece abbiamo visto che nel dare lo *status quaestionis* distinguevano bene tra diritto certo, opinione condivisa largamente, opinione isolata, e che almeno in linea di principio ritenevano *minime mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt*. Per il giudice c'era poi la regoletta unanimitaria confermata dal rescritto adrianeo, ma originata nella prassi giurisprudenziale. Infine dobbiamo tenere presente la maggiore compattezza del mondo giuridico 'classico' intorno al pretore e ai giudici romani: un mondo in cui la diretta autorità personale e la tradizione orale potevano dispensare da ricerche libresche troppo estese; il diritto comune vige in Stati diversi, i suoi corifei non sono spesso raggiungibili che negli scritti; e non dimentichiamo che a Roma non esisteva la stampa, senza la quale la dottrina della *communis opinio* viene ad essere privata di uno dei suoi presupposti pratici importanti. Su tutto questo vedi sopra, cap. I, spec. p. 53-56 e n. 133, 135.

mentre l'ordinamento di diritto comune è, sì, un ordinamento giurisprudenziale, ma nel quale è stata inoculata da Giustiniano, come una permanente cattiva coscienza, l'idea di compilazione esaustiva, di certezza legale del diritto, della quale la *communis opinio* è come una proiezione giurisprudenziale.

La nostra definizione si giustifica anche sotto il profilo dell'autorità. Con la *communis opinio* l'*auctoritas* dei giuristi, rimasta sempre 'probabilis', tende a divenire quasi 'necessaria': *vis legis*. L'inosservanza della *communis opinio* ha, per il giudice, conseguenze simili a quelle dell'inosservanza della legge. Il monopolio della formulazione del diritto (dell'essenza), detenuto dalla giurisprudenza nel suo insieme, trova la via per tradursi in un nuovo tipo di esistenza del diritto così formulato; la fonte irrecusabile di cognizione tende a equivalere ad una fonte di produzione (186). 'Tradimento' di se stessa, della propria interna legge essenziale da parte della giurisprudenza? Se facciamo il paragone col Trecento, dobbiamo dire che per la giurisprudenza nel suo insieme è adesso il trionfo; il singolo giurista si ritira — quanto ad autorità — in secondo piano. Non è più possibile la personalità che plasma l'intero corpo del diritto a sua immagine con successo nella pratica. Il diritto, sia pure giurisprudenziale, sta ben al di sopra del giurista.

Con un po' di ingegnosità la *communis opinio* può perciò considerarsi 'legale' anche sotto un terzo profilo (che ha in comune con la sola legge di tipo assembleare, del resto paradigmatica nell'esperienza occidentale complessiva): e cioè per il suo modo di formazione. Se guardiamo al requisito del *numerus*, noi troviamo applicato il principio di maggioranza — un principio 'democratico' — all'interno di un'aristocrazia, il suffragio universale (se così può dirsi) nell'ambito dei giuristi scriventi. La stampa delle opere dà il diritto di voto. Si afferma insomma, con la *communis opinio*, lo specifico valore giuridico del consenso, relativamente indipendente da giustificazioni oggettive (187). *Ad extra*, cioè nei confronti dei non scriventi, la *com-*

---

(186) Cf. sopra, n. 65.

(187) Per questo lato può comprendersi come l'attribuire alla *communis opinio* caratteri analogicamente 'legali' non collida poi troppo con

*munis opinio* si presenta come la legge emanata dai più dotti, dando luogo a una sorta di sofo- o forse meglio di didattocrazia (si potrebbe parlare, salvo il timore di una contraddizione in termini, di una tecnocrazia umanistica).

Del resto i paralleli con la legge non si esauriscono qui; vari ne ha ricordati Brugi (188), altri ne espongono qua e là gli stessi nostri trattatisti. In particolare, molte delle *limitationes* poste alla sua efficacia (così quelle elencate sopra ai numeri 2, 4, 6, 7) si applicano anche alla legge. È dunque esatto dire con Brugi che la *communis opinio* non può essere vituperata contrapponendole la libertà e la responsabilità del giurista indipendente, a meno che non si voglia coerentemente svalutare anche la legislazione. La ricerca del diritto nella *communis opinio* non ha nulla di qualitativamente inferiore, per il giurista, alla ricerca del diritto nella legge. Storicamente e teoricamente la *communis opinio* non è altro che un'anticipazione (dal punto di vista della dignità e indipendenza della scienza giuridica, assai meno drastica) di quanto intenderanno fare due o tre secoli dopo le codificazioni. Per il giudice l'applicare la legge non è in nulla più elevato che il seguire la *communis opinio*. Si tratta, in radice, di due forme di positivismo giuridico: e chiunque rifiuta la *c. op.* dovrebbe, per coerenza, rifiutare anche la legge, anzi la stessa categoria della positività, intesa tanto come validità formale quanto come effettività (189). Sotto q u e -

---

la concezione di coloro che in essa vedono una forma di consuetudine (così in particolare SCHWEIKERT, *Zeitschr. f. Civilr. u. Prozess* IV, 331 ss., che cito da BRUGI 103 n. 31; non mancano accenni, come abbiamo visto, negli antichi). Almeno tra legge democratica e consuetudine c'è un'affinità che è stata messa in luce per sempre da un celebre frammento giuliano (*D.* 1, 3, 32, 1); nelle teorie medievali della consuetudine si trovano spunti che fanno pensare a moderne costruzioni della volontà generale, o maggioritaria, della sua legittimazione, della sua formazione, dei limiti posti al suo potere dalle esigenze razionali e dalla tutela delle minoranze.

(188) *Saggi* 103 s.; cf. *NS* 90-92 (qui veramente si limita a constatare che i fenomeni del diritto controverso e della *communis opinio* si mantengono anche sotto i codici).

(189) Accanto all'affinità della *communis opinio* con la legge (che indusse coerentemente la scuola storica, almeno nel suo velleitario mo-

sto profilo il rifiuto della *communis opinio* non si giustifica (è bene esserne consapevoli) che in un'istanza fondamentalmente giusnaturalistica, se a 'diritto naturale' diamo il senso, latissimo e improprio, di diritto metapositivo. Il positivismo giuridico non è solo legalistico (anche se trova in questa forma la sua massima espressione): può essere giurisdizionalistico — come quello che fonda il principio del precedente nel sistema anglosassone — o giurisprudenzialistico, come quello che si realizza, almeno per un aspetto, nel regime della *communis opinio*.

Abbiamo fin qui 'esaltato', della nostra duplice definizione, tutto quanto si riferisce all'analogia con la legge. Ma resta l'altro aspetto: quello giurisprudenziale. La *communis opinio* lo comprende in sé non meno vitalmente. I fondamenti 'teoretici' di cui abbiamo parlato sopra sono operanti. E quindi non solo la *communis opinio* cede all'evidente *ratio*, ma anche all'interno, nella sua propria formazione, essa si arricchisce e si intride via via di razionalità. Lo stesso principio numerico di maggioranza vale non solo volontaristicamente, e in funzione di certezza giuridica, ma come presunzione di verità. Ed è temperato dal principio complementare dell'indagine sull'autorevolezza dei dottori citati. Soprattutto, la *communis opinio* è in perenne movimento sotto la spinta delle nuove correnti, rispetta il principio dialogico che domina il formarsi della norma giurisprudenziale. L'osserva acutamente Corazio (190): i giuristi oggi messi in minoranza non sono distrutti, restano buoni per un altro momento, se verranno rinforzi alla loro opinione. Nessuno è in grado di 'porre', con un unico atto individuale o collettivo, la *communis opinio*: il non poter essere propriamente posto è, come vedremo, una caratteristica del diritto giurisprudenziale.

Come soluzione tecnica del problema dell'autorità e della certezza la *communis opinio* presenta quindi, proprio per i pre-

---

mento 'romantico-scientifico', a spregiare l'una e l'altra), vi è infatti la sua affinità con la consuetudine (cf. n. 167) e più in generale con la categoria dell'effettività (cf. oltre, cap. IV, § II. 3. B).

(190) Vedi sopra, n. 178.

gi di altro genere accennati da ultimo, evidenti svantaggi; che le faranno preferire, nelle rivendicazioni di numerosi scrittori, fin dal Cinquecento (191), l'idea tanto più semplice della codificazione o almeno della consolidazione da parte del principe; idea la cui realizzazione sarà a lungo differita dalle carenze dello Stato moderno nascente. Alla critica dal punto di vista tecnico-pratico seguirà poi quella fondata su un più aperto ideale di democrazia, che porterà all'idea del diritto come volontà della nazione o del popolo espressa nella legge plebiscitaria o parlamentare.

Tornando al quadro del nostro sistema giuridico nel suo complesso: risulta confermato che la *communis opinio* vi rappresenta una risposta squisitamente giurisprudenziale al problema posto dal bisogno di una norma generale; la carenza delle istituzioni statali e democratiche richiedeva anzitutto una versione giurisprudenziale della legge.

b) Quella risposta non è stata però l'unica: anche ogni opinione di un singolo dottore scrivente può considerarsi come una norma generale, almeno quanto all'essenza; sarà minore (e varia a seconda del prestigio del giurista) la sua autorità. Se al termine 'legge' si dà solo il significato di norma generale, priva degli aspetti visti finora attinenti alla certezza, all'autorità e al modo di formazione, possiamo fare pienamente nostra l'efficace descrizione data da Muratori intorno al 1740: « Sicché non è più vero, che s'abbia a ricorrere solamente al codice e ai digesti, per mettere fine alle controversie forensi. Quello è divenuto un picciolo, picciolissimo paese. Un altro senza alcun paragone più vasto è quello della giurisprudenza maneggiata dalle feconde e sottili menti dei giurisconsulti degli ultimi secoli, i quali hanno anch'essi formato un altro sterminato corpo di leggi secondochè è sembrato al loro intendimento. E chiamo leggi

---

(191) Vedi, per un primo orientamento, V. PIANO-MORTARI, voce *Codice (storia)*, in *ED VII* (1960) 228-236, con bibliografia; cf. anche ERMINI, *Corso* 93-114. In Italia l'intervento certo più influente fu quello di MURATORI, la cui polemica con RAPOLLA anticipa di oltre mezzo secolo quella tra THIBAUT e SAVIGNY. Nel *Trattato* di cui alla n. seg., Muratori si limitava a chiedere una consolidazione; in precedenza, in un'opera rimasta inedita, aveva progettato una vera e propria codificazione imperiale.

le loro opinioni, perché a tenore di queste opinioni si regola il foro e si danno le sentenze, nella stessa guisa che si fa in vigore d'una vera legge di Giustiniano... non più i soli principi, ... anche i dottori da gran tempo sono divenuti legislatori, e il mondo d'oggi più bada alle loro opinioni, che alle oramai quasi rancide antiche leggi... » (192).

I diversi generi letterari potranno paragonarsi a diversi tipi di norme generali statali, dei quali svolgono in certo modo la funzione nell'ordinamento giurisprudenziale. Il commento, per esempio, corrisponde piuttosto alla consolidazione, mentre i trattati, a seconda dell'estensione della materia elaborata, corrispondono a parti più o meno estese di un vero e proprio codice, e storicamente lo preparano. I trattati rendono possibili le grandi opere sistematiche, e queste sono l'anticipazione e la base dei codici moderni.

B. L'altro fondamentale bisogno, della norma individuale, è soddisfatto, in caso di controversia (193), anzitutto dalle sentenze. Questo bisogno è infatti così vivo e veramente primario, che neppure le organizzazioni statali intermedie, quasi sempre gravemente carenti sul piano legislativo, hanno potuto trascurare o delegare in troppo larga misura l'onere di soddisfarlo. Ma proprio la rudimentalità di tali organizzazioni, e le peculiari caratteristiche degli ordinamenti al livello delle norme generali, hanno avuto due conseguenze importanti. La prima è, come abbiamo già visto, il grado spesso molto modesto di preparazione giuridica dei giudici. La seconda è l'ampio campo lasciato al cosiddetto arbitrio del giudice (pur preparato) nella decisione della controversia.

L'una e l'altra cosa non sono ancora, di per sé, difetti asso-

---

(192) *Trattato dei difetti della giurisprudenza*, cap. IV. Per un ragguaglio sulle edizioni e sulla critica si può utilizzare l'introduzione di G. BARNI all'edizione *B. U. R.* (1958) da cui cito (p. 43 s.). L'ultimo studio è quello di P.L. FALASCHI, *Il problema della certezza del diritto nel trattato 'Dei difetti della giurisprudenza' di L.A. Muratori* (1964). Cf. anche sopra, n. 120; n. 149; n. 191.

(193) Lascio da parte l'attività di ritrovamento della norma individuale di azione non controversa, ad opera degli stessi consulenti e dei notai.

luti: non lo sarebbero, per esempio, in un sistema fondato solo sulla fiducia nel giudice come uomo. Vengono invece sentiti come tali nei sistemi fondati sul principio della *Gebundenheit an den Rechtssatz*, nei quali è avvertita cioè l'esigenza di sentenze 'secondo diritto', e il diritto è conoscibile solo da giuristi. Solo in simili sistemi, a rigore, ha senso parlare di arbitrio del giudice: e allora possiamo dire che gli ordinamenti di diritto comune hanno conosciuto questo arbitrio in grado massimo (194).

La supplenza allo Stato viene qui esercitata dalla giurisprudenza attraverso il consiglio, giudiziale e di parte. Esso è appunto una (proposta di) norma individuale proveniente da un conoscitore del diritto. Nel contenuto è identico a una sentenza, rappresenta l'eterna categoria della soluzione della controversia concreta; nell'autorità ne differisce; talvolta — è il caso del consiglio giudiziale vincolante — ha effetti obbligatori, ma per il giudice, non per le parti.

C. Se il consiglio diretto, giudiziale e di parte, non è altro che la versione giurisprudenziale della sentenza come norma individuale, il consiglio pubblicato non è altro che la versione giurisprudenziale della sentenza come norma generale (cioè come precedente). Il diritto comune, per diversi motivi, non ha conosciuto il principio del precedente vincolante. Vi era anzitutto un motivo testuale: le fonti romane escludevano l'efficacia generale dei *praeiudicia* (195). Assai più importanti i mo-

(194) È questo il fondamento di tutta la polemica illuministica, e già prima delle lagnanze di tutti coloro che criticavano il sistema, in particolare di quanti chiedevano la codificazione del diritto. La dottrina comune non si nascondeva affatto la realtà del fenomeno, aggravato dalle teorie probabilistiche (che consentivano al giudice, in presenza di una soluzione semplicemente 'probabile' consona alle sue preferenze, di adottarla; e quindi, per esempio, in caso di dubbio, di giudicare senz'altro *pro amico*); ma cercava in vario modo di porvi riparo. Altamente significative da questo punto di vista sono opere come quella di Iacopo MENCHIO, *De arbitrariis iudicium quaestionibus et causis*, Firenze 1572, che cercava appunto di dirimere un gran numero di cause '*arbitrariae*', nelle quali cioè anche i teorici si rimettevano generalmente alla prudenza del giudice.

(195) C. 7, 45, 13. Cf. ENGELMANN 74 s.



tivi di struttura: fino al '700 manca l'obbligo di motivare le sentenze; per secoli non vi sono stati tribunali centrali sufficientemente stabili e influenti; quando sono sorti, sono rimasti legati agli ordinamenti locali, quindi tenuti ad applicare, prima del diritto comune, il diritto particolare dello Stato, per cui anche là dove eccezionalmente, come a Napoli, il principio del precedente ha avuto per un certo tempo vigore, le sentenze non erano propriamente di diritto comune. Si può dire che non vi è stato un solo tribunale di diritto comune, all'infuori forse della Rota romana (196), la cui influenza fu perciò indubbiamente la più estesa, anche se non sempre la più incisiva.

Altro motivo essenziale: la scarsa, quando non del tutto mancante, e comunque irregolare (per lo più dovuta a sporadiche iniziative di privati) pubblicazione delle sentenze. Solo con il Cinquecento le raccolte di *Decisiones* cominciano a circolare in quantità significativa. Occorre perciò distinguere un diverso ambito e modo di influenza dei giudicati: all'interno del tribunale stesso da cui provengono essi possono — custoditi nella memoria personale dei giudici, nella tradizione orale e negli archivi — godere di notevole autorità, sia ciascuno isolatamente, sia come elementi formativi dello *stylus curiae* o *stylus palatii*, che è una forma giudiziaria di consuetudine. Al di fuori del tribunale singolo, invece, e cioè nell'ambito del diritto comune, la giurisprudenzialità dell'ordinamento si riflette in certo senso sul tipo stesso di autorità dei giudicati: le sentenze pubblicate, che tutte provengono da giudici giuristi, valgono come opinioni di dottori, non come precedenti; sono, nell'economia del sistema, norme giurisprudenziali anch'esse.

Nell'ordinamento giurisprudenziale, ciò che fa la norma generale è meno l'investitura formale che il valore giuridico e la pubblicazione, la stampa.

A seconda dell'origine e della destinazione, la norma generale è poi più o meno astratta. Ma non si può stabilire una distinzione qualitativa (come quella tra norme generali e

(196) Cf. G. ERMINI, *La giurisprudenza della Rota romana come fattore costitutivo dello 'ius commune'*, in *St. Scaduto*, 1936 (cito l'estratto); cf. anche *Corso* 233-238.

individuali) tra norme astratte e concrete, e tanto meno confondere una distinzione con l'altra. La seconda può essere solo di grado (il caso viene sempre risolto in quanto tipico), e non coincide necessariamente nè con la prima, nè con quelle tra generi letterari giurisprudenziali e tra tipi corrispondenti di norme statali. L'efficacia generale o particolare della norma giurisprudenziale non dipende dal contenuto più o meno astratto, ma solo dal suo essere o no pubblicata; e la legge, il trattato dottrinale possono risolvere un caso complesso e raro (risultando, così, 'concreti'), la sentenza, il consiglio pubblicati possono risolvere un caso semplice e frequente (risultando, così, 'astratti'). Naturalmente, vi è una tendenza verso l'ipotesi contraria.

D. Con questo le grandi linee del sistema mi paiono tracciate. Nell'ambito della *giurisprudenza*, il principio di chiusura insito nella preminenza della *communis opinio* e nella tendenza dottrinale al sistema contrasta con il principio di apertura insito nello sviluppo dell'attività consulente; la ricerca della certezza con la ricerca sempre rinnovata della completezza casistica; il principio di autorità, insito nella preminenza della *communis opinio*, con il principio di libertà e il pluralismo proprio di ogni diritto giurisprudenziale e in particolare di una evoluta esperienza universitaria.

Sono tensioni feconde, non sempre nocive alla salute dell'organismo ordinamentale, anzi non eliminabili senza danno perchè nascenti dalla struttura antinomica della stessa esperienza giuridica. L'equilibrio si stabilisce intorno ad alcuni fatti, come quello per cui proprio i consulenti, sollecitati all'apertura dalla materia di vita sempre nuova, sono i più necessitati ad accogliere le *communes opiniones*; o quello per cui i teorici, maggiormente liberi nei confronti di queste, tendono all'unità e al sistema.

Rispetto alla *giurisdizione*, sia la *communis opinio* che la letteratura consiliare rappresentano un principio di chiusura e di limitazione della libertà che le avrebbero lasciato i puri testi legali: la prima nella direzione della certezza e dell'autorità, la seconda (specialmente con l'affermarsi della letteratura consiliare, che accumulava negli scritti, fino a colmare ogni im-

maginabile interstizio, i risultati della giurisprudenza consulente) nella direzione della completezza. Tra legislazione e giurisdizione (questo è caratteristico di un ordinamento giurisprudenziale) non c'è filo diretto.

Il punto chiave per l'equilibrio del sistema globalmente considerato sta forse in questo: che la *communis opinio* è destinata, sì, a legare i giudici, ma si forma attraverso il libero disputare di giuristi indipendenti. Insegnava il Salomonio (197) *quod iudex debet esse non iuris novator, sed religiosissimus observator, et quod in scholis nascuntur, crescunt, senescunt, intereunt communes opiniones, ex scholis in iudicia exeunt, atque probantur*. Se al tempo suo il riferimento al postò dominante della scuola entro il mondo giurisprudenziale era ancora esatto, non lo sarebbe più stato con il successivo spostamento di influenza a vantaggio della giurisprudenza pratica; ma l'affermazione fatta sopra resta valida in ogni periodo. I consulenti, situati a mezza strada tra la libertà giurisprudenziale e la cautelata responsabilità giurisdizionale, mediatori tra l'una e l'altra, sono forse quelli che più da vicino contribuiscono a che l'equilibrio globale si formi e si rinnovi.

Il regime della *communis opinio* e della letteratura consiliare segna, come ormai appare chiaro, l'avvento della giurisprudenzializzazione massima del diritto comune (198).

Se, dal punto che abbiamo raggiunto, vogliamo abbracciare con uno sguardo tutto lo sviluppo del diritto comune come espe-

---

(197) Non ho potuto vederlo direttamente. Cito dal NEVIZZANO, *Sylva* V, n° 4.

(198) In questa forma il diritto comune sopravviverà anche ai primi codici. Nel loro commento al § 23 delle *Pandette* di WINDSCHEID (1902), p. 125, FADDA e BENZA ricordano i numerosi codici moderni che si riferivano come fonte suppletiva al diritto comune o al diritto romano, e avvertono: « il disposto delle leggi Romane non sarà da intendere in quel senso, che la critica storica progredita potrà aver fissato in modo indiscutibile, bensì in quello che la comune opinione de' dottori e la prevalente giurisprudenza gli attribuiscono, e ciò perchè la interpretazione... era ormai divenuta diritto positivo ». Lo stesso principio, essi ci informano, era stato ripetutamente ed esplicitamente fissato dalla Cassazione francese all'inizio dell'Ottocento.

rienza di diritto giurisprudenziale (199), noi osserviamo che, pur nel gioco alterno delle singole variabili sopra individuate, le quali in certi periodi avanzano, in altri sono stazionarie o ad-

(199) Nella letteratura specializzata italiana degli ultimi decenni noi non troviamo, sul tema del rapporto giurista-diritto, alcuna ricerca approfondita, ma piuttosto un'opinione largamente diffusa che può così riassumersi: i giuristi sono semplici interpreti delle fonti normative; tuttavia si deve a loro se vi è stato un diritto adatto ai tempi; sono stati essi l'organo creativo nell'evoluzione giuridica. Cito V. PIANO-MORTARI, *Il problema dell'interpretatio iuris nei Commentatori*, ASD 1958, 106: « Il compito intellettuale del giurista si esauriva nell'interpretazione; la scienza giuridica, come si è visto, si risolveva e coincideva compiutamente con l'*interpretatio* » (cf. anche p. 57). Del resto il pensiero dei trattatisti del '500 e dei commentatori sarebbe in perfetta continuità con tutta la tradizione precedente: già i glossatori avrebbero (p. 104) « chiaramente affermato il principio di legalità, il vincolo del giurista alla definizione giuridica dei rapporti sociali sul fondamento esclusivo delle regole vigenti... ». Al tempo stesso, nell'articolo *Dialettica e Giurisprudenza*, ASD 1957, 348 s. e *passim*, P.-M. insiste sul rilievo decisivo, nel metodo dei giuristi, della dialettica come *ars inveniendi* — quindi per forza di cose svincolata dall'argomentazione *necessaria* fondata sulla legge, « strumento di sviluppo di un pensiero pieno di fiducia nelle proprie capacità creative » (ASD 1958, 72). Mi sembra di vedere una netta contraddizione tra la prima serie di affermazioni e la seconda; mi sorprende perciò la sintesi presentata in ASD 1957, 375: « Concezione autoritaria e normativa del diritto ed uso della dialettica da parte dei giuristi dei secoli XIV, XV e XVI ci sembrano pertanto in rapporto di stretta connessione storica. Il procedimento dialettico di pensiero si svolgeva, infatti, attraverso un processo speculativo di carattere *deduttivo*... ». Infine, nell'articolo su *L'argumentum ab auctoritate nel pensiero dei giuristi medievali* (RISG 1954, 457) leggiamo che « i giuristi e i giudici di quei tempi attribuivano alle opinioni di tali 'autorità' (*scil.* la glossa accursiana, il pensiero dei grandi giuristi del Trecento e del Quattrocento e la *communis opinio doctorum*) un'importanza tanto grande da derogarvi assai difficilmente, ponendosi anzi, spesso, in maniera esplicita il problema del loro valore reale nel quadro delle fonti di produzione del diritto ». Ma neanche questa constatazione scalfisce, a quanto pare, la concezione autoritaria e normativa del diritto cara all'À., se egli può riprodurre queste stesse parole a p. 342 dell'articolo 1957: l'autorità dei dottori era infatti, egli ci dice, solo 'probabile' e non 'necessaria'. Resta per me difficile da comprendere un pensiero al quale questi giuristi proteiformi si presentano al tempo stesso come meri interpreti di una legge che è tutta la norma, come dialettici altamente creativi e come tradizionalisti intenti a soppesare l'autorità dei predecessori, collocati tra le fonti del

dirittura regrediscono, il sistema nel suo complesso progredisce incessantemente verso la giurisprudenzialità, il diritto comune

diritto. Si tratta, a mio parere, di un atteggiamento irenistico, psicologicamente comprensibile, inteso a glorificare volta a volta, e poi a conciliare ecletticamente, legalità e giurisprudenzialità, volontarietà statalistica e razionalità del diritto intermedio; ma il compito storico-giuridico non è di lode o di conciliazione, è di diagnosi calzante e coerente: che o riconosca le contraddizioni come tali, o trovi modo di superarle da un punto di vista riconosciuto prevalente o più comprensivo. Analoghe oscillazioni di pensiero mi par di cogliere, nonostante il vigore e la risolutezza delle prese di posizione fondamentali, in U. NICOLINI, che da un lato ribadisce, in tutto il suo *Principio di legalità nelle democrazie italiane* (1946; 2<sup>a</sup> ed., qui citata, 1955), il vincolo del giudice e dell'interprete medievali alla legge, riducendo al minimo anzi a rigore negando la libertà creativa dell'interpretazione; dall'altro intende la legge come « termine che, usato al singolare collettivo, vuol comprendere in sé ogni norma del complesso ordinamento giuridico medievale » (ivi, p. XIX), « comunque esso risultasse composto, qualunque fosse cioè il sistema delle fonti di diritto: legge scritta, consuetudine, *opinio communis doctorum...* » (p. XVII). Non solo, quindi, egli viene a comprendere nella legalità largamente intesa il rispetto della consuetudine (a cui riconduce lo *stylus curiae*: ivi p. XVIII) e delle opinioni dottrinali, ma dedica poi la Parte più ampia della sua ricerca a rintracciare gli aspetti del principio di legalità... precisamente nella dottrina intermedia, così come aveva dovuto, nell'affrontare la storia di un istituto fondamentale come la proprietà, riconoscere che da uno studio sulla legislazione « soltanto indirettamente si può ricavare una concezione della proprietà » e che il diritto nell'epoca considerata « più che interpretato, fu spesso volte creato dall'opera dei giuristi » (*La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità*, 1940, rist. 1952, p. XX). E le citazioni potrebbero moltiplicarsi, cf. ERMINI, *Corso* 126 s. e 184, 244.

In questo quadro è particolarmente significativo il contrasto tra le posizioni consuete e quella di E. BUSSETI (sostenuta, anteriormente e contemporaneamente, e con accenni interessanti alla giurisdizione, ma di sfuggita e senza suscitare reazioni, da M. ROBERTI, *Svolgimento storico del diritto privato in Italia* I, 2<sup>a</sup> ed. [1935], 12-14 e 42 s.; L. A. MURATORI e il tramonto del diritto comune, *RSDI* 1936, 28-33; cfr. ERMINI, *Corso* 126 s) che fu acutissimo quando uscì il volumetto *Intorno al concetto di diritto comune* (1935). In quel volumetto (le cui idee sono state poste da B. alla base dei due volumi dedicati a *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, 1937 e 1939: vedi I, p. VII s.) si giungeva, attraverso non poche frettolosità e inesattezze su cui sarebbe faticoso soffermarsi, ad un nucleo essenziale che mi pare racchiuso nella definizione di *ius commune* come « l'insieme dei principi, delle costruzioni

diventa sempre più irricognoscibile nella sola legge. Ci accorgiamo che il grado di giurisprudenzialità di un ordinamento non

giuridiche e delle risoluzioni pratiche, rispettivamente formulate, create, od escogitate dalla dottrina» (p. 55). Definizione che, rettamente interpretata e soprattutto integrata con una visione meno sommaria e unilaterale delle vie attraverso cui la dottrina ha influito sul diritto, ritengo esatta dal suo punto di vista; come ritengo esatta l'affermazione che i vari diritti (romano, canonico ecc.) nella loro semplice testualità legale sono il materiale con il quale la giurisprudenza ha elaborato il diritto comune, e non il diritto comune stesso. Non mi risulta che nelle numerose recensioni, generalmente sfavorevoli (F. CALASSO, *RSDI* 1936, 328-332; G. DULCKEIT, *ZS* 1936, 396-402; E. SACHERS, *Krit. Vierteljahrschrift* 65, 28 ss. [non potuta vedere]; A. ROTA, *SD* 1937, 166-178; cf. anche E. GENZMER, *ZS* 1941, 329 s.; E. BESTA, *Introduzione al diritto comune* [1938] 45 s.; 53 s.; 65), quel nucleo essenziale sia stato colpito con argomenti validi; le critiche più forti, e giustificate, hanno corretto l'errata visione di B. per cui sarebbe diritto comune solo il diritto nuovo creato dai giuristi, e non anche quello che essi hanno accolto dalle fonti senza modificarlo; o la sua sottovalutazione del diritto romano; o la sua sopravvalutazione del fenomeno della *communis opinio* nell'ambito del diritto giurisprudenziale (assai insidiose a questo proposito, anche se non immediatamente chiarissime, le osservazioni di ROTA a p. 178). Quel nucleo invece, rimasto indenne, fu riproposto poco dopo, con ben altro corredo scientifico, da ENGELMANN (o. c. in *Abbrev.*) e poi ripreso da KOSCHAKER, *Europa, passim*, spec. 165 n. 25 = 94 n. 2); ma in sostanza è alla base di antiche e illustri ricostruzioni, come il *Volkrecht und Juristenrecht* di G. BESELER (1843) o la *Juristische Logik* di E. EHRlich (1918; parte I), di taluni preziosi *Saggi* di B. BRUGI e di quasi tutta la moderna storiografia tedesca della *Rezeption*.

In modo particolarmente violento reagirono ROTA e CALASSO nelle recensioni citate. Può stupire allora che il primo, in *Il diritto comune* (1946) parli di un « diritto prevalentemente di elaborazione dottrinale » (sottolineato dall'autore) che « si trovò fin dalle origini in completo dominio della dottrina », tanto che « gli stessi interpreti di quel diritto », travolti dalla « selva di opinioni, che sorsero su quasi tutti i punti... dovettero creare tutta una teorica complessa di *communes opiniones*, per rendere a loro stessi e al giudice la possibilità effettiva di una scelta », o dica (ivi, 100) che « l'elaborazione degli interpreti... è, a nostro avviso, e rimane, la vera fonte costruttiva del diritto comune, mentre il resto (e cioè le norme del *Corpus Iuris* e quanto accede a dette norme...) non costituisce in realtà se non la materia prima e strumentale di quella elaborazione ».

Quanto a Calasso, il suo pensiero presenta caratteristiche incertezze. Limitandosi alla sua opera conclusiva, *Medioevo del diritto* (1954), che rifonde numerosi scritti precedenti sullo stesso argomento, noi vi troviamo

può essere diagnosticato da un solo fatto semplice, come per esempio quello del metodo dei giuristi. Ma se vogliamo guarda-

---

affermato da un lato che « quest'epoca storica... potrebbe definirsi come l'epoca della legalità » (p. 481) e d'altra parte che l'equità è la chiave di volta di un sistema che la scienza giuridica (cf. p. 470, 490 e *passim*) erige. In realtà la sua concezione del diritto comune non può che portarlo, per quanto paradossale ciò appaia, sulle posizioni di Bussi. Per lui infatti, il diritto comune è anzitutto un sistema delle fonti (cf. anche p. 502). Ora, questo sistema è, come egli dice, opera della giurisprudenza. Quindi la parte essenziale del diritto comune è opera della giurisprudenza. Il diritto comune sarà poi un insieme di norme di comportamento, o se si preferisce di istituti. A questo punto per la verità C. dedica assai scarsi approfondimenti. È chiaro tuttavia che, stando alle premesse, saranno diritto comune le norme coordinate secondo quel sistema e gli istituti foggiate da tali norme. Non quindi da una delle singole fonti, ma proprio dalle fonti sistematizzate, dal sistema. E chi farà l'unità delle norme? chi elaborerà unitariamente gli istituti? Necessariamente la giurisprudenza. Si spiega allora come C., dopo aver citato come esempio di ovvia absurdità e di « cosa senza capo nè coda » (*RSDI* 330) la definizione di B. « l'insieme dei principî, ecc. » e aver ribadito che il diritto comune è un « sistema legislativo » (ivi 331), abbia dovuto dire in altro luogo, meglio rappresentativo della maturità del suo pensiero, che « l'organo di questa evoluzione grandiosa » fu « la scienza, coadiuvata dalla giurisprudenza », sicchè « in quest'epoca con l'espressione *ius commune* si designò pure, per antonomasia, la scienza e la giurisprudenza » (*Medioevo*, p. 389). Il contrasto apparentemente radicale tra i due autori è nato dal non aver essi (ma soprattutto C.) accettato di vedere, dialetticamente, la complementarità delle rispettive posizioni. Parlando di « sistema legislativo » (espressione comunque infelice), Calasso ha davanti agli occhi il sistema delle fonti 'in sè', nell'oggettività sovrasensibile del 'mondo delle idee' medievale; Bussi parlando di giurisprudenza osserva invece che quel sistema ideale, e l'insieme degli istituti ad esso riferibili, si manifesta storicamente nelle opere dei dottori, ha in esse, oltre che la propria fonte di cognizione, il proprio supporto e la propria 'positività'. È quindi probabile che Bussi sarebbe d'accordo con la descrizione data da Calasso del sistema, purchè venisse inteso come fonte di ispirazione, materiale costruttivo per l'opera del giurista; e purchè venisse integrato con le fonti chiaramente giurisprudenziali venutesi consolidando; mentre le citazioni di Calasso ci rendono certi che egli — e con lui, si badi, la maggior parte della storiografia italiana — implicitamente già accoglieva (e maggiormente avrebbe dovuto accogliere in una eventuale storia di istituti del diritto comune) la più feconda, coerente e storicamente adeguata concezione difesa (poco felicemente) da Bussi.

re le cose da questo particolare angolo visuale, ci accorgiamo di una linea di sviluppo che proprio segue le famose tre fonti di ritrovamento del diritto, *leges rationes auctoritates*. Dapprima si resta ancora vicini alle *leges*, e l'innovazione consiste nell'audacia dell'*extensio* analogica o della citazione 'argomentativa'. Poi si fa uno spazio sempre maggiore alle *rationes*; infine alle autorità. Molto grosso modo i tre momenti corrispondono alla giurisprudenza dei glossatori, dei commentatori e dei consiglieri. Glossa accursiana e *communis opinio* rappresentano due fenomeni 'paralegislativi' all'interno del regime giurisprudenziale. Il giurista singolo raggiunge il suo massimo potere (che è sintesi di creatività indipendente e di autorità) nel corso del Trecento.

Le conseguenze storiografiche di quanto siamo venuti dicendo potranno trarsi applicando ai diversi periodi, con gli opportuni adattamenti, i criteri già messi in luce a proposito dell'esperienza romana (200)\*.

---

(200) Vedi sopra, p. 76-78.

\* *Addendum*. Nella biblioteca universitaria di Francoforte ho potuto vedere, grazie alla segnalazione dell'amicò Dr. H. E. Troje, una copia in eccellente stato di conservazione dell'edizione tedesca (1584) del *Syntagma* menzionata sopra alla n. 157. Sono esatte le indicazioni del DE SENKENBERG. Il *Thesaurus* si apre con i soliti trattati del Corazio, dell'Azoguidi e del Nevizzano (di cui viene riportato anche il libro VI). La disposizione è completamente diversa dal *Syntagma*: le opinioni comuni sono ordinate alfabeticamente; all'interno di ogni lettera vengono riportati uno dopo l'altro i contributi dei diversi autori, in ordine costante: Turzanus, Villalobos, Joh. Fichardus, Vivius, Gribaldi, Capra, Clarus, Raymundus Pius Fichardus (citato dal Claro), Soarez, *Marianus Socinus sen. per Bernh. Heider*. (?), *Marianus Socinus jr. per Erasmus Musculum*, Kirchovius, Grassus, Bonacossa, Bursatus, *Cassianus Putaeus*, Valle. Come si vede mancano, degli autori citati nel *Syntagma*, Bellonus, Vezinus, Bellacomba, Fina e quelli ricordati nelle Prefazioni; vi sono in più quelli qui stampati in corsivo.





### CAPITOLO III

## IL GIUSLIBERISMO

I.1. Questa parte della nostra ricerca è dedicata a riconoscere i modi di agire e la reale funzione del giurista in un ordinamento dove, nell'intenzione dell'autorità e nella convinzione degli stessi giuristi e di tutti i consociati, il diritto si riduca interamente alla legge dello Stato.

Perchè si realizzino le condizioni di un simile ordinamento, che d'ora in poi chiameremo senz'altro *legale*, sembra indispensabile il ricorso allo strumento del *codice*. Questo può definirsi, ai nostri fini, come ogni corpo di leggi, comunque composto (rifusione unitaria di leggi precedenti in forma di 'testo unico', consolidazione del diritto giurisprudenziale o vera e propria codificazione sulla base dello stesso), che abbia lo scopo di regolare completamente, quindi ad esclusione di ogni altra fonte, la materia di almeno uno dei grandi rami del diritto. La legislazione frammentaria, qual'è di solito quella degli Stati nel periodo del diritto comune, non basta a fornire il postulato di fondo di un ordinamento legale in senso stretto. Il codice non esclude le 'novelle', cioè la legislazione frammentaria successiva, ma questa è anche l'unica fonte cui si riconosca in teoria (e a malincuore) un autonomo rilievo: la consuetudine si considera fonte delegata e in pratica si trascura, il ricorso a fonti metapositive, o positive non statali, è precluso salvo rinvio da parte della legge. Il problema dell'adattamento del diritto ai nuovi bisogni è radicalmente demandato al legislatore. Questo può essere il sovrano o — in regime di divisione dei poteri legislativo ed esecutivo — il parlamento. Ma è un fatto che la divisione dei poteri legislativo e giudiziario, intesa rigoristicamente come attribuzione al primo del mono-

polio normativo, non si realizza senza il codice almeno come corpo di leggi riorganizzato *sub specie codicis*.

La vicenda del diritto comune è l'esempio grandioso di un ordinamento (completo, anche se sussidiario, come abbiamo visto) che si sviluppa per secoli senza l'intervento del legislatore. Con la formazione degli Stati assoluti, il concetto stesso di diritto comune entra in crisi, mentre si irrobustisce l'idea del diritto come legge emanata dal singolo Stato. Contemporaneamente, le esigenze di certificazione e semplificazione, presenti all'interno stesso della giurisprudenza forense di diritto comune, si rafforzano e premono nel senso di favorire la sostituzione della *communis opinio* con una consolidazione o una codificazione promossa dal sovrano (1). A favore del codice opera infine l'ideologia giusnaturalistica e illuministica, il razionalismo giuridico che ritiene conoscibile e formulabile dalla ragione l'insieme dei principi e delle norme della convivenza.

Queste tre forze se prese nella loro purezza sono, al limite, profondamente eterogenee. L'affermazione dell'estendersi del volere sovrano sopra tutta la vita, il bisogno di sintetizzare la tradizione giurisprudenziale, il progetto di un ordine razionale, radicalmente nuovo, della società — in altre parole: il motivo politico-costituzionale, il motivo tecnico, il motivo ideologico o filosofico — sono avversari potenziali che si incontrano proprio solo nel favorire l'idea di codice: la quale appare perciò gravata di una preoccupante ambiguità. Il codice è al tempo stesso: per i teorici del nuovo Stato, atto di una volontà assoluta, al limite arbitraria; per giuristi come Muratori, compendio di una esperienza specialistica di secoli; per i giusnaturalisti, modello sociale assolutamente valido. L'idea finale, quale è andata maturando, per il confluire dei filoni indicati, tra il Cinque e il Settecento, si risolve in una serie di ambiziosi paradossi: giusnaturalismo positivistico, tradizionalismo riformistico o addirittura rivoluzionario, volontarismo razionalistico... Forse proprio nell'apparente capacità del codice di realizzare tutte queste contrastanti aspirazioni sta la sua necessità e vitalità storica, che lo porta, in un secolo, a conquistare quasi tutta l'Europa. Ciò

---

(1) Vedi sopra, cap. II n. 191.

avviene grazie a un regime di relativo equilibrio che si stabilisce, in questo periodo, tra le tre forze; ma ciascuna può, prima o poi, lasciarsi trascinare dalla logica sua propria e cercare il predominio.

Effettivamente non mancheranno di prodursi mutamenti di rapporti a seconda dei tempi e degli Stati. Così, la volontà del sovrano potrà essere sostituita da quella, non meno assoluta, del popolo o della nazione (e sarà un indebolimento del motivo autoritario-volontaristico puro in nome di un modello sociale razionale); ma proprio questa sostituzione, caratteristica degli Stati a legislazione democratica, potrà, quasi per una rivincita, indebolire il terzo motivo, nel senso di far presumere, o almeno non più discutere, la razionalità della volontà costituzionalmente manifestata. Cioè lo sforzo profuso, con la lotta per la democrazia e gli accorgimenti costituzionali, nella razionalizzazione del volente (del 'legislatore') sembrerà esonerare anzi doverosamente distogliere dall'impegno di controllare la razionalità del voluto (della legge) (2).

Quest'ultimo fenomeno è forse il più rilevante quanto ad influenza sul modo di vedere del giurista di professione, e può seguirsi un po' dovunque nell'Europa continentale dall'Ottocento ad oggi: l'idea dello Stato di diritto a poco a poco si capovolge, per eccesso di fiducia, nell'idea del diritto di Stato. La dottrina della divisione dei poteri, interpretata nel senso di sottrarre al giudice ogni funzione normativa per conferirla agli organi della volontà generale, proprio perchè contenente un nucleo di autentica razionalità finisce per formare la coscienza del giudice e del giurista a un legalismo passivo e formalistico. Montesquieu assume i lineamenti di un antenato di Bergbohm, il liberalismo costituzionale e il parlamentarismo democratico contribuiscono a fondare una concezione del diritto che, staccata

---

(2) Cf. STERNBERG, *ER* 132: i codici nascono favoriti dai monarchi assoluti e dalla burocrazia, ma vengono poi fatti propri dal liberalismo che si richiama a Montesquieu. « Was jene um der Autorität willen heischten, das verlangte sie [*scil.* die liberale Strömung] um der Freiheit willen »: e proprio questa versione liberale dà il suggello definitivo al positivismo assoluto e alla teoria dell'automatismo del giudice e del giurista. Così anche LESS, *WR* 91 i.f.

dalle sue matrici, sarà poi, paradossalmente, la premessa di validità della legislazione nazista (3).

L'idea di codice (cioè di legislazione completa) si trasforma quindi da prevalentemente razionalistica in prevalentemente positivistica: il codice alla fine è ritenuto completo non più tanto come pensiero di una ragione creduta capace di assoluto, quanto come emanazione di una volontà postulata come l'unica giuridicamente rilevante.

Con il passaggio dal diritto comune al codice si produce comunque il passaggio da un diritto non solo sostanzialmente ma

---

(3) Questa vicenda è un esempio tipico dell'ambivalenza di ogni dottrina, della sua possibilità di essere condotta a inattesi, contrastanti esiti storici a seconda degli uomini che la interpretano e se ne servono. Proprio gli aspetti di verità contenuti nella teoria montesquiviano-liberale della separazione (primato del legislativo in quanto espressione della volontà popolare; prevedibilità e certezza del diritto; difesa della libertà del cittadino contro l'arbitrio del giudice) sono quelli che legittimano e 'fanno passare' una forma di legalismo tendente a distruggere ogni capacità di resistenza del mondo giurisprudenziale. Montesquieu (e non i sovrani codificatori, non Hegel) viene perciò comunemente additato, nel periodo storico di cui ci occuperemo in questo capitolo, come il padre del positivismo legalista: cf. STERNBERG, l.c. alla n. prec.; GÉNY, *MS* I, 76; 77; 101; 200; 208-215; *ST* I, 27 n. 1; J. HATSCHKEK, *Englisches Staatsrecht* I (1905) 155; 157 s.; KANTOROWICZ, *RS* 14; 53 s.; MAJETTI 11; RADBRUCH, *Rechtsschöpfung* 357-359; MANIGK, *Moder-nismus* 16 s.; BRÜTT, *KR* 180; FUCHS, *G* 36; STAMPE, *F* 10; 25; OERTMANN, *RV* 19. Nello stesso senso, più recentemente: A. ROSS, *Theorie der Rechtsquellen* (1929) 34; 40; G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione* (1937) 145; CAIANI, *GV* 41; 42 i. f.; 152; voce *Analogia (Teoria gen.)* in *ED* II (1958) 360; PUIG-BRUTAU, *JF* 139; N. BOBBIO, voce *Lacune del diritto*, in *NDI* IX (1963) 420; *Il positivismo giuridico* (corso univ. 1963) 89; *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (1965) 33. Nell'articolo *Montesquieu, la séparation des pouvoirs et la Constitution fédérale des Etats Unis*, S. COTTA ha però messo in luce quali spunti di indipendenza Montesquieu, pur sostenendo la posizione subordinata del giudice e la natura puramente meccanica della sua attività, riconosca al giudiziario già con il considerarlo un potere autonomo dello Stato che tendenzialmente trae la propria investitura dal popolo e che a certe condizioni esercita una sorta di controllo di costituzionalità. Su tutto l'argomento vedi ora F. MODUGNO, voce *Poteri (Divisione dei)* in *NDI* XIII (1966) 472-489.

ormai, in larga misura, anche formalmente giurisprudenziale, a un diritto formalmente solo legale. E si produce con un evidente pathos antigiusprudenziale. Il giudice non è più che la bocca che pronuncia le parole della legge (Montesquieu); il termine giurisprudenza va cancellato dalla lingua (Robespierre); commenti e interpretazioni della legge sono in certi casi addirittura vietati (4).

Formalmente privata di ogni potere sul diritto, la giurisprudenza a lungo non si ribella — « io non conosco il Diritto civile, io insegno il Codice Napoleone » dirà in Francia, con compiaciuta chiarezza, un rappresentante tipico dell'*école de l'exégèse* (5) —; piuttosto, nell'attitudine di chi rinuncia a un passato di confusione e di praticismo, si accinge a diventare (finalmente!) 'scienza del diritto'. Anzi nel suo zelo di ortodossia va talvolta al di là delle stesse esigenze del legislatore: l'*école de l'exégèse* interpreta a proprio danno le disposizioni liberali e lungimiranti del *Code* (6); Brinz dirà che le lacune non sono mai nel diritto positivo, ma eventualmente in chi ne desidera, senza possedere i necessari requisiti, la protezione (7).

Di fronte a un simile ordinamento, sarebbe compito della nostra ricerca esaminare i procedimenti effettivamente seguiti dagli interpreti, i risultati da loro raggiunti, per controllare se la realtà operativa non diverga dal modello a cui gli stessi operatori fortemente tengono.

Ma il nostro esame critico trova il lavoro in gran parte già fatto. Ai campioni dell'ortodossia non hanno mancato di opporsi, in ogni parte d'Europa, voci di profondo dissenso, voci di una giurisprudenza che ha ritenuto di dover ritirare, come necessariamente fittizie, le dimissioni a suo tempo presentate. Potremo perciò limitarci, almeno inizialmente, a far rivivere il loro animoso, lontano eppur attuale discorso polemico.

(4) Cf. FUCHS, *G* 36 s.; KANTOROWICZ, *RS* 54 s.

(5) BUGUET, in J. BONNECASE, *L'école de l'exégèse en droit civil* (1924) 29 s. (cit. da N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico* [corso univ., 1963] 94; ivi altre testimonianze significative della stessa *forma mentis*).

(6) GÉNY, *MS* I, 70-105; KANTOROWICZ, *RS* 55-63; BOBBIO, *Il positivismo* cit., 79-103.

(7) Cf. ZITELMANN, *Lücken* 40 s. n. 5; GÉNY, *MS* II, 346.

Diverse ragioni consigliano di scegliere l'orbe giuridico tedesco (Germania ed Austria) della fine dell'Ottocento e del primo Novecento, teatro della lotta tra la pandettistica — che può considerarsi come il vertice del positivismo classico — e la *Freirechtsbewegung*. Una prima ragione è che la lotta si è svolta tra avversari particolarmente ragguardevoli, in forma esplicita anzi violenta, e consente quindi la più completa e nitida desiderabile presa di coscienza in linea di principio. Una seconda ragione sta nell'assoluta, oggettivamente ingiustificata sproporzione tra il prestigio goduto dalla pandettistica in Italia, dove proprio in quegli anni si importavano il suo metodo e i sistemi civilistici, processualistici, pubblicistici su esso fondati, e la quasi nessuna eco avuta tra noi dalla voce degli oppositori. Lasciando passare solo i pomposi monumenti della scuola classica, i nostri 'fondatori' non si accorgevano di non riprodurre l'equilibrio nuovo, la diversa prospettiva in cui la polemica, guadagnando terreno, andava collocando le opere stesse dei maestri, e fornivano l'Italia di una scienza che nel paese di origine era vecchia ormai di decenni.

A tutt'oggi la sproporzione non può dirsi corretta: la giurisprudenza italiana, indubbiamente tesa, nelle sue forze più vive, al superamento dell'accademicismo di maniera, trascura l'antidoto che gli antichi avversari della pandettistica potrebbero offrirle, se non altro come coloro i quali ebbero direttamente di mira gli archetipi della cultura giuridica che si tratterebbe di superare. Ciò è dovuto anche a un'ovvia difficoltà bibliografica: da noi la maggior parte degli scritti dei *Freirechtler* non solo non ha mai circolato un po' ampiamente, ma è irreperibile anche nelle principali biblioteche nazionali e universitarie (8).

Può stupire che il dogma legalistico si sia affermato in Germania già prima del codice civile unitario. Ma occorre tener presente che i vari Stati tedeschi si erano dati, fin dall'inizio dell'Ottocento, un diritto largamente legale. Accanto alle vere e proprie codificazioni (l'austriaca, la prussiana, la francese rece-

---

(8) L'unica raccolta non proprio esigua — ma tutt'altro che completa — di cui io sia a conoscenza è quella della Biblioteca Del Vecchio, presso l'Istituto di Filosofia del Diritto dell'Università di Roma.

pita nel Baden, tutte destinate a una longevità secolare) c'erano le legislazioni regionali, più tardi verranno i codici comuni di commercio, penale, di procedura... il *BGB* non farà che chiudere la serie.

È vero che la giurisprudenza universitaria, almeno nel campo civilistico, ha dedicato per tutto il secolo il meglio di sé al diritto comune; ma è anche vero, da una parte, che la giurisdizione non ha potuto seguirla, essendo in primo luogo vincolata ai diritti regionali (9); e d'altra parte, che il concetto di scienza decisivo per tutta la scuola classica (non tanto quello affacciato negli scritti programmatici, quanto quello inaugurato da Savigny con la monografia sul *Besitz* (10) aveva, nonostante le apparenze, un lato innegabile di solidarietà con il legalismo.

Scienza significava infatti, in quell'impostazione (come già in quella della giurisprudenza umanistica), essenzialmente due cose: fedeltà ai testi e sistema. Dal primo punto di vista, si trattava di tornare alle fonti nel loro significato originario, scrostandone l'interpretazione e la casistica confluita nell'*usus modernus pandectarum*. Ora, sul piano giuridico il 'ritorno alle fonti' equivaleva a una forma di legalismo per abolizione del diritto giurisprudenziale intermedio (11); anzi si ha l'impressione che sulla stessa iniziativa filologica possa aver influito il legalismo sospeso nell'aria dopo i primi codici, quando si osserva come fossero applicati alle Pandette gli stessi metodi interpretativi in uso per le leggi contemporanee.

Scienza significava poi — e soprattutto — costruire, con (e solo con) il materiale così depurato, un edificio che rispondesse a tutte le esigenze di logicità e di completezza proprie del sistema giusnaturalistico. L'idea di scienza realmente operante

---

(9) Vedi Bülow, *Betrachtungen*, Lettera 2<sup>a</sup>. La scuola storica ha portato a un allontanamento della 'teoria' dalla 'prassi' di cui a un certo punto lo stesso Savigny si è reso dolorosamente conto.

(10) Sull'enorme importanza della monografia, la nessuna affinità dei suoi reali presupposti metodologici con i programmi della scuola storica, la duplice radice (filologica e sistematica) del suo successo, sono, mi pare, definitive le pagine di LANDSBERG, *Geschichte* III.1, 190-196.

(11) Cf. M. RÜMELIN, *Wandlungen* 14-16 (efficace l'espressione sintetica: « romanistischer Quellenpositivismus »).



nella mente dei pandettisti è quella di ' sistema razionale completo ', capace di ' spiegare ' mediante formulazioni generali tutti i singoli fatti, sul tipo della meccanica classica più ancora che del razionalismo wolffiano (12); sistema che abbia, come ' fatti positivi ' da spiegare, appunto i testi di legge.

Insomma l'originalità di Savigny come giurista, la novità del metodo da lui inaugurato rispetto ai due indirizzi (giusnaturalismo e *usus modernus pandectarum*) allora dominanti è consistita soprattutto in questo: ciò che il giusnaturalismo chiedeva alla pura ragione, pretendere di ottenerlo dai dati, dai prodotti della storia (i testi di legge); quanto all'*usus modernus*, ' superarlo ' nella duplice direzione del rigore filologico e del rigore logico-sistematico: l'enorme sua accumulazione di concreta esperienza innovatrice veniva messa da parte con un facile gesto, quello di negarne la ' scientificità '.

Ora, anche l'assunto sistematico — come quello filologico — può per qualche aspetto rivelarsi solidale con il legalismo. Legalismo infatti vuol dire codice, completezza; e completezza vuol dire sistema. Nulla dunque di più utile per un instaurando ordinamento legale che una scienza del diritto sistematica.

E reciprocamente l'assunto sistematico può — come quello filologico — apparire suggerito dal legalismo. La riduzione del diritto alla legge, cui spetta così un ruolo forse superiore a quello del testo ispirato in teologia, conferisce infatti necessariamente alla giurisprudenza il carattere di una dogmatica: la passività in radice di fronte alla legge non può che tradursi in una atrofia dell'elemento empirico e valutativo, in una ipertrofia dell'elemento logico-sistematico. Ma questo a patto di intendere il sistema in un senso depotenziato e dipendente, come sistemazione perennemente affaticata a inseguire il ' fatto ' legale. Se invece a ' sistema ' si dà il valore pieno, o filosofico di edificio fondato sulle evidenze prime e dirette della ragione, o scientifico di insieme ordinato delle leggi formulanti regolarità immancabili della natura, allora

---

(12) Sull'influsso del modello wolffiano cf. WIEACKER, *PRG* 229; 191-194.

non c'è dubbio che legalismo e assunto sistematico sono in contraddizione, data l'insopprimibile storicità, arbitrarietà e mutevolezza delle disposizioni legali.

Non sembra che i classici si siano dati pensiero di questa contraddizione (in cui ritroviamo quella tra il motivo autoritario e il motivo razionalistico nell'idea di codice), se il mondo giuridico ha potuto sorprendersi e scandalizzarsi della conferenza di Kirchmann sulla invalidità della giurisprudenza come scienza (13). Nè hanno preso troppo sul serio l'esigenza filologica, che portata fino in fondo poteva scoprirsi contraddittoria non solo con la volontà di sistema, ma — palesando l'eventuale problematicità del dato testuale — con lo stesso legalismo. Insomma i classici hanno, mediante una serie di compromessi, adottato un metodo che finiva per dare alla legge la massima portata e la massima influenza possibile.

È dunque ben lecito (tenuto conto anche, e non secondariamente, della componente psicologica, la mentalità tedesca (14) del suddito, del funzionario, propensa al conformismo nei confronti dell'*Obrigkeitsstaat*, poco adatta alla critica politica) designare la Germania, anche prima del codice civile unitario, come un Paese ad ordinamento formalmente legale e la scuola classica come una giurisprudenza legalista. Si trattava, del resto, di una convinzione degli stessi interessati; convinzione, a scuotere la quale si dedicherà appunto, quasi in concomitanza con l'entrata in vigore del codice, la *Freirechtsbewegung*.

2. Il primo problema che questa ci pone è un problema di confini. Ho già avvertito che mi sarei limitato all'orbe giuridico tedesco; devo adesso aggiungere che questa limitazione, giustificabile sul piano storico, è gravemente arbitraria sul piano delle idee. Storicamente non c'è dubbio che il movimento in Ger-

---

(13) *Über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1847; cf. LANDSBERG, *Geschichte* III.2, 737. Il giudizio esatto sulla conferenza, da un punto di vista psicologico ed epistemologico, è stato dato acutamente da STERNBERG, *Kirchmann*, cap. IV (13-35).

(14) Secondo STERNBERG (*Kirchmann*, Introd. e *passim*) soprattutto prussiana; secondo EHRLICH (*FR* 7-9) e SPIEGEL (cit. da REICHEL, *GR* 4, che lo approva) anche molto austriaca.

mania e in Austria si è svolto in quasi completo isolamento dall'estero, come reazione a uno stato di cose che aveva caratteristiche specificamente locali, in un clima, con una tensione, che altrove non si riscontrano. L'unico autore straniero che ha avuto un'influenza apprezzabile è Gény.

Teoricamente, invece, è innegabile l'affinità della *Freirechtsbewegung* con altre tendenze all'incirca contemporanee del pensiero giuridico europeo e americano, di cui manca tuttora una valutazione d'insieme approfondita. Qui non intendo accennarvi che per memoria: non si avrebbe un'idea adeguata dell'ampiezza e della potenza del movimento di riforma prodottosi intorno all'inizio del secolo, e la stessa *Freirechtsbewegung* non potrebbe essere compresa nel suo significato sintomatico, se non si tenesse presente almeno l'esistenza di fenomeni come la giurisprudenza sociologica, e più tardi il realismo, in America (15) e soprattutto la nuova giurisprudenza franco-belga rappresentata con la maggiore autorità da Gény, ma ricca di altri, forti spunti originali (16). Si tratta di indirizzi in larga misura indipendenti e contrastanti, che hanno però in comune, tra loro e con il movimento tedesco, l'atteggiamento fondamentale di critica all'uno o all'altro aspetto del metodo analitico classico, fondato sul dogma della completezza almeno potenziale del diritto (legale o giurisdizionale) statuito.

L'unica separazione che mi sembra impossibile mantenere è quella tra la *Freirechtsbewegung* e Gény. Gény è stato sempre considerato dai riformatori tedeschi, grazie a *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1899), come uno dei padri del movimento (17); e inversamente, la sua conoscenza perfetta e la sua scrupolosa utilizzazione dei tentativi compiuti in Germania fa di *Science et technique en droit privé positif*

---

(15) Vedi, per un orientamento, FRIEDMANN 293-299 e *Indice degli autori s. v.* Cardozo, Holmes, Pound; 245-258; G. BOGNETTI, *Il pensiero filosofico giuridico nord americano del XX° secolo. I fondatori: Holmes; Pound; Cardozo* (1958); TARELLO, o.c. alla n. 166.

(16) Vedi BONNECASE, *Romantisme*; GÉNY, *MS II*, 235-286; *ST II*, 87-110; 191-272.

(17) Cf. per tutti EHRlich, *FR IV s.*; KANTOROWICZ, *RS 64 pr.*; 66; FUCHS, *Gemeinschaftlichkeit* 68.

(1914-1924) anche un prolungamento e una sintesi, fortemente e originalmente pensata, del *Freirecht*. A lui per primo risale il termine di 'libera' ricerca del diritto (18); la sua opera, portata avanti per quasi un trentennio, « forse la più elaborata teoria del diritto che sia mai stata svolta dall'angolo visuale del giurista pratico » (19), abbraccia come in un'ampia cornice, cronologicamente e dottrinalmente, il tumultuoso panorama tedesco e forma con esso un'inscindibile unità.

All'interno del mondo germanico riterrei invece di poter escludere dall'ambito del movimento giusliberista (seguendo del resto un'impostazione storiografica che è già di Géný (20)) i filosofi del diritto professionali. La negazione dell'autosufficienza del diritto positivo, e l'elaborazione di criteri metapositivi dell'ordine giuridico, è un po' una delle ragioni di vita della filosofia del diritto, che si può dire non abbia lasciato passare una generazione senza ribadirla per bocca di almeno qualcuno dei suoi cultori.

Privato dell'apporto dei filosofi, il nostro movimento presenta invece l'interesse tutto particolare di un'insurrezione dei giuristi militanti di ogni categoria, giudici, avvocati, professori; di una presa di coscienza prodottasi all'interno stesso della vita giuridica, per le esigenze imprescindibili di questa, sotto la spinta di esperienze dirette e quotidiane, per nulla tese alla ricerca di un principio valido *sub specie aeternitatis*. Lascero quindi da parte non solo i giusnaturalisti(21) ma anche Stammler, il cui sistema critico è pur

(18) « Libre recherche scientifique »: *MS II*, 74-190 e *passim*. Vengono poi EHRlich, con *FR*, e KANTOROWICZ, con *KR*.

(19) FRIEDMANN 284.

(20) *MS II*, 333 s., all'inizio del capitolo su *Le mouvement du 'freies Recht' (libre droit) dans les pays austro-allemands* (*MS II*, 330-403), che costituisce a tutt'oggi, senza confronti, l'esposizione più intelligente e completa; insostituibile, tra l'altro, per la pazientissima documentazione bibliografica fino al 1914.

(21) Géný non è un giusnaturalista nel senso consueto, sia perchè parte dall'interno del diritto positivo, sia perchè riconosce e teorizza — accanto a un minimo di principii razionali supremi — un ben più complesso e articolato procedere (« scientifico » e « tecnico ») alla ricerca del diritto.

stato di ispirazione e di incoraggiamento diretto ad alcuni *Freirechtler*.

Quanto ai limiti di tempo, non è possibile fissarli con tutta precisione da un unico punto di vista comprensivo. L'acme del movimento quanto a risonanza della polemica nel grande pubblico giuridico, cioè il periodo in cui il giurista tedesco era sottoposto ogni anno a un vero bombardamento di articoli e libri metodologici, va all'incirca dal 1905 (tre articoli *retentissants* di Stampe sulla *Deutsche Juristenzeitung*) allo scoppio della guerra, con una punta massima tra il 1906 e il 1912 (manifesto di Gnaeus Flavius, i quattro libri di Fuchs). Ma la storia intellettuale del movimento non può certo farsi iniziare dopo il 1899 (apparizione del libro di Géný, subito seguita dall'entrata in vigore del *BGB*); tra il 1914 e l'avvento del nazismo si assiste a una produzione più diradata, ma spesso molto matura, che include il pregevole bilancio di Reichel (22), la *Juristische Logik* di Ehrlich (23), la seconda edizione (con aggiunta del prezioso *Epilogue*) di *Méthode et sources* (1919), la *Einführung* di Stampe (24), *Rechtsnorm und Entscheidung* di Jsay (1929), un efficace schizzo conclusivo di Fuchs, scritto l'anno stesso della morte (25), una larga messe di scritti della *Interessenjurisprudenz* (26), in particolare della scuola di Tübingen.

(22) REICHEL, *GR*.

(23) EHRLICH, *JL*.

(24) E. STAMPE, *Einführung in das bürgerliche Recht. Ein kurzes Lehrbuch nach neuem System und neuer Lehrmethode. I Teil* (rimasto unico), 1920. La breve prefazione, in cui Stampe dichiara di voler seguire la «freirechtliche Methode» nonostante tutte le opposizioni, è importante; come pure importante è il tentativo di Stampe, qui e altrove (cf. n. 70), di tradurre i principii di metodo in opere dogmatiche.

(25) E. FUCHS, *Was will die Freirechtsschule?*, 1929; ora in *G* 21-63.

(26) Si vedano soprattutto gli scritti di R. MÜLLER-ERZBACH (professore a Monaco di Baviera): *Zwei Beiträge zur Interessenjurisprudenz*, in *JhJ* 73 (1923) 135-184; *Deutsches Handelsrecht*<sup>2</sup>, 1928; *Reichsgericht und Interessenjurisprudenz*, in *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben* (opera collettiva), vol. II (1929) 161-177; *Wohin führt die Interessenjurisprudenz?*, 1932 (lo scritto programmatico più importante); *Die Interessen und die Machtlage beim Kauf und die Hauptteinwirkungen auf die Rechtsgestaltung*, 1937; *Die Hinwendung der Rechts-*

gen (27), culminanti, nel 1932, in *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* del longevo e infaticabile Heck. È un periodo di sereno perfezionamento. Prima del 1899 (28), a parte le luminose ma fugaci meteore di Jordan e di Kirchmann, si possono cogliere, fin da Jhering e poi sempre più frequenti, più consapevoli, i segni di inquietudine della generazione che sarà quella dei 'precursori', mentre appaiono, spesso ancora parziali e insicure, consegnate per lo più nelle introduzioni o disperse tra le pagine di monografie a carattere dogmatico, le prime prese di posizione metodologiche dei futuri protagonisti.

All'interno del periodo approssimativamente indicato io mi propongo di trattare, almeno inizialmente, come un'unità l'insieme dei tentativi di rinnovamento. Nel comune desiderio di dare maggior credito alla loro causa, i riformatori hanno talora seguito tattiche opposte. Alcuni hanno adottato quella espansiva del 'siamo in molti', anche a rischio di ricevere le 'dignitose' smentite di una serie di personalità generosamente ascritte al movimento: è il caso di Gnaeus Flavius e ancor più di Fuchs,

---

*wissenschaft zum Leben und was sie hemmt*, 1939. Müller-Erbach ha continuato a scrivere di metodo fino al secondo dopoguerra.

(27) Vanno qui ricordati, come particolarmente pregevoli, alcuni discorsi accademici di M. RÜMELIN su problemi generali del diritto o su figure rappresentative della scienza tedesca. Questi discorsi, oggi difficilmente reperibili, che Rümelin doveva tenere annualmente e ai quali ha dedicato il meglio della propria attività, meriterebbero a mio parere di essere ripubblicati in volume per l'accuratezza e la completezza del quadro teorico che offrono. Si vedano soprattutto: *Die Gerechtigkeit* (1920); *Die Billigkeit im Recht* (1921); *Rudolf von Jhering* (1922); *Eugen Huber* (1923); *Die Rechtssicherheit* (1924); *Rechtsgefühl und Rechtsbewusstsein* (1925); *Rechtspolitik und Doktrin in der bürgerlichen Rechtspflege* (1926); *Die Gleichheit vor dem Gesetze* (1928); *Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts* (1929); *Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Leben* (1930). La lista completa delle opere di Rümelin è in *ACP* 134 (1931) 285-288. Della scuola di Tübingen sono importanti anche: H. STOLL, *Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz* e A. HEGLER, *Zum Aufbau der Systematik des Zivilprozessrechts*, entrambi in *Festgabe für Heck-Rümelin-Schmidt*, 1931 (60-117 e 216-244).

(28) Su questo periodo non mi soffermo, rinviando a GÉNY, *MS* II, 337-357.

sempre pronto a riconoscere, presso ogni progressista, un adepto 'in ispirito' del *Freirecht*; altri, per garantire di fronte ai timorati la propria ortodossia, hanno stretto le file, isolandosi con la massima cura dagli ex-compagni: è il caso di Heck e della *Interessenjurisprudenz*.

In realtà non è possibile dubitare di una profonda ispirazione comune, più importante dei dissensi, e negando la quale si perde di vista la forza del movimento e la sua più durevole conquista. In particolare, non mi sembra possibile considerare l'*Interessenjurisprudenz* come un fenomeno indipendente, da porre accanto alla *Freirechtsbewegung* (29). Dal punto di vista storico, vi è stato certamente un periodo in cui lo spirito rinnovatore operava ancora allo stato disperso, 'soffiando dove voleva': nelle opere i portatori di quella inquietudine avevano poi modo di riconoscersi, e non c'è dubbio che hanno sentito la loro affinità prima ancora di pensare a raggrupparsi o a suddividersi (30).

(29) Così, invece, seguendo l'interpretazione accreditata da HECK (vedi n. seg.), gli storici più recenti, p. es. Friedmann e Wieacker.

(30) Lo scisma (ma sarebbe più esatto parlare, in analogia con i contemporanei movimenti artistici, di 'secessione') tra *Interessenjurisprudenz* in senso stretto e *Freirechtsbewegung* in senso stretto (uno scisma in cui riesce difficile stabilire quale delle due parti rappresenti la tradizione più antica e accreditata nel movimento: per la versione storica di HECK si vedano *B 10* n. 1; 31-34; 200; *Rechtsgewinnung* 22-26; 49-52. È avvenuto — a parole e nell'intenzione più che nella sostanza della dottrina, come vedremo — con la presa di posizione di HECK nella *DJZ* del 1905, 1140-1142 contro gli elementi da lui considerati negatori della *Gesetzestreue* negli articoli di STAMPE pubblicati su quello stesso numero della rivista (417-422, 713-719, 1017-1022). È da notare che in questi articoli Stampe denunciava come «freie Auslegung», e quindi come infedeltà alla legge, i procedimenti della scuola classica. A mio parere, Heck ha ritenuto (e la vicenda successiva della civilistica gli ha dato ragione) che ogni accenno alla decisione *contra legem* potesse mettere in pericolo l'affermarsi della tesi centrale del movimento. La sua desolidarizzazione dai *Freirechtler* appare ostentata e forse ingenerosa, ma è certo tatticamente abile. Altri rappresentanti della *Interessenjurisprudenz* sono stati più oggettivi: così M. RÜMELIN, *Wandlungen* 39-53. Una certa tendenziosità di Heck si coglie, mi pare, proprio nel diverso trattamento che riserva da un lato ai *Freirechtler*, contro i quali addirittura dirige il «secondo fronte» della *Interessenjurisprudenz* (*B 9*), e dall'altro al-

Dal punto di vista dottrinale (che è quello decisivo), i confini tra i vari indirizzi sono estremamente difficili da tracciare, e i primi storici (Gény, Reichel), ancora vicini agli inizi del movimento, come pure gli avversari, l'hanno ben visto. Il criterio che potrebbe essere decisivo, quello della fedeltà assoluta alla legge (*Gesetzestreue*), si rivela, a ben guardare, fallace. La dichiarazione di ('vera') *Gesetzestreue* è stata fatta quasi da tutti, e quasi da tutti è stato rivolto il rimprovero di infedeltà (sostanziale) ai rappresentanti degli altri indirizzi. I vari autori intendono però con *Gesetzestreue* cose spesso diverse (31). Per limitarmi a due esempi, il decidere secondo l'intento della legge contro la lettera, o secondo lo scopo contro la norma è per gli uni *Gesetzestreue*, per gli altri il contrario, mentre l'interpretazione 'evolutiva' od 'oggettiva' della legge (cioè non secondo il suo significato storico originario o secondo la 'volontà del legislatore', ma secondo la sua funzione nella società contemporanea), propugnata tra gli altri da progressisti come Kohler e Wüstendörfer, è rifiutata come violazione della legge e della certezza del diritto non solo dalla *Interessenjurisprudenz* e da Gény, ma da molti innovatori considerati 'estremi'. Ammettendo di scegliere come criterio distintivo uno dei significati particolari di *Gesetzestreue*, esso farebbe passare la linea divisoria nei luoghi più impensati, producendo raggruppamenti artificiali. Lo stesso vale di altri possibili criteri, come quelli del ricorso alla 'valutazione degli interessi' o alla 'sociologia' (32).

Ma la considerazione essenziale è questa: isolando i vari filoni, essi devono necessariamente venir giudicati ciascuno come un tutto, capace di fornire un'alternativa completa al metodo tradizionale. Ed è facile allora mostrarne la debolezza. Questo

---

l'amico e collega Rümelin. Questi ha, sì, autorizzato il giudice a disattendere la legge: ma «in enger, sehr vorsichtig formulierter Begrenzung» (*ACP* 134 [1931] 269 i. f.). Forse che un'analoga cautela non è stata usata da Jung, o da Gény, o da Stampe, o da Reichel?

(31) È proprio Heck a notarlo, distinguendo accuratamente tra problemi normativi e problemi di formulazione: cfr. oltre, n. 378. Anche M. RÜMELIN, *Wandlungen* 42 s., osserva che le divergenze di pensiero su questo punto sono meno gravi delle divergenze di formulazione.

(32) Su questi problemi di classificazione vedi anche oltre, 266 s.



isolarli (quasi per un *divide et impera*) sarebbe però un errore, un trattare i rami come alberi. La verità è infatti che essi si alimentano tutti ad una intuizione, vivono tutti di una scoperta: la scoperta della non sopprimibile nè rifiutabile, necessaria libertà del giurista nel trovare il diritto, cioè di un margine di scelta personale responsabile che non può essere eliminato neppure dalla codificazione più esauriente, e che non può essere colmato dalle operazioni puramente 'logiche' della metodologia classica. La scoperta della sua non rifiutabile libertà implica per il giurista (ed è questo l'altro tema, o se si preferisce il lato costruttivo dell'unico tema del movimento) il dovere di farne buon uso, che è un dovere di sviluppo della personalità. A questo punto, cioè sulla direzione da dare a questo sviluppo, si dividono gli spiriti; e possono essere tentati — e con loro lo storico — di attribuire maggiore importanza, quasi fosse il più veramente loro, al cammino percorso dopo la divisione.

Il pericolo di un simile atteggiamento, che potrebbe chiamarsi 'antiecumenico', non è solo quello, già accennato, di far perdere di vista la cosa più importante, cioè la conquista e il punto di partenza comune; ma anche quello, che ne deriva, di far perdere di vista la possibile complementarità, la possibile reciproca integrazione, e se del caso correzione, dei vari indirizzi divergenti. Con il rischio ulteriore che alcuni di essi, assolutizzati, staccati dal ceppo d'origine e innestati altrove, si isteriliscano o, peggio, producano frutti deleteri: come è accaduto, per esempio, al momento del nazismo.

Considerato unitariamente, e tenendo d'occhio i fenomeni paralleli almeno in Francia, il movimento mi pare debba giudicarsi come un grandioso, forse (nella storia della giurisprudenza occidentale) come il massimo sforzo collettivo di presa di coscienza in merito al rapporto giurista-diritto. Quella libertà del giurista che per gli interpreti romani, in regime di diritto giurisprudenziale, era convinzione implicita, fatto di esperienza, e che i teorici della *communis opinio* avevano cercato piuttosto di disciplinare e incanalare, che di dimostrare o negare, diventa qui, in regime di perfezionatissimo diritto legale, assillo tematico,

questione di principio, preliminare allo stesso svolgimento dell'attività del giudice e del dogmatico.

La *Freirechtsbewegung* rappresenta il fallimento del positivismo legale assoluto e il suo superamento teorico dall'interno, cioè non in nome del diritto naturale o ideale, o del diritto dei privati o sociale (della pluralità degli ordinamenti giuridici), ma in nome dello stesso diritto positivo applicato dai tribunali dello Stato; fermi restando i principii della normale subordinazione del giudice alla legge, della certezza del diritto, del dovere per il giudice di non assumere una posizione rivoluzionaria o di parte.

Si tratta, al termine di un'epoca conformista, di un'epidemia di sincerità. Senza il grado altissimo di razionalizzazione formale dell'ordinamento raggiunto dalla scuola classica, una simile sincerità non sarebbe stata necessaria nè forse possibile: alla pandettistica va riconosciuto anche questo merito indiretto, dialettico, derivante dall'aver portato al limite le capacità espansive di un'idea e di un metodo, sia pur criticabile. Non c'è quindi da stupirsi se quasi tutti gli innovatori, paragonati ai classici, paiono 'piccoli' come giuristi dogmatici; almeno a breve scadenza non poteva non restare inesaudita l'aspettativa di un « Windscheid della *Freirechtslehre* » (33), per un motivo analogo a quello per cui i modernisti cattolici non hanno avuto il loro san Tommaso.

Se però prendiamo come termine di confronto le parti dedicate dai classici al metodo, noi non troviamo che un bagaglio esiguo e traluzio di luoghi comuni, le solite massime sulla ricerca della volontà del legislatore, sull'interpretazione restrittiva ed estensiva, sull'analogia *legis* e *iuris*, vaghe o estetizzanti direttive sulla costruzione, e ci rendiamo conto dell'enorme passo avanti nell'ordine della consapevolezza compiuto dalla critica dei novatori. Proprio la straordinaria sicurezza su ciò che si deve fare (sicurezza che ha basi psicologiche: sentimento di una solidità incrollabile dell'assetto costituzionale e sociale vigente, fiducia completa in un ideale scientifico eredi-

---

(33) KANTOROWICZ, RS 67.

tato... (34)), esonerando dal preliminare tormento metodologico, sembra anzi una delle condizioni della maestria e della classicità dei pandettisti.

Una volta riconosciuta (e limitata all'essenziale) l'unità del movimento, c'è da chiedersi se esso sia suscettibile di ricevere un nome che lo caratterizzi adeguatamente. Il nome italiano che proporrei è *giusliberismo*, formato in analogia con *giusnaturalismo* e *(gius)positivismo*. Purtroppo, nessun nome è perfetto, e per rendersi conto della pericolosità delle etichette basta ricordare i fraintendimenti e le avversioni suscitati appunto da quelle di *Interessenjurisprudenz* e di *Freirecht* col suggerire le idee, semplicistiche e inaccettabili, di 'basso utilitarismo empirico' e di 'autorizzazione al giudice di violare la legge'; quest'ultimo è, appunto, l'equivoco che il termine *giusliberismo* minaccia di far nascere.

Non saprei d'altra parte trovarne uno migliore. I motivi teorici di adottarlo possono desumersi da quanto ho detto finora (35) cercando di cogliere la fondamentale intuizione comune da cui le diverse correnti scaturiscono, variamente completandola. Gény (36) e Reichel (37) hanno già risolto il problema in senso simile a quello da me suggerito, conformemente del resto all'uso largamente prevalente negli anni di vita del movimento. Altre proposte non solo hanno avuto minore fortuna, ma sono

(34) « Nous avons hérité (du moins, le croyons-nous) d'une procédure scientifique certaine, que nous pratiquons *moutonnièrement*, sans nous demander quelle en peut être la valeur rationnelle... » (GÉNY, *MS I*, 187).

(35) Vedi anche oltre, spec. 334-336; 354-359.

(36) *MS II*, 330-403: « mouvement du 'freies Recht' (libre droit) ». Queste espressioni sono prese « dans leur acception la plus large, en y comprenant tous les efforts poursuivis, en Allemagne ou en Autriche, dans le sens de l'élargissement des sources et de la méthode juridique, sous quelque rubrique qu'ils se soient eux-mêmes classés » (o.c. 337 n. 1). In particolare sulla posizione della *Interessenjurisprudenz* vedi *ivi*, 393-396.

(37) *GR 34 s.*; 41; e *passim*. Cf. 37: « Eine besondere, in sich geschlossene Gruppe innerhalb der Freirechtsschule bilden die Vertreter der sogenannten Interessenjurisprudenz » (spaziatura mia). A p. 41-43 Reichel combatte la proposta di sostituire al termine *Freirechtsschule* quello di *soziologische Rechtsschule*, *soziologische Methode*.

oggettivamente meno felici. Così, chi parla di « modernismo giuridico » (38) coglie, sì, un'analogia illuminante con certi aspet-

(38) Per primo, se non sbaglio, FUCHS (vedi oltre, n. 94), che poi, pur continuando a usare occasionalmente il termine, ha preferito *soziologische Rechtswissenschaft* e *Freirecht*. L'idea può essergli stata suggerita, oltre che dalla sua sensibilità profetico-polemica e dall'appena pubblicata enciclica *Pascendi*, da un passo di KANTOROWICZ, che a p. 38 del suo manifesto aveva messo in luce la « Wesensidentität dieser freireligiösen mit unserer freirechtlichen Bewegung »; secondo RADBRUCH, in *ZGS* 1907, 242, il secondo termine sarebbe stato coniato in analogia col primo, cosa che mi sembra poco probabile pensando alla *libre recherche scientifique* di GÉNY (1899) e alla *freie Rechtsfindung* di EHRLICH (1903). Il traduttore italiano di Kantorowicz, nella Prefazione datata agosto 1907, quindi prima dell'enciclica, ma pubblicata nel 1908, parlava senz'altro di « modernismo giuridico » (MAJETTI 39). Il giudice A. N. ZACHARIAS pubblicava nel 1910 i suoi *Gedanken eines Praktikers zur Frage des 'Juristischen Modernismus'*. GMELIN, *Quousque?* 39, consiglia di evitare l'espressione 'Modernismus', coniata in analogia con il movimento cattolico, perchè tale da radicalizzare inutilmente il contrasto. Di « modernistischer Programm », di « Modernisten » parla OERTMANN, *SR passim*. In *DRZ* 1911, 116-121 A. MENDELSSOHN-BARTHOLDY designa il movimento lanciato da Bozi come *Ein Modernisten-Aufruf* e parla di « Rechtsmodernisten ». HECK, *Rechtsgewinnung* 2, indica la denominazione 'juristischer Modernismus' come la più affermata: « Wir haben zur Zeit eine Richtung in unserer Literatur, die sich als juristischen Modernismus, zum Teil auch als Freirechtsbewegung bezeichnet und eine völlige Neugestaltung der rechtswissenschaftlichen Methode fordert »; cf. 36. Sul parallelo tra il nuovo indirizzo giurisprudenziale e quelli teologici sono interessanti le citazioni di Kraus e Schlossmann in C. SCHMITT, *Gesetz und Urteil* (1912) 128. Nel volume *Savigny und das Modernismus im Recht* (1914), A. MANIGK usa comunemente il termine *Modernismus* per indicare tutti gli indirizzi riformatori; tra questi individua poi la *soziologische Jurisprudenz* a sua volta comprensiva del *Freirecht*, della *Gefühlsjurisprudenz*, della *Interessenjurisprudenz* (o.c. 215-247). In Italia W. CESARINI-SFORZA, nell'articolo *Il modernismo giuridico* (*Il Filangieri* 1912, 373-379), faceva esplicitamente il parallelo col modernismo religioso e cercava di definire e criticare i due movimenti da uno stesso punto di vista filosofico (alla fine della vita il compianto pensatore mi comunicava per lettera di considerare quell'articolo come ormai ripudiato); sul tema tornava poi l'anno seguente, con l'articolo *Sugli aspetti filosofici della teoria del libero-diritto*, in *RISG* 1913, 41-56. L. MOSSA ha dedicato nel 1930 una ricerca al problema: *Modernismo giuridico e diritto privato*. Vanno viste poi le puntualissime pagine di PARESCHE, *GD* 58-60. Di « modernismo

ti del modernismo religioso (39), ma data la maggiore complessità di questo, non orienta sul contenuto specifico del movimento giuridico. « Giurisprudenza sociologica », nome a suo tempo molto diffuso e tenacemente prediletto da Fuchs, ha incontrato subito la decisa ostilità dei neokantiani e di tutti coloro che contrappongono la sociologia come scienza descrittiva alla giurisprudenza come scienza normativa (40). « Giurisprudenza induttiva », proposto da Jung (41), è rimasto senza eco apprezzabile ed è troppo esoterico. « Giurisprudenza teleologica », usato una volta da Heck (42), non coglie che un aspetto attinente alla teoria dell'interpretazione e si presta a confusioni con una corrente successiva (43). « Giurisprudenza degli interessi » ha, tra altri inconvenienti, quello di esser stato fatto proprio dalla scuola di Tübingen con l'intento di mettersi a parte dal resto del movimento riformatore (44). « Romanticismo giuridico » è troppo legato alle diagnosi e all'orizzonte francese di J. Bonnacase (45) e sebbene il giusliberismo, come quasi tutti

---

giuridico » parla comunemente, per designare il nostro movimento, B. LEONI, *Il problema della scienza giuridica*, 1940 (cf. p. es. 165 n. 2; 169 i. f.; 170 n. 1; 181 i. f.; 182). CAIANI, *GV* 66 in nota, ricorda per la Francia « sia il movimento che va sotto il nome di 'modernisme juridique', sia quello più ampio della 'libre recherche scientifique' contro il predominio esclusivo della legge ». Accenna, da ultimo, a un « modernismo ... perfino giuridico » P. SCOPPOLA, *Crisi modernista e rinnovamento cattolico in Italia* (1961) 9.

(39) Vedi oltre, 354-356; n. 504.

(40) Vedi per tutti KANTOROWICZ, *Rechtswissenschaft und Soziologie* (1910), ora in *RS* 117-14; e cf. oltre, n. 84-92; n. 459; n. 472.

(41) *NR* 43 s. Cf. anche GMELIN, *Quousque?* 43.

(42) *Rechtsgewinnung*, cap. III. JUNG, *NR* 44, cita Reichel e sè stesso, ma dichiara di voler abbandonare questa denominazione (lo stesso farà poi REICHEL in *GR*).

(43) Cf. WIEACKER, *PRG* 343; R. TREVES, *Il metodo teleologico nella filosofia e nella scienza del diritto*, in *RIFD* 1933, 545-566.

(44) J. W. HEDEMANN tenta, in *ABR* 31 (1908) 289 e 296-308, di dare alle nuove correnti, con cui simpatizza, una maggiore unità nel nome appunto della *Interessenjurisprudenz*, in cui fa rientrare anche autori come Stampe, Rumpf, Brütt, Gnaeus Flavius, Löning, Ehrlich, che Heck avrebbe considerato senz'altro eterodossi.

(45) Soprattutto in *Romantisme*, BONNACASE cerca di ricondurre la maggior parte delle tendenze modernistiche della scienza francese

i movimenti dell'inizio del Novecento (46), abbia anche una radice romantica, suona, mi pare, anacronistico.

II. Per meglio comprendere il significato del termine giusliberismo, che è un qualificante, non è indifferente chiarire la natura di ciò che esso qualifica: in altre parole, quale tipo di fenomeno sia quello destinato a ricevere il fatidico aggettivo in '-ista'.

1. Ho parlato finora preferibilmente di movimento; gli altri termini possibili sono (è forse inutile dirlo) quelli di scuola e di dottrina. I protagonisti e i critici, ad eccezione dell'attentissimo Gény (47) e di M. Rümelin (48), adoperano i tre termini (in tedesco *Freirechtsbewegung*, *Freirechtsschule*, *Freirechtslehre*) senza una scelta consapevole; non mi pare che questa indifferenza sia giustificata. Nella storiografia artistica e letteraria, 'movimento' è ormai termine tecnico; l'analisi che ne fa un acuto critico recente (49), contrapponendolo su un suggerimento di Eliot al termine 'scuola', può essere qui ripresa e opportunamente adattata.

Che il giusliberismo sia movimento e non scuola appare chiaro già delibando il problema 'a orecchio'. Non solo il nome di *Freirechtsbewegung* prevale decisamente anche se solo istintivamente nell'uso (50); ma anche dicendo *Freirechtsschule* nessuno, ritengo, applica il termine *Schule* nello stesso preciso senso che gli si dà parlando, per l'*Interessenjurisprudenz*,

---

dopo il 1880 all'ispirazione romantica; ne eccettua però Gény. Vedi anche *Humanisme, Classicisme, Romantisme dans la vie du droit* (1920); *A la recherche du fondement du droit. Y a-t-il un romantisme juridique?* (1929); *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente* (1933, 2 vol.). Recensioni italiane di *Romantisme*: F. BATTAGLIA, in *RIFD* 1929, 119-126 (fortemente critica); T. ASCARELLI, *ibid.* 166.

(46) Vedi POGGIOLI, o.c. alla n. 49, spec. cap. III.

(47) *MS* II, 331 n. 1.

(48) *Wandlungen* 39 e n. 2: «... Freirechtsbewegung. Von einer Schule zu reden ist nicht angebracht».

(49) R. POGGIOLI, nella sua *Teoria dell'arte di avanguardia* (1962), spec. 30-56.

(50) Si vedano, oltre agli autori citati oltre, n. 106, i titoli raccolti da GÉNY, *MS* II, 382 n. 3 e 5; 383 n. 3.

di *Tübinger Schule* o, per l'indirizzo inaugurato da Hugo e Savigny, di *historische Schule* o, per la corrente guidata da Kelsen, di *Wiener Schule*. Per convincersene, basta provare a chiamare la giurisprudenza degli interessi *Tübinger Bewegung* o la scuola storica 'movimento storico', *historische Bewegung* o la scuola di Vienna *Wiener Bewegung*. L'impossibilità di simili combinazioni mostra che delle tre denominazioni pensabili e realmente utilizzate, la più esclusivamente propria del *Freirecht* e la più caratterizzante è 'movimento'. Vediamo di analizzarne le ragioni.

Occorre dire intanto che nel periodo da noi considerato il movimento è, in ogni campo, un organismo tipico, quasi la vera e propria cellula della vita culturale che si rinnova. Basta pensare, in teologia, al movimento modernista; in letteratura e nelle arti figurative, ai movimenti futurista (italiano e russo), espressionista, surrealista, novecentista (51); in campo filosofico e politico il termine non viene così comunemente adoperato, ma è probabile che potrebbe trovare applicazione analogica in molti casi (un buon esempio mi pare il dreyfusismo).

Caratteristico del movimento artistico è, come ha visto bene Poggioli, l'antagonismo verso la tradizione. Non ci si propone di prolungare e portare a compimento lo sforzo di precedenti generazioni, ma di rompere i ponti ed iniziare *ex novo*. Direi che il Novecento in arte sostituisce all'idea del progresso come evoluzione quella del progresso come rottura; o addirittura sostituisce all'idea di progresso quella di rottura. Nei confronti degli indirizzi ufficiali, si tende all'opposizione

---

(51) E alla schiera dei minori: cubismo, Dada, modernismo (letterario, ispano-americano), *Neue Sachlichkeit*, costruttivismo; e poi acmeismo, imaginismo, imagismo, neoplasticismo, orfismo, populismo, suprematismo, ultraismo, unanimismo, verticalismo, vorticismo, zenitismo; e un pulviscolo di minimi, di cui può vedersi la lista in POGGIOLI, o.c. 166. Se lo stesso romanticismo, e più tardi il realismo, il naturalismo, eventualmente il decadentismo siano classificabili come movimenti, può restare argomento di discussione; nell'800 si avvicinano al massimo al concetto moderno la scapigliatura e l'impressionismo. Il simbolismo tende più ad organizzarsi in 'cenacoli', in 'circoli': POGGIOLI, o.c. 34; ma visto nell'insieme deve anch'esso considerarsi come un movimento.

punto per punto, non senza una sfumatura del complesso di rivolta 'figlio-padre'.

Questo atteggiamento è certo meno pronunciato, ma tuttavia percepibile, nel modernismo religioso e nel giusliberismo. Fuchs in modo particolare appare talora disposto a spingere l'antipassatismo fino al nichilismo radicale, sopprimendo in blocco diritto romano e « pandettologia », *BGB* e dogmatica.

All'antagonismo si collega quello che con Poggioli possiamo chiamare l'agonismo dei movimenti: l'idea, da parte degli iniziatori, che essi sono forse destinati alla frammentarietà, al fallimento, ma che il sacrificio è necessario per il successo di future generazioni.

Alcune osservazioni di Poggioli si prestano felicemente a un raffronto tra scuola storica e giusliberismo. Diversamente dal movimento, la scuola « non tiene conto del fattore storia, ma solo del fattore tempo » (52). Essa « non mira a discutere: quel che pretende è solo insegnare » (53). Ancora: quando si parla di volontarismo occorre distinguere due diverse concezioni della volontà, quella « classica e cristiana, stoica e umanistica » per cui la volontà è « facoltà cosciente, razionale », freno, disciplina; quella « romantica e schopenhaueriana » (e certo anche nietzschiana) per cui la volontà è « energia vitale », « impulso ». « ...Si potrebbe dire che come la prima e più antica nozione di volontà determina il concetto e l'istituto di scuola, così la seconda condiziona l'idea e il fenomeno del movimento » (54).

Ciò che costituisce il coagulo dei movimenti artistici inizio-secolo sul piano sociologico, contrastando la tendenza individualistica e centrifuga dei loro membri, è la pressione esercitata sulla psiche del singolo innovatore dalle valutazioni ostili del

---

(52) O.c. 33. Poggioli intende dire (o comunque la sua frase, applicata al nostro campo, può utilmente suggerire) che la scuola tende, attraverso un progressivo perfezionamento e completamento nel tempo (un tempo 'suo', a parte), a risultati intemporalmente; mentre il movimento è consapevole anzitutto dell'*hic et nunc* storico che con la propria storicizzata azione intende influenzare.

(53) O.c. 38.

(54) O.c. 213.



mondo benpensante e ufficiale. Il bisogno di trovare qualche compagno, di darsi un minimo di unità intorno a un programma, a un manifesto, nasce dalla solitudine, dall'alienazione; occorre in qualche modo incoraggiarsi a vicenda contro l'opacità e l'ostruzionismo della società e delle gerarchie ortodosse (55).

Di qui il doppio, e nonostante le apparenze non contraddittorio fenomeno del segretismo, dello spirito di cospirazione e dei (generalmente poco riusciti) tentativi demagogici di proselitismo (56). Di qui anche il fenomeno caratteristico del manifesto, che contiene insieme i tre indispensabili momenti dell'unificazione programmatica dei fondatori (57), dell'appello agli eventuali adepti e della sfida alle opinioni e alle autorità costituite. Certi movimenti labilissimi si sono quasi esauriti nel loro manifesto. Il futurismo italiano, dopo il primo e più famoso, quello parigino del 1909, ne ha lanciati a decine (58). Negli anni decisivi per il giusliberismo escono ancora i manifesti del modernismo cattolico (59), dei gruppi espressionisti te-

(55) Cf. J. CASSOU, *Le climat politique, social et spirituel*, in J. CASSOU, E. LANGUI, N. PEVSNER, *Les sources du XX<sup>e</sup> siècle*, Parigi 1961, spec. 68-71.

(56) Cf. POGGIOLI, o.c. 49, che del resto mette bene in luce il carattere 'aristocratico' delle avanguardie.

(57) Anche i manifesti a firma unica intendono normalmente parlare a nome di 'tutti'.

(58) Cf. E. FALQUI, *Il futurismo e il novecentismo* (1953), *passim*. Nel solo 1914 *Lacerba* ne stampa una ventina; ma ne sono usciti fino al '43. I manifesti stessi possono considerarsi, a giudizio di Falqui (o.c. 37), uno dei frutti migliori del movimento futurista. Tra le raccolte più antiche, oltre quella di *Lacerba*: F. T. MARINETTI (editore), *I manifesti del futurismo*, Milano 1915.

(59) Il primo documento che abbia abbracciato in un quadro unitario tutte le tendenze esegetiche, storiche, teologiche, filosofiche e sociali del modernismo è l'enciclica *Pascendi* di Pio X dell'8 settembre 1907. Alcuni novatori sostennero di avere appreso dall'enciclica l'esistenza del movimento e la loro appartenenza ad esso: così Loisy, cit. da HOUTIN, *Histoire du modernisme catholique* (1913) 250 s.; altri videro nell'enciclica una deformazione delle loro intenzioni. Tutti furono comunque provocati ad un esame di coscienza unitario che costringeva a uscire dall'isolamento delle ricerche scientifiche o dei tentativi di riforma individualmente condotti; il modernismo si 'organizza' in movimento soprattutto dopo o in previsione della condanna comune. Tra i mani-

deschi *Die Brücke* (1906) e *Der blaue Reiter* (1912), del vorticismo (1914; P. W. Lewis), del suprematismo (1915; Malevitch e Majakowski), del neoplasticismo (1917; Mondrian).

Molto di quanto abbiamo ora detto si verifica per il giusliberismo, beninteso con il coefficiente di moderazione che si addice a un movimento di giuristi. La sovraccitazione di chi si erge polemicamente contro l'ortodossia è percepibile nello stile degli scritti di Stampe, di Gnaeus Flavius, di Fuchs che più si avvicinano al genere del manifesto. L'uso dello pseudonimo, che caratterizza così tristemente la vicenda del modernismo cattolico, è qui eccezionale ed ha un significato diverso: non deve servire a riparare dai colpi dell'autorità (anche se Gnaeus Flavius-Kantorowicz, come semplice libero docente, poteva forse provvisoriamente avere qualche preoccupazione del genere), ma ad accrescere la tensione e la curiosità intorno al manifesto (60). Fervide discussioni in privato, riunioni avvolte in un'aura cospiratoria, paragonabili a quella dei modernisti

---

festi modernisti possono ricordarsi *A Pio X. Quello che vogliamo. Lettera aperta di un gruppo di sacerdoti* (anonimo; non di Buonaiuti, come si è creduto: cf. SCOPPOLA, o.c. alla n. 38, 231 n. 30), uscita nel maggio 1907, quando già la minaccia della condanna si profilava; e *Il programma dei modernisti. Risposta all'enciclica di Pio X* (anonimo, ma steso, almeno nella forma definitiva, da Buonaiuti: cf. SCOPPOLA 269), uscito nell'ottobre 1907 (traduzioni citate in HOUTIN 196). Destinato a una ristretta circolazione privata, ma simile per certe parti del suo contenuto a un manifesto, è, nello stesso anno 1907, l'invito al convegno di Molveno (su cui vedi SCOPPOLA 237-239). Nella categoria del manifesto possono farsi rientrare anche alcuni articoli di presentazione delle riviste moderniste (p. es. *Il Rinnovamento, Nova et Vetera*) e molti scritti, aventi piuttosto intento programmatico o unificatore che non di pura ricerca scientifica (p. es. *Medievalism* di TYRRELL).

(60) Del resto c'erano già precedenti di anonimato nella letteratura giuridica tedesca: i più illustri (ma non gli unici) sono i *Vertrauliche Briefe über die heutige Jurisprudenz* di JHERING e i *Briefe eines Unbekannten über die Rechtswissenschaft* (ripubblicati come *Betrachtungen*) di BÜLOW. Si tratta, nei due casi, di satire della pandettistica. Dopo Gnaeus Flavius, nessuno degli autori principali del giusliberismo è più ricorso a pseudonimi o all'anonimato. Non sono mancati tuttavia anonimi minori (« anonyme Zeitungsschreiber ») per i cui scritti KANTOROWICZ (in *DRZ* 1911, 262 i. f.), a nome dei principali accusati di infedeltà alla legge, declina espressamente ogni responsabilità.

cattolici a Molveno nel 1907 (61) e a quella presso Giovanni Selva descritta da Fogazzaro nel *Santo*, non sono mancate tra i *Freirechtler* (62).

Un certo grado di alienazione sociale nel senso di un sentimento di disaccordo con l'ordine costituito che viene guardato in qualche modo dall'esterno, e più per modificarlo che per rafforzarlo, si lascia percepire, significativamente, proprio presso quegli autori che più tendono a dare alle nuove idee la forma di movimento. Questi sono: Ehrlich, Fuchs, Kantorowicz, Sinzheimer, Sternberg, Radbruch, Stampe, Rumpf; ebrei i primi cinque (63), socialisti militanti Radbruch e Sinzheimer (64). Non è escluso che la posizione sociale sempre in qualche modo minacciata degli ebrei tedeschi, e l'atteggiamento più o meno consapevolmente profetico-escatologico (quindi anche critico del presente) per certi versi comune all'ebraismo e al socialismo, abbiano avuto una loro influenza sia sulla scarsa solidarietà con l'ideale burocratizzante implicito nel legalismo soprattutto di marca tedesca e austriaca, sia sul sentire appunto come movimento il nuovo indirizzo. È abbastanza significativo che la 'scuola' di Tübingen non contenesse alcun ebreo e si componesse, presumibilmente, di moderati e conservatori (65).

(61) Cf. SCOPPOLA, o.c. alla n. 38, 235-244.

(62) A. Foulkes, figlio di E. Fuchs, ne dà notizia in FUCHS, G 237. In particolare nel 1910 si riunirono ad Heidelberg, «fast noch wie Verschwörer», Fuchs, Kantorowicz, Radbruch, Ehrlich, Bozi, Sinzheimer ed altri simpatizzanti, per studiare il modo di dare maggiore risonanza al movimento.

(63) Ad essi vanno aggiunti, tra gli aderenti più o meno espliciti, più o meno sistematici alle idee giusliberiste: il simpatizzante R. Löning (n. 1848); L. Spiegel (n. 1864); H. Jsay (n. 1873); A. Nussbaum (n. 1877); H. Kelsen (n. 1881; sul suo giusliberismo vedi oltre, n. 502); R. Lazarsfeld; A. Mendelssohn-Bartholdy (n. 1874); L. Nelson (n. 1882). Devo le informazioni relative a Löning e Spiegel alla cortesia del prof. Coing.

(64) Una più approfondita indagine sulle idee politiche dei nostri autori sarebbe utile, ma è certo che il giusliberismo nel suo complesso non è caratterizzabile in modo politicamente univoco e non ha in preoccupazioni politiche il suo motivo determinante.

(65) Per Heck si veda, come indizio, la chiusa della prefazione a *Rechtsgewinnung*; per M. Rümelin è già significativo che egli sia stato

Non potevano mancare i manifesti. Il più perfetto, un modello del suo genere, è quello di Gnaeus Flavius del 1906, scritto di eccezionale espressività per essere di un giurista, e che ha come un fuoco cerebrale. Ma anche gli articoli di Stampe nella *Deutsche Juristenzeitung* del 1905, specialmente il terzo (66), e tutti i libri di Fuchs (soprattutto *Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz*) rientrano nella categoria. Il progetto discusso nel 1910 (67) di un manifesto firmato da tutto un gruppo di giusliberisti non ebbe poi seguito. Nel 1911 appariva però il brillante scritto con cui il giudice Börngen annunciava le intenzioni del gruppo '*Recht und Wirtschaft*' da lui fondato (68), scritto che nella sostanza è puro *Freirecht*.

Oltre che nei manifesti, i movimenti si esprimono in loro riviste. Del tutto corrispondenti agli ideali dei riformatori possono considerarsi *Recht und Wirtschaft* e ancor meglio *Die Justiz* (1925-1933), probabilmente la rivista giuridica tedesca che ha reagito con maggiore lucidità e coraggio al nazismo finché le è stato possibile (69); portavoce della *Interessen-*

---

lungamente cancelliere dell'Università (vedi la sua autobiografia in PLANITZ, *Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen* II [1925] 186-188).

(66) *Gesetz und Richtermacht*, 1017-1022. Il tono è quello dei manifesti; Stampe usa il plurale *wir*: « wir, die so lange geächteten Revolutionäre »; « Wir fordern für den Richter die Befugnis zur Ergänzung des Gesetzes in unbeschränktem, zur Abänderung des Gesetzes in beschränktem Masse »; ricorre all'immagine dell'incendio, cara ai riformatori (cf. RADBRUCH, in *ZGS* 1905, 252 e 253; FUCHS, G. 21; *Gemeenschädlichkeit* 91) e ai più apprensivi tutori dell'ordine (E. LANDSBERG in *DJZ* 1905, 925).

(67) Vedi FOULKES, l.c. alla n. 62.

(68) *Reformbestrebungen*. L'associazione, che intendeva tra l'altro chiamare alla collaborazione anche i non giuristi, ebbe un notevole successo; fondò nello stesso anno 1911 una rivista, *RW*, sulle cui pagine si incontrano tutte le maggiori firme del *Freirecht*. La redazione fu affidata a H. Reichel, M. Rumpf e al battagliero giudice F. Riss. Un altro manifesto o programma dell'associazione fu presentato da Rumpf, nella prima annata della rivista, p. 89-92.

(69) Vedi la testata completa in *Abbrev.* Due suoi direttori, Radbruch e Sinzheimer, sono, come ho detto, giusliberisti militanti nel partito socialdemocratico. Fuchs, che non era socialdemocratico, negli ultimi tre anni di vita vi ha pubblicato ben 22 articoli e vi è stato solennemente

*jurisprudenz* fu l'*Archiv für die civilistische Praxis*, edito da professori della facoltà di Tübingen, ma largamente aperto ai giusliberisti delle altre correnti, anche più estreme: basta pensare ai frammenti dogmatici *Aus einem Freirechtslehrbuch* di Stampe (70), alla spregiudicatissima metodologia di Wüstendörfer (71), alla *Juristische Logik* di Ehrlich (numero 115, 1917), ai saggi di « vollrechtliche Methode » di Rumpf (72).

Studiare con una certa ampiezza il giusliberismo nel suo aspetto strutturale di movimento giuridico sarebbe utile anche per arricchire o correggere l'impostazione di attualissime iniziative polemiche, le quali spesso riprendono, senza saperlo e magari con minore impegno, forme di organizzazione e argomenti già propri del giusliberismo (73); fin qui e in seguito ho dovuto

---

onorato e commemorato (vedi oltre, n. 398; Kantorowicz, n° 1928/29, 201, salutava in Fuchs la guida che aveva dato alla rivista la forma stessa del suo spirito; l'annata 1929/30 si apre con un ritratto di Fuchs, l'unico — se non sbaglio — apparso sulla rivista). *Die Justiz* costituisce una prova della serietà con cui il giusliberismo ha voluto la fedeltà del giurista alla legge e la certezza del diritto: ogni annata contiene articoli contro la *politische Justiz*, contro l'irrazionalismo e gli eccessi di potere dei giudici. Si cominciava infatti a profilare il pericolo della degenerazione e dello sfruttamento a scopi partitici dell'idea giusliberista (come, del resto, di quella legalista).

(70) I. *Einleitung zur Besitzlehre*, ACP 107 (1911) 274-283; II. *Simultantilgung von Geldschulden*, ACP 107, 283-315; III. *Grundriss der Wertbewegungslehre, I Teil*, ACP 108 (Heft 1, 1911) 42-177 (esiste anche come volume, 1912); IV. *Grundriss der Wertbewegungslehre, I Teil (Fortsetzung)*, ACP 110 (1913) 119-218) anche in volume, 1919).

(71) WÜSTENDÖRFER, RW.

(72) *Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgeschäfte*, ACP 119 (1921), 1-156; *Der Sinn der Wirtschaftsrechts*, ACP 120 (1922) 153-193.

(73) Alludo in particolare alle varie iniziative per il rinnovamento della magistratura in Italia, facenti o no capo all'Associazione Nazionale Magistrati, sotto il profilo per cui esse non si esauriscono in un puro ripensamento dottrinale della funzione interpretativa e giurisdizionale in genere, ma tendono a creare strumenti di unificazione, di pressione e di persuasione. Del resto anche sotto l'aspetto dottrinale una rimeditazione del giusliberismo sarebbe sicuramente proficua per evitare, sulla scorta di un precedente quanto mai illuminante, possibili confusioni e ingenuità. Allo storico e al teorico spetta di fare quanto sta in loro affinché la crisi (necessaria, e certamente feconda) della nostra magistratura trovi il suo esito migliore.

e dovrò limitarmi ad accenni che aiutino a comprendere il significato e l'ispirazione profonda del fenomeno culturale nei suoi confini storici (74).

2. Anche la vicenda storica del *Freirecht* mostra che esso si è sviluppato come movimento, cioè come specifica forma di unità spirituale, figura intermedia tra il mondo delle idee e il mondo dell'azione. Questa vicenda può — brevemente — evocarsi come segue.

Fino al 1905 non vi sono che apparizioni spontanee e indipendenti dell'idea, o in monografie dogmatiche o in saggi metodologici di cui il più significativo in lingua tedesca è quello di Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* (1903). Ciò su cui vorrei, nella prospettiva che momentaneamente ci interessa, attirare l'attenzione, non è tanto il contenuto di questa importante costellazione di scritti (75) quanto il loro provenire da diverse 'generazioni'. Proporrei di chiamare 'generazione dei precursori' quella dei nati tra il 1845 e il 1850: vi rientrano, preceduti dal decano Oskar Bülow (n. 1837), uomini come Siegmund Schlossmann (76), Franz Adickes (n. 1846), Gustav Rümelin jr. (n. 1848), Eugen Huber (n. 1849), Josef Kohler (n. 1849), E. Danz (n. 1850), Georg Jellinek (n. 1851), Ernst Zitelmann (n. 1852). Ciò che mi pare caratterizzarli è che essi spongono idee le quali, prese nel loro puro tenore logico, sono di un'audacia notevole, qualche volta addirittura superiore a quella di molti giusliberisti, ma che rappresentano, si direbbe, il punto estremo cui il pensiero si spinge; non sembrano sottese, nella mente degli scopritori, da una visione della funzione del giurista che si presenti ormai come alternativa completa a quella tradizionale; e non vengono quindi poste alla base di tutto il lavoro di una vita, ma piuttosto 'lan-

(74) Vedi oltre, spec. 232-235; 346-349.

(75) Su di esso tornerò, trattando del giusliberismo come dottrina, a proposito dei singoli argomenti; per un'ottima esposizione d'insieme, fatta invece sotto il profilo annalistico, si veda GÉNY, *MS II*, 347-365, a cui rimando per i titoli.

(76) Devo alla cortesia del prof. H. Coing l'informazione relativa al suo anno di nascita, 1844; la sua prima opera radicale, *Der Vertrag*, è del 1876.

ciate' come sorprendenti verità, che restano un po' in margine al grosso di quel lavoro, non troppo coerenti con esso.

Quella che proporrei di chiamare 'prima generazione' è invece composta di giuristi che hanno una visione del genere e consacrano a formularla, o fondano su di essa, il meglio della loro operosità. È la generazione dei nati intorno al '60: Ernst Stampe (77), Philipp Heck (n. 1858), Ernst Fuchs (n. 1859), Max Rümelin (n. 1861), François Gény (n. 1861), Eugen Ehrlich (n. 1862), Ludwig Spiegel (n. 1864). Stammler è, come Stampe, del 1856. Con loro siamo, come si vede, in pieno *Freirecht*.

Tuttavia (e questo è sintomatico proprio per il cambiamento di mentalità da una generazione all'altra) non parte da loro l'idea del movimento. Per quel che è dato ricostruire dalla scarsa documentazione pubblicata, essa dev'essere nata nella seconda (e ultima) generazione, e precisamente in quel gruppetto di cinque giuristi coetanei, Genzmer, Wolf (questi due rimasti poi estranei al *Freirecht*), Theodor Sternberg (78), Hermann Kantorowicz (n. 1877) e Gustav Radbruch (n. 1878), che fu pomposamente battezzato da Kantorowicz «Gesellschaft für Rechtswissenschaftslehre» (79). Quando Gnaeus Flavius lanciò nel 1906 il fatidico manifesto, la 'coscienza di movimento' era già ben viva nei tre giovani citati da ultimi. Lo prova tra l'altro l'atteggiamento tenuto da Radbruch come recensente per la filosofia del diritto nella *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Si può dire che le sue pagine nelle annate 1904-

(77) N. 1856 (devo l'informazione al prof. Coing). Heck lo ricorda come collega a Greifswald nel 1891/92 (*B* 200 n. 1).

(78) N. 1878 (devo l'informazione al prof. Coing).

(79) Ne dà notizia RADBRUCH in *Der innere Weg*<sup>2</sup> (1961) 71. Non è facile capire dove (e quindi in quale periodo esattamente) le riunioni si svolgessero. Dalla pagina di Radbruch sembrerebbe fin dal tempo di Berlino, cioè fin da prima del 1903; nella sua Introduzione a KANTOROWICZ, *RS*, T. WÜRTEMBERGER (p. 1 s.) sembra alludere piuttosto alla Germania sudoccidentale e quindi presumibilmente a Heidelberg, dove Radbruch fu libero docente dal 1903 al 1914 (cf. *Innere Weg* 76 s.: la notizia della nomina a professore straordinario data da E. WOLF nell'Introduzione alla *Rechtsphilosophie* di RADBRUCH, p. 40 n. 3, deve riferirsi solo al conferimento del titolo di professore, non a una vera e propria nomina).

1908 siano per questo periodo il bollettino di guerra del movimento. Nel 1904 recensisce — in senso giusliberista — Bozi, Zitelmann, Stammler, Kohler; nel 1905 Ehrlich e Wurzel, e fa recensire Sternberg da Kantorowicz: tutti e tre ricevono lodi quasi senza riserve. Nel 1906 Radbruch dedica un resoconto entusiasta ai famosi articoli di Stampe, e mette in risalto i pensieri apparentati di un libro di Hatschek e di un articolo del filosofo O. Kraus. Dal 1907 (apoteosi di Gnaeus Flavius e difesa contro le prime critiche) si parla esplicitamente di 'movimento', anzi col secondo quaderno è inaugurata una rubrica apposita «*Zur freirechtlichen Bewegung*», di cui vengono distinte un'ala sinistra e un'ala destra (p. 741). Ma già nel 1905 Kantorowicz recensendo Sternberg parlava (profeticamente!...) di «*kommender Umschwung*» e Radbruch, avvertendo che «*überall entbrennt der Kampf gegen den Positivismus in der Rechtswissenschaft*», dichiarava: «*Das Problem des Einflusses von Werturteilen auf die Rechtssprechung darf als die heute brennendste rechtsphilosophische Frage bezeichnet werden*» (p. 252 e 253).

Questa chiara, al tempo stesso appassionata e forse smaliata (80) volontà del gruppo Kantorowicz-Radbruch-Sternberg è dunque all'origine del movimento vero e proprio. Non è possibile stabilire se Stampe nel 1905 ne fosse al corrente; certo è che, mentre i primi due articoli, usciti il 1° maggio e il 1° agosto, si limitavano a contrapporre *Konstruktion* e *Interessenwägung* come mezzi per colmare le lacune della legge, secondo l'idea che lo stesso Stampe, Heck ed altri difendevano già da tempo, e sono scritti in uno stile deciso, ma del tutto oggettivo e tranquillo, il terzo articolo, uscito il 15 novembre, compie nettamente un salto logico e di tono, affermando anche la libertà del giudice di decidere in certi casi contro la legge, e passando a uno stile spesso eccitato-demagogico e al plurale

---

(80) Cf. RADBRUCH, *Der innere Weg* 72, alludendo al manifesto di Gnaeus Flavius: «... dieser Husarenstreich... kennzeichnet zugleich auch Hermanns allerlei lustigen Dingen offenes Wesen». In realtà i giovani si divertirono della forma (in particolare dello pseudonimo), ma presero sul serio la sostanza.



*wir* (81). Un incontro coi giovani, un qualche sopravvenuto legame mi sembra quindi probabile (82).

La seconda generazione agiva così non tanto sulle idee, quanto sull'atteggiamento di lotta della prima, più anziana di vent'anni: il padre dell'idea, Ehrlich, isolato nella sua lontana Bukowina, non aveva intrapreso niente di simile, ma aderirà subito; il più valoroso combattente per l'idea, Fuchs, dovrà ai giovani amici la sua (successiva) entrata in campo (83); Heck, avvertendo immediatamente il salto compiuto da Stampe, si desolidarizza invece già nel numero del 15 dicembre della *Deutsche Juristenzeitung* del 1905: si separano qui (in realtà, come rami di un medesimo tronco) *Freirechtsbewegung* in senso stretto e *Interessenjurisprudenz*.

Se mi sono trattenuto con tanta minuzia sull'origine giovanile del movimento, è perchè ciò consente di meglio situarlo non solo storicamente, ma anche teoricamente. La seconda generazione è infatti quasi tutta neokantiana: ciò significa che il problema del diritto libero si pone per essa con la massima nettezza in termini ultimi di giudizi di valore e non

(81) Vedi sopra, n. 66.

(82) Può trovarsi una conferma nel fatto che Stampe, in una conferenza tenuta alla Società giuridica di Berlino poco prima dell'apparizione del primo articolo (cf. *DJZ* 418 n. 1), si era limitato appunto alla solita contrapposizione *Konstruktion - Interessenabwägung*, senza accennare al problema *Gesetz und Richtermacht*. È probabile che intendesse inizialmente solo riprodurre nella *DJZ* il contenuto di quella conferenza. Alla trasformazione del dittico in tritico (ammesso che realmente ci sia stata) può trovarsi un'occasione stimolante nell'articolo di Landsberg apparso nel numero del 15 ottobre; ma per una spiegazione adeguata del cambiamento penserei a una discussione con qualcuno dei giovani (si veda, nella recensione di RADBRUCH a Stampe l'anno successivo in *ZGS*, l'accenno alla «bisher nur in engsten Fachkreisen diskutierte methodologische Krise»; per Stampe Radbruch usa il tono di caldo entusiasmo riservato agli amici), o almeno alla lettura delle righe di RADBRUCH nel primo quaderno della *ZGS* del 1905 citate sopra, p. 231.

(83) Si veda la lettera di Kantorowicz citata da Foulkes in FUCHS, *G* 237. Il primo libro di FUCHS, *Schreibjustiz und Richterkönigtum*, è del 1907 e non appare ancora chiaramente orientato al *Freirecht* come lo sono invece i successivi, a cominciare da *RW*.

di naturalismo: non si tratta di imitare i metodi delle scienze sperimentali, come voleva Bozi, o di risolvere totalmente la giurisprudenza in una sociologia *wertfrei* (nel senso weberiano). Non ci sono dubbi su questo punto per quanto riguarda Kantorowicz e Radbruch, e anche Sternberg ha importanti spunti in questa direzione (84); ma accanto ai tre liberi docenti (85) sono da ricordare i tre giovani giudici (*Gerichtsassessoren*) che in quegli stessi anni formulavano, in completa indipendenza reciproca, ma ognuno con un netto rifiuto del positivismo sia legalistico che naturalistico, le proprie idee sul metodo: J. Stern (86), Max Rumpf (87), Lorenz Brütt (88). Positivist (nel senso na-

(84) Si vedano i passi cit. oltre, n. 453. Accanto ad essi tuttavia ve ne sono altri (vedi n. 459) che sembrano una piena professione di fede naturalistica: in *ER* 144 la sociologia viene glorificata addirittura come « objektive und objektivwissenschaftliche (‘ natürliche und naturwissenschaftliche ’) Garantie des Rechts », capace di sostituire tutti i metodi « superstiziosi » precedenti. L'interpretazione più attendibile del pensiero di Sternberg è che le due serie di passi siano non esclusive ma complementari: la sociologia come metodo di accertamento delle verità di fatto necessarie alla personalità morale del giurista per compiere a ragion veduta le sue scelte.

(85) Radbruch lo divenne nel 1903 a Heidelberg; Sternberg nel 1905 a Lausanne; Kantorowicz nel 1908, a Freiburg i. Br. Tutti e tre ebbero in Germania una carriera accademica particolarmente stentata: su Radbruch vedi la n. 79; Kantorowicz ottenne solo nel '23 un posto di straordinario e nel '29 di ordinario; Sternberg dovette abilitarsi a Lausanne, divenne poi professore all'Università di Tokio dove rimase tutta la vita e morì nel 1950.

(86) *Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft*, Berlin 1904. Conosco solo la recensione di RADBRUCH in *ZGS* 1905, 254 s. Per Stern il diritto naturale, che va ridotto a un minimo di principii supremi, in parte è positivizzato, in parte si contrappone al diritto positivo come principio critico, in parte serve a colmare le lacune.

(87) *GR*. Il libro sta sotto il diretto influsso del neokantismo sud-occidentale.

(88) *KR*. È il libro di un discepolo di Stammler, che cerca di dare al *richtiges Recht* un contenuto tratto dall'evoluzionismo culturale di Kohler (cf. GÉNY, *ST* II, 189 s.; *MS* II, 384). Brütt è di un tale rigore neokantiano da accusare lo stesso Rumpf del « populärer Denkfehler, das historisch Gegebene mit dem Normativen zu verwechseln » (182 n. 1). In realtà, il suo criterio evoluzionistico non può certo prescindere da considerazioni fattuali.

turalistico della parola) si dichiarava invece Karl Georg Wurzel (89), ma la sua analisi dei procedimenti effettivamente seguiti dal giudice lo conduceva (come Radbruch forse un po' tendenziosamente metteva in luce recensendolo) a scoprire la importanza delle valutazioni non tratte dalla legge; d'altra parte egli distingue nettamente (90) tra scienze sociali («*explikativ*») e giurisprudenza («*normativ*»).

Insomma, se per il grosso della prima generazione, più soggetta all'influsso di Jhering, e forse meno agguerrita filosoficamente, l'esigenza più sentita era quella di liberare il giurista dai concetti per metterlo di fronte alla realtà della vita, alle forme non statali e non giudiziali di regolamentazione (Ehrlich), ai conflitti di interessi (Heck, Stampe, Rümelin, Müller-Erzbach), e un certo grado di (forse feconda) confusione tra scienze descrittive e scienze prescrittive è talvolta percepibile, il filone più importante della seconda generazione, pur non sottovalutando affatto l'apporto dell'osservazione sociologica (basta pensare a Kantorowicz, Rumpf, Sinzheimer) (91), ha chiarissimo davanti agli occhi, come già l'aveva avuto Gény, il compito in ultima analisi *normativo* e il procedere in ultima analisi *valutativo* della giurisprudenza. La scienza del diritto — scriveva Radbruch nel 1907 (92) — ha l'oggetto di una scienza empirica, il metodo di una scienza normativa — cioè filosofica. Questa chiarezza (forse un po' schematica ma utile euristica-mente) si è riflessa con effetti favorevoli su alcune opere successive degli anziani.

A partire dal 1908 la prima generazione, come rinvigorita dall'apporto dei giovani, si prodiga molto più intensamente e durevolmente di loro per la causa comune. Se il periodo 1904-1908 può forse definirsi il periodo neokantiano del movimento, gli anni 1908-1912 possono definirsi gli anni di Fuchs: l'infaticabile avvocato di Karlsruhe riesce, con la pittoresca veemenza

(89) *JD*. Non ho potuto stabilire l'età e la professione dell'autore, che è austriaco; il libro fa pensare che sia anch'egli un giudice, o forse un avvocato; probabilmente è coetaneo dei precedenti.

(90) *JD* 100.

(91) Vedi oltre, n. 459; n. 472.

(92) In *ZGS* 245.

del suo stile, con la schiettezza rimasta unica delle sue battute critiche e dei suoi entusiasmi, a popolarizzare le idee di riforma nella grande massa dei giuristi pratici, a incrinare la vecchia atmosfera a tutti i livelli della magistratura. Con lui, sotto l'influsso della sua mentalità di libero pensatore-profeta, sensibilissimo alle suggestioni religiose, il movimento rischia per un attimo di assumere il nome di ' *juristischer Modernismus* ' (93): con questo titolo Fuchs pubblicava all'inizio del 1908, a pochi mesi di distanza dall'enciclica *Pascendi*, il primo di cinque grossi articoli destinati a diventare altrettanti capitoli di *Die Gemein-schädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz* (94).

Accanto a Fuchs altri rappresentanti della prima generazione producono adesso alcune tra le loro opere più importanti dal punto di vista metodologico: così Stampe (95), Ehrlich (96), Heck (97), L. Spiegel (98), Oertmann (99), tutti professori universitari.

---

(93) Vedi sopra, n. 38.

(94) Gli articoli apparvero nella *MHB* del 1908 e 1909; il libro è del 1909. Per gli altri scritti di Fuchs si vedano le *Abbrev.* e la bibliografia completa in appendice a *G.*

(95) *F.*, e soprattutto i già ricordati (sopra, n. 70) frammenti *Aus einem Freirechtslehrbuch.*

(96) Nel 1913 esce la sua fondamentale *GS* (il cui cap. I riproduce l'articolo *Der praktische Rechtsbegriff*, in *Fs. Zitelmann*, 1913). In questi anni Ehrlich pubblica ancora il *Gutachten* cit. oltre, n. 419; *Das lebende Recht der Völker der Bukowina. Ein Bericht aus dem Seminar für lebendes Recht an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Czernowitz*, in *RW* 1911/12, 273-279 e 322-324 (il seminario, fondato da Ehrlich, procedeva con il metodo dei questionari alla rilevazione del diritto effettivamente vigente al di sotto della codificazione e della legislazione centrale).

(97) *Rechtsgewinnung* e *G.*

(98) *Gesetz und Recht*, 1913. (Spiegel era professore di diritto pubblico all'Università tedesca di Praga). Sono in tutto 7 contributi (ristampe di conferenze e articoli inediti) di cui particolarmente interessanti per noi *Jurisprudenz und Sozialwissenschaft* (1908; 23-45) e *Zur Lückenlehre* (118-139).

(99) *Gesetzeszwang und Richterfreiheit*, 1908; *SR*; *RV*. La posizione di questo autore (che appartiene ai migliori civilisti del periodo) è singolare: egli riconosce le lacune della legge, l'importanza delle norme

Un autore di poco più giovane, Erich Jung (n. 1867), che aveva criticato tra i primi il dogma positivista (100), consegna il risultato delle sue riflessioni in un'importante opera conclusiva che, per quanto riguarda il problema dei criteri della singola decisione, appartiene in pieno al giusliberismo (101). Sono da registrare scritti tra i più significativi del 'precursore' Danz (102).

Anche la seconda generazione tuttavia non resta inattiva. Rudolf Müller-Erbach si fa vivo con contributi di vario respiro, dogmatici e metodologici (103); Sternberg rielabora completa-

---

sociali integrative, la necessità di giudizi di valore; utilizza il criterio della comparazione degli interessi, polemizza con il concettualismo e il logicismo; e tratta i giusliberisti come dannosi « falsi profeti » (*Gesetzeszwang* 4), anzi rifiuta perfino di essere compreso nella *Interessenjurisprudenz* (cf. anche *Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft*, 1931, spec. 42). Perciò non ho osato inserirlo senz'altro, a suo tempo, nella prima generazione giusliberista (Oertmann, apprendo dal prof. Coing, è del 1865). A Oertmann hanno risposto FUCHS (in *MHB* 1911, 82 ss.; riprodotto in *JK, Anhang*), che lo qualifica di « Amphib zwischen Begriffs- und Gefühlsjurisprudenz » (*JK* 192) e HECK, *B passim*, spec. 11-15; 199-223, che constata ripetutamente la sostanziale identità dei punti di vista. Così anche KOHLRAUSCH, in *ZGS* 1910, 424.

(100) Vedi *LG*; 'Positives' *Recht*.

(101) *NR*.

(102) *Rechtssprechung nach der Volksanschauung und nach dem Gesetz. Ein Beitrag zur Lehre vom Gewohnheitsrecht und zur Gesetzesauslegung*, in *JhJ* 1908, 1-82. Secondo Danz il giudice è il pioniere che esplora il diritto formantesi nel popolo e prepara la legislazione; egli non è abilitato alla libera ricerca del diritto e all'autonoma valutazione degli interessi. Danz può tuttavia ascrivere al giusliberismo per il risalto che dà alle fonti extralegali. Di lui si vedano anche, in questo periodo, *Einführung in die Rechtssprechung. Anleitung für junge Juristen* (1912) e *Richterrecht* (1912).

(103) *Der Durchbruch des Interessentenrechts durch allgemeine Rechtsprinzipien*, in *JhJ* 53 (1908) 331-372; *Gefährdungshaftung und Gefahrtragung*, in *ACP* 106 (1910) 309-476 e 109 (1912) 1-143 (anche in volume); *Relativität* (vedi *Abbrev.*); *Gefühl oder Vernunft als Rechtsquelle? Zur Aufklärung über die Interessenjurisprudenz*, in *ZGH* 1913, 429-457. Nel 1905 era apparso *Die Grundsätze zur mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt*. Müller-Erbach (apprendo dal prof. Coing) è del 1874.

mente la sua sintesi metodologica (104); Rumpf, passato dalla magistratura all'insegnamento superiore, dà libero adito alla sua capacità di poligrafo (105), e tutta una serie di nomi nuovi fa la sua comparsa, spesso giuristi pratici incoraggiati o chiamati in causa dalle nuove idee, che si manifestano con un unico scritto e poi scompaiono dalla letteratura (106).

Emanazione del movimento può considerarsi, in questi anni, l'associazione '*Recht und Wirtschaft*' alla quale ho già accennato. Leggendo l'omonima rivista (107), aperta ai giuristi di ogni categoria ed anche ai profani, si ha un'impressione di slittamento, di vertigine: è veramente il tumulto del *Freirecht*.

(104) ER. Sul rapporto con la prima edizione (AR) vedi STERNBERG, in ARW 1911/12, 492 s.

(105) VR; *Recht und Kultur*, in RW 1911/12, 217-221; *Strafrichter; Das Ideal des volkstümlichen Rechts*, 1913; *Der Richter und die Verbrechensbekämpfung im neuen Strafrecht*, in DRZ 1913, 768-797.

(106) Uno studio sociologico sulla formazione culturale, sull'origine, sulla professione, sulle idee politiche di questo pulviscolo di aderenti al *Freirecht* sarebbe certo interessante ma, per ovvie ragioni, di una difficoltà estrema; nel quadro di questa ricerca non posso che rinunciare, e mi limito ad un breve elenco dei contributi più importanti in cui cito anche autori di cui non conosco la data di nascita (e che possono quindi appartenere alla prima generazione) purchè abbiano scritto per la prima volta tra il 1908 e il 1914: K. SCHMÖLDER (giudice), o.c. alla n. 157; GMÜR (professore), *Anwendung*; R. LAZARSFELD (avvocato a Vienna), *Das Problem der Jurisprudenz*, 1908 (opera di scarso pregio, che insiste però con molta chiarezza sul momento valutativo della giurisprudenza); A. MENDELSSOHN-BARTHOLDY (professore; n. 1874), *Das Imperium des Richters*, 1908; H. SINZHEIMER (professore; n. 1875), *Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft*, 1909; GMELIN (giudice), *Quousque?*; ROGGE, *Methodologische Vorstudien zu einer Kritik des Rechts*, 1911; STAFFEL (giudice), *Die Stellung des Richters gegenüber dem Gesetz, bes. im Hinblick auf die Freirechtsbewegung*, in DRZ 1911, 724-747 (vero trattatello, pregiato da REICHEL, GR); G. KISS (professore), *Gesetzesauslegung und 'ungeschriebenes' Recht*, in JhJ 1911, 413-486; J. FLECHTHEIM, *Das Kartellrecht*, 1912; C. SCHMITT (il futuro maggiore giurista teorico del Terzo Reich), *Gesetz und Urteil*, 1912; KRÜCKMANN (professore), *Einführung in das Recht*, 1912; R. PATTAI (giudice austriaco), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft und die Freirechtsbewegung*, 1913 (opuscolo piuttosto superficiale); WÜSTENDÖRFER, RW.

(107) Ho potuto vedere solo il primo volume, 1911/12.

Gli articoli che chiedono riforme sono decine; con stile spesso lontano dalla *Vornehmheit* accademica colpiscono ogni lato delle istituzioni vigenti, l'istruzione ginnasiale ed universitaria dei futuri giuristi, la *Weltfremdheit* dei giudici e il linguaggio dei tribunali, i dogmi della vecchia scuola e il diritto romano; chi vuole il giurista-economista, chi il giurista-psicologo, chi il giurista-tecnologo, chi il giudice-re, magistrati non funzionari, leggi in stile popolare, educazione civica, arbitrati e tribunali commerciali, corsi di perfezionamento giuridico per commercianti e industriali.... Queste voci, che ci appaiono tanto più frammentarie ed effimere in quanto provenienti da ignoti, i quali non hanno il modo di parteciparci tutto il loro pensiero, danno comunque il senso — angoscioso — del distacco scavatosi con la pandettistica tra la *Hochkultur* del diritto e gli operatori. La rivista ha il merito di rendere visibile questa babele che ribolle al disotto della sfera letteraria ufficiale; di rendere visibile (e già attraverso le griglie di una forte selezione!) il mitico *Volk*, da cui e per cui dovrebbe esser fatto il diritto. La rivista ospita anche numerosi, spesso impegnativi articoli dei capi del movimento, i quali portano avanti ciascuno con coerenza la propria linea di ricerca; adesso che la *Freirechtsbewegung* ha guadagnato (o meglio ha portato ad esprimersi) cerchie tanto più vaste, comprendiamo meglio il disagio da essi avvertito, la loro iniziativa (o la loro utopia!) di mediazione.

Del resto in questo periodo l'agitazione si propaga anche negli ambienti tradizionali: troviamo le nuove, malfamate idee in antiche, rinomate riviste; esposte, spesso accolte in classici manuali; appassionatamente difese e combattute nei convegni annuali dei giuristi, dei giudici (108). Si formano focolari di *Freirecht* come Jena, dove la facoltà (Danz, Hedemann, Lehmann, Löning), il tribunale (Börngen, Deinhardt) (109), un

(108) Cf. GÉNY, *MS* II, 380-382; 384-386.

(109) Ad esso si devono alcuni fascicoli di direttive per lo svecchiamento del linguaggio e del costume processuale che sono tra le cose migliori di questo periodo: si vedano i tre *Merksblätter zum Prozessbetriebe für Gericht und Anwalt* dell'*Oberlandesgericht* di Jena acclusi al 5° quaderno di *RW* (febbraio 1912).

editore (Diederichs) aderiscono insieme all'indirizzo moder-nista (110).

Ispirato alle idee della *Freirechtsbewegung* è il movimento, in un certo senso parallelo, per la riforma giudiziaria (*Justiz-reform*). Partendo anch'esso dalla convinzione che la legge non può mai bastare, che solo un giudice responsabile, capace di intervenire con proprie fondate valutazioni, è in grado di assicurare alle parti litiganti il diritto che esse veramente cercano, il movimento si propone di ottenere questo risultato non (come il giusliberismo) con una più lucida teoria del metodo giurisprudenziale, ma attraverso misure legislative che favoriscano la formazione e la selezione di 'giudici-re' (*Richterkönige*), grandi personalità sull'idealizzato modello anglosassone, saggi del diritto eccedenti la pallida figura del giudice-funzionario continentale (111).

Ma presto la guerra, la caduta della monarchia, la crisi economica, il mutato regime e clima politico creeranno uno sfondo sul quale il movimento giusliberista non potrà più stagliarsi con la nettezza di prima. Come tutti i movimenti d'avanguardia, esso si è trovato in un particolare rapporto dialettico con l'organizzazione borghese e accademica della società e della cultura: l'ha combattuta, ma appunto perchè ai movimenti è essenziale l'antagonismo, se ne è anche alimentato e proprio dalla pressione potente che il saldo vecchio ordine esercitava in senso contrario ha tratto la sua consistenza. Nel periodo weimariano quell'ordine è scosso dalle fondamenta: si pensi ai problemi delle riparazioni di guerra, dell'inflazione, della rivalutazione (*Aufwertung*), dell'assistenza ai milioni di disoccupati; si pensi alle espropriazioni, alle improvvise decurtazioni degli stipendi statali, alle ripetute proclamazioni dello stato d'emergenza e alla conseguente le-

(110) Cf. FUCHS, *G* 237 s.

(111) Rimando alla letteratura raccolta da GÉNY, *MS* II, 331-333 in nota; spec. al libro di MENDELSSOHN-BARTHOLDY cit. anche sopra, n. 106. Molti *Freirechtler* hanno combattuto anche su questo fronte: così il precursore ADICKES (al cui nome soprattutto il movimento si collega: cf. GÉNY, l.c. 332 n. 2); FUCHS, in *Schreibjustiz und Richterkönigtum* (1907) e occasionalmente in quasi tutti gli scritti successivi; RUMPF, soprattutto in *Strafrichter*.



gislazione per ordinanze. Pertanto l'affermazione giusliberista secondo cui l'esegesi della legge e la costruzione logica non bastano o coprono in realtà operazioni d'altro genere ha trovato conferme frequenti e palesi; ma il movimento come tale, se da un lato ha 'vinto', dall'altro è stato assorbito nella vicenda generale della giurisprudenza e ha finito per perdersi come individualità.

La sua storia può essere a questo punto riassunta: periodo dei precursori, fino al 1899; periodo della prima generazione, o dell'apparizione sempre più frequente ed esplicita dell'idea, nei suoi diversi aspetti, presso singoli pensatori tra loro indipendenti (1899-1904); periodo della seconda generazione o neokantiano, in cui per impulso del gruppo Radbruch-Kantorowicz-Sternberg si crea un vero e proprio movimento (1904-1908); periodo di Fuchs o della popolarizzazione (dal 1908 al 1912 o al 1914) in cui, mentre gli autori maggiori (spesso della prima generazione) producono opere tra le più mature e significative, l'agitazione e la presa di coscienza si propagano nel grande pubblico giuridico tra vive resistenze; periodo, infine, dell'assorbimento, in cui, mentre la produzione ad alto livello, diradata, continua (112), alcune idee del movimento diventano ovvio patrimonio comune, altre vengono dimenticate, altre, magari fraintese, entrano in combinazioni impreviste e qualche volta pericolose. Ma su questo avremo modo di tornare in seguito.

III. Se il giusliberismo è dunque, per struttura e per svolgimento storico, movimento e non scuola (113), esso, oltre che

---

(112) Vedi sopra, p. 212 s.

(113) È singolare come anche sotto questo profilo trovi conferma l'affinità tra i fenomeni spirituali prodottisi nel nostro secolo in reazione contro la giurisprudenza di tipo analitico e formalistico. A proposito del realismo americano il suo rappresentante più qualificato, K. N. LLEWELLYN, afferma: « there is no realist school; realism means a movement in thought and work about law » (*Harvard Law Review* 1931, 1222; cit. da FRIEDMANN 249). Una conferma in ALLEN, *LM* 48: « The realist movement (it prefers not to be called a 'school') has been summed up ... as a 'ferment' ». Si confronti la frase di M. Rümelin riportata sopra, n. 48.

movimento, è anche dottrina (114). I confini del movimento sono più stretti di quelli della dottrina. Vi sono intanto molte personalità che hanno esplicitamente negato la loro adesione al movimento, ma hanno sostenuto idee che riflettono (e magari arricchiscono) la dottrina, e possono quindi essere utilizzate nella ricostruzione di questa: penso a Bülow, a Oertmann, in fondo alla stessa *Interessenjurisprudenz*. La dottrina è poi anteriore al movimento in senso stretto, come abbiamo visto parlando dei precursori e della prima generazione; e, come ogni dottrina, eccede i confini storici nei quali il movimento si è manifestato ed esaurito. È quindi doveroso riservarle la parte più ampia e approfondita della nostra ricerca; ma vorrei avvertire fin d'ora che da, accanto a, una dottrina come quella giusliberista 'doveva', prima o poi, svilupparsi anche un movimento, il quale soltanto l'avrebbe resa completamente se stessa o meglio avrebbe chiarito completamente ciò che essa già era; sì che la comprensione dell'essenza del giusliberismo è accessibile solo a chi consideri i due fenomeni simultaneamente e ricerchi l'atto di vita da cui entrambi hanno origine e alimento.

Postulato fondamentale del legalismo difeso dalle scuole 'classiche' dell'Ottocento è, come abbiamo già detto, che vada qualificata come diritto solo la norma contenuta in un testo legale o nel sistema giurisprudenziale edificato sopra quel tipo di norma mediante operazioni di ordine puramente logico, tali quindi da imporre i loro risultati ad ogni intelletto correttamente ragionante; è escluso il ricorso a norme diverse da quelle legali (quando non siano richiamate dalla legge) e ad operazioni appartenenti alla sfera opzionale e valutativa. Queste sono riservate esclusivamente al legislatore.

La dottrina giusliberista intende mostrare l'inanità di questo postulato. La critica è unitaria, come il postulato stesso; solo per comodità di esposizione essa può articolarsi in alcuni

---

(114) Escludendo perciò il termine *Freirechtsschule*, ritengo validi — a designare aspetti diversi — i termini *Freirechtbewegung* e *Freirechtslehre*. In italiano, 'giusliberismo' ha il pregio di prestarsi a designare il fenomeno nel suo complesso. In tedesco c'è solo *Freirecht* che, come il suo analogo *Naturrecht*, ha il difetto di indicare sia un insieme di norme, sia una teoria del diritto.

momenti distinti, dei quali non va mai dimenticata la stretta solidarietà. Con questa avvertenza, tratterò separatamente della critica alla completezza della legge e della critica al logicismo nelle sue diverse forme.

1. *A.* Chi ritiene che la legge assommi in sé tutto il diritto, è probabile la veda dotata di attributi vantaggiosi o nell'ordine del valore o, almeno, in quello della potenza. Nell'ideologia ufficiale delle grandi società postrivoluzionarie dell'Ottocento, come la francese e più tardi la tedesca, la legge, per motivi ai quali ho già, rapidamente, accennato (115), era venuta a rappresentare una volontà al tempo stesso razionale, generale e sovrana, tutela della libertà del cittadino contro l'arbitrio dei poteri giudiziario ed esecutivo, e che più particolarmente ai giuristi si presentava come il solo baluardo tecnico della certezza del diritto. Sempre per la visione ufficiale, pienamente condivisa dai giuristi, la legge dominava immancabilmente la vita, la sua validità formale come era senz'altro legittimità, era anche incondizionata efficacia.

Può essere interessante notare che parallelamente alla critica giusliberista in senso proprio, e senza confondersi con essa, si dichiara, intorno all'inizio di questo nostro secolo così fertile di miti e demitizzazioni, una tendenza anche tra i giuristi positivi (astraggo quindi dalla critica filosofica o politica, come quella socialista) a mostrare la relatività e i limiti dell'ideologia legalista sotto gli aspetti ora toccati. Sono, per la Francia, accanto all'attacco in grande stile, anche se in definitiva non troppo operante, di Duguit (116), le intelligenti frecce di un Cruet, di un Morin (117), la vasta argomentazione

(115) Sopra, p. 201-204.

(116) Soprattutto in *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* (1901), ma anche in numerose opere successive nelle quali, come è noto, Duguit ribadisce il principio della subordinazione della legge alla « règle de droit », al diritto oggettivo scaturente dalla solidarietà sociale: si veda l'esposizione critica di GÉNY, *ST* II, 191-272.

(117) J. CRUET (avvocato), *La vie du droit et l'impuissance des lois*, 1908 (5<sup>a</sup> ed. 1918); G. MORIN (professore), *La révolte des faits contre le Code* (1920), poi *La loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté* (1927); cf. BONNECASE, *Romantisme* 52-69. La difesa della legge

storica di Lambert (118), la sobria scepsi, la meditata opera di ridimensionamento di Gény (119). In Austria Ehrlich, inaugurando un atteggiamento che resterà fondamentale nella sociologia del diritto, non si stancherà di descrivere la legge come un sottile strato di « norme di decisione » (« Entscheidungs-normen ») ad uso degli organi dello Stato burocratico (« Beamtenstaat »), norme ben diverse da quelle con cui la vita, al di fuori degli uffici e delle aule giudiziarie, provvede ad ordinare se stessa (120); osserverà come la sopravvalutazione della legge si produca precisamente nelle società rette da un diritto importato, estraneo, come quello romano (121); e come i codici restino, nonostante la forma e forza di legge, diritto giurisprudenziale (122). In Germania Schmölder e Fuchs vorranno vedere la legge limitarsi a dare disposizioni pratiche nelle materie richiedenti un regolamento uniforme e preciso, ma estranee a problemi di giustizia (c.d. « Einrichtungsgesetze »), riservando questi ultimi problemi alle pronunce dei saggi, ai giuristi e ai giudici in stretto contatto con l'autonormazione della vita sociale (« Weistumsgesetze ») (123); Sternberg riprenderà e svilupperà l'argomento, circoscrivendo l'ambito della legge, considerata

---

da parte di JÈZE (ivi riassunta a p. 69-74) non è meno disincantata e demitizzante.

(118) *La fonction du droit civil comparé*, 1903: opera che qui interessa per il primato sulla legge che viene riconosciuto come effettivamente appartenente agli « experts en droit » (soprattutto i giudici) nella maggior parte delle società a noi note, anche moderne.

(119) *MS passim*, p. es. II, 221; soprattutto *ST* III e IV; cf. oltre, n. 407.

(120) Il tema è fondamentale per il pensiero sociologico di EHR- LICH. Sono particolarmente efficaci le pagine dove viene sviluppato per la prima volta: *FR* 7-11.

(121) *JL* 306 s.

(122) *GS* passim, spec. 147-153, 332-340, 348; già *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechtes* (1907) 29; cf. BÜLOW, *GR* 38.

(123) SCHMÖLDER, o.c. alla n. 157; FUCHS, *Gemeinschaftlichkeit* 14. I « libri di legge », contenenti le norme del primo tipo, dovrebbero recare all'inizio l'art. 1 del codice svizzero con il suo esplicito rinvio a fonti sussidiarie integrative della legge; i « libri di diritto », contenenti le norme del secondo tipo, dovrebbero recare invece un articolo che alla legge anteponesse la *Verkehrssitte*.

puro strumento tecnico-artigianale, al diritto delle regolamentazioni uniformi (formulari, termini temporali e simili), al diritto di tipo amministrativo (specialmente le disposizioni in materia di imposte), al diritto penale (*nulla poena sine lege*) e alle questioni formanti oggetto di un violento e ampio conflitto d'interessi tra gruppi sociali (124). La conclusione sarà, per molti autori, che la legge è semplice mezzo, da guardare e interpretare in una prospettiva funzionale, più che da obbedire e venerare come un comando dotato di valore proprio e assoluto (125).

Sempre nel quadro di questa relativizzazione della legge possono ricordarsi le frequenti e varie osservazioni volte a mostrare che il dogma legalistico non è, a rigore, contenuto nella legge stessa, in particolare non nei grandi codici europei moderni (126), e che comunque la questione dei poteri e doveri del giurista, in particolare ogni questione sul metodo interpretativo, non può essere risolta facendo capo a ciò che la legge eventualmente afferma di sé, o alle formule dei giuramenti di fedeltà dei giudici (127).

(124) *ER* § 13, spec. 150-152.

(125) Si vedano p. es., accanto ai filosofi Kraus e Lask citati da REICHEL, *GR* 39 s., lo stesso REICHEL a p. 67; RUMPF, *VR* 80: la legge oggi non è più *Selbstzweck* ma uno tra i mezzi per il vero scopo, che è di risolvere giuridicamente i problemi della vita; HECK, *Schuldrecht* 472: la considerazione del diritto come comando («Gebotsseite des Rechts») corrisponde all'anatomia, la considerazione del diritto come mezzo per la tutela di interessi («Interessenseite des Rechts») alla psicologia e fisiologia (cf. anche *G* 207 i. f.; 218 i. f.); OERTMANN, *SR* 87 i. f.

(126) Così EHRlich, *FR* 22-25; *GS* 344-346; *JL* 346 s.; JUNG, 'Positives' *Recht* 471 s.; 515; HECK, *Rechtsgewinnung* 5 pr.; MANIGK, *Modernismus* 149; con documentazione particolarmente ampia GÉNY, *MS* I, 97-105; cf. 222-236.

(127) Si vedano REICHEL, *GR* 60 s.; GÉNY, *MS* I, 222-236; J. KOHLER, in *DJZ* 1904, 613 s. (cit. da RUMPF, *Verursachung* 406). Una disposizione di legge che pretenda vincolare l'interprete, p. es., all'interpretazione letterale con esclusione delle altre, è essa stessa inevitabilmente suscettibile di subire l'uno o l'altro tipo di interpretazione, a giudizio dell'interprete; una disposizione di legge che escluda dalle fonti la consuetudine è logicamente impotente a vietare all'interprete di considerarla caduta in desuetudine essa stessa...

Nello stesso ordine di idee si può segnalare una certa tendenza alla rivalutazione della *consuetudine*, che viene ricollocata accanto alla legge come una fonte ritenuta ora prevalente o paritaria, ora (più spesso) subordinata (128), ma comunque non semplicemente delegata, nel senso ampio che la determinazione della sua validità sfugge alla competenza della legge.

B. Ma la vera critica giusliberista è un'altra, è alla *completezza* di ogni insieme di norme generali consegnate in precisi, ben riconoscibili documenti o comportamenti; quindi alla *completezza* non solo della legge, ma della stessa consuetudine 'consolidata' («fertiges Gewohnheitsrecht») (129): in una parola, del diritto *positivo* al livello delle norme generali. Date le circostanze storiche, prevale nettamente la critica al dogma della *completezza* della legge, che in fondo è tanto più significativa, direi, quanto meno la sacertà, il primato o l'incondizionata autorità della legge stessa vengano messi in questione. Il vero assunto giusliberista non è tanto che il giurista possa decidere *contro* la legge (130): non è un assunto anarchico o giusnaturalistico in senso rivoluzionario; e nemmeno che il diritto legale vada sostituito integralmente dal diritto giurisprudenziale; o che (in una prospettiva sociologica o istituzionalistica) la legge abbia da considerarsi come una tra le varie forme — quella statale — di normazione giuridica positiva. Questi sono motivi talvolta presenti, ma sempre solo come accompagnamento; il tema centrale è che, anche all'interno di un ordinamento legale tendente o pretendente alla com-

(128) Mi limito a rinviare alla discussione di GÉNY, *MS I*, 316-446.

(129) L'incompletezza della consuetudine consolidata è comunemente riconosciuta: basta pensare all'art. 1 del codice svizzero. HECK, *Rechtsgewinnung* 6 n. 2, dà anche una breve, precisa giustificazione: «Auch Gewohnheitsrecht und Verkehrssitte sind lückenhaft und unbestimmt. Sie müssen bei allen *selteneren* und bei allen *neueren* Problemen versagen» (spaziatura mia). L'espressione «fertiges Gewohnheitsrecht» è di un autore giusliberista che non riesco a ritrovare, credo Fuchs. In *G 27* Fuchs parla, nello stesso significato, di «geformtes Gewohnheitsrecht»; cf. anche 103: «förmliche Verkehrssitte».

(130) Vedi già sopra, 215; e oltre, p. 252-254 e n. 154; 335 s.; 345; 361; 369.

pletezza, qual'è — almeno per i giudici dello Stato e i giuristi con essi collaboranti — la moderna legislazione codificata, sussiste un largo spazio vuoto che il cosiddetto 'interprete' è chiamato a colmare con mezzi propri (131). Possiamo indicare questo spazio con il termine, che useremo qui nella sua accezione più comprensiva, di *lacune della legge*.

L'argomentazione giusliberista su questo punto è decisa, ma non esuberante: molti ritenevano di poter dare l'incompletezza della legge per notoria (132). Tuttavia è sufficientemente nutrita perchè se ne possa trarre un quadro critico, ad andamento più topico forse che sistematico, di portata a mio parere decisiva. A scopo puramente espositivo raccoglierò le lacune segnalate dai nostri autori in due gruppi: quelle che la legge presenta già quando, con ipotesi ovviamente fittizia, la si consideri in sé e staticamente, cioè astraendo dal suo doversi applicare ai casi concreti e dall'evoluzione della vita sociale; e quelle che la legge presenta considerata *dinamicamente*, cioè appunto in quanto destinata ad attuarsi nel concreto e nel divenire.

C. a) Nel primo ordine di idee si è osservato anzitutto ripetutamente (133) come la legge non possa (e di solito nep-

(131) Ciò va ancora una volta affermato (cfr. A. Kaufmann in FUCHS, *G* 6 s.) contro gli innumerevoli autori che erroneamente identificano diritto libero e rovesciamento dell'autorità della legge: tra di essi anche uno studioso così attento come CAIANI, che per definire la sua posizione in presunta antitesi con il giusliberismo dà di essa precisamente quella che è la definizione corretta di questo: cfr. *GV* 39-43. Confesso del resto che, mentre vedo chiara la differenza tra la problematica di Caiani (e giusliberista) e quella riguardante la possibilità di giudicare *contra legem* o di giudicare, alla stregua di principi superiori, la legge (CAIANI, o.c. 52-58), non riesco a scorgere invece la drastica opposizione rinvenuta da CAIANI (l.c. e p. 47) tra chi, come lui, riconosce la presenza continua di giudizi di valore indipendenti nell'attività interpretativa e chi riconosce a questa un ineliminabile carattere 'creativo' o 'politico', quindi 'legislativo' in senso spirituale (tesi quest'ultima che, si badi, non coincide necessariamente con quella idealistica della creatività trascendentale di ogni atto dello spirito: bene, su questo punto, CAIANI 43-47).

(132) Contro questo atteggiamento HECK, *G*. 172.

(133) BÜLOW, *GR* 35 s.; 38 s.; G. RÜMELIN, *Werturteile* 9; ZITEL-

pure intenda) fissare in modo univoco il significato di tutte le proprie parole, giungendo a costituirsi in sistema linguistico autosufficiente. Ciò vale sia dei termini 'tecnici', per i quali occorrerà far capo alle discussioni della giurisprudenza, sia di quelli (la grande maggioranza) appartenenti al linguaggio comune. In questo senso Kantorowicz ha potuto affermare che la legge contiene « non meno lacune che parole » (134).

L'alone di indeterminatezza che circonda il centro semantico delle parole legali è particolarmente ampio nel caso dei cosiddetti « concetti a valvola » (« Ventilbegriffe ») (135), utilizzati spesso volutamente dal legislatore, conscio dei propri limiti, per consentire all'interprete maggiore libertà di movimento, per non entrare nel merito di discussioni dottrinali, per aprire la porta a valutazioni sociali od equitative senza le quali il meccanismo dello *ius strictum* potrebbe incepparsi o sembrar funzionare 'accanto' alla vita, in una propria dimensione esageratamente seclusa e astratta. L'esempio principe è il concetto di buona fede (*Treu und Glauben*) del famoso articolo 242 del *BGB*; accanto ad esso quelli di buon costume, usi del traffico, stato di necessità, forza maggiore, colpa, causa, diligenza richiesta, giusto (grave) motivo, penalità sproporzionata, abuso

---

MANN, *Lücken* 45 s. n. 18; WURZEL, *JD* 83 s.; STAMPE, *RB* 13 s.; soprattutto MÜLLER-ERZBACH, *Relativität*, spec. 343 s. e 350-355 (con esempi molto istruttivi); HECK, *G* 173 (« Mit verschwindender Ausnahme ist jedes Wort mehrdeutig. Ein sicherer Bedeutungskern ist von einem allmählich verschwindenden Bedeutungshof umgeben »); cf. REICHEL, *GR* 65 s.; BRÜTT, *KR* 149-154; KISS, *EL*, spec. 164 n. 56.

(134) *KR* 15.

(135) Il termine è di WURZEL, che ha dato del fenomeno un'analisi particolarmente ampia e accurata in *JD* 83-93; ma si tratta di un vero e proprio τόπος della letteratura giusliberista. FUCHS non si è stancato di inneggiare ai « regali paragrafi » del *BGB* sulla buona fede, la diligenza ecc. (ai quali sembrerebbe talvolta disposto a ridurre l'intera legislazione civile). Si vedano ancora BRÜTT, *KR* 163-179 (importante); JUNG, *NR* 20-27 (con particolare riguardo, seguendo un vecchio lavoro di Ehrlich, al concetto della dichiarazione tacita); BÖRNGEN, *Reformbestrebungen* 18; KISS, *EL* 162 s.; EHRlich, *GS* 347; *JL* 298; 354-358; 375.



del diritto, dichiarazione tacita, risarcimento del danno (136) e simili.

Affini al precedente sono i casi di implicito o esplicito rinvio da parte del legislatore alla 'dottrina e giurisprudizione', le ipotesi di diritto dispositivo (137), di astensione del legislatore dal regolare certi campi essenziali, come (nella maggior parte dei codici moderni) quello stesso dell'interpretazione e della teoria delle fonti. Heck ha proposto per queste e per le precedenti ipotesi il termine di « Blankette », di mandati « in bianco » all'interprete (138). Anche l'assunzione nel testo legale di 'principii' o massime (p. es. costituzionali, o processuali) dà all'interprete delle direttive, non delle norme immediatamente applicabili (139). Un caso per certi aspetti a parte (140) è quello dell'apprezzamento discrezionale (*freies Ermessen*) affidato al giudice specialmente in materia penale.

Ma le lacune della legge pur staticamente considerata non si esauriscono qui. La requisitoria giusliberista prosegue: ne desumo, per brevità, soprattutto le argomentazioni a priori e presuntive, del resto prevalenti sulle esemplificazioni, che si desidererebbero forse più puntuali e nutrite (141): ciò che nel-

---

(136) EHRlich considera la disciplina giuridica relativa al risarcimento del danno come « die wichtigste Durchbruchsstelle für die neuere Richtung »: il concetto di risarcimento del danno sarebbe utilizzabile per tutelare qualsiasi tipo di interesse: *JL* 298-302.

(137) Cf. BÜLOW, *GR* 34.

(138) *Rechtsgewinnung* 21; *G* 22; 162. Sull'argomento cf. ancora BRÜTT, l.c. alla n. 135; GÉNY, *MS* I, 214.

(139) EHRlich, *JL* 358-365.

(140) In quanto (come nota ZITELMANN, *Lücken* 29-32) il giudice ha qui un grado di libertà massimo, e soprattutto la sua decisione è insindacabile. Zitelmann osserva però ancora (o.c. 45 n. 16) che la differenza del *freies Ermessen* dagli altri casi di norme indeterminate, chiara in teoria, può esserlo meno in pratica. Sul tema si veda, nel periodo del giusliberismo, R. LAUN, *Zum Problem des freien Ermessens*, in *Fs. Zitelmann* I (1913); W. JELLINEK, o.c. alla n. 441.

(141) Dalle opere propriamente metodologiche del giusliberismo non saprei trarre, come esempi per i tipi di lacune che ora seguono, altro che alcune tra le ipotesi evocate da ZITELMANN, *Lücken*, e da WÜSTEN-DÖRFER, *RW*, spec. 291-296; oltre ai parsimoniosi cenni di HECK, *G* 174

l'insieme non infirma comunque la forza di persuasione del discorso. Così, non pare facile contestare che il legislatore, nel redigere il codice, sia soggetto, come ogni intelligenza umana, ad « *A n s c h a u u n g s l ü c k e n* » (142), all'impossibilità di rappresentarsi e di captare nelle proprie disposizioni l'intero ambito di esperienza che pure intenderebbe regolare: la conoscenza, sia pure nel presente, di una società così complessa come quella ordinantesi nello Stato moderno, è necessariamente limitata (143).

Al perfetto legislatore si richiederebbe poi la conoscenza integrale del *corpus* legale preesistente: *corpus* spesso vastissimo, di cui nell'urgenza del legiferare possono ben sfuggire parti importanti (144). Ecco allora presentarsi il problema delle *contraddizioni* tra norme legali (145): problema a cui la legge non può, per definizione, offrire una soluzione completa.

Oltre che nella sua conoscenza della società e del *corpus iuris*, il legislatore è limitato nella *capacità di formulare* adeguatamente e univocamente un proprio volere (146).

---

s. Il riconoscimento in concreto di lacune avviene più largamente nelle opere dogmatiche, e per lacune del secondo gruppo, risultanti cioè dalla considerazione dinamica della legge: la ricca collezione di commenti critici alle sentenze del *Reichsgericht*, messa insieme da FUCHS nelle sue varie opere, può valere in genere come segnalazione di altrettante lacune 'dinamiche'.

(142) Il termine (usato per contrapporre queste lacune a quelle derivanti dalla formulazione) è di HECK, *G* 173 e § 14 *passim*; l'osservazione del fenomeno è, naturalmente, luogo comune per i nostri autori, che potevano appoggiarsi anche a un cospicuo filone tradizionale.

(143) GÉNY, *MS* I, 117 ritiene puramente fittizia l'ipotesi di « un législateur assez perspicace pour pénétrer, d'un large et profond coup d'oeil, l'ensemble de l'ordre juridique de son époque ».

(144) RADBRUCH, *Rechtsschöpfung* 356.

(145) « Kollisionslücken » nella terminologia di HECK, *G* 172 i.f.; 179 s.

(146) « Zweitens aber sind die Ausdrucksmittel des Gesetzgebers beschränkt. Wenn ein Gesetzgeber die Fälle des Lebens überschauen könnte, so würde er doch nicht imstande sein, seine Gedanken unzweideutig und vollständig wiederzugeben »: HECK, *Rechtsweginnung* 7; cf. GÉNY, *MS* I, 119 s.

Troppi fattori, accanto a quelli 'semantici' generalissimi ricordati in principio, influiscono nel senso che il dettato della legge esca, dal conflitto di interessi ideologici, politici, economici che presiede al suo nascere, oscuro, contorto, suscettibile di interpretazioni diverse. Inoltre le fattispecie possono essere descritte dal legislatore troppo in particolare e in concreto o troppo in generale e in astratto, risultando così più ristrette o più ampie dell'area che egli intendeva ricoprire (147). E questa non è che una tra le possibili figure di quello sfasamento tra *litera* e *ratio*, tra dichiarazione e intenzione, al quale ha dedicato le analisi più acute la teoria ermeneutica della *Interessenjurisprudenz*, come quella che ha il proprio punto focale nell'approccio teleologico alla formula normativa (148).

Le lacune finora ricordate non sono, si badi, proprie solo della legge considerata come testo, come formula, come *Wortlaut*; esse si ritrovano (perchè dal livello della lettera vi si proiettano inevitabilmente) al livello superiore della legge considerata come 'spirito', come insieme di giudizi di valore o di principii generali, come *Wertsystem*. Anche i valori e i principii legali non scritti sono indeterminati, incerti, contraddittori e incompleti (149). Con la consueta profondità, Ehrlich nota che la

(147) REICHEL, *GR* 96 s.; EHRlich, *JL* 339 s.

(148) Fondamentale HECK, *G* 196-224. Il giudice è abilitato alla « Gebotsberichtigung », cioè alla decisione difforme dalla legge in quanto formula imperativa, non alla « Gesetzesvereitlung », cioè alla decisione difforme dalla legge in quanto giudizio di valore su un conflitto di interessi, giudizio che può essere espresso inadeguatamente nella formula. Per Heck, come è chiaro, la 'vera' legge è la seconda. L'intera *Interessenjurisprudenz* si riassume in fondo nella contrapposizione di un ordine teleologico, valutativo, all'ordine logico-verbale, tanto nell'interpretazione quanto nell'integrazione della legge ad opera del giurista.

(149) HECK, *G* 179; 238 s. Il riconoscimento è particolarmente importante in un autore che ha esteso fino all'estremo la portata della legge come sistema di valori e ne ha asserito in generale l'oggettiva conoscibilità. S'intende che la lacunosità del sistema legale di valori è tanto più ovvia e grave per coloro che, come STAMPE (*RB* 10-12), ritengono legittima da parte del puro interprete la sola esposizione del *Wortlaut*: cf. oltre, 277. Potrebbero collocarsi qui anche gli autori che hanno criticato la certezza logica del ricorso allo 'spirito della legge', all'induzione, al

legislazione di uno Stato moderno è il risultato di giudizi di valore contrastanti, i quali tutti in essa si ritrovano (150): per cui coloro che, come Herrfahrdt, intendono salvare il legalismo considerando l'interprete vincolato non al *Rechtssatz*, ma tuttavia ai giudizi di valore legali, non pongono in verità alcun limite operante.

La conclusione di simili approfondimenti è che le lacune che chiamerei 'per difetto' (indeterminatezze di vario tipo, incompletezze) si trovano sia al livello 'scritto' che al livello 'non scritto' della legge, mentre le lacune per contraddizione possono avere origine non solo a entrambi questi livelli, ma anche dal confronto tra di essi, tra le norme letteralmente considerate e le valutazioni sottostanti. Abbiamo, in altre parole, contraddizioni norma-norma, principio-principio, norma-principio.

b) Va notato, in tutta questa critica, il suo rigoroso legalismo: essa si esercita puramente all'interno del sistema legale, senza affatto prospettare il problema delle lacune che potrebbero chiamarsi, con una certa improprietà, 'politiche' o 'ideologiche' (151) o forse 'extrasistematiche', riconducibili cioè a una divergenza di apprezzamenti tra l'interprete e la legge. Ciò detto, va aggiunto che i nostri autori non sono insensibili, anche se ne trattano marginalmente, all'esistenza di queste lacune. Si trovano segnalate essenzialmente due ipotesi: il legislatore ha rinunciato e s p r e s s a m e n t e, o comunque in modo sicuramente accertabile (non dunque, si badi, con la semplice

---

l'interpretazione e costruzione sistematica: vedi oltre, n. 210; n. 211; p. 295-297; § III. 2. D.

(150) *JL* 287 s. Come esempi ricorda le norme da cui può evincersi il favore per la completa libertà del proprietario, e quelle sulla funzione sociale della proprietà; quelle che affermano e quelle che restringono la libertà contrattuale; quelle che chiaramente si pronunciano per il mantenimento del vincolo coniugale, e quelle che lo rendono attaccabile, allentabile, risolubile. A seconda che si faccia leva sull'una o sull'altra delle serie di norme, si ottengono giudizi di valore e principi contrari.

(151) Così N. BOBBIO, voce *Lacune del diritto* in *NDI* IX (1963) 422.

omissione), a regolare materie che il giurista ritiene andrebbero invece disciplinate; il legislatore ha regolato una certa materia in un modo che l'interprete giudica bisognoso di eccezioni (iniquo) o senz'altro inopportuno o ingiusto. A queste ipotesi è stata volta a volta riconosciuta o negata la qualifica di lacune, sia pure improprie (152): la tendenza prevalente, che è a n e -

(152) Per chi accetta la distinzione tra lacune proprie e improprie (che è quella, fin troppo famosa, di Zitelmann) le nostre lacune 'extrasistematiche' (dell'una o dell'altra specie) possono essere considerate o come lacune proprie, o come lacune improprie, o come non lacune affatto. Ciò comporta già la possibilità di 9 combinazioni diverse. Vi sono poi coloro che non accettano quella distinzione, e alle nostre lacune 'extrasistematiche' (dell'una o dell'altra specie) riconoscono o negano la qualifica di lacune *tout court*. Vi sono infine coloro che negano senz'altro l'esistenza di lacune nella legge, pur potendo per altro verso chiamarsi giusliberisti. Tutto ciò, tenuto conto anche dei diversi significati che il termine 'lacune', il termine 'proprie', il termine 'improprie' e il termine 'legge' possono assumere nei vari autori, dà un'idea di come il problema dogmatico delle lacune, almeno in questa fase iniziale della riflessione, sia ingarbugliato. Ricorderò comunque qualche posizione significativa.

ZITELMANN esclude senz'altro, dalle lacune come intende definirle, la nostra prima ipotesi di lacune extrasistematiche, mentre ascrive alla categoria delle *unechte Lücken* la seconda: senza avvertire (sia detto per inciso) che esse si riducono in realtà a una sola, in quanto anche l'esplicita rinuncia è una forma, sia pure negativa, di regolamentazione.

EHRlich sembra invece considerare lacune solo le prime: correggendo la sua opinione giovanile affacciata in *Über Lücken im Rechte* (1888), afferma (*JL* 339): « Eine Lücke im Recht bedeutet nichts anderes, als das Fehlen eines Rechtssatzes, wo er notwendig wäre... nicht etwa eines p a s s e n d e n Rechtssatzes » (spaziatura mia). Con ciò, se vedo bene, accomuna le lacune extrasistematiche della prima categoria con le lacune intrasistematiche da noi esaminate in precedenza; ed esclude, logicamente, la categoria delle lacune improprie: « Zitelmanns 'unechte Lücken' sind entweder echte Lücken oder keine Lücken ». La distinzione di Zitelmann è stata criticata, nell'ambito del movimento riformatore, anche da BRÜTT, *KR* 73-84 e da REICHEL, *GR* 95 s. n. 2 (in termini simili a quelli di Ehrlich). Tra i giusliberisti che negano del tutto la qualifica di lacune a quelle che abbiamo chiamato extrasistematiche va collocato KANTOROWICZ, *KR* 14 i.f.: perchè esista una lacuna occorre che manchi una disciplina legale, « ohne dass angenommen wird, dass der Gesetzgeber bewusster Weise... auf Freischpruch oder Abweisung erkannt wissen wollte »: cf. anche BRÜTT, *KR* 83.

JUNG, nella sua impostazione meditatamente disinvolta (vedi la fine della nota), mi par-

garla (153), conferma, mi pare, la peculiare, insidiosa forma di 'ortodossia' nei confronti della legge (e quindi nel modo

---

rebbe favorevole ad ammettere lacune extrasistematiche; si vedano anche gli esempi di valutazioni giudiziali autonome a p. 502-507 e l'osservazione a p. 502 che di fronte a un ordinamento 'completo' ogni *supplere* è in realtà un *corrigere ius*.

HECK ha formulato in argomento una sua concezione complessa e accuratissima, ma di cui riesce difficile rappresentarsi con sicurezza le ultime conseguenze, la reale portata. La sua idea è che vi sono 'lacune' tanto nei casi di norme mancanti come in quelli di norme inique o insoddisfacenti; e che per giudicare una norma mancante o insoddisfacente il giurista può rifarsi non solo alle supreme valutazioni desumibili dall'ordinamento, ma anche a « interessi comunitari » extralegali da lui liberamente individuati (G 20: « Jedes Gesetz ist von Anbeginn an mit Lücken, Fehlern und Widersprüchen behaftet. Interessenkonflikte, die bei den erkennbaren Gemeinschaftsinteressen einer Entscheidung bedürfen, sind ungeregelt geblieben. Es fehlt ein Gebot. Für andere Konflikte ergeben die Gesetzesgebote eine Entscheidung, die den sonst anerkannten Gemeinschaftsinteressen nicht entspricht. Es fehlt eine Ausnahme ». Si noti la distinzione tra i due tipi di lacune. G. 227: « Die Anweisung zur Verwertung des eigenen unmittelbaren Wissens ergibt den Leitsatz, dass der Richter Interessen schützen darf, die er als schutzwürdig erkannt hat, auch wenn sich eine spezielle Anerkennung im Gesetze nicht findet, dass er also seine Kenntnis der Gemeinschaftsinteressen nicht nur aus dem Gesetze, sondern auch aus seiner eigenen Lebenserfahrung entnehmen darf »; cf. anche oltre, n. 243). Heck quindi non esige, per riconoscere una lacuna, che il legislatore abbia sicuramente inteso regolare la materia; inverte la presunzione di Zitelmann, nel senso che là dove il legislatore tace e un regolamento non negativo sembra desiderabile è da presumere che il giudice possa intervenire, è da riconoscere una lacuna. Il problema per noi è di valutare che differenza reale ci sia tra questo amplissimo riconoscimento di lacune da Heck chiamate improprie (tutto il § 15, p. 196-224, sulla « Gebotsberichtigung » del giudice, è dedicato ad esse) e il riconoscimento di lacune extrasistematiche; tra il dire: « posso giudicare lacunosa e da disattendere una singola norma di legge anche sulla base di valutazioni non desumibili dalla legge stessa (ciò che Heck ammette) e il dire: posso giudicare lacunosa ecc. una norma di legge anche sulla base di valutazioni contrastanti con quelle desumibili dalla legge (ciò che Heck negherebbe). L'evanescenza della distinzione risulta dagli stessi passi citati oltre, n. 155.

La tendenza a negare affatto l'esistenza di lacune, anche intrasistematiche, con il considerarle tutte 'ideologiche' o *de lege ferenda* proviene di solito da un atteggiamento antigiusliberista (si vedano gli autori citati da HECK, G 157 s. n. 234); tuttavia è condivisa anche da autori che

di concepire l'interpretazione) che caratterizza importanti filoni del giusliberismo (154). Insidiosa qui nel senso che negare alle manchevolezze extrasistematiche la qualifica di lacune, mentre non pregiudica necessariamente la possibilità per il giurista di correggerle (anche se mette senza dubbio il suo atto in più cruda luce, configurandolo invece che come un 'colmare' un vuoto, come un decidere *contra legem*), significa ribadire con

---

possono considerarsi giusliberisti per la irrifutabile libertà di scelta 'politica' che ritengono insita nell'attività del giudice e del giurista pratico, p. es. da Kelsen (ma non da tutta la scuola di Vienna: vedi SCHREIER, l.c. alla n. 502). Ciò dimostra che si tratta di una forma di massimalismo logico sostanzialmente adiafora rispetto alla soluzione che voglia darsi al problema dell'attività interpretativa e, più generalmente, giurisprudenziale. HECK (*G* 160 s.) attira opportunamente l'attenzione sulla necessità di tenere distinti, in queste controversie, i problemi normativi e i problemi di formulazione, osservando come spesso gli attacchi contro la pensabilità logica delle lacune si esauriscano in una critica all'uso della parola. E in effetti il riconoscimento dell'esistenza di casi 'nuovi' implicito nella legittimazione dell'analogia, delle finzioni ecc. da parte della scuola classica; l'affermazione della 'lacunosità' della legge da parte del giusliberismo; la negazione di questa lacunosità, ma il riconoscimento dell'indeterminatezza, schematicità e polivalenza della norma da parte di Kelsen sono, mi pare, rappresentazioni dogmatiche diverse, più o meno felici e corrette (vedi p. es. oltre, 264 s.), di uno stesso, innegabile fatto fondamentale.

Occorre quindi, ritengo, affrontare la questione da più lati, non impuntandosi solo a sciogliere il nodo logico delle lacune ma guardando anche al concreto processo di attuazione della legge nei nostri ordinamenti e agli irriducibili momenti di ricorso extralegale insiti nella fatica del giurista. Dice bene JUNG, '*Positives*' *Recht* 509: « ... der Streit ob Erscheinungen dieser Art Rechtsänderung sind oder Lückenergänzung oder was sonst, ist schliesslich unfruchtbar...; was wir für unsere Ausführungen brauchen, ist nur das Zugeständnis, dass nicht alle Urteile Folgerungen aus positiven Rechtssätzen sind, dass Lücken des positiven Rechts sich im praktischen Rechtsleben fühlbar machen ».

In altri termini: quando anche le lacune della legge dovessero dichiararsi logicamente impensabili, resterebbe che tutta la vita del diritto si svolge come se le lacune esistessero. Vedrei nell'aver messo in luce sotto i più vari profili questo fatto la portata e il merito della critica giusliberista alla completezza della legge.

(153) Vedi n. prec.

(154) Su di essa vedi anche oltre, 275-277; 291 pr.; 321; 326; n. 320.

maggior forza che le lacune vanno ammesse anche da chi voglia muoversi esclusivamente entro il sistema. Ma soprattutto ciò che la nostra letteratura (155) non ha ommesso di segnalare, e che mi pare di maggiore importanza, è la difficoltà, in certi casi l'impossibilità di distinguere lacune proprie e improprie, lacune intra- ed extrasistematiche: per cui anche a questo regolamento di confini grave di conseguenze sarà chiamato, in posizione indipendente e responsabile, l'interprete.

D. Ma la difficoltà appena toccata aumenta ancora, e al tempo stesso le lacune di tutti i diversi tipi finora ricordati balzano fuori con maggiore vivezza e si moltiplicano, mentre nuovi tipi, specifici, se ne configurano, quando la legge non viene considerata più in sè e staticamente, ma nel suo quotidiano confronto con l'individuale e il divenire.

a) Dal primo punto di vista, è argomento costante, per non dire costitutivo, del giusliberismo il notare come la controversia concreta, questa-qui-ora, controversia da concepirsi non solo come lite giudiziaria, ma anche come ogni dibattito tra privati (o del singolo privato con sè stesso) in vista di regolare i propri interessi secondo diritto (156), introduca le norme legali, già per tanti motivi malcerte e inadeguate, quasi in una dimensione ulteriore, dove le attendono prove e vicende assai

---

(155) Vedi per tutti Heck, *G* 205 (difficoltà di distinguere lacune proprie e improprie) e 222 (difficoltà di distinguere la « Gebotsberichtigung », consentita, dalla « Gesetzesvereitlung », vietata: la prima consistente nel 'correggere' disposizioni legali in nome di principii superiori, legali e — se vedo bene [cf. sopra, n. 152] — anche extralegali; la seconda, nel disattendere gli stessi principii superiori legali; difficoltà, cioè, di distinguere le lacune intra- e quelle extrasistematiche, nella particolare configurazione che Heck dà ad entrambe). Vedi anche sopra, n. 140 e oltre, 269 e n. 193.

(156) Il giusliberismo ha fatto propria e reso celebre la frase del suo avversario, il ministro austriaco della giustizia F. KLEIN: « Der Hauptwert des Rechts liegt nicht in den verhältnismässig wenigen richterlichen Rechtsfindungen, sondern in den Millionen Rechtsfindungen der Laien im Alltagsverkehr » (*Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, in *Allg. Österr. Gerichtszeitung* 34 [1906] 265 ss., cit. da JUNG, *NR* 99, con altra letteratura; la spaziatura è mia).



meno ovvie che non il semplice incontro con arrendevoli 'minori' di sillogismo perfettamente modellate a loro immagine e somiglianza.

Possiamo parlare di *dimensione equitativa*, se ad equità diamo il senso di 'esigenze assiologiche del caso individuale'; e ritroviamo allora un *τόπος* perennemente presente nell'esperienza giuridica occidentale. Jung è il pensatore giusliberista che ha forse più sistematicamente tenuto conto di questa dimensione, giungendo a concepire ogni ordinamento giuridico come costituito da due gruppi di norme, « *Regelrecht* » e « *Billigkeit(srecht)* » (157): quest'ultimo, il « diritto riconosciuto a contatto con il singolo caso litigioso » (158), « scaturente dalla considerazione del risultato singolo », non attacca la regola generale, che lascia sussistere nella sua formulazione astratta, ma la intacca sottraendole questo caso di applicazione (159), oppure interviene in mancanza di essa; persuasivamente e originalmente Jung ne fa il centro del suo interesse rivolto a indagare la genesi stessa, ideale e storica, del diritto. La dimensione dell'individuale non è stata, a dir vero, sottoposta ad un'elaborazione logica che giungesse a risolverla nelle sue funzioni, a delimitarne le incognite, a renderla in qualche misura intelligibile e

---

(157) Vedi *Rechtsregel und Rechtsgewissen*, in *ACP* 118 (1920) 9-12; e già ' *Positives* ' *Recht* 510-515; *NR*, spec. § 2 (31-47). Idee analoghe sostiene, con minor rigore e misura, il giudice K. SCHMÖLDER, nel già citato volume *Die Billigkeit als Grundlage des bürgerlichen Rechts. Ein Beitrag zur Berichtigung der amtlichen Rechtsauffassung*, 1907. F. ADICKES, il primo diretto precursore del giusliberismo, aveva già notato come esistano due tipi di diritto: da un lato quello già positivizzato, « daneben aber auch ein ganz anderes Recht, das nämlich, welches für den einzelnen Fall erst gefunden, erst zur Existenz gebracht werden muss ». Questo diritto non ancora positivo è anch'esso vero diritto. STERNBERG, *ER* 24 s., dà una giustificazione teorica di questa bipartizione di fatto: il diritto non può essere trovato in ogni caso in via del tutto libera, altrimenti non vi sarebbe alcun ordine giuridico; ma neppure può essere interamente previsto, altrimenti la libertà storica dovrebbe assumere necessariamente la forma del reato. Ogni diritto è perciò « ein Ausgleich zwischen Nomokratie und Sophokratie » (142; cf. 117 s.).

(158) *NR* 314.

(159) *NR* 37.

‘calcolabile’ (160): ci si è limitati a insistere sulle antiche verità di esperienza, ben note ai consiglieri e poco simpatiche ai pandettisti, che ogni caso è diverso dagli altri, è qualcosa di nuovo; che la norma è uno schema, mentre il caso è una realtà; che la norma è semplice e sta per sè stessa, mentre il caso è un incrocio, raramente prevedibile, di norme; e così via (161).

Ma non mi pare per questo meno apprezzabile nel giusliberismo la visione netta — che è insieme una sensazione viva e continuamente ‘portante’, dalle scaturigini certo molteplici e assai profonde — del primato dell’individuale nella realtà del diritto: primato della decisione del giudice (o del privato) sulla regola di legge, concezione, quindi, della scienza giuridica come insieme di attività rivolte anzitutto a favorire la soluzione soddisfacente dei singoli casi.

Il primato della norma individuale sulla norma generale viene affermato in varie direzioni. Anzitutto, per quanto riguarda la sentenza, nella direzione della forza vincolante, della validità (162); e in quella della necessità (163). Poi, per quanto riguarda insieme sentenza e negozio, nella direzione dell’effettività, nel senso in cui può dirsi con Ehrlich «dass das Recht nicht ein abgeschlossenes vollständiges System abstrakter Regeln ist, sondern aus Einzelentscheidungen besteht» (164). Ma non mi pare sia questo, che chiamerei ‘realistico’, il profilo decisivo. Piuttosto lo vedrei nell’ovvia presa di coscienza del fatto che la norma individuale sorge a diretto contatto con la vita (e subito alla vita ritorna), e nel sentimento di valore che inequivocabilmente accompagna l’idea di vita per i giusliberisti. La norma individuale ha, infine, il pri-

(160) Penso qui a ricerche del genere di quella, ben nota, di G. CALOGERO su *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione* (1937), spec. cap. II e III.

(161) Vedi BÜLOW, *GR* 30-33; GÉNY, *MS* I, 212 s.; KISS, *EL* 159 s.; EHRLICH, *GS* 139 s.; HECK, *G* 99 s.

(162) BÜLOW, *GR* 7: «Die Rechtskraft (della sentenza) ist stärker als die Gesetzeskraft».

(163) BÜLOW, *GR* 47: la vita del diritto può fare a meno della legge, non dell’ufficio del giudice.

(164) *FR* IV. La spaziatura è mia.

mato di giustizia: perchè in genere è molto più facile decidere bene un caso che formulare una regola buona per tutti (165).

Il riconoscimento alla norma individuale del primato di effettività, generalmente condiviso, non viene portato alla estrema conseguenza, cui si avvicina invece il movimento più recente del realismo giuridico americano (166), di vanificare del tutto la norma generale (se non addirittura, in quanto norma, anche quella individuale). Il giusliberismo, come ho già detto ripetutamente, è *normativista*, nel senso che riconosce, neokantianamente, la specifica dimensione del dover essere (167), ed è *legalista* nel senso che *a)* fa aperta professione di fedeltà alla legge nella grandissima maggioranza dei (relativamente pochi) casi in cui essa è chiara e completa; *b)* non ha si può dire mai sostenuto la normatività della singola decisione in casi diversi da quello direttamente regolato (168). La norma individuale ha dunque il primato, ma non esaurisce da sola la realtà del diritto, nè pretende di uscire dai propri funzionali confini attribuendosi anche portata generale.

(165) EHRlich, *FR* 19. Si veda anche quanto dirò più in là sulla precedenza psicologica del dispositivo rispetto alla motivazione, sulla rivalutazione della casistica, sul *Rechtsgefühl*, sulla deduzione.

(166) Su di esso va visto il bel lavoro di G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, 1962; di cui peraltro non condivido le occasionali (sotto)-valutazioni del giusliberismo tedesco.

(167) Si vedano le caratteristiche critiche al realismo americano di due giusliberisti neokantiani come H. Kantorowicz, spec. *Some rationalism about realism*, in *Yale Law Journal* 43 (1934) 1240 ss. (ora in tedesco in *RS* 101-116), e H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (tr. it. 1952) 165-182; *DP*<sup>2</sup> 107-109. Tarello, o.c. 232-234, riduce erroneamente la polemica di Kantorowicz a una preoccupazione « politica »: in realtà essa muove dalle più radicate convinzioni epistemologiche dell'autore, e ben prima dell'avvento del nazismo si era già rivolta contro le tendenze sociologistiche europee, affioranti talvolta, ma senza mai assumere caratteri di radicalità e di esclusività, in qualche rappresentante del giusliberismo: vedi Kantorowicz, o.c. alla n. 40, e, sugli 'abusi' puramente terminologici di Fuchs, la lettera citata in Fuchs, *G* 249. Indipendentemente da presupposti neokantiani, giusliberisti come Gény (spec. *ST* I, 67-70; 87-94; II, 52-86) o Heck (spec. *B* 16-25; 131 n. 1) hanno validamente ribadito la natura normativa del diritto e della (o almeno di una) scienza giuridica.

(168) Vedi oltre, n. 251 s.; cap. IV, n. 102 e 129.

Qui interessa mettere in luce come le due affermazioni, della lacunosità della legge e del primato della norma individuale, si prestino, nella misura in cui non si identificano, un mutuo appoggio importante. È poi chiaro come l'una e l'altra siano giustificazioni fondamentali del ricorso alla 'libera' ricerca del diritto. Esse convergono, infine, in un'armoniosa concezione della complementarità tra legge e giurisdizione coadiuvata dalla giurisprudenza, anzi meglio tra norma generale e norma individuale, la prima intesa come 'piano', 'progetto', 'direttiva', 'preparazione', 'tentativo', 'cornice', 'limite', 'schema' per la seconda, in cui soltanto il concreto ordine giuridico si attua; concezione che, coprendo tutto l'arco del giusliberismo da Bülow a Kelsen (169), ne rappresenta a mio parere uno dei meriti maggiori.

(169) Mi limito a citare alcuni passi espliciti sulla legge come 'progetto', 'schema', 'tentativo' ecc.; perchè è chiaro che tutto il giusliberismo, con la riscoperta della lacunosità della legge e della creatività del giurista, è un superamento della versione rigoristica della divisione dei poteri che pone le basi per una concezione dinamica dell'ordinamento (vedi oltre, cap. V, § II e III.5); superamento sanzionato dall'articolo 1 del codice civile svizzero che chiama il giudice a decidere in ultima istanza come se fosse legislatore.

Le più belle pagine sono quelle di Bülow, *GR* (1885): « Es ist noch kein geltendes Recht, es ist nur ein Plan, nur der Entwurf einer zukünftigen, erwünschten Rechtsordnung, was der Gesetzgeber von sich aus fertig zu bringen vermag » (3); anzi (30) la più perfetta legislazione non è in grado neppure di fare il piano di un ordinamento giuridico; le leggi non sono che limiti entro cui resta al giudice una libertà di movimento che sorprende chiunque abbia un processo (29); « das Gesetz ist nur eine Vorbereitung, ein Versuch zur Bewirkung einer rechtlichen Ordnung. Das Gesetz erteilt nur eine Anweisung » rivolta agli interessati e al giudice... (45). Nè l'uno nè gli altri (46) ricevono il diritto già fatto: la legge è piuttosto un limite, « ähnlich wie die Gesetzgebung in die Schranken der Staatsverfassung gebaut ist » (Kelsen *avant la lettre!*). In conclusione (48): « nicht das Gesetz, sondern Gesetz und Richteramt schafft dem Volke sein Recht! ». GÉNY, *MS I*, 212 s. (1899): « le législateur ne peut souvent que déterminer les lignes générales d'un cadre juridique donné; il doit laisser à l'application du droit le soin de le remplir... ». Come può desumersi dalle citazioni fatte da Gény, questa veduta era tutt'altro che estranea alla scuola classica; ma non vi costituiva la base stessa della concezione del diritto e del metodo giurisprudenziale. JUNG, *LG* 150 s. (1900): « ...die gesetzliche...

Concludendo su questo punto: se già considerata in sè e staticamente la legge appariva crivellata di lacune, considerata nel suo irrifrutabile confronto con l'individuale e il concreto essa può bene paragonarsi a un arcipelago disperso in un oceano (170), a una luce che raggiunge direttamente solo rari punti, lasciando gli spazi intermedi in ombra o in penombra (171).

b) Ma l'intero quadro della pretesa completezza legale fin qui tracciato si oscura ancora quando lo si immerga nella dimensione del divenire. È quasi superfluo riprendere in dettaglio gli argomenti facilmente immaginabili che il pensiero di un'epoca alle prese con l'improvviso, travolgente accelerarsi delle trasformazioni tecniche, sociali, ideologiche ha potuto invocare: l'evoluzione porta con sè non solo 'fatti' nuovi, rimasti ignoti al legislatore (dall'elettricità o dai microorganismi (172) agli spostamenti dei rapporti di forza tra capitale e lavoro), ma

---

Regel ist... nur der Versuch einer logischen Aussprache für ein künftiges soziales Handeln.... diese soziale Übung ist erst das geltende Recht » (contra MANICK, *Modernismus* 207 [1914]: « Nur die allgemeine Norm kann gelten »; il vero 'progetto' di diritto è, se mai, il « Fallrechtssatz », non la legge). EHRlich, *FR* 27 (1903): la legge non è ancora diritto vigente. L. SPIEGEL, *Gesetz und Recht* 40 (il passo appartiene a una conferenza del 1908): la legge « soll zu neuem Recht führen, ist aber selbst noch nicht Recht ». HECK, *G* 100 (1914): « Gesetz und Gewohnheit enthalten gewissermassen nur 'Grundnormen' oder 'Grundaussagen', die aufeinander und auf... Ergänzungsmaterial hinweisen ». Il giudice, servendosi di quelle direttive fondamentali e di questo materiale, è chiamato a formulare « Gebotsvorstellungen, die vorher überhaupt nicht vorhanden waren », a una « emotionale 'wertende Gebotsbildung' ». Le citazioni di MERKL, KELSEN (il secondo Kelsen, quello della nomodinamica) e altri rappresentanti della scuola di Vienna mi paiono superflue; è da notare piuttosto il ritardo (compensato dal maggior rigore sistematico) con cui essi elaborano la teoria dinamica del rapporto tra norma generale e norma individuale.

(170) Riprendo l'immagine di ZITELMANN, *Lücken* 17 s.; 20 pr., che ritorna ogni tanto nella letteratura giusliberista. FUCHS, *G* 27: « Das ungeschriebene ('freie') Recht... ist also ein unbegrenzter Ozean. Die gesetzten Normen... stets nur einige spärliche Inselgruppen ».

(171) WURZEL, *JD* 50 s.; RUMPF, *GR* 141.

(172) Intorno all'inizio del secolo divennero famosi i casi della sottrazione di energia elettrica (di cui si discuteva se potesse configurarsi come furto) e del malato infettivo (di cui si discuteva se, in quanto porta-

nuove aspirazioni, nuovi criteri di valore, continuamente dilatando le lacune sia intra- che extrasistematiche della legge. Causa non ultima di nuove lacune è proprio l'incessante produzione legislativa speciale, resa indispensabile dallo sviluppo dello Stato, che crea nuovi casi di dubbio sul significato dei termini legali, nuove antinomie, spostamenti nell'equilibrio sempre precario tra i 'principii generali' contrastanti dell'ordinamento. Del resto, lo stesso bisogno continuo di nuove leggi testimonia dell'incompletezza della legislazione anteriore; mentre già da quanto abbiamo detto in precedenza risulta che la completezza della legge è illusoria non solo quando la si concepisca come definitività di una codificazione, ma anche quando la si concepisca come infaticabilità di una legislazione a getto continuo (173). Quest'ultima non può infatti, per definizione, colmare, senza aprirne altre, le lacune intrasistematiche; quanto a quelle derivanti dal confronto con l'individuale e con la storia occorrerebbe, per eliminarle, che il legislatore svolgesse anche tutta la parte impegnativa della funzione giudiziaria (174); anzi, al limite (175), che si sobbarcasse perfino all'attività negoziale dei privati, curando i loro interessi. (Con ciò, beninteso, farebbe

---

tore di bacilli, rientrasse nell'ipotesi del *Tierhalter* prevista dal § 833 BGB): due casi, come si vede, sottilmente affini.

(173) La seconda prospettiva non occupa che occasionalmente i giusliberisti, formati sotto il peso della pandettistica e del codice; tuttavia è loro già ben presente.

(174) Questa parte si avvicina, per il giusnaturalismo, alla totalità; e il legislatore-giudice appare quindi un impossibile Sisifo. Alcuni illuministi avevano invece ritenuto di potergli affidare non solo la trasformazione del diritto e l'interpretazione autentica, valida in generale, delle leggi, ma anche la soluzione di tutti i dubbi interpretativi che si proponessero ai giudici in controversie concrete (cf. GÉNY, *MS I*, 77 s.; sul punto del legislatore-giudice, vedi anche i passi cit. oltre, alla n. 178, e *MS I*, 211 n. 1); atteggiamento di cui non si può contestare che appartenga alla logica del sistema legalista. Cfr. BÜLOW, 33: non bastano i codici casistici, bisognerebbe — in quella prospettiva — che il legislatore decidesse lui caso per caso, facendo allora il giudice.

(175) Inserisco qui una riflessione che non mi risulta sia stata fatta espressamente dai nostri autori, i quali però avevano ben presenti i 'milioni di ritrovamenti del diritto' compiuti fuori dei tribunali (cf. sopra, n. 156).

scompare anche ogni forma non meramente espositivo-didattica di attività giurisprudenziale). Insomma, se si dà a ' storia ' il senso forte di creazione, innovazione, evoluzione, l'ipotesi della completezza legale presa in tutto il suo rigore arriva a una dogmatica della storia del diritto come o avente per soggetto attivo il legislatore o identificantesi con una storia dell'illecito; addirittura (occorre essere consapevoli del carattere paradossale della formula) a una dogmatica della storia come illecito (176).

A parte queste *reductiones ad absurdum* (che a noi paiono tali, ma che non avrebbero spaventato troppo ideologi del legalismo come un Le Chapelier o un Robespierre o un Mailliar-Garat (177) o codificatori della tempra di Giustiniano o di Federico II), si può trarre insegnamento dalla provata inefficacia degli espedienti tecnici escogitati sotto l'influenza dell'illuminismo per riservare al solo legislatore il completamento e la trasformazione del diritto (178); e sempre sul piano tecnico, mettere in luce gli inconvenienti di una legislazione minutamente

(176) STERNBERG, *ER* 24 s.; cf. CRUET, o.c. alla n. 117, 333 s. (cito da BONNECASE, *Romantisme* 58 s.): « ... il semble que l'illégalité, dans une certaine mesure, soit un phénomène normal de la vie du droit et souvent, en effet, ... le progrès juridique se fait par le conflit réciproque du législateur, des juges et des moeurs... Et sans doute convient-il de respecter assez la loi, mais de ne pas la respecter trop: l'illégalité, comme le crime... est une manifestation d'individualisme, et c'est par l'individu que tout commence, même le Droit ». Lo scetticismo di Cruet non mi sembra qui superare la concezione legalista del diritto, nel senso che inclina a non vedere i mutamenti giuridici se non sotto l'aspetto dell'illegalità. Per WEBER, *WG* 397 (= *ES* II, 17) è postulato della scuola positivista classica, derivante da quello della *Lückenlosigkeit* dell'ordinamento, che ogni azione dell'uomo in società debba essere qualificata come ' applicazione ', ' esecuzione ', oppure come ' violazione ' della legge (Weber dice genericamente « *Rechtssätze* » ma con essi intende, nella situazione storica a cui si riferisce, le proposizioni normative contenute nella legge o ad essa attribuite dagli interpreti: cf. p. es. *WG* 507 [= *ES* II, 191]).

(177) Cf. GÉNY, *MS* I, 91 e 101.

(178) GÉNY, *MS* I, 73-103, spec. 85-87 e 92-95, sulla sorte del *référé législatif* e della primitiva limitazione rigorosa dei poteri della Cassazione francese; e II, 227 sulle revisioni, provocate o periodiche, dei codici e delle leggi. Analogo destino ebbe la *Gesetzgebungskommission* prussiana che

casistica (179), o del dare forma e forza di legge ad ogni innovazione, anche la più esigua e provvisoriamente urgente (180).

La legge si rivela, in definitiva, come incompleta radicalmente: cioè nè completa *actu* nè completabile mai da sè stessa.

E. Contro la forza di questa conclusione non sembra aperto al legalismo che un rifugio: quello, al quale ho già accennato (181), dell'obbiezione logico-formale. Le lacune non sono 'pensabili', e quindi non esistono, perchè l'ordinamento legale così com'è rappresenta comunque la totalità del giuridicamente rilevante; al di fuori non vi è che il *rechtsleerer Raum* o il negativamente regolato; le 'lacune' definiscono i confini stessi del diritto, dei quali l'interprete si limita a prendere atto. Posizione insostenibile e forse in realtà non sostenuta da alcun autore se si guarda alla totalità del pensiero e non solo alla *sedes materiae* 'lacune', dove l'obbiezione viene formulata: insostenibile perchè, come ormai vediamo, conduce a identificare la vita del diritto quale effettivamente si svolge con l'illecito; e contrastata dai giusliberisti anche con più specifiche considerazioni, due delle quali mi sembra utile riportare ancora, a chiusura dell'argomentazione fin qui svolta.

La prima, frequentemente ripetuta e fondamentale, riguarda il divieto del *non liquet* fatto al giudice nelle legislazioni moderne a cominciare dal famoso art. 4 del *Code civil*: « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ». Ciò equivale al riconoscimento legale, nel caso particolare ma saliente dell'attività del giudice statale, della verità perenne e incontrovertibile che ai fini pratici il diritto non può avere lacune (182). Radbruch ha dato di questo punto

---

avrebbe dovuto sostituire i tribunali nello scioglimento dei dubbi di diritto.

(179) Il bersaglio preferito è naturalmente l'*Allgemeines Landrecht* federiciano con il suo generoso tentativo di abbracciare, nelle sue decine di migliaia di articoli, ogni dettaglio della vita dei sudditi.

(180) GÉNY, *MS* II, 228; cf. I, 87 pr.

(181) Sopra, n. 152.

(182) BRÜTT, *KR* 18; 100; cf. GMÜR, *Anwendung* 100 s.; GÉNY, *MS* I, 197 i. f.; STAMPE, *F* 10.



una presentazione particolarmente completa (183): il principio della separazione dei poteri (da lui inteso come principio del giudice-automa), la regola per cui il giudice non può rifiutare di decidere, il fatto della incompletezza della legge, formano un contrasto risolvibile solo nel senso che il principio (in sè artificioso) ceda di fronte alla regola (esprimente un'esigenza pratica insopprimibile) e al fatto (ineluttabile). Ognuno vede come questo ragionamento presupponga, anzichè dimostrare in senso stretto, l'incompletezza della legge; esso ha tuttavia un indubbio valore argomentativo-topico, soprattutto nel mostrare l'astrattezza di concezioni del tipo di quella kelseniana, per le quali cioè non sarebbe da considerare lacunosa la norma indeterminata, antinomica ecc. in quanto 'offrente diverse possibilità di soluzione, tutte ugualmente legali': esso mostra infatti come la legge stessa respinga l'atteggiamento dell'interprete « filologo » (184) che volesse limitarsi ad accertare quelle diverse possibilità. Il giudice (e con lui la giurisprudenza militante) deve decidere. A questo punto dire che colma una lacuna e dire (Kelsen) che sceglie tra diverse possibilità legali significa dire, sul piano logico, la stessa cosa: la lacuna di cui qui si parla è infatti precisamente la mancanza, nella legge, di un criterio per quella scelta tra diverse soluzioni legali che la legge rende obbligatoria. Le due presentazioni dogmatiche possono avere però, se non vedo male, diversi effetti psicologici: chi pensa a una lacuna, cioè a una indigenza della legge, sentirà vivo l'impegno di una personale, responsabile valutazione integrativa; chi pensa le soluzioni tra cui scegliere come dotate comunque di pari giuridicità sarà portato piuttosto a un indifferentismo irrazionalistico, in cui vedrei la perfetta giustificazione teorica del metodo di Bridoie (185), il

(183) Per la prima volta in *Rechtsschöpfung* 355-370, spec. 364. Riassumo il nocciolo del suo ragionamento con le parole di GÉNY, *MS* II, 370. Si veda anche STAMPE, *F* 10; 25.

(184) Così RADBRUCH, l.c. 363 e *passim*. KELSEN parlerà di interprete « teorico » o « scientifico ».

(185) F. RABELAIS, *Le Tiers Livre des faits et dicts héroïques du bon Pantagruel*, cap. XXXIX-XLIII (cito l'edizione delle *Oeuvres complètes* curata da P. JOURDA per i *Classiques Garnier*, 1962).

giudice che usava risolvere coi dati le cause più difficili, ottenendo — non a caso, dunque — il generale consenso.

Una seconda considerazione critica è dovuta a Gény (186): concepire i casi non univocamente regolati dalla legge come sospesi nel *rechtsleerer Raum* significa non dare alcuna regola afferrabile all'interprete, che pur deve decidere; l'unica soluzione pratica è allora ammettere (con la maggioranza dei difensori della completezza, in cui verrà poi ad allinearsi Kelsen) che in mancanza di un appoggio preciso nel testo legale la domanda debba essere respinta dal giudice; ma ciò implica, se si vuole mantenere il postulato della completezza, che il legislatore abbia contemplato, sia pure per regolarle negativamente, delle ipotesi che per definizione invece ha ignorato, in quanto non ha saputo precisarle a sè stesso o sono sorte dopo l'entrata in vigore della legge.

2. A. La necessità di decidere, ossia l'impossibilità che il diritto ai fini pratici resti indeterminato, e l'accertata incompletezza della legge fanno sì che la giurisprudenza non possa ridursi ad 'esposizione' (187) o ad interpretazione puramente filologica delle formule legali. Occorre riconoscerle una competenza ulteriore, un più ampio mandato, individuato funzionalmente da quello che è « das ewige, unverrückbare Ziel der praktischen Jurisprudenz »: « das Recht den wechselnden ... Bedürfnissen des Lebens dienstbar zu machen » (188), provvedendo in ogni caso il giudice o i privati con una norma di decisione.

Questa definizione dell'attività giurisprudenziale metafilologica secondo il fine troverebbe d'accordo non solo la totalità dei giusliberisti, ma, esplicitamente o implicitamente, anche molti rappresentanti delle scuole positivistiche classiche sia in Francia

(186) MS I, 196 s.

(187) EHRlich, GS 14 ha parlato della scienza moderna del diritto come di una semplice forma di pubblicazione delle leggi; altri usano l'immagine dell'altoparlante o del distributore automatico.

(188) EHRlich, GS 256 e 273; cf. 324; 346: è come un *Leitmotiv* che ritorna, con cadenza e tonalità inequivocabilmente appassionata, per tutta l'opera (cf. anche JL 259).

sia (soprattutto dopo Jhering) in Germania (189). Le controversie si aprono invece, anche all'interno del giusliberismo, sui mezzi tecnici da usare, sulla struttura da dare a quell'attività.

E qui tracciare la carta fedele delle varie posizioni sarebbe una davvero delicata opera di topografia, realizzabile solo con l'uso accurato di 'lucidi'. Le zone 'occupate' nel territorio dell'attività giuridica dalle varie teorie in contrasto si sovrappongono infatti spesso, e talora nei settori più impensati; mentre, proprio perchè il fine 'strategico' è unitario, anche dove le loro linee di confine differiscono, la quantità di territorio rispettivamente coperta varia, a ben guardare, sorprendentemente poco. Fuori di metafora: data la complementarità tra le varie operazioni della tecnica giuridica (interpretazione, integrazione, costruzione, correzione delle norme legali), è consentito ad ogni autore di allargare o ridurre a suo piacimento il compito dell'una o dell'altra; a patto però (data l'unità del fine da raggiungere) che ogni allargamento sia compensato da una riduzione, e viceversa. Troviamo così affratellati ai più antichi rappresentanti dell'*école de l'exégèse* in teorie dell'interpretazione ultraconservatrici, fautori tra i più risoluti della libera ricerca del diritto (p. es. Stampe); la facoltà di decidere *contra legem* viene concessa al giurista da autori 'moderati' che riducono al minimo l'eterointegrazione, estendono al massimo l'interpretazione e l'autointegrazione della legge (p. es. Reichel); l'inter-

---

(189) Mi limito a riportare un passo di colui che è, almeno per gli avversari, l'incarnazione stessa della *Begriffsjurisprudenz*: «Denn das freilich darf nie vergessen werden, dass die letzten Ziele der Rechtswissenschaft praktische Ziele sind. Die Rechtswissenschaft ist eine praktische Wissenschaft. Das ist ihre Ehre... Wir wissen, dass die Rechtswissenschaft dazu da ist, um mitzuwirken, dass ein Recht vorhanden sei und ein Recht gesprochen werde, welches menschliche Interessen und Bedürfnisse, wie sie nun zu dieser Zeit und an diesem Orte begriffen werden, zu befriedigen imstande ist. Es ist schön, sich im Äther reiner Erkenntnis zu wiegen; es ist schöner, für das Wohl der Menschheit zu arbeiten» (B. WINDSCHEID, *Die Aufgaben der Rechtswissenschaft*, discorso di rettorato del 1884; ora in *Gesammelte Reden und Abhandlungen* [1906] 106 s.; la citazione è stata già fatta da CAPOGRASSI, *SD*, ora in *Opere* II, 484 n. 1).

pretazione 'oggettiva' o 'evolutiva' è considerata ora il contrassegno del giusliberismo, ora l'ultimo espediente della vecchia scuola; l'interpretazione 'teleologica' è per gli uni conservatrice, per gli altri sovvertitrice della legalità, e l'uno e l'altro giudizio possono provenire da adepti o da avversari del movimento riformatore. Si hanno insomma le coincidenze parziali più inaspettate; mentre al livello globale (attribuisco a questa constatazione portata fondamentale) le metodologie differiscono assai più dei risultati.

La classificazione delle singole metodologie è quindi, come dicevo, atto delicatissimo e che non andrebbe comunque compiuto in riferimento a un unico parametro: in particolare non a quello dell'interpretazione, di tutti il più equivoco. Va considerata ogni metodologia nella sua totalità. Se, ciò posto, vogliamo tracciare una plausibile linea divisoria tra positivismo classico e giusliberismo, dobbiamo ricorrere a due criteri generalissimi, l'uno quantitativo e l'altro qualitativo. Il primo è dato dalla diversa estensione, il secondo dalla diversa natura attribuita all'attività giurisprudenziale metafilologica. Direi sono positivisti classici (190) coloro che attribuiscono estensione ampia (ma natura logico-formale) all'attività giurisprudenziale metafilologica; sono giusliberisti coloro che le attribuiscono estensione massima e natura sociologico-valutativa.

La battaglia essenziale si combatte dunque tra logicismo e antilogicismo (globali). Ciò che non significa per e contro la logica, da tutti riverita; ma per e contro l'idea che esistano procedimenti al tempo stesso logici e fecondi, ai quali il giurista nello svolgimento di quel suo eterno compito possa e debba limitarsi.

---

(190) Uso qui l'aggettivo 'classico' in sottintesa opposizione a un positivismo primitivo che, oltre a negare formalisticamente, nella *sedes materiae*, l'esistenza di lacune, limitasse il giurista all'applicazione della legge filologicamente interpretata. S'intende che parlando di positivismo classico mi riferisco soprattutto alla pandettistica, la cui 'classicità' sta anche nel modo di concepire e ancor più di svolgere l'attività metafilologica.

Occorre notare qui una volta per tutte che il logicismo è altrettanto essenziale al positivismo classico quanto il legalismo, anzi a ben guardare si converte con questo. Infatti è consentito sostenere insieme che tutto il diritto è legale, e che il diritto non ha lacune mentre la legge ne ha (191), solo se si afferma la possibilità di trarre dalla legge nuovo diritto mediante operazioni puramente logiche, paragonabili alle 'trasformazioni' della matematica. Il logicismo non è quindi un lusso che si sia offerto la pandettistica; con esso sta o cade la stessa concezione legalista del diritto che non si arresti al puro filologismo o esegetismo.

Ora, proprio perchè esso costituisce la categoria fondamentale del metodo classico, noi lo troviamo presente a tutti i livelli, informante tutte le operazioni nelle quali quel metodo si articola. E il programma giusliberista consisterà precisamente nel combatterlo ovunque esso si annidi.

È molto utile, per orientarsi di fronte all'incalzare apparentemente tumultuoso delle argomentazioni, rendersi conto che lo schema essenziale della critica si ripete, immutato, per tutti quei livelli ed operazioni. Ogni qualvolta infatti il classico affermerà la logicità e fecondità dei suoi procedimenti, il giusliberista affermerà:

- a) la non (sufficiente) fecondità dei procedimenti veramente logici;
- b) la non logicità dei procedimenti veramente fecondi;
- c) gli inconvenienti ulteriori derivanti dal fatto che quei procedimenti vengano ritenuti e logici e fecondi (192).

---

(191) Intendo la legge filologicamente interpretata. Considero cioè qui come ritenenti lacunosa la legge tutti gli autori che assegnano al giurista un'attività metafilologica, quale che sia la loro presa di posizione sul problema delle lacune nella *sedes materiae*. Spesso i classici negano l'esistenza di lacune, ma riconoscono (o proprio perchè riconoscono) all'attività giurisprudenziale un'ampia eccedenza sulla filologia.

(192) Cf. EHRlich, *JL* 348 : « Es muss daher vor allem geprüft werden, ob der Rechtssatz... nicht dabei (cioè attraverso l'elaborazione con i metodi tradizionali) einen wesentlich andern Inhalt bekommt (critica alla logicità), ausserdem aber auch, ob der Erfolg wirklich den Erwartungen entspricht, ob auf diesem Wege die Entscheidung aller vorkommenden

Occorre appena avvertire che l'articolazione del metodo classico in livelli ed operazioni, cui mi atterrò qui per raggruppare gli argomenti contro il logicismo, è fatta senza alcuna pretesa di assolutezza, anzi con la persuasione del suo valore non più che orientativo ed espositivo. Nè i classici nè i giusliberisti sono giunti del resto a definizioni rigorose dei vari momenti o strumenti della 'logica giuridica': e ciò anche per la buona ragione che quella 'logica' è un movimento funzionalmente unitario di ricerca del diritto, sicchè le sue 'parti' sono quasi tutte difficilmente ritagliabili, e non poche tendenzialmente in grado di espandersi fino a ricomprendere in sè la totalità. Si pensi alla difficoltà di distinguere 'interpretazione' e (auto- ed etero-) 'integrazione'; di trovare una 'costruzione' che non sia 'interpretazione' e viceversa; alla possibilità di configurare l'intera attività del giurista come interpretazione, integrazione o costruzione; scendendo più nei particolari, alla problematicità dei confini tra interpretazione restrittiva, stretta, dichiarativa, lata, estensiva; tra interpretazione estensiva ed analogia, tra analogia *legis* e *iuris*, tra analogia, costruzione e interpretazione sistematica, tra interpretazione sistematica, riempimento di lacune e soluzione di antinomie. Vi è, anzi, tutto un filone della critica giusliberista, inaugurato da Wurzel e da Sternberg nel 1904 (193), che ha proprio messo in luce la problematicità delle distinzioni tralattizie nella scuola classica.

Fatte queste riserve, metterò a base della mia raccolta di argomenti una tripartizione dell'attività giurisprudenziale simile a quella in 'interpretazione' (metafilologica), 'integrazione', 'costruzione' delle norme legali suggerita da un passo di

---

Fälle erreicht wird (critica alla fecondità)»; 423: «Die Prüfung hat ergeben, dass das Ziel, ...jede Entscheidung dem Gesetze zu entnehmen, ...unfassbar ist (critica alla logicità), das Ziel..., eine Entscheidung ohne richterliche Interessenabwägung. wichtige gesellschaftliche Interessen schädigt, und dass das... Ziel, ...eine aus richtiger Interessenabwägung hervorgegangene Entscheidung zu finden, ihr nur auf einem weiten, unnützen, zwecklosen Umwege zugänglich ist (critiche alla bontà del metodo)».

(193) WURZEL, *JD*, spec. 13-30, 70-75; STERNBERG, *AR* 130-139; vedi anche RUMPF, *GR*, spec. 136-154.

Stampe (194). E precisamente manterrò la prima e la terza categoria, sostituendo la seconda con il termine di 'logica giuridica' che ha dato il titolo all'ultima opera di Ehrlich (195). Ciò perchè rispetto ai risultati dell'interpretazione filologica, da cui abbiamo preso le mosse, t u t t a l'attività che intendiamo esaminare è integrazione. Si dovrebbe dire quindi, a rigore: integrazione mediante 'interpretazione', integrazione mediante 'logica giuridica', integrazione mediante 'costruzione'. È anche vero che tutte e tre queste forme di integrazione si pretendono logiche, per cui anche il termine di 'logica giuridica' si presterebbe, in realtà, a designare l'attività globale di ricerca del diritto (196); esso mi pare tuttavia più immediatamente evocativo di un gruppo di procedimenti specifici, e quindi da preferire a 'integrazione' in quest'uso ristretto. Un terzo e più felice termine non saprei trovare.

B. a) Che le lacune della legge non possano essere colmate solo attraverso procedimenti riconducibili a un concetto, sia pur lato, di *i n t e r p r e t a z i o n e*, emerge già dal riconoscimento, nella stessa scuola classica, della necessità di strumenti ulteriori, del ricorso all'analogia, alla costruzione, a quella che Jhering ha chiamato «giurisprudenza superiore» (197). Non occorrono quindi altri argomenti; piuttosto, sul lato terminologico del problema, si può notare come l'uso delle parole 'interpretazione', 'interprete' (che nel contesto moderno evocano pur sempre l'idea di 'ripensamento di un già pensato') per designare tutta l'attività del giurista sia improprio o semplicemente di comodo, quando non tendenzioso (198).

b) Ma i procedimenti metafilologici plausibilmente (anche se latamente) qualificabili come interpretativi non solo non sono

(194) *Die Lehre von der Abtretung der Vindication*, in *ACP* 80 (1893) 308; cit. da G. LAZZARO, *Storia e teoria della costruzione giuridica* (1965) 46 s.

(195) EHRLICH, *JL*.

(196) Così lo usa infatti EHRLICH, o.c.

(197) In *Unsere Aufgabe*, il noto articolo-programma che apre il primo numero degli *JhJ* (1857), p. 8 ss.

(198) Contro il descrivere l'attività giurisprudenziale come interpretazione si vedano WURZEL, *JD* 13; 31-51; EHRLICH, *JL passim*, p. es. 309.

sufficienti; ma non sono neppure interamente logici, avalutativi.

Anche su questo punto mi soffermo solo sommariamente, sia perchè critiche analoghe, e più ampie, sono state rivolte dai giusliberisti alla 'logica giuridica', di cui tra breve ci occuperemo; sia perchè gli argomenti invocati non sono spesso altro che l'identico riflesso di quanto è stato detto sulle lacune. Osservare, per esempio, che già l'accertamento del significato 'proprio' delle parole legali (interpretazione c.d. 'grammaticale') impegna il giurista a delle scelte cui un elemento valutativo non può essere e non è bene sia estraneo (199), equivale a ripetere in altra forma che la legge non è un sistema linguistico chiuso.

Mi limito perciò a un rapido elenco, non esauriente, di altri momenti dell'interpretazione nei quali i nostri autori hanno ritenuto immancabile l'intervento di «valutazioni e opzioni» (200): nell'adottare gli stessi principii ermeneutici di fondo

---

(199) Così p. es. НЕКК, G 174 pr. (che qui si riferisce a valutazioni *legali*).

(200) *Werturteile und Willensentscheidungen* è il titolo della famosa conferenza del 'precursore' G. RÜMELIN (1891; rist. 1912). La non misurabilità e gerarchizzabilità dei valori rende necessarie le *Willensentscheidungen*: queste cominciano dove i *Werturteile* finiscono (22 s.). Di «Werten und Wollen» parla, nello stesso senso ed ordine, M. RUMPF per tutta la sua opera più nota: si veda spec. GR cap. 7, 50-81 (*Werte bei der Rechtsanwendung*), con esempi molto istruttivi di valori che l'interprete è chiamato a utilizzare anche per risolvere problemi di significato della norma. Un'altra classificazione di valori è a p. 80. Si può lamentare, in questo libro di Rumpf, la mancanza di una distinzione sufficientemente netta tra i casi in cui il giudice valuta autonomamente e quelli in cui riproduce in sé le valutazioni della legge; la sua autonomia (di cui comunque non dubiterei) è forse più chiaramente affermata in opere successive, p. es. VR e *Strafrichter*. La descrizione dell'attività non puramente logica dell'interprete in termini di giudizi di valore è caratteristica degli autori di formazione neokantiana: cf. sopra, 232-234. GÉNY usa altri termini («*activité personnelle*», «*libre recherche scientifique*») per indicare in ultima analisi la stessa cosa: cf. MS II, 75 (con rinvii). BRÜTT, neokantiano discepolo di Stammler, da un lato definisce l'interpretazione come «*Auffindung immanenter Werturteile*» (KR § 4, 43-72), dall'altro pone l'integrazione sotto l'egida del *richtiges Recht* (§ 10, 146-182: *Die Bedeutung des richtigen Rechts für die Rechtsanwendung*).



che si porranno alla base del lavoro interpretativo (201); per decidere della 'chiarezza' od 'oscurità' di una norma; per determinare il contenuto dei concetti-valvola; per ricostruire la *ratio* delle norme, nella presunzione (valutativa in fondo anche essa) (202) del legislatore 'ragionevole', «*bonus pater patriae*» (203); per risolvere le antinomie, nella presunzione del legislatore 'coerente'; per scegliere, tra diversi principii tutti contenuti nell'ordinamento, quelli da considerare come prevalenti e 'generalì'; per adattare le norme alle esigenze del caso concreto e per 'sussumere' questo sotto quelle; per tener conto dei mutamenti sopravvenuti nel *corpus* delle leggi, nella funzione economico-sociale degli istituti.

Trovo particolarmente apprezzabile la nettezza con cui i nostri autori affermano l'intervento di questi momenti, che occorre pur chiamare metainterpretativi, fin dai primi passi dell'interpretazione (204). Gény, per esempio, non esita a dichiarare che la pretesa di eliminare ogni «*appréciation subjective de l'interprète... resterait chimérique, en quelque stade de l'interprétation qu'on la formulât*» (205); il metodo latamente scientifico «*nécessaire dans la libre recherche, ne peut manquer de réagir sur l'interprétation pure des sources formelles*» (206); «*alors même qu'il scrute, par l'interprétation proprement dite, les injonctions, extérieures à son jugement... le juriconsulte ne*

---

Sui giudizi di valore vedi anche oltre, n. 463; e sui criteri equivalenti p. 342-345.

(201) Cf. sopra, n. 127 e oltre, 298 s.; 334 s.

(202) Attira l'attenzione su questo punto G. RÜMELIN, o.c. 7 s.

(203) L'espressione è usata da REICHEL, *GR* 78. Fautore dell'interpretazione 'teleologica' ed 'oggettiva' (vedi oltre, 274-277), egli sostiene (67; 75 s.) che occorre badare non alla formula («*Wortlaut*») ma allo scopo («*Zweck*») della norma; e non a quello eventualmente voluto dal legislatore storico, ma a quello che appare attribuibile al legislatore più ragionevole. È chiaro allora come questo *bonus pater patriae* non sia che la proiezione delle valutazioni dell'interprete.

(204) In Italia chi ha più decisamente ripreso e più ampiamente svolto questa tesi è stato CAIANI, in *GV*.

(205) *MS* II, 142.

(206) *MS* II, 144.

joue pas un rôle purement récepteur ou mécanique. Ses facultés propres entrent en scène... De sorte que ... nous pouvons dire, que la position centrale et normale de l'interprète consiste en une activité personnelle, dont il importe de connaître les procédés» (207).

Che l'interpretazione, quando opera col postulato della legge completa, non possa essere 'logica', risulta del resto da tanti indizi significativi: per esempio dal fatto che le massime tradizionali sul retto modo di interpretare sono tutte in contraddizione tra loro, fornendo così volta a volta al giurista la regola che può fargli comodo (208).

L'espediente forse più tipico utilizzato dai classici per salvare insieme l'avalutatività e la fecondità dell'interpretazione era quello di evocare lo 'spirito della legge', allo scopo di conoscere la 'volontà presunta (o 'vera') del legislatore' (209). I giusliberisti sono concordi nell'escluderne il carattere logico: quel tale spirito della legge « ist im Grunde wohl der Herren eigener Geist », « lo spirito di lor signori gli interpreti » dirà, con espressione un po' baldanzosa che però sostanzialmente risponde al pensiero di tutti, il giudice Börngen (210).

(207) *MS II*, 75 (spaziature mie nei tre passi citati).

(208) Si vedano le davvero divertenti citazioni di WURZEL, *JD* 16 s.

(209) Si veda per tutti WINDSCHEID, *Pandekten* § 21 e 22. Mancando altri sussidi, si consiglia al giurista « sich möglichst vollständig in die Seele des Gesetzgebers hineinzudenken »: espressione quasi mistica su cui già BÜLOW sorrideva (*Betrachtungen* 42). Windscheid comprendeva ancora nell'interpretazione non solo la ricerca della volontà presunta del legislatore (quella che avrebbe avuto se avesse pensato al caso), utilizzata come base per l'analogia, ma anche la ricerca della volontà che il legislatore avrebbe dovuto razionalmente avere: procedimento disapprovato, tra gli altri, da GÉNY, *MS I*, 301.

(210) *Reformbestrebungen* 20. L'espressione era già stereotipa nel movimento: cf. KANTOROWICZ, *KR* 27. RADBRUCH, *Rechtsschöpfung* 365, attribuisce l'idea dello spirito della legge a Montesquieu e dà della nostra frase una citazione molto più completa, ma senza indicare la fonte: « dieser noch immer spukende Geist Montesquieus ist längst erkannt worden als 'der Herren eigener Geist, in dem das Gesetz sich bespiegelt' ». Contro questo tipo di interpretazione vedi anche gli autori cit. alla n. seg.; adde S. SCHLOSSMANN, *Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften... nach dem BGB* (1903) 23-27. Che esso non si risolvesse in pura logica viene mostrato con argomenti che si intuiscono facilmente.

Una certa discussione sussiste invece sul punto della concezione volontaristica (in senso psicologico) della legge (211), e su quello collegato della legittimità dell'uso dei materiali: il dibattito, di per sè estraneo alla polemica sul logicismo, ci interessa qui non direttamente, ma in quanto si rifletta sulle posizioni prese nella questione precedente e in quella dell'interpretazione c.d. 'oggettiva' o 'evolutiva' o 'sociologica'.

Questa consiste (rifiutata la concezione psicologica) nel considerare la legge come staccata dal legislatore storico, attribuendole il significato e le 'intenzioni' che possono desumersi dal suo tenore oggettivo, unico munito di forza legale. E poichè ogni legge, quale che sia l'epoca della sua emanazione, vige nel presente, in forza del presente ordinamento legale che in sè l'assume (212), il significato oggettivo da attribuirle sarà quello che il suo dettato può avere entro questo ordinamento, entro la società attuale, insomma nell'ipotesi che essa sia stata emanata oggi (e, beninteso, da un legislatore 'ragionevole', non da quello realmente in attività) (213).

(211) La maggioranza è contraria: BÜLOW, *Betrachtungen* 42 ss.; WURZEL, *JD* 46-51; RUMPF, *Verursachung* 394 dava già la concezione volontaristica per generalmente abbandonata, ritorna però su di essa diffusamente in *GR* 120-131; BRÜTT, *KR* 48-53; GMÜR, *Anwendung* 43-47; REICHEL, *GR* 67-75; G. RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft*<sup>2</sup> (1913) 139-142. Per le citazioni di SCHLOSSMANN, KOHLER, DANZ, STAMPE, FUCHS, SCHMITT, WÜSTENDÖRFER, SPIEGEL, GMELIN, e per i motivi invocati contro la concezione volontaristica, rimando a HECK, *G* 69-75; 83; 250-301. Alla concezione volontaristica sono favorevoli forse soltanto GÉNY e (a modo suo) HECK.

(212) Questa argomentazione 'giuridica' si trova in un (preteso) avversario del *Freirecht*, MANIGK, *FF* 489; essa è implicita nella regola interpretativa data da KANTOROWICZ, *KR* 41, che il giudice debba staccarsi dal testo della legge in ogni caso di dubbio e di decisione presumibilmente diversa del legislatore attualmente in carica, in entrambe le ipotesi decidendo come deciderebbe quest'ultimo. Altri autori ricorrono all'immagine della legge come entità dotata di un «organisches Zweckbestreben» (KOHLER) o, più generalmente, all'argomento che la legge è compresa, come ogni prodotto umano, nel perenne processo dell'evoluzione spirituale e sociale. Per altre motivazioni della teoria oggettiva si veda l'esauriente discussione di HECK, l.c. alla n. prec.

(213) Ho esposto la teoria nella sua forma più tipica; essa ha poi, nei diversi suoi sostenitori, tutta una serie di temperamenti e di sviluppi

È chiaro che una simile concezione, in teoria perfettamente antitetica a quella dello 'spirito' o della 'volontà' del legislatore storico, può avere in pratica la stessa funzione di allargamento delle possibilità concesse all'interprete in quanto tale. Ciò non basta ancora a fissarne in modo univoco i rapporti con il giusliberismo. In linea di fatto, la teoria oggettiva è stata elaborata da rappresentanti del positivismo classico, come Thöl, Wach, Binding e Fischer (214), ripresa in grande stile da un 'precursore' come Kohler (215), adottata e talvolta sviluppata con ampiezza e originalità da un gruppo numericamente prevalente di giusliberisti (216), contrastata da Fuchs (217) e, con estrema decisione, da Gény (218) e soprattutto da Heck (219).

In linea di principio io ritengo forse più autenticamente giusliberista quest'ultima posizione. Come hanno detto, con una chiarezza che non potrebbe desiderarsi maggiore, Gény e Heck, la teoria oggettiva o sociologica è di per sé solidale del postulato della completezza. Infatti « quand on admet ce postulat, il est naturel et nécessaire que l'on cherche à faire produire au texte légal bien plus que n'y a mis la volonté de ses auteurs... ». Chi invece ammette, accanto alla legge, « d'autres sources formelles, à défaut desquelles reste encore une place nécessaire à la libre recherche scientifique », può tranquillamente limitare la portata delle decisioni legali a quella risultante da un'interpretazione storica e rigorosa (220). « ... die historische Auslegung particolari, più e meno pregevoli; infelice mi sembra per esempio la variante apportata da KANTOROWICZ (l.c. alla n. prec.) al tema del legislatore ragionevole.

(214) Citazioni in GÉNY, *MS I*, 259 n. 2 e in SCHLOSSMANN, o.c. alla n. 210, 26 n. 1.

(215) Su di lui vedi HECK, *G* 274-284.

(216) Tra essi tutti quelli ricordati alla n. 211 come avversari della concezione volontaristica, salvo FUCHS.

(217) Per esempio in *G* 4 s; ma tutta la sua battaglia per la sincerità e contro la *Kryptosozologie* (vedi oltre, 326; 331) non lascia dubbi sulla sua avversione per ogni procedimento tendente ad attribuire alla legge ciò che viene in realtà dall'interprete.

(218) *MS I*, 258-265.

(219) L.c. alla n. 211, e in tutto *G*.

(220) GÉNY, *MS I*, 267.

des Gesetzes (ist) nur dann ein Hindernis für die Ergänzung und Fortbildung des Rechts, wenn man das Dogma voraussetzt, dass der Richter darauf beschränkt ist, unter gesetzliche Gebote zu *subsumieren* ... Insofern ist diese alte Subsumtionslehre ein wesentlicher Faktor in der Genesis der soziologischen Deutung. Ihre Vertreter kommen sich besonders fortschrittlich vor, aber sind gerade in dieser Hauptfrage von alten Traditionen abhängig. Die historische Auslegung hört auf, die Fortbildung des Rechts zu gefährden, sobald man ... erkennt, dass der Richter nicht nur zu subsumieren, sondern ... zu ergänzen und zu berichtigen hat » (221).

Gény e Heck colgono però solo un lato della questione. Il rifiuto dell'interpretazione storica da parte degli altri giusliberisti era anche il rifiuto di un procedimento facilmente portato a sfociare nella ricerca della volontà presunta, e soprattutto a perdersi in erudite rispolverature di fatti di cronaca che avrebbero distolto il giurista dal tener gli occhi sulla società dei vivi e mortificato il suo senso della giustizia e della responsabilità. Del resto, l'adesione alla teoria oggettiva non impediva ai novatori di affermare la necessità di andare oltre l'interpretazione, integrando con propri criteri la legge che nonostante tutto non poteva non restare incompleta. Ed è questo un primo punto di distacco dai positivisti classici sostenitori della stessa teoria ermeneutica.

Il secondo, altrettanto decisivo, è che l'interpretazione oggettiva viene concepita dai classici come logica, dai giusliberisti come sociologico-valutativa (222): in ciò il fronte giusliberista è nuovamente unito, solo che Gény e Heck rifiutano, i loro compagni-avversari accettano, che siano fatti passare per contenuti della legge i risultati delle valutazioni del giurista. È dunque comune lo scetticismo sulla neutrale logicità dell'interpretazione oggettiva, è comune il riconoscimento del fatto e del valore della libertà del giurista, è comune infine la demitizza-

---

(221) HECK, G 88.

(222) Rinuncio anche qui a riportare singoli argomenti: come può raggiungersi 'logicamente', cioè sulla sola base di valutazioni legali, quel significato della legge che, sia pure consentito dal testo, appaia come il più rispondente alle esigenze contemporanee?

zione dell'ordinamento legale; ma quest'ultima riguarda per Gény e Heck maggiormente l'attributo della completezza, per gli 'oggettivisti' quello della definitività.

Una posizione 'oggettivistica' a parte, o piuttosto intermedia tra 'oggettivisti' e 'storicisti' e che rappresenta un giusliberismo certo molto 'puro', ma forse anche un po' ingenuo, è quella di Stampe (che può ritenersi sostanzialmente condivisa da Fuchs). Per questo schietto autore, l'interpretazione si arresta al significato 'oggettivo' del testo, quindi senza ricerca storico-psicologica di intenzioni reali o presunte; ma anche senza fecondazione sociologico-valutativa nel presente. La legge vale per ciò che è riuscita compiutamente e chiaramente a dire, non oltre. Dal punto preciso in cui comincia il dubbio, il giurista è, in fatto e in diritto, libero; e di questa libertà deve non soltanto rendersi conscio, ma anche usare in piena luce, affinché alle sue decisioni vada l'autorità che loro spetta, e sia salva la parola autenticamente pronunciata nel testo legislativo (223). Stampe vuole dunque un'interpretazione rigorosamente 'logica', ma la riduce a parte minima della giurisprudenza; ho detto che il suo giusliberismo mi pare ingenuo perchè ha fede che, sia pure su un'area ridottissima (quella del puro *Wortlaut*), le scelte e le valutazioni dell'interprete possano essere escluse (224).

In conclusione: sia a proposito dell'interpretazione 'storico-spirituale' (o '-spiritistica'!), sia a proposito di quella 'oggettivo-evolutiva' la posizione giusliberista essenziale si conferma unitaria: non solo l'interpretazione comunque non basta (secondo quanto abbiamo visto *sub a*)); ma ogni tentativo di allargarne la portata si risolve in un oltrepassamento della logica, cosciente o incosciente.

c) Gli *inconvenienti* del sistematico oltrepassamento incosciente, cioè del logicismo interpretativo, sono gli stessi del logicismo agli altri livelli: rinvio perciò a quanto dirò più oltre *sub C.c*) e *D.c*).

(223) *RB*, spec. 13-15; *F* 11; 26.

(224) Si vedano anche le critiche di HECK, *G* 83-86 (e luoghi cui si rinvia *ivi*, 83 n. 118 *a*).

C. Con 'logica giuridica' intendo (il più genericamente possibile) l'insieme dei procedimenti rivolti (in varie direzioni a trarre le conseguenze di ciò che il legislatore ha detto, in modo da dare al testo legale una portata più 'ampia', o più 'stretta', comunque più soddisfacente di quella che emergerebbe immediatamente dalla ricostruzione interpretativa (comunque condotta) del senso. Postulato del legalismo è che tali procedimenti bastino, siano logici e non abbiano inconvenienti; il giusliberismo respinge il postulato punto per punto.

a) Che la 'logica giuridica' sia insufficiente a coprire l'area lasciata indecisa dalla legge viene generalmente presupposto più che puntualmente dimostrato. È convinzione costitutiva del giusliberismo che la vecchia giurisprudenza sia inadeguata ai tempi, alla violenta accelerazione impressa al ritmo di trasformazione della società dalla rivoluzione industriale, alle esigenze di uguaglianza sostanziale dilaganti nei ceti meno favoriti, all'ansia di chiara persuasività e di sempre più raffinata individualizzazione della giustizia con cui l'uomo contemporaneo si rivolge ai tribunali.

b) Questa lentezza e inadeguazione viene precisamente dal postulato del 'limitarsi alla logica'. A ben guardare tuttavia, il postulato si risolve in una colossale finzione di logicità, la 'logica giuridica' in una tecnica del sofisma (225) il cui merito, inteso come capacità di produrre realmente nuovo diritto, sta appunto nel suo divario dalla logica *tout court*. L'accusa di infertilità e quella di illogicità sono dunque reciprocamente limitative: nel senso che quanto più la 'logica giuridica' è logica, tanto meno è feconda; e viceversa. (Quale sia, poi, il valore del diritto così prodotto, è questione che rimane aperta).

---

(225) EHRlich, *JL* 423 s.: «Mit der wirklichen Logik hat die juristische Logik nichts gemein als den Namen. Sie ist überhaupt keine Logik, sondern eine Technik... jede Entscheidung dem Gesetze zu entnehmen... An der Logik gemessen, kann eine Technik, die einem Rechtsatze mehr zu entlocken sucht, als darin eingestandenermassen vorhanden ist, nur in Trugschlüssen bestehen. Auf Trugschlüsse laufen daher alle die Hilfsmittel der juristischen Logik hinaus...».

Possiamo passare rapidamente sulle critiche che chiamerei 'psicologistiche' alla possibilità stessa di un pensiero rigoroso in materia pratica: esse non sono che il riflesso di una tendenza culturale generale dell'epoca, non si dirigono quindi in modo specifico contro la scienza del diritto. Ricordo, comunque, alcune fini analisi di Wurzel sui fattori etici (226) ed economico-sociali (227) condizionanti, insieme ad una generale tendenza conservatrice (228), l'integrazione giurisprudenziale della legge.

« All unser Denken ist psychologisch » dirà Ehrlich, ma convertirà subito l'idea in un'altra, più precisa e più utile ai nostri fini: ogni nostro pensare ed agire è logico, quando se ne riconoscono apertamente le vere premesse; così i vecchi, disorientanti metodi giurisprudenziali appaiono logici, se ci si rende conto che devono conformarsi a premesse e obbedire ad esigenze contraddittorie (229). E la contraddizione egli la vedrà non soltanto tra la limitatezza della legge e l'illimitatezza del compito assegnatole, tra gli assiomi della 'logica giuridica' e la vita, ma tra gli assiomi stessi, ereditati dalle vicende di una millenaria, non formalizzabile esperienza giuridica (230).

Non meritava, e non ha ricevuto, particolari attenzioni la dimostrazione del valore non logico, ma puramente tecnico-pratico di procedimenti quali le presunzioni e ancor più le finzioni in senso stretto, consistenti nell'assumere come identici a una fattispecie prevista dalla legge rapporti tipici o situazioni concrete cui alcuni tra gli elementi richiesti in realtà mancano (231); un artificio convenzionale di largo uso consisteva, quando la norma riluttava troppo a lasciarsi piegare,

(226) *JD* 62-66.

(227) *JD* 66-70.

(228) *JD* 56-60.

(229) *JL* 280-283.

(230) *JL* 274-276. La sua dimostrazione mi pare però, su questo punto, non completamente riuscita.

(231) KANTOROWICZ, *KR* 24 s.; GÉNY, *ST* III, 360-447 consacra alle finzioni giuridiche un'indagine approfondita, ma le intende (conforme alla prospettiva dell'opera) in un senso quanto mai generale, cioè come uno strumento della tecnica giuridica comune al legislatore e all'interprete. Per GÉNY (ivi 388-390) le finzioni sono in certo modo un pro-



nel manipolare opportunamente il fatto, ricorrendo per esempio allo strumento della dichiarazione tacita di volontà (232).

È grave, piuttosto, l'affermazione (233) che i procedimenti ora ricordati, in particolare le finzioni, sfumino insensibilmente o addirittura rientrano in quella che è senza confronto la più importante risorsa della 'logica giuridica', e quindi il bersaglio preferito della critica giusliberista: l'analogia.

Per la verità, non si può dire che il giusliberismo abbia dato della analisi logiche approfondite dell'analogia. Si è limitato ad affermare due tesi fondamentali: che l'analogia non è una pura 'trasformazione' logica della legge, neppure quando intende esserlo in tutta la misura del possibile; che, ciò posto, l'analogia non deve assegnarsi come primo scopo di essere il più logica possibile. Questa seconda tesi non è di tutti, ed ha, per i fini che ci proponiamo qui *sub b*), minore importanza della prima.

La nozione di analogia posta a base della critica si trova consegnata in descrizioni anch'esse poco approfondite sul piano logico, ma sostanzialmente concordanti e corrette, della scuola classica. Possiamo, con Heller (234), considerare tipica quella di Windscheid: l'analogia è « die Ausdehnung (ausdehnende Anwendung) der aus dem Gesetz zu entnehmenden Prinzipien auf Fälle, die von den im Gesetz entschiedenen nur unwesentlich abweichen ». I punti focali, come si vede, sono due: ricorso non direttamente a una disposizione della legge, ma a un principio (in pratica: a un contenuto normativo non scritto, di almeno un grado più 'astratto', e quindi avente estensione più ampia, della disposizione scritta su cui l'analogia si fonda); la inessentialità (termine impreciso, che è bene rimanga tale) delle differenze intercorrenti tra la fattispecie regolata dalla legge e quella regolata per analogia. Ora, poichè da un lato an-

---

lungamento delle presunzioni, anch'esse da lui ampiamente studiate (264-360).

(232) Cf. E. EHRLICH, *Die stillschweigende Willenserklärung*, 1893.

(233) Largamente condivisa: si vedano in questo senso GÉNY, *ST* IV, 390 e gli autori cit. ivi, n. 2. *Adde* STERNBERG, *AR* 133; EHRLICH, *JL* 351 pr.; 352.

(234) O.c. alla n. 262, 75.

che la trasformazione fatta subire alla norma scritta (o a un certo gruppo di norme scritte) con l'estrarne il principio dev'essere, ovviamente, 'inessenziale', e d'altro lato il principio viene trovato in modo che la fattispecie da regolare per analogia vi rientri poi esattamente, tutto si riduce, secondo lo schema classico, a estrarre dalla legge una norma nuova, ma che differisca da quelle legali scritte solo 'inessenzialmente'.

È chiaro che, se si accetta questo schema, il cui punto saliente sta nella distinzione tra essenziale e inessenziale, appare giustificato porre globalmente in dubbio la possibilità di considerare l'analogia come un'operazione rigorosa. Ciò spiega il carattere scarsamente analitico sia della critica giusliberista, sia delle più o meno esplicite manifestazioni di diffidenza verso l'analogia di molti tra gli stessi classici (235). Potrei perciò limitarmi, in una prospettiva di pura esposizione storica, a scegliere nelle opere dei nostri autori formule e spunti particolarmente efficaci nel dar risalto alla comune negazione, o nel mostrarne le conseguenze necessarie. Così, per Adickes (236) l'analogia è fondata non sulla logica ma sulla giustizia, e vale ad ispirare, non a determinare, il giudice. GénY (237) la colloca non nell'interpretazione, ma tra i procedimenti della *libre recherche scientifique*, orientati in primo luogo alla *nature des choses*: « elle ne prendra les dispositions légales que comme un point d'appui objectif, pour construire, par voie de libre recherche, dans les intervalles »; l'interprete dovrà, nel ricorrere all'analogia, « fonder sa décision sur des principes objectifs d'équité ou d'intérêt général ». Zitelmann (238) e Sternberg (239), tra gli altri, ritengono che l'analogia porti sempre a una decisione *contra legem*, in quanto sempre almeno contro la norma generale esclusiva (Zitelmann) o il principio della completezza della legge e della rigorosa separazione dei poteri (Sternberg): integrare un ordinamento completo significa correggerlo. Per Zitelmann l'analogia è appunto la forma più caratteristica in cui avviene la correzione

(235) Si vedano le citazioni in GÉNY, *MS I*, 309-312 e *II*, 126-130.

(236) *LR* 68 s.

(237) *MS I*, 312-314; vedi anche oltre, n. 256-260; n. 280.

(238) *Lücken* 17-25.

(239) *AR* 136.

della legge da parte del giudice, mentre secondo Sternberg (240) non è possibile distinguere materialmente, con criteri logici, analogia e legislazione; è chiaro che, per chi così ragiona, la questione della maggiore o minore rigidità dell'analogia diventa secondaria. Scendendo più nei particolari, Zitelmann (241) afferma che l'analogia estende o restringe sempre qualche norma legale; estensione e restrizione sono anzi immancabili entrambi e complementari. Heck, meno categorico su questo punto (242), si avvicina invece a Sternberg quando equipara l'analogia alla decisione presa dal giudice, secondo la famosa formula del codice svizzero, 'come se fosse legislatore' (243). Secondo Wurzel vi è nell'uso dell'analogia, che richiede il ricorso alla *ratio legis*, un assunto contraddittorio: colmare con diritto positivo le lacune del diritto positivo (244). Cosa egli pensi dell'analogia può poi desumersi dal fatto che classifica la 'proiezione' (procedimento da lui scoperto e valorizzato, consistente nel precisare creativamente la sfera di applicazione dei concetti legali sulla base di un'esperienza o di un affetto) come un *quid* intermedio tra la

(240) Si veda tutta l'argomentazione in *AR* 131-142.

(241) *Lücken* 42 n. 13.

(242) *G* 211: l'analogia estende sempre la portata di una norma; ma è « *überraschend oft der Fall* », accade « *fast in der Regel* » che ciò comporti l'interpretazione restrittiva di un'altra. Heck si serve di questa osservazione per dimostrare l'abilitazione del giudice ad una « *Randberichtigung* » della legge.

(243) *G* 229 (e cf. 228). L'equiparazione serve a Heck per dimostrare il *Leitsatz* di p. 227 i.f., secondo cui il giudice può dare tutela anche ad interessi non specialmente riconosciuti dalla legge quando gliene paiono degni. L'analogia si limita ad aggiungere, alla decisione presa 'come legislatore', l'affermazione che gli interessi così tutelati hanno stessa natura e *Schutzwürdigkeit* di quelli contemplati, per un caso diverso, in una norma legale. Una simile affermazione non può basarsi sulla legge; essa « *beruht... auf der Lebenserfahrung* », è un « *Eingreifen des eigenen Urteils* ». Subito dopo, a p. 230, Heck sembra togliere valore a questo riconoscimento sostenendo che il giudice nel colmare le lacune è legato ai giudizi di valore del legislatore; ma a p. 231 precisa: *quando ci sono*. In altre parole: riconoscere il carattere vincolante dei principi non significa cambiare la natura dell'analogia, ma spostare il livello a cui essa può venire utilizzata. Cf. anche oltre, 290 s.

(244) *JD* 26.

sussunzione pura e semplice e l'analogia (245). Brütt critica l'impostazione di Zitelmann secondo cui l'analogia è sempre *contra legem* (246): l'analogia è una decisione *praeter legem*, e come tale di valore ipotetico, quindi da verificare teleologicamente; la sua utilità sta in una certa funzione di controllo esercitata dal principio legale indotto (247). Per Ehrlich (248) l'analogia non è che una 'ispirazione' offerta dalla legge alla ricerca libera del diritto; essa serve solo a far sì che quest'ultima « sich nicht allzu weit von dem entfernen dürfe, was sich in den Rechtssätzen finde. Das ist bei der Fülle der Anregungen, die die modernen Gesetze der Analogie bieten, eine kaum fühlbare Fessel ».

Questi esempi documentano a sufficienza una convinzione così radicata da non venire, spesso, neppure discussa (249); e che si traduce, coerentemente, nel negare ai risultati dell'analogia la 'forza di legge'. Per riprendere la terminologia che già molte volte sono stato condotto ad usare, l'innovatività dell'analogia rispetto alla legge sul piano del contenuto (dell'essenza) comporta una diversa autorità, una diversa forma di esistenza. Stampe si serve proprio della parola *Dasein*: « Auch mit Hilfe der sog. Analogie können unausgesprochene Prinzipien nicht zu einem mit Gesetzeskraft ausgestatteten Dasein erweckt werden » (250). L'analogia è solo un caso di ritrovamento giudiziale del diritto, che non si impone in generale: essa « erzeugt keinen Rechtsatz sondern nur einen Ergänzungssatz, dessen Wirkung über die jeweilige res iudicata nicht hinausgeht » (251). Gény, al cui pensiero pazientissimamente re-

(245) *JD* 43.

(246) *KR* 77-83.

(247) *KR* 154-158.

(248) *JL* 353.

(249) Si vedano, comunque, JUNG, *LG* 140-143, con esempi di decisioni comunemente riportate al concetto di analogia e non dimostrabili in modo stringente; STAMPE, *RB* 4; 12 s. (vicino a Gény); KANTOROWICZ, *KR* 23-27, che inserisce la sommaria liquidazione dell'analogia in un panorama critico altrettanto sommario, ma efficace come schizzo, dell'intera costellazione di mezzi, spesso equivalenti, formanti la tradizionale 'logica giuridica'; RUMPF, *GR passim*, spec. 142-149.

(250) *RB* 12.

(251) *RB* 4; cf. anche ADICKES, *LR* 69.

sponsabile nessun problema sfugge, non solo fissa con la massima chiarezza quest'ultimo punto (252), e distingue le due diverse dimensioni che io ho chiamato dell'essenza e dell'esistenza (253), ma si sforza di stabilire una gradazione di efficacia vincolante tra i diversi mezzi interpretativi, dal duplice punto di vista del loro conflitto eventuale (254) e della competenza della Cassazione a intervenire correttivamente nei loro confronti (255). L'analogia, come strumento della libera ricerca del diritto, non può che cedere ai risultati dell'interpretazione pura della legge (256); è soggetta come tutta l'attività giurisprudenziale, *libre recherche* compresa, al controllo della Corte suprema, ma questa « doit être ménagère de sa censure », commisurandola « à l'énergie de la règle de droit méconnue » (257). Di fronte a una decisione in materia disciplinabile solo mediante libera ricerca o analogia, non cesserà che quando vi sia, invocabile e tuttavia trascurata, un'analogia precisa (258); altrimenti potrà respingere il ricorso, e a questo atto potrà darsi il valore di un *non liquet* o meglio di un *non expedit* (259), destinato a lasciar sussistere

(252) *MS II*, 195 n. 2.

(253) « La différence de valeur, des moyens distincts de l'interprétation, ne réside pas seulement dans leur productivité respective. Elle se traduit, d'une façon plus nette encore, dans l'énergie de chacun, et dans la force impérative... Tantôt, ces moyens enchaîneront le jugement personnel, au point de ne laisser place à aucune décision indépendante. Tantôt, ils montreront simplement la voie et proposeront une solution, sans astreindre le juge à l'appliquer aveuglément » (*MS II*, 194; spaziature mie).

(254) *MS II*, 193; tutta la questione sarà poi ripresa con la massima ampiezza in *ST*, alla fine del vol. III e nel vol. IV.

(255) *MS II*, 195-220. Questo problema della posizione di un tribunale supremo rispetto ai risultati della libera ricerca del diritto, problema certo importante per il funzionamento concreto di una giurisprudenza fondata sui principii del giusliberismo, mi pare non sia stato affrontato che in queste pagine di Gény.

(256) *MS I*, 315. Si noti quale concezione 'liberistica' dell'analogia sia implicita nel riconoscimento della possibilità di un simile contrasto.

(257) *MS II*, 210.

(258) *MS II*, 212. Gény distingue diversi gradi di 'precisione' dell'analogia: cf. oltre, n. 280.

(259) *MS II*, 210.

un'opportuna varietà di opinioni là dove la materia è oggettivamente opinabile (260).

Questa concorde, coerente testimonianza giusliberista a carico della logicità dell'analogia, se, come ho detto, appare già convalidata dai termini stessi in cui si pone il problema globalmente considerato, e dalla relativa fiacchezza della controtestimonianza classica, non può però apparire del tutto probante al giurista 'loico' e giustamente preoccupato della grave posta in gioco. Resta pur vivo il sospetto, se non altro, di una *esagerazione* o di una *insufficiente discriminazione*: la prima eventualmente riconducibile a una venatura di volontarismo atomistico ben presente nella concezione giusliberista della legge (261); la seconda non accettabile da chi voglia collocare con esattezza gli addebiti e sia curioso di vedere con tutta chiarezza dove la logica finisce e quale genere di 'non logica' ivi comincia.

È merito non del giusliberismo, ma di ricerche logiche più recenti, aver dato risposta precisa a molte delle domande rimaste in sospeso. Con un certo stupore constatiamo però che queste ricerche in definitiva convalidano, anche quando sono polemicamente impostate, l'atteggiamento giusliberista: quel sentimento perentorio di non veracità maturato a contatto con le pretese del vecchio metodo ci appare quindi non come illogismo sommario, ma piuttosto come logica *ramassée*, intuizione riassuntiva, esperienza. Al tempo stesso sono le ricerche successive a offrirci quasi le coordinate entro cui collocare la critica giusliberista, così da definire con precisione il punto in cui essa si applica e insieme il motivo della sua validità. Facendo un'eccezione al tipo di impostazione storica fin qui adottato, non mi precluderò quindi di utilizzare (con la massima parsimonia possibile) alcuni risultati di tali ricerche (262), nel tentativo di meglio capire

(260) *MS II*, 212 s.

(261) Vedi oltre, 305-307.

(262) Mi riferisco in primo luogo all'opera tuttora fondamentale di N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, 1938, cui devo i suggerimenti essenziali per l'impostazione del problema nelle pagine che seguono. Il filo conduttore della critica giusliberista, quale ho creduto di poterlo dipanare, è, nelle grandi linee, lo stesso dell'efficace critica mossa a Bobbio

non solo la generale presa di posizione negativa, ma anche i frammenti di analisi lasciatici dai nostri autori.

Prenderei come punto di partenza la famosa critica della *Interessenjurisprudenz* al cosiddetto *Inversionsverfahren*, considerato da M. Rümelin e da Heck il « peccato contro lo Spirito Santo » della *Begriffsjurisprudenz*. Esso consisteva semplicemente nel sostituire a un determinato concetto legale  $Q$ , cui fosse connessa la disciplina  $P$ , un concetto scientifico di più ampia estensione  $M$ , sotto cui fossero sussumibili tanto  $Q$  quanto la situazione  $S$  non regolata, o non regolata interamente, dalla legge. Era allora possibile collegare a  $S$  la disciplina  $P$  appartenente originariamente a  $Q$ .

Utilizzando e integrando la formula del ragionamento per analogia come ragionamento certo data da Bobbio (263), l'*Inversionsverfahren* può esplicitarsi nel seguente esempio:

- (1) Il contratto è disciplinato dalla legge in modo  $y$  ( $Q$  è  $P$ );
- (2) Il contratto è un negozio giuridico ( $Q$  è  $M$ );
- (3) L'essere il contratto un negozio giuridico è ragione sufficiente dell'essere il contratto disciplinato in modo  $y$  ( $Q$  è  $M$  è ragione sufficiente di  $Q$  è  $P$ ); proposizione convertibile nella seguente:
- (4) Il negozio giuridico è disciplinato dalla legge in modo  $y$  ( $M$  è  $P$ );

---

da CAIANI, *GV* 240-247 e poi ripresa, più brevemente, nella voce *Analogia (Teoria generale)*, in *ED* II (1958) 363 s. Per un controllo e una indiretta conferma del mio punto di vista mi è stato utile U. KLUG, *Juristische Logik*<sup>2</sup> (1958) 101-128. Solo dopo avere scritto le pagine che seguono ho potuto prendere visione di uno studio che mi è parso (anche se quasi privo di riferimenti alla letteratura non tedesca) particolarmente approfondito e persuasivo: T. HELLER, *Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung*, 1961 (cf. ora nello stesso senso, sommariamente, G. KALINOWSKI, *Introduction à la logique juridique* [1965] 165-167). La ricerca di Heller permetterebbe di formalizzare più accuratamente la mia esposizione; ma nella sostanza essa non fa che confermare i risultati della critica giusliberista. Del resto il contrasto tra la posizione apparentemente 'logicistica' di Bobbio e la posizione giusliberista è meno radicale di quanto sembra: vedi oltre, n. 266.

(263) O.c. 87 s.; 96 s.; 100.

- (5) Il testamento è un negozio giuridico ( $S$  è  $M$ );  
 (6) Il testamento è disciplinato dalla legge in modo  $y$  ( $S$  è  $P$ ).

Si noti intanto l'audacia della conclusione: se si vuole rispettare la forma rigorosa dell'argomento, si arriva necessariamente a dire non soltanto che «  $S$  deve avere le conseguenze giuridiche  $P$  » (264) ma che  $S$  ha le conseguenze  $P$ . Conclusione in perfetta armonia con il dogma del legalismo, ma che lascia il dubbio che la parola ' legge ' abbia nelle proposizioni (1) e (6) due significati diversi.

Il punto per noi essenziale è però un altro. Quando l'*Interessenjurisprudenz*, e con essa tutto il giusliberismo, nega la logicità di quel tipico caso di analogia che è l'*Inversionsverfahren*, essa non infirma la validità formale dello schema del ragionamento; non nega (1), che è giudizio di competenza dell'interpretazione; non nega (2) e (5): sia il contratto che il testamento rientrano, se ciò fa piacere al dogmatico, nel concetto che egli vorrà fissare di negozio giuridico; nega la dimostrabilità rigorosa di (3), e conseguentemente di (4) e di (6).

Vediamo ormai con più chiarezza il ' luogo ' preciso in cui si applica la critica globale fondata sulla non rigorosità della distinzione tra ' essenziale ' e ' inessenziale '. Le obiezioni si appuntano cioè — e basterebbe riscorrere la già citata letteratura giusliberista per constatarlo — contro l'ineliminabile momento (che viene talora chiamato dell'induzione) in cui si procede alla ricerca della *ratio* o principio sottostante alla norma; contro la possibilità di dimostrare in modo logicamente rigoroso una proposizione del tipo:  $Q$  è  $M$  è ragione sufficiente di  $Q$  è  $P$ . Si tratta di obiezioni facilmente intuibili e la cui fondatezza appare, direi, *prima facie*: comunque si concepisca la ragione sufficiente — come motivo storico, come motivo ' oggettivo ', come fondamento di verità (265) — essa non è riconoscibile se non attraverso operazioni i cui ' rischi ' sono in gran parte gli stessi dei vari tipi di interpretazione metafilologica già esa-

(264) Così BOBBIO, o.c. 100.

(265) Cf. BOBBIO, o.c. 102 s.; 106-108.



minati, e quindi generalmente gravi: con perfetta lucidità li riassume proprio il maggiore difensore del ragionamento analogico come ragionamento (astrattamente, formalmente) certo (266).

A dire il vero, l'*Interessenjurisprudenz* nel caso specifico dell'*Inversionsverfahren* non solo nega la dimostrabilità rigorosa, ma senz'altro nega la verità della proposizione decisiva. E ciò per una tesi fondamentale di tutto il giusliberismo, secondo cui la sussumibilità di un concetto legale  $Q$  sotto un concetto scientifico più ampio  $M$  non può mai essere considerata, come dice Heck, «causale» (con Bobbio diremmo: «ragione sufficiente») rispetto a  $Q$  è  $P$ , ossia al collegamento di una disciplina con quel primo concetto. (Il nome *Inversionsverfahren* allude appunto all'inversione dei rapporti causali tra fatti normativi e fatti rappresentativi, tra precetti e concetti). L'*Interessenjurisprudenz* rifiuta insomma, con tutto il giusliberismo, l'analogia fondata sulla costruzione concettuale (267).

Molti giusliberisti (non tutti) accettano invece un'analogia fondata su considerazioni, come allora si diceva, 'di interessi', o 'teleologiche', o 'sociologiche'; ma, come dev'essere ormai chiaro, accettare l'analogia tra i mezzi della *Rechtsfindung* non significa ancora, per i giusliberisti, riconoscerne la perfetta logicità. Qui può esserci utile, almeno indirettamente, cercare di

(266) BOBBIO, o.c. 110 s. I successivi approfondimenti critici di CAIANI e di HELLER non fanno in realtà che dare sviluppo all'avvertimento di Bobbio che il ragionamento per analogia, quando sia effettuato in concreto, include sempre o quasi sempre, al momento della ricerca della ragione sufficiente, elementi di incertezza; solo che, impostando il rapporto tra parte certa e parte incerta dell'analogia non come rapporto tra ragionamento 'astratto' o 'in sè' e ragionamento 'concreto', ma come rapporto tra due momenti dello stesso ragionamento analogico tipico, riportano l'incertezza all'interno di quest'ultimo. Vi è insomma accordo fondamentale sulla indispensabilità e non rigidità della ricerca della ragione sufficiente; la divergenza è di strategia espositiva. La seconda impostazione, che è quella giusliberista chiarita, mi pare più rispondente alla realtà complessiva e meno soggetta a favorire, facendo nascere illusioni logicistiche, un uso acritico dell'analogia; l'impostazione di Bobbio ha avuto il grande merito di stabilire tra logico e non logico un preciso regolamento di confini.

(267) Vedi oltre, 302 s.; 312-315.

vedere in che misura e in quali punti il carattere metalogico dell'analogia si manifesti nelle concezioni di quei rappresentanti del giusliberismo che intendono almeno conservarle il carattere di procedimento 'il più logico possibile' (268). Mi riferirò ancora all'*Interessenjurisprudenz*, che può considerarsi rappresentativa di tutto questo gruppo 'ortodosso'. Vi è un passo di Heck (269) che offre una guida sicura, consentendoci di impostare nei nuovi termini l'esempio già fatto del contratto e del testamento:

- (1) Il contratto è disciplinato dalla legge in modo  $y$ .  
Con 'legge' si intende la formula legale scritta. Per l'*Interessenjurisprudenz* questa formula non è ancora (a rigore) la 'vera' legge: legge sarà piuttosto (come ho accennato alla n. 148) la proposizione risultante dalla considerazione teleologica della formula stessa. Abbiamo allora che (a rigore, già in sede semplicemente interpretativa) la proposizione (1) si converte in:
- (2) Con la disciplina  $y$  in materia di contratto la ('vera') legge intende risolvere un conflitto tra gli interessi  $i_1, i_2, i_3$  sulla base del giudizio di valore  $z$ , per esempio: 'occorre tutelare l'affidamento'; proposizione che equivale ad attribuire alla 'vera' legge un disposto di questo genere:
- (3) Il (ogni) conflitto  $i_1-i_2-i_3$  è (va) risolto sulla base di  $z$ , e  $y$  è un mezzo buono/mediocre/cattivo per realizzare  $z$ .  
(Si noti che l'*Interessenjurisprudenz* — e ogni forma di interpretazione teleologica — è basata sull'assunzione che il

(268) Sugli altri vedi oltre, 293 s.

(269) *B* 96 s.: « Bei der Rechtsfindung durch Gesetzesanalogie liegt ein berechtigtes Induktionsverfahren vor. Der Forscher entnimmt aus der gesetzlichen Regelung einer bestimmten Interessenlage, die Erkenntnis eines kausalen gesetzlichen Werturteils, und verwendet diese Erkenntnis für die Behandlung einer nicht gegebenen, aber für dieses Werturteil gleichwiegenden Interessenlage. Das rechtsähnliche Element wird eben in demjenigen Elemente gesehen, das wirklich kausal gewesen ist. Das ist berechtigte Induktion ». L'*Inversionsverfahren*, invece, si riduce in ultima analisi a una *quaternio terminorum*, cioè a una sostituzione di concetti: nell'esempio fatto prima, a sostituire contratto con negozio,  $Q$  è  $P$  con  $M$  è  $P$ .

giudizio di valore sottostante a una data norma  $A$  non sia precisamente 'è bene  $A$ ' (270).

A questo punto il ragionamento può proseguire con due serie diverse di passaggi, che indicherò con le lettere  $a$  e  $b$ . La prima, più immediatamente suggerita dal passo di Heck, sarebbe all'incirca:

- (a4) In materia di testamento si ha un conflitto tra gli interessi  $i_1, i_2, i_3$ .
- (a5) Questo conflitto in materia di testamento va dunque risolto (rigorosamente parlando: è risolto dalla legge) sulla base del giudizio di valore  $z$  e può bene/può cautamente/non può essere assoggettato alla disciplina  $y$ .

Può, questo primo ragionamento, che volutamente non ho subito formalizzato per non rischiare di semplificarlo arbitrariamente, considerarsi una vera analogia?

Le difficoltà che si incontrano per ricondurlo allo schema bobbiano 'integrato' sono, a mio parere, piuttosto rilevanti: non vi insisto, per non appesantire il discorso e perchè difficoltà identiche o simili si proporranno nei confronti del secondo ragionamento, che mi preme maggiormente.

Qui va però osservato che il problema della qualificabilità del primo ragionamento come analogia non può neppure porsi se non si accetta una formulazione della legge come formula legale, una concezione cioè non teleologica. Solo se è ('vera') legge la formula, il ritrovamento della proposizione (3) può avere il significato di un ritrovamento del « principio » di Windscheid, della « ragione sufficiente » di Bobbio. Se invece è ('vera') legge — ed ho già accennato che deve esserlo in una prospettiva teleologica rigorosa — la stessa proposizione (3), la presunta analogia si riduce in realtà a un riconoscere, interpretativamente, il significato di (1), e a farvi rientrare (beninteso, perfettamente) il caso del testamento: l'operazione sintattica dell'analogia si risolve in un'operazione semantica (271) più una sussunzione.

(270) Cf. HELLER, o.c. alla n. 262, 90 pr.

(271) Traggo la contrapposizione tra operazioni sintattiche e semantiche da G. GAVAZZI, voce *Logica giuridica* in *NDI IX* (1963) 1066.

Ecco allora che l'autentico ragionamento per analogia di una giurisprudenza teleologica mi sembra debba porsi a un livello diverso, continuando, dopo (3), all'incirca così:

- (b4) Il conflitto  $i_1-i_2-i_3$  è riducibile, ai fini del giudizio di valore  $z$ , al conflitto  $i_1-i_2$  ( $i_3$  è irrilevante); proposizione che equivale ad attribuire alla legge un disposto di questo genere:
- (b5) Il (ogni) conflitto  $i_1-i_2$  è (va) risolto sulla base del giudizio di valore  $z$ , ecc.;
- (b6) In materia di testamento si ha un conflitto tra gli interessi  $i_1, i_2, i_4$ ;
- (b7) Il conflitto  $i_1-i_2-i_4$  è riducibile, ai fini del giudizio di valore  $z$ , al conflitto  $i_1-i_2$  ( $i_4$  è irrilevante) (272);
- (b8) = (a5).

Le proposizioni (3), (b4) (b7) e (b8) formano, come si vede, uno schema bobiano:  $Q$  è  $P$ ;  $Q$  è  $M$ ;  $S$  è  $M$ ;  $S$  è  $P$ , in cui  $Q$  stia per 'il conflitto  $i_1-i_2-i_3$ ',  $P$  stia per 'risolto sulla base di  $z$  ecc.',  $M$  stia per 'riducibile, ai fini di  $z$ , al conflitto  $i_1-i_2$ ',  $S$  stia per 'il conflitto  $i_1-i_2-i_4$ '. La ragione sufficiente di  $Q$  è  $P$  sta anche

(272) Ho aggiunto questa proposizione per ricordare che l'identità (ai fini di  $z$ ) tra  $i_1-i_2-i_4$  e  $i_1-i_2$  è ovvia e 'automatica' solo quando si dia a (b5) il significato più ampio, quello cioè di assoggettare a  $z$  ogni conflitto di interessi contenente il conflitto  $i_1-i_2$ , quindi  $i_1-i_2-i_3$ ,  $i_1-i_2-i_4$ ,  $i_1-i_2-i_3-i_4-i_5$  ecc.: è l'ipotesi descritta da HELLER 84 i. f. -85. È chiaro che se si dà a (b5) questo valore, (b7) è superflua e si ha solo un'induzione da (b4) a (b5) e una sussunzione. Aggiungendo (b7) ho voluto invece contemplare l'ipotesi in cui (b5) abbia un significato che non esoneri dalla ulteriore dimostrazione che la presenza di  $i_4$  al posto di  $i_3$  non comporta una modificazione nell'applicazione di  $z$  (cf. HELLER 114). Certo, una volta dato — implicitamente in (b5) o esplicitamente, mediante rinnovata valutazione, in (b7) — il giudizio di irrilevanza di  $i_4$ , il conflitto in materia di contratto e quello in materia di testamento appaiono, ai fini di  $z$ , come fattispecie identiche, da assoggettare entrambe allo stesso titolo a  $z$  e  $y$ . L'analisi si conclude in definitiva sempre in una sussunzione: cf. HELLER 118-121. Tutto questo ha però importanza relativamente secondaria nel nostro esame dell'analogia giusliberista 'ortodossa', inteso soprattutto a riconoscere il risalto che in essa assumono necessariamente le valutazioni metalogiche del giurista.

qui in  $Q$  è  $M$ , perchè  $Q$  è  $M$  implica il disposto (b5) da cui può farsi discendere  $Q$  è  $P$ .

Non c'è bisogno di insistere sulla necessità delle valutazioni metalogiche del giurista lungo tutto l'arco del ragionamento da (1) a (b8). Quelle decisive per l'analogia intervengono, come è chiaro, in (b4) e (b7): direi che la visione simultanea di (b4) e (b7) costituisce, nel senso di un acuto discorso di Caiani (273), l'intuizione analogica guida. I giudizi di irrilevanza e di ridicibilità sono squisitamente giuridici, interpretativo-valutativi: nella misura in cui possano limitarsi a criteri legali (274), dovranno generalmente tener conto (Heck ed altri vi insistono ripetutamente) non solo di singole norme, ma di tutto l'ordinamento.

Interventi interpretativo-valutativi si richiedono ancora per quei passaggi del ragionamento che, senza appartenere propriamente all'analogia, ne stabiliscono i presupposti o ne traggono le conseguenze applicative ultime mancando le quali essa rimarrebbe priva di valore pratico. Per quanto riguarda i presupposti, penso (tacendo di (1), che pure include le difficoltà consuete dell'interpretazione non teleologica) alla fondamentale diagnosi necessaria per passare da (1) a (2) e a quella con cui in (b6) viene costruita come conflitto di interessi  $i_1-i_2-i_4$  una fattispecie legale (o una situazione naturale) ritenuta bisognosa di disciplina. Per quanto riguarda le conseguenze applicative, risulta da (3) e (b8) che il riconoscimento del giudizio di valore  $z$  non basta ancora a determinare se, e in che misura, la disciplina  $y$  sia adatta a realizzarlo (275): il giurista potrà quindi es-

(273) *GV* 240 s.

(274) Ma vedi sopra, n. 243.

(275) È ancora HECK (*G* 233; cf. 174 s.; 229) a porsi il problema; e lo risolve nel senso che, dove si è utilizzato un giudizio di valore sottostante a una norma, si può e si deve utilizzare anche la disciplina concreta prevista dalla norma stessa. Così, l'interprete che, sulla base di giudizi di valore individuati nella legge, abbia esteso all'usufruttuario l'obbligo di tollerare immissioni previsto dall'art. 906 *BGB* per il proprietario, non potrà regolare i dettagli pratici della questione senza tenere presenti le distinzioni contenute nello stesso art. 906. Heck sembra però non fargli un dovere assoluto di seguirle. Dall'esempio fatto emerge poi che egli pensa solo alla disciplina del caso non previsto

ser chiamato a un ulteriore controllo assiologico, usando con tatto quella che Appleton e Géný hanno chiamato « *déduction tempérée* » (276).

Ciò che vale dell'analogia *legis* varrà, *a fortiori*, della cosiddetta analogia *iuris*: quand'anche questa debba, con Bobbio, concepirsi come semplice sussunzione sotto i principii, a parte la problematicità della distinzione qualitativa tra analogia *legis*, specie se teleologica, e sussunzione sotto i principii (277), resterà aperto il problema di come 'astrarre' o 'indurre' i principii sotto cui poi sussumere; problema di cui sono evidenti le connessioni con quanto abbiamo già detto in tema di interpretazione e su cui subito torneremo.

In conclusione l'analogia, tanto nell'impostazione concettualistica della *Begriffsjurisprudenz* come ancor più in quella teleologica della *Interessenjurisprudenz*, è inscindibile dai momenti più impegnativi, meno 'logici', dell'interpretazione: e ciò non solo perchè li presuppone, ma perchè ulteriormente li richiede nel centro stesso della propria struttura. La validità della critica giusliberista ci risulta, ormai, dovuta al fatto che essa, d'istinto, si è diretta non contro l'arco del ragionamento bobbio, ma contro i suoi coessenziali, costitutivi pilastri. L'analogia può essere immaginata come un ponte dal disciplinato al non disciplinato (278). Per dimostrare che un ponte è sicuramente transitabile, non basta dimostrare la mancanza di intoppi sulla strada che vi passa sopra; occorre anche provare che esso non minaccia di crollare.

Dalla comune convinzione della non rigorosa logicità dell'analogia potevano scaturire diversi atteggiamenti in merito alla sua inserzione nell'attività giurisprudenziale complessiva. Il

---

dalla legge (al nostro *S*); ma una volta adottata l'interpretazione teleologica è chiaro (ed è lo stesso Heck nella parte centrale della sua opera ad avvertircene) che il dubbio su *y* si pone anche nei confronti del caso di partenza *Q*.

(276) Cf. GÉNY, *ST* I, 125 n. 1.

(277) Si veda su questo punto CAIANI, *GV*, spec. 249-252 n. 47; e voce *Analogia* cit. alla n. 262, 351-360; cfr. sopra, n. 272.

(278) L'immagine è abbozzata da KANTOROWICZ, *KR* 29, a proposito della « deduzione giuridica » in generale.

primo poteva essere di rifiuto integrale: dove finisce la legge ivi comincia la libera ricerca, e questa non ricorre più alla legge neppure come appoggio o pretesto (così, almeno tendenzialmente, Gnaeus Flavius, Fuchs, Stampe sotto specie di un superlealismo legalista). Il secondo poteva essere di accettazione limitata: ricorso alla sola analogia (teleologica, beninteso) 'ortodossa', caratterizzata cioè dallo sforzo di fondarsi per quanto possibile su valutazioni sicuramente legali (Heck e *Interessenjurisprudenz*). Il terzo atteggiamento poteva essere di accettazione piena, ma spregiudicata: rinuncia alla tensione esclusiva verso l'analogia certa, ricerca libera ('sociologica') del diritto come nel primo caso, successivo rivestimento della soluzione così trovata con i panni di un'analogia più o meno probabile: è la posizione presa con più chiarezza di ogni altro Wüstendörfer (279), ma dalla quale non è, in fondo, lontano Gény (280). Nessuno di questi atteggiamenti può considerarsi l'unico autenticamente rappresentativo del giusliberismo; ritengo perciò inesatta la visione storica che fa dell'uso probabilistico dell'analogia la bandiera stessa di tutto il movimento riformatore (281).

(279) *RW*, spec. 288-296 (l'analogia viene trattata in una sezione dal titolo significativo *Die äussere Anlehnung an das Gesetz*). Una giustificazione psicologico-giuridica della finzione logicistica in WÜRZEL, *JD* 94 s.

(280) Come ho già detto (sopra, 281; 284), GÉNY fa rientrare l'analogia nella libera ricerca scientifica, con una funzione di ispirazione e in vista di assicurare l'uniformità delle decisioni (su questo motivo di giustizia formale cf. anche EHRLICH, *JL* 350; HECK, *G* 233 s.). Le non troppo precise pagine 119-121 di *MS II* danno, al di sotto delle apparenze logicistiche, l'impressione che per Gény la ricerca di un'analogia nella legge debba venire dopo trovata una possibile soluzione nella *nature des choses*. Pur insistendo qui sulla necessità di fondarsi su un vero « principe de droit », e non solo su considerazioni generali di politica legislativa, Gény mostra poi chiaramente di ritenere l'analogia come un legame quanto mai elastico: si vedano gli esempi del n° 166 (e anche del n° 167) ordinati secondo il progressivo allontanamento dalla legge; o l'affermazione (II, 131 pr.) secondo cui « de l'analogie aux autres moyens... qui s'offrent à la libre recherche scientifique, la transition est insensible ». La differenza da Wüstendörfer mi sembra stia soprattutto nel fatto che Gény, fautore della perfetta sincerità in giurisprudenza, rifiuta di far passare per 'legali' i risultati dell'analogia, tanto più se libera.

(281) BOBBIO, o.c. alla n. 262, 72: « Pareva che tutto il rivolgimento

L'ampiezza raggiunta dalla trattazione dell'analogia mi spinge a racchiudere nell'esposizione di pochi altri spunti significativi quanto resterebbe da dire sulla critica giusliberista alla logicità della 'logica giuridica'. Esaminerò, come procedimenti singoli di ritrovamento del diritto, l'induzione, la deduzione e la 'proiezione'; poi il coordinarsi dei vari procedimenti, la 'logica giuridica' nel suo complesso.

È difficile (e i nostri autori poco se ne preoccupano) distinguere l'induzione dall'interpretazione e dall'analogia. Per quanto riguarda quest'ultimo punto, la concezione più comune è che l'induzione sia una fase dell'analogia, quella in cui dalla norma si evince la *ratio*, dal precetto si evincè il principio. Così intesa, l'induzione ha una sua autonomia nel senso che può svolgersi anche al di fuori di una ragionamento per analogia propriamente detto, per esempio mirando alla costruzione, al 'sistema'. Essa si risolve nel ritrovamento di valutazioni legali, non solo riassuntive ma anche integrative (mi riferisco all'induzione 'imperfetta', unica feconda e unica perciò che qui interessi (282)) del contenuto di gruppi di singole norme; e per questo aspetto è avvicicabile alle interpretazioni del tipo di quella ricercante lo 'spirito' della legge. Ma la somiglianza dei risultati non toglie una differenza di struttura: la ricerca dello 'spirito' si fonda (almeno in teoria) su un rivivimento di intenzioni storico-psicologicamente accertabili; l'induzione, almeno come operazione sintattica (283), è invece strettamente so-

dei sistemi tradizionali... dovesse esser fatto sotto il segno dell'analogia, in cui si veniva di volta in volta a comprendere ogni ricerca atta a smuovere il giogo della legislazione, ... a riempire i vuoti lasciati dalle formule legislative». A mio parere è vero il contrario (vero, s'intende, al livello di una sintesi semplificante).

(282) BRÜTT, KR 84-87 pone chiaramente il dilemma: o mezzi rigorosi ma infecondi (deduzione e induzione completa) o fecondi ma congetturali (induzione incompleta).

(283) La maggior parte degli autori, p. es. EHRLICH e talora lo stesso GÉNY, parlano di induzione per ogni procedimento volto a ottenere principii, in particolare anche quando si utilizzi come punto di partenza un'unica norma, ricercandone la *ratio* o il «leitender Gedanke» (Ehrlich). Io preferirei collocare quest'ultima ipotesi nell'interpretazione, o usare termini come 'astrazione' o 'generalizzazione', del resto dif-



lidale (284) con l'interpretazione oggettiva. Essa consiste precisamente nel far leva sui *Rechtssätze* quali sono, « concludant d'un certain nombre de résultats constatés à un principe général, qui les explique, et qui puisse en même temps engendrer des résultats nouveaux » (285). Senza il postulato del legislatore ragionevole, o della legislazione nel suo complesso come ordine razionale, proprio dell'interpretazione oggettiva, l'induzione 'imperfetta' manca chiaramente di fondamento: la criticano perciò anzitutto su questa base i giusliberisti fautori di altri metodi d'interpretazione (286), e in genere tutti coloro che contestano l'unità dell'ordinamento legale (287): traendone naturalmente la conseguenza, su cui torneremo, che i principii indotti non sono diritto e non vincolano l'interprete.

Ma anche adottata l'interpretazione oggettiva l'induzione imperfetta resta, per la stessa sua natura logica, un ragionamento soltanto probabile (288); quando poi con tutto il giusliberismo si ammetta (e sembra difficile negarlo) che l'unità logica (o la ragionevolezza) della legge non è un dato, ma un possibile (e arduo) scopo, un impegnativo « canone di lavoro » (289) della giurisprudenza, deve ammettersi *a fortiori* che la direzione del procedimento induttivo appartiene al giurista, il quale rimarrà arbitro di fissare la natura e il numero delle 'constatazioni' sufficienti per indurre, e di scegliere se impostare il procedimento induttivo su un piano logico-concettuale o teleologico (290). Nella prospettiva giusliberista va adottata

---

fusi anch'essi nella nostra letteratura. G. RÜMELIN, *Werturteile* 12 parla di « Reduktion », KANTOROWICZ, *KR* 25 di « Operieren mit der ratio legis » per indicare l'induzione in senso generico.

(284) Lo nota acutamente EHRlich, *JL* 258 i.f.

(285) GÉNY, *MS I*, 198.

(286) P. es. GÉNY, *MS I*, 198 s.; STAMPE, *RB* 3 s.; 10-12.

(287) Su di essi vedi oltre, 305-310. Quanto detto in quella sede va tenuto presente a integrazione di questo sommario quadro della critica all'induzione.

(288) GÉNY, *MS I*, 198 s.

(289) L'espressione è di G. GAVAZZI, *Delle antinomie* (1959) 6.

(290) La spesso irrisolta ambiguità dell'induzione tradizionale su questo punto può essere illustrata con quanto osserva WÜRZEL a proposito della *ratio legis* in *Sozialdynamik* 100.

ovviamente l'induzione guidata da considerazioni teleologiche, quando non si respinga senz'altro il ragionamento induttivo per il suo carattere non stringente. Contro l'induzione si appunta in modo particolare l'osservazione di Ehrlich sulla contraddittorietà delle valutazioni soggiacenti alle norme di una legislazione moderna (291).

Il margine di incertezza che l'induzione dei principii lascia nonostante tutti gli accorgimenti (292), non può che riflettersi sulla deduzione: sia che questa si intenda come 'trasformazione' e combinazione dei principii per produrne dei nuovi, sia che s'intenda (ed è il caso più frequente) come l'operazione di portare il principio alle sue conseguenze concrete e alle soluzioni nuove che se ne attendevano: in altre parole come applicazione casistica o specificazione del principio stesso. Nella letteratura giusliberista non si incontrano critiche alla logicità della deduzione; direi che affiora piuttosto una preoccupazione contraria. La deduzione, proprio se rigorosa, vale quanto l'induzione che l'ha preceduta. Ecco allora apparire consigliabile (a chi non abbia rifiutato del tutto l'induzione) quella *déduction tempérée* da noi già incontrata, che fiancheggia i passaggi logici con una continua verifica assiologica dei risultati da parte dell'interprete.

Mi pare di poter ricavare da tutti i più significativi rappresentanti del giusliberismo una doppia e ben congegnata accusa, rivolta alla giurisprudenza classica, di illogismo induttivo e di

(291) Vedi sopra, n. 150.

(292) Rientra in quest'ordine di idee la frequente critica alla mitizzazione dei 'principii', massime, *adages*, *brocarda* (ad es. il principio della libertà contrattuale, o quello dell'oralità nel processo; le massime del genere *res perit domino*, o *nemo plus iuris ad alium transferre potest...*). Ottenuti per induzione o ricevuti fiaccamente dalla tradizione, essi vengono applicati alla cieca, quasi fossero verità assolute, per risparmiarsi la fatica di rinnovate, responsabili valutazioni concrete: cf. GÉNY, *MS I*, 169; EHRLICH, *JL* 358-365; HECK, *G* 77 (« Schlagwortwertung »; FUCHS, *JK* 29 parla di « Schlagwortjurisprudenz » citando la *Grosse Haverei* di HECK); M. RÜMELIN, *Rechtspolitik und Doktrin in der bürgerlichen Rechtspflege*, 1926 (tutto l'articolo è una presa in giro del « Prinzipien-doktrinarismus », delle lotte omeriche tra principii, soprattutto nel diritto processuale).

spietato logicismo deduttivo: il principio generale si evincerebbe con inconsapevole arbitrio travestito da logica e si applicherebbe poi con irraguardosa logica travestita da giustizia formale. Ma con questa seconda considerazione usciamo dal tipo di critica cui intendiamo limitarci qui *sub b*).

Un procedimento di cui viene contestata la logicità è la 'proiezione' (293). Wurzel lo ritiene forse il più importante della 'logica giuridica' tradizionale; esso sarebbe largamente influenzato da elementi extralegali, ma questi non verrebbero avvertiti, anzi la stessa proiezione verrebbe compiuta inconsapevolmente.

Ma l'argomentazione preferita del giusliberismo è indubbiamente quella rivolta contro la 'logica giuridica' nel suo complesso. Essa può ricondursi a questo schema (294): quand'anche i singoli mezzi realmente fecondi della 'logica giuridica' fossero perfettamente logici, resterebbe l'impossibilità di determinare con la pura logica a quale di essi ricorrere. Si tratta di

---

(293) L'ho già brevemente definita parlando della concezione dell'analogia in WURZEL (sopra, p. 282 s.). Trattandosi di un concetto approfondito esclusivamente dall'intelligente autore austriaco, rinvio alla fine analisi che questi gli dedica in *JD*, spec. cap. III e V. EHRLICH, *GS* 324 s. accoglie in pieno i risultati del libro di Wurzel, « wohl die beste Schrift über die festländische juristische Methode der Gegenwart, die bisher erschienen ist ». Giudizio entusiasta anche quello di J. H. WIGMORE e A. KOCOUREK, p. XXV dell'*Editorial Preface* al volume *Science of legal method* (New-York 1921) contenente estratti di scritti europei (*JD* è riprodotto integralmente): « The culmination is reached in Wurzel's chapter on 'Methods of Juridical Thinking'. He who has mastered this chapter has been born anew into a realm of clear thinking and perpetual disillusionment ». Wurzel ottiene lodi senza riserve anche da RADBRUCH, in *ZGS* 1905, 254 s. REICHEL, *GR* 38 n. 3 ne dà invece un giudizio poco entusiasta; cf. anche RUMPF, *Verursachung* 398-401.

(294) Non mi riferisco qui alle critiche generali del tipo di quella di EHRLICH, secondo cui la 'logica giuridica' sarebbe retta da assiomi contraddittori (vedi n. 230; n. 337; n. 208), o di quella (avvicinabile forse alla figura del *sortes*) che, argomentando dall'impossibilità di distinguere qualitativamente i procedimenti giurisprudenziali secondo la rispettiva 'distanza' dal puro riconoscimento del contenuto della legge, conclude alla materiale indistinguibilità di legislazione e giurisprudenza (così in partic. STERNBERG, l. c. alla n. 193).

un luogo assolutamente comune e, a giudizio di Fuchs (295), di un vero e proprio « Leitsatz der modernistischen Lehre ». Ordinerei le citazioni (raccolte senza pretendere ad un elenco completo) in due gruppi, a seconda che si ometta di dare (o invece si dia) particolare risalto alla scelta tra analogia e argomento *a contrario*.

Nel primo gruppo, le opzioni, oltrepassanti necessariamente la logica, di fronte a cui il giurista viene posto sono le seguenti. Bülow (296): rimanere all'interpretazione grammaticale o andar oltre; contentarsi dell'analogia *legis* o ricorrere all'analogia *iuris*. G. Frenzel (297): scelta tra « mehrere kunstgerechte Operationen ». Wurzel (298): *verba - mens legis; ius strictum - aequitas* (o *ratio*); argomento *a contrario* - analogia. Kantorowicz: estensione (analogia) - letteralismo (restrizione) (299); stesse opzioni di Wurzel (di cui dichiara ripetere il « fundamentaler Angriff ») (300). Radbruch (301): interpretazione stretta - estensiva - restrittiva; analogia - argomento *a contrario* (unico modo per decidere, l'argomento *ab absurdo*, cioè la valutazione metapositiva dei rispettivi risultati). Fuchs (302): interpretazione estensiva - interpretazione restrittiva; analogia - argomento *a contrario*; *ratio - verba*. Börngen (303): interpretazione estensiva - restrittiva; analogia o no; argomento *a contrario* o no.

Nel secondo gruppo, il merito di avere formulato con assoluta chiarezza il concetto che ogni proposizione giuridica consente, dal punto di vista meramente logico, sia l'analogia che l'argomento *a contrario*, e che tra i due procedimenti occorre decidere con un giudizio di valore più o meno indipendente dalla legge, più o meno problematico, mi pare possa farsi risa-

(295) *Gemeinschaftlichkeit* 39 n. 1.

(296) *Betrachtungen* 46.

(297) *Recht und Rechtssätze* (1892) 40: cit. da WURZEL, *JD* 16 n. 10.

(298) *JD* 16.

(299) *KR* 24.

(300) *KR* 36.

(301) *Rechtsschöpfung* 365.

(302) *Gemeinschaftlichkeit* 39; cf. 127.

(303) *Reformbestrebungen* 20.

lire a G. Rümelin (304); lo seguono Brütt (305), Oertmann (306), Jung (307), Gény (308), Heck (309), Jsay (310), tutti senza insistere sulla necessità di altre opzioni accanto a questa, cui evidentemente viene attribuito carattere fondamentale. In una delle tante sue sintesi estrose, Fuchs (311) ha descritto la decisione presa sulla base del metodo classico come il risultato di una « Pandektolotterie », della « pandettopartita a dadi tra analogia e argomento *a contrario*, del tutto simile al gioco di ' pari o dispari ' » (312).

---

(304) *Werturteile* 15, con esempio tratto da Jhering: dalla norma ' vietato introdurre cani ' la logica permette di concludere tanto al divieto (analogia) quanto al permesso (argomento *a contrario*) per gli orsi.

(305) *KR* 78 s.; in polemica contro ZITELMANN secondo cui ogni norma, stante l'*allgemeiner negativer Satz*, consentirebbe solo l'argomento *a contrario*.

(306) *SR* 90 s.

(307) *NR* 130 s.: « Merkwürdigerweise hat erst eben die heutige Bewegung auf die Tatsache aufmerksam machen müssen, die eine so treffliche Widerlegung der behaupteten grösseren objektiven Sicherheit der alten Auslegungsmethode darstellt; dass nämlich die hauptsächlich jener Mittel [scil. argomento *a contrario* e analogia] ... immer grundsätzlich einander gegenüber stehen und so zusammen genommen eine stets bereite Schaukel darstellen zu beliebiger Verwendung für die eine oder die entgegengesetzte Seite ».

(308) *MS* I, 199.

(309) *B* 110: « Die Stellungnahme zwischen der Ziehung der Analogie und dem argumentum e contrario wird durch die Methode der Interessenforschung nicht erspart ». Aggiunge (n. 1) che i giuristi meno esperti saranno più portati all'argomento *a contrario*, col rischio di cadere nella *Buchstabenjurisprudenz*.

(310) *RE* 149.

(311) *Gemeinschaftlichkeit* 55.

(312) Che vi sia un'alternativa universale tra argomentazione per analogia e argomentazione *a contrario* è poi divenuto opinione comune: si vedano gli autori cit. da U. KLUG, *Juristische Logik*<sup>2</sup> (1958) 134 n. 6; 135 n. 1 e 2. Adde KELSEN, *DP*<sup>1</sup> 97; *DP*<sup>2</sup> 385. La critica di Klug, se vedo bene, è esatta all'interno della formalizzazione dei due argomenti da lui adottata, ma questa non fa che spostare l'opzione al momento della *Vorfrage* interpretativo-teleologica da cui dipende la legittimità e la portata dell'uno o dell'altro argomento formalizzato.

c) Non sufficientemente feconda, non logica, la 'logica giuridica' ha poi, in quanto creduta tale, tutta una serie di inconvenienti ulteriori sui quali il giusliberismo ha richiamato l'attenzione. Nella misura in cui la 'logica giuridica' può tenersi distinta dal ricorso alla costruzione concettuale, sono riconoscibili testi giusliberisti rivolti prevalentemente contro l'una o contro l'altro. Ma poichè il diverso oggetto della critica non comporta in genere una rilevante diversità di argomenti o di addebiti, rinuncio ancora una volta a una trattazione separata, facendo confluire le due serie di testi in un'unica critica alla *Begriffsjurisprudenz* (oltre, *sub D.c*). Questa esposizione unitaria è fatta (tengo a dirlo) solo per evitare ripetizioni, non per compensare eventuali debolezze delle argomentazioni separatamente prese. Ritengo anzi che proprio in quest'ultimo tipo di rilievi il giusliberismo abbia un suo punto di forza e il motivo ispiratore forse più urgente.

D. La parola 'costruzione' ha, nel linguaggio dei classici come dei novatori, una pluralità di significati (313), non sempre del tutto precisi. Per quanto riguarda i nostri autori, essi se ne servono volentieri ad indicare nel suo complesso il metodo della vecchia giurisprudenza: così quando oppongono alla *Rechtsfindung durch Konstruktion* quella attuata mediante la *Interessenwägung* (314) o genericamente parlano di *Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz* (315). Quest'uso generico è giustificato: più spesso (e più utilmente per noi) la parola indica infatti quello che era stato l'elemento caratterizzante della scuola classica rispetto alla giurisprudenza di diritto comune, e che agli occhi dei pandettisti formava il fastidio stesso della giurisprudenza come scienza: l'elaborazione di concetti atti a rappresentare, sinteticamente ma completamente, il con-

(313) In proposito un'utile, anche se non esauriente, informazione può adesso trovarsi nel libro di G. LAZZARO, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, 1965, cap. I-V.

(314) P. es. STAMPE, nel titolo e nel corpo dei primi due articoli della *DJZ* 1905, poi riprodotti all'inizio di *RB*; spesso anche HECK, M. RÜMELIN.

(315) È il titolo del libro di E. FUCHS già più volte citato.

tenuto di norme o gruppi di norme positive, e ad essere disposti in un ordine ininterrotto di generalità crescente, così da fornire un 'sistema' entro il quale ogni fenomeno giuridico potesse venire classificato. 'Costruzione' è tanto l'edificazione, parziale o totale, di questo sistema (p. es. nelle espressioni *Konstruirmonographie*, *Konstruktionskontroversen*), quanto la sussunzione di fenomeni più speciali e concreti sotto altri più generali ed astratti, in particolare della situazione naturalistica sotto la fattispecie concettuale (così quando si afferma o si nega la 'costruibilità' giuridica di una situazione).

Come si vede, costruzione, concetti e sistema sono inscindibili: di qui l'altra denominazione globale del metodo classico come *Begriffsjurisprudenz*. Postulato di questo metodo era (al solito) che la costruzione, progredendo in generalità, giungesse ad assicurare al giurista concetti-quadro così ampi da colmare ogni lacuna legale e da includere ogni possibile fatto umano giuridicamente rilevante; e, insieme, che fosse operazione puramente logica, non implicante scelte valutative, quindi dotata di certezza dimostrativa e risolventesi in un'integrazione della legge con la legge stessa.

Prima di esporre i consueti tre capi d'accusa del giusliberismo, vorrei attirare l'attenzione sul parallelismo che sussiste tra la costruzione e la 'logica giuridica': ciò che questa fa con i principii, quella che fa con i concetti dogmatici; sia l'uno che l'altro procedimento può essere adoperato tanto come pura sistemazione e semplificazione didattico-contemplativa della materia legale, quanto come strumento inventivo di nuovo diritto; e la critica può rivolgersi (e si rivolge) tanto contro la prima quanto contro la seconda utilizzazione. Anzi a ben guardare (e vi ho già accennato in tema di analogia) più che un procedimento parallelo la costruzione rappresenta un caso particolare del ricorso ai principii: precisamente quello in cui i principii si formano non sostituendo alle norme legali le sottostanti valutazioni di interessi, ma sostituendo nelle norme stesse un concetto ottenuto per costruzione a un concetto legale. Quando ciò sia fatto in funzione inventiva di nuovo diritto si ha l'*Inversionsverfahren*. Il rapporto specie-genere che abbiamo riconosciuto tra costruzione e ricorso ai principii spiega

come la critica giusliberista sia più violenta e irriducibile contro la costruzione che contro la 'logica giuridica', appunto perchè quest'ultima ammette una variante 'teleologica' (316); quello stesso rapporto fa sì che la critica alla funzione inventivo-normativa della costruzione sia rafforzata da tutti gli argomenti già visti contro l'analogia.

a) Gli argomenti riconducibili al primo capo d'accusa (la non fecondità) riguardano essenzialmente la funzione inventivo-normativa della costruzione. Come abbiamo già detto a proposito della 'logica giuridica', l'insufficienza della costruzione a disciplinare i conflitti d'interessi continuamente proposti dalla vita è, per il giusliberismo, evidente anzitutto sul piano storico. Teoricamente, anche ammesso che i concetti possano, di per sè, essere in qualche misura fecondi (317), non solo non è detto che essi giungano a formare un sistema concluso e completo (318); ma la eventuale completezza del sistema non sarebbe ancora la completezza del diritto (319). Ciò non tanto per la distinzione radicale tra sistema scientifico e *corpus* normativo, propria di una concezione autoritativa e statalistica del diritto (320), o per l'ovvia considerazione che il sistema va edificato con materiale legale, e la legge è incompleta; quanto soprattutto perchè l'eventuale capacità del sistema di abbracciare nelle sue categorie generalissime ogni caso di vita, non

---

(316) Veramente, si è parlato anche di costruzione e di sistema in senso teleologico: così da HEGLER e da HECK tra gli altri. Qui intendo per brevità riferire quei termini alla *Begriffsjurisprudenz*.

(317) Lo nega EHRLICH, *GS* 262; *JL* 322 s.: il concetto non è che un condensato empirico, un 'precipitato', come diceva Jhering, di norme. Cf. MÜLLER-ERZBACH, *Relativität* 370.

(318) BRÜTT, *KR* 100 ritiene dimostrata l'esistenza di « echte Systemlücken »; l'opinione è comune, cf. HECK, *B* 98 i.f.

(319) EHRLICH, *JL* 386: « Die Vollständigkeit des Rechtssystems ist ... etwas ganz anders als die Vollständigkeit der Rechtssätze ».

(320) Ad essa inclina talvolta, o per la sincera preoccupazione democratica che la norma generale sia riservata alla volontà generale, o per considerazioni tecniche sulla funzione certificante della legge, il 'lealismo riduttivo' tipico dei giusliberisti: su cui vedi sopra, n. 154, con rinvii. La contrapposizione tra diritto positivo e sistema scientifico è motivata su un piano più genericamente volontaristico da KANTOROWICZ, *KR* 30.



significa ancora che esso detti per quel caso una disciplina precisa: se insomma la legge attende dal sistema piuttosto un completamento per generalizzazione, il sistema attende poi (e la legge non è in grado di darglielo) un completamento per specificazione (321). È questo il senso in cui i nostri autori affermano che le proposizioni sistematiche non sono vere proposizioni giuridiche, *Rechtssätze* (322): neppure quando vengano recepite nella legge (323).

Di fronte alle pretese classiche di sistematicità, ecco allora il giusliberismo rivendicare il primato della decisione, della casistica (324); oppure accettare il sistema come semplice tendenza all'unità, come sistema aperto o — più precisamente — induttivo (325), in cui cioè il generale si modella sul particolare, e non viceversa. (La citazione più cara al giusliberismo è forse la massima pauliana *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*). Di fronte al caso controverso la prima domanda da porsi non è come costruirlo alla stregua di schemi precostituiti, ma come risolverlo nel modo più giusto e ad esso più adeguato. Guai a limitare, per amore del sistema, il giuridicamente rilevante al 'costruibile' (326): ciò equivale a trasformare il sistema, da strumento per la dilatazione del diritto, in un apparato reazionario di « catégories hiératiques » che ne paralizza il progresso (327).

(321) EHRLICH, *JL* 383-386; 390: pagine dense e importanti, che meriterebbero di essere qui largamente citate. Cf. HECK, *B* 160; STERNBERG, *Kirchmann* 169.

(322) EHRLICH, *JL* 383: « Die systematischen Begriffe sind wohl wissenschaftliche, juristische Begriffe, sie sind aber keine Rechtsbegriffe », in quanto essi « weder Rechtsverhältnisse noch Interessengegensätze so bestimmt bezeichnen, dass sie daraufhin rechtlich geregelt werden könnten »; cf. *ivi* 273: « ein konstruierter Rechtssatz ist die Fiktion eines Rechtssatzes »; e *GS* 271.

(323) EHRLICH, *JL* 397-408; SCHLOSSMANN *ivi* cit.; cf. HECK, *B* 86 s.

(324) Cf. sopra, p. 254-258.

(325) HECK, *B* 159 s.; 170; § 15.

(326) KOHLER, *SK* 268 s.; GÉNY, *MS* I, 129; HECK, *Rechtsgewinnung* 16 s.; EHRLICH, *JL* 389 i. f.

(327) GÉNY, *MS* I, 149. Perfino la legislazione è stata paralizzata dalla timidezza nei confronti di costruzioni scientifiche dominanti (*ivi*, 148).

b) Il primo presupposto perchè la costruzione possa svolgere la sua funzione inventivo-normativa attraverso operazioni puramente logiche sulle norme legali è che il diritto legale possa concepirsi come un sistema logico perfetto preesistente all'attività del giurista: un sistema di cui le norme siano solo i frammenti, e i soli frammenti dai quali procedere alla (ri)-costruzione della totalità. Viene fatto nella nostra letteratura il paragone con l'osso di Cuvier, sufficiente a ricostruire l'intero scheletro di un animale altrimenti sconosciuto (328).

Un primo gruppo di critiche alla logicità della costruzione è dato perciò dalle negazioni dell'organica unità dell'ordinamento legale non scritto. Ne distinguerei tre tipi: volontaristiche, sociologicistiche, storico-positive.

Il punto di vista volontaristico, largamente diffuso in forme moderate tra i nostri autori, ha avuto la sua espressione più clamorosa e generalizzante nello scritto di Gnaeus Flavius (329), gli sviluppi forse più circostanziati ed originali in alcune pagine di Sternberg e di Rumpf. Nel suo penetrante volume su Kirchmann, finito di scrivere già nel 1905 (330), Sternberg inquadra nel pensiero del giurista, parlamentare e filosofo prussiano tutta una propria concezione del diritto e della giurisprudenza, dalla quale è qui necessario (anche se, come direbbe Celso, *incivile*) isolare poche affermazioni sul tema che ci occupa (331). Per Kirchmann-Sternberg può esservi solo « Wissenschaft v o m Sittlichen, nicht i m Sittlichen »: quindi solo una scienza a pro-

(328) KANTOROWICZ, KR 27.

(329) KANTOROWICZ, KR 12: la scuola storica ha insegnato « dass kein Recht ' von Natur ' besteht, sondern nur, wenn und insoweit eine Macht, ein Wille, eine Anerkennung hinter ihm steht ». « Sollen ist Wollen » afferma altrove (KR 34). Non solo è volontà la legge, ma ogni fonte di nuovo diritto, quindi anche la presunta logica giuridica e la costruzione (KR 23-29) e soprattutto la libera ricerca (« freie Rechtsfindung ») e la libera creazione (« freie Rechtsschöpfung ») praticate dalla giurisprudenza riformata: « wie das Recht selbst muss sie Wille sein » (KR 20); come le altre scienze dello spirito essa ormai « tritt in ihre voluntaristische Phase » (KR 20).

(330) Cf. STERNBERG, Kirchmann XIII n. 2.

(331) Esse si trovano già accennate in AR 125-129 e torneranno in ER.

posito del diritto, non una scienza giuridica. Questa, con i legami logici che stabilisce, non è che una dogmatica, « ein Abbild von Wissenschaft », ha la forma, non il contenuto di una scienza (332). Se positività significa volontà, i comandi della legge sono « in quanto espressioni di volontà del tutto isolati (*einzel*) » poichè « appartiene alla natura della volontà reale, di volere solo un singolo oggetto determinato ». Il codice va concepito come « statuizione che conosce solo il passato » (« rein rückwärts schauende Satzung »), come « aggregato di singoli comandi » dei quali « ciascuno si regge nella propria nuda positività, in totale indipendenza, su nessun altro fondamento che la volontà autoritativa ». Non è quindi possibile concludere logicamente da un comando ad un altro, ma solo esporre unitariamente i comandi a scopo mnemonico e pratico (333). Altrove, più moderatamente, Sternberg osserva che la necessità con cui le proposizioni normative si collegano è *etica*, non logica (e perciò, tra l'altro, storicamente mutevole) (334).

Da parte sua, Rumpf, al termine di una personalissima analisi del « pensiero ordinante » (« ordnendes Denken ») come contrapposto a quello scientifico o teoretico (« erkennendes Denken ») secondo lo scopo, i fondamenti, le categorie e gli atti tipici (335), osserva che le decisioni (« Entscheidungen »), atti tipici del primo, sono diverse dai giudizi (« Urteile ») propri del secondo: in particolare, sono meno strettamente collegate tra loro (336).

Per Ehrlich (337) vi è contraddizione tra due assiomi della giurisprudenza tradizionale: quello del diritto come (qualunque) volontà dello Stato, e quello del diritto come unità razio-

(332) Sul rapporto tra sistematicità e scientificità della giurisprudenza secondo alcuni dei nostri autori cf. B. LEONI, *Il problema della scienza giuridica* (1940) 55-62.

(333) Le frasi citate provengono da STERNBERG, *Kirchmann* 164-173.

(334) *AR* 126; *ER* 119-121.

(335) *VR* 100-112. Una profonda analisi della specificità dell'*Entscheidung* darà poi JSAY, *RE*, in diversa prospettiva.

(336) L. c. 110 s.

(337) *JL* 276.

nale completa (338). Una giurisprudenza che, protesa alla costruzione, operi principalmente con il secondo assioma, non potrà perciò mantenere rigorosamente la fedeltà al primo, tenderà a peccare sul piano interpretativo; comunque non potrà raggiungere risultati oggettivamente necessari.

Nella prospettiva che ho chiamato sociologica (339), la sistematicità del diritto legale è negata come autosufficienza: occorre, si dice, considerare norme e concetti non tanto nella loro connessione reciproca, nel loro mondo a parte, quanto nella loro connessione con la società, che a sua volta è tutt'altro che un organismo logico (340); i loro legami, le costruzioni, non hanno quindi carattere necessario (341); la loro unità non è logica, ma teleologica, ammesso che ci sia (342); « leur logique... vraiment sûre et féconde, ... est faite tout entière de motifs moraux, psychologiques, économiques », per cui le costruzioni

---

(338) Altre negazioni volontaristiche dell'unità logica dell'ordinamento legale potrebbero facilmente raccogliersi nella nostra letteratura, p. es. in passi a noi già noti di STAMPE. Secondo OERTMANN, SR 81, la legislazione non sarebbe per Fuchs che « eine Summe von Einzelbestimmungen ». Secondo F. FERRARA, *Potere del legislatore e funzione del giudice*, in RDC 1911, 496 « oramai è risaputo che per questi giuristi (*scil.* quelli che poco prima ha chiamato « gli anarchici del regno di Temi ») il diritto positivo non è un sistema di principi, ma una somma di decisioni isolate e slegate ».

(339) Essa sta alla base di tutta la visione di FUCHS, che non per nulla ha sempre agitato la bandiera della *soziologische* (piuttosto che della *freie*) *Rechtsfindung* (vedi p. es. G 249 s.); ed è quasi generalmente condivisa nel movimento, in particolare dai non neokantiani rigorosi e dalla *Interessenjurisprudenz*. Ma non costituisce che una delle due facce della concezione giusliberista: vedi oltre, p. 337-345, spec. n. 459; n. 463; n. 472.

(340) GÉNY, MS I, 132; cf. EHRLICH, JL 257: la vecchia scienza « fragte, nach einem Worte von Mach, gar nicht mehr darnach, wie sie (i concetti) zu den Dingen stimmen, sondern nur, ob sie zueinander stimmen ».

(341) GÉNY, MS I, 133 s.

(342) JUNG, LG 152: « das Ganze der Rechtsordnung ist kein logisches, sondern ein teleologisches Ganzes, insoweit es überhaupt ein solches ist ». Viene fatto di ricordare qui le frasi famose di HOLMES, su « la vita del diritto che non è stata logicità, ma esperienza », e di HAURIU, sul « diritto non ordine logico, ma ordine pratico ».

logiche devono considerarsi come « de simples *hypothèses*, toujours dominées par les faits, acceptables dans la mesure seulement où elles facilitent l'oeuvre téléologique de la jurisprudence » (343). Addirittura il diritto non è unità, sia pure teleologica, di proposizioni, ma autounificazione dinamica perenne, e perennemente incompleta, del mondo sociale (344).

La negazione volontaristica e quella sociologistaica si oppongono all'affermazione dell'unità legale non direttamente, ma mostrando che essa è difendibile (e contestabile) solo all'interno di una concezione arbitraria o ristretta del diritto, cui intendono offrire delle alternative di fondo. La negazione che ho chiamato storico-positiva, invece, senza rifiuti in linea di principio, contesta sul piano dei fatti che le proposizioni legali, anche prese come entità meramente logico-semantiche, stiano tra loro nel rapporto di frammenti di un sistema rigoroso non scritto.

L'argomento principale è tratto appunto dalla storia della formazione dei moderni complessi legislativi: ogni singolo articolo di legge, osserva Ehrlich, è « eine Individualität, ein selbständiges Wesen, das sein eignes Leben lebt und seine eigne Geschichte hat » (345); quindi « nicht bloss Stück eines Ganzen, sondern vor allem historische Einzelercheinung » la cui coordinazione col resto è estremamente problematica (346). Le legislazioni reali sono fatte di « zerstückelten, unzusammenhängenden, widerspruchsvollen Rechtssätzen » (347). Le stesse parole hanno in diverse leggi e anche in diversi articoli di un'unica legge significati diversi; vengono collegate alla stessa fattispecie conseguenze diverse, a fattispecie opposte conseguenze identi-

(343) GÉNY, *MS I*, 145 s.

(344) EHRLICH, *JL* 270 s.: « Das Recht ist in Wahrheit wohl eine Einheit, aber keine Einheit von Rechtssätzen. Die Rechtssätze bilden eine Einheit nur im Zusammenhange der Gesellschaft, in der sie wirken », cioè entro l'intero ordine sociale. « Aber diese Ordnung ist keine gewordene, sondern eine werdende, die ... immer aufs neue hergestellt wird... » e che « nicht vollendet sein wird, solange es hienieden eine Entwicklung gibt ». Cf. anche *GS*, 131 e *passim*.

(345) *JL* 261.

(346) *JL* 266.

(347) *JL* 262 s.

che. Il sistema rigoroso non scritto indispensabile a fondare le operazioni logiche di coordinamento ed integrazione dei testi legali non è, dunque, mai esistito; del resto sarebbe opera superumana, come mostra già il fatto che quelle operazioni non vengono applicate ai testi degli scrittori giuridici e dei tribunali (348). Queste obiezioni potrebbero ridursi (non superarsi del tutto) adottando un'interpretazione risolutamente 'oggettiva'; ma con essa si è fuori del legalismo, il sistema poggerà quindi su una serie di precedenti valutazioni dell'interprete (349).

In altre parole: l'unificazione delle norme avviene su base non oggettiva ma soggettiva. « In Wirklichkeit ist die Einheit nicht Ergebnis einer Auslegung, sondern einer Rechtsschöpfung » (350). L'unità non è il dato da presupporre, ma lo scopo da raggiungere; essa non è opera definitiva del legislatore, ma progressiva del giurista (351). Meglio ancora: l'unità sistematica della legge si riduce al metodo sistematico con cui il giurista tratta i testi (352). E l'adozione del metodo sistematico è tendenziosa, nel senso che corrisponde appunto a una « Tendenz », a un atteggiamento della volontà sostanzialmente favorevole alla legge (353) che il giurista sarebbe anche libero di non assumere, e che non può quindi non portarlo oltre la logica.

I giusliberisti sono perciò, in genere, contrari al metodo sistematico; non perchè non ritengano desiderabile l'unità del diritto (una certa propensione per quello che potrebbe chiamarsi 'diritto della situazione', per il decisionismo equitativo e salomonico, per il platonico ἀνὴρ τῆ φρωνήσει βασιλικός c'è, ma è largamente compensata (354)); bensì in quanto il metodo

(348) *JL* 263 s.

(349) GÉNY, *MS* I, 314; cf. sopra, 274-277.

(350) EHRlich, *JL* 266.

(351) EHRlich, *ibid.*

(352) WURZEL, *JD* 53 s.

(353) WURZEL, *JD* 52-54.

(354) Cf. sopra, p. 255-259 e n. 167. Il filone equitativo-esistenzialistico, proclive ad assolutizzare l'antitesi astratto-concreto, a vedere in ogni nuovo caso un caso nuovo, recante in sé la propria norma irripetibile e inedita, e quindi orientato all'immagine di una giurisdizione tesa soprattutto ad immedesimarsi simpateticamente e intuitivamente con il singolo contrasto di interessi, serpeggia attraverso il giusliberismo come un'inquie-

sistematico venga inteso legalisticamente, come unificazione della sola legge (peccato per illusione). Quanto più largamente si ammette accanto alla legge incompleta una pluralità di fonti sussidiarie, tanto meno ci si preoccuperà di forzose armonizzazioni, gerarchizzazioni ed integrazioni dei testi legali (355).

Concludendo: se l'unità del diritto legale non è oggettivamente data, se il famoso sistema si identifica in realtà con un metodo, e questo, mancando quello, si risolve in un libero partito preso di (necessariamente libera) unificazione, la costruzione classica non trova nell'unità legale la base oggettiva del proprio valore logico (356); essa quindi, sia che si identifichi con lo stesso libero metodo sistematico, sia che (come nel modello jheringhiano della giurisprudenza superiore) pretenda poggiare su di esso per andar oltre, si risolve in scelte costruttive del giurista: inconsapevoli (e perciò acritiche e casuali) o non confessate ('criptosociologiche' nella terminologia resa popolare da Fuchs). La sua vistosa logicità è tutta apparente: «Abbild», forma e non contenuto, direbbe Sternberg.

Altre critiche sono rivolte non più al fondamento, ma ai procedimenti stessi della costruzione concettuale (è chiaro che dei procedimenti oggettivamente infondati non potranno non essere attaccabili). Ehrlich (357) insiste sulla mancanza di scientificità, sul diletterantismo (358) che caratterizza i concetti gene-

---

tudine feconda ma non mai travolgente: lo confermano proprio libri dedicati invece interamente a dimostrare il primato della decisione intuitiva sulla norma, come quello, ascrivibile a un giusliberismo tardivo, di JAY, *RE* (cf. p. es. 334-338) o quello, ben più avventuroso, di G. COHN, *Existentialismus und Rechtswissenschaft*, 1955.

(355) Non credo ci sia ormai bisogno di indicare quali tra i nostri autori ammettono (non più che come risorsa iniziale della *Rechtsfindung*) un certo grado di unificazione sistematica legalisticamente intesa; da cercare, come è chiaro, sul piano teleologico, non logico-concettuale. Rimando per tutti alla discussione di HECK, *B*, spec. § 13: *Die Probleme des inneren Systems*.

(356) Questo schema (critica alla 'scientificità' della costruzione per la sua impossibilità di fondarsi su un'unità legale oggettiva) è precisamente quello di STAMPE, *RB* 3-5.

(357) *GS* 266 s.

(358) *Der Dilettantismus in unserer juristischen Begriffsbildung* è il titolo del più cospicuo contributo raccolto da STAMPE in *RB* (38-89).

rali della pandettistica. Essi ricordano la vecchia *Naturphilosophie* o le astrazioni di Schelling; la loro indipendenza da ogni realtà concreta è stata proprio il motivo del loro successo, in un periodo in cui si voleva concedere al giurista questa sola forma di 'creazione' impotente. La *Begriffsjurisprudenz*, sostiene Heck (359), è stata almeno fino a Jhering dominata dal più ingenuo realismo scolastico (tesi la cui minuta dimostrazione, anche per un'epoca più recente, è la parte migliore del principale libro di Bozi (360)); oggi ne è uscita e dai suoi stessi fautori la costruzione dei concetti viene considerata non come una ricerca conoscitiva, ma come « ein bewusst schaffender Vorgang, eine Methode der Rechtsgewinnung »: ciò implica che essa non vada neppure giudicata in termini di verità, ma secondo valori giuridici (equità, certezza) (361). La relatività dei concetti dogmatici è tesi generale (362); il trattamento più autsteramente ironico è stato riservato loro da Gény collocandoli non nella « science » ma nella « technique » (363) (dove occupano l'ultimo posto: in caso di conflitto con gli altri strumenti, sia scientifici che tecnici, cedono sempre (364)).

La costruzione del concetto, d'altra parte, non può non erigersi sui risultati dell'interpretazione e della 'logica giuridica',

(359) *Rechtsgewinnung* 13.

(360) *Weltanschauung*. L'autore, un giudice attivissimo nel movimento riformatore, riesce secondo me a provare come la *forma mentis* e l'apparato concettuale della giurisprudenza fossero tuttora quelli della scolastica; assai meno felici le proposte positive, tendenti ad assimilare interamente il metodo della giurisprudenza a quello delle moderne scienze naturali.

(361) EHRlich, *GS* 256, dopo aver osservato che con i commentatori « Begriffsbildung » e « Konstruktion » divengono definitivamente i grandi mezzi della giurisprudenza comune, ascrive a merito di questa il non essersi illusa sul loro valore scientifico. « Sie verfolgten ... keine wissenschaftlichen Ziele, sondern das ewige ... Ziel der praktischen Jurisprudenz, das Recht den Bedürfnissen des Lebens dienstbar zu machen ».

(362) Cf. p. es. MÜLLER-ERZBACH, *Relativität*.

(363) Vedi *ST* III (*Elaboration technique du droit positif*), cap. VI: *Les procédés intellectuels de la technique du droit (Construction juridique au moyen de la représentation par concepts)*; cf., sulla relatività dei concetti, *ST* I, cap. IV.

(364) *ST* III, 499.



di cui conosciamo l'incertezza; non può non utilizzare i loro procedimenti, di cui sappiamo quanto poco siano coordinati; ciò significa che essa si presta a potenziare gli errori fatti precedentemente (365), e insieme che le è consentito abbandonarsi, nella scelta dei mezzi, a un poco edificante eclettismo (366).

Ma il centro della critica riguarda, più ancora che l'*iter* formativo dei concetti dogmatici, il loro inserimento nelle proposizioni legali al posto di concetti più ristretti ivi contenuti. Ciò che può predicarsi del *genus*, osserva Ehrlich (367), può predicarsi anche della *species*; ma non sempre è vero il reciproco (368). Eppure nella maggior parte dei casi la costruzione classica non dava di sé altra giustificazione che l'argomento erroneo consistente nel concludere, dall'appartenenza di un concetto a un *genus*, l'appartenenza a quel *genus* dei predicati del concetto. Se si pensa alla pluralità di *genera* in cui un qualsiasi concetto può esser fatto rientrare, ci si rende ancor meglio conto dell'arbitrarietà di un simile procedimento (369). Insomma la generalizzazione di certi effetti giuridici non può legittimarsi mostrando che, sul piano logico, la nuova fattispecie cui vengono collegati è realmente più generale della fattispecie originaria (370).

Mi trattengo ancora un attimo su questa argomentazione per chiarirla più completamente. Chiamiamo *S* la fattispecie cui la legge collega gli effetti *P*: sia data, cioè, una norma *S* è *P*. La costruzione concettuale può mostrare che *S* è (specie di) *A*, *B*, *C*. Basterà ciò a concludere che *A* è *P*, *B* è *P*, *C* è *P*? Evidentemente no. L'inserimento dei (o di uno dei) *genera* *A*, *B*,

(365) EHRlich, *JL* 323 s.

(366) STAMPE, *RB* 16; EHRlich, *JL* 277.

(367) *JL* 393.

(368) Un esempio banale: ciò che vale per il negozio vale per il contratto, e ciò che vale per il contratto vale per la compravendita; ma ciò che vale per la compravendita non vale senz'altro per il contratto, e ciò che vale per il contratto non vale senz'altro per il negozio.

(369) È questo un significato che può darsi, nella prospettiva di Ehrlich, al ragionamento di KANTOROVICZ, *KR* 25, secondo cui ogni conclusione ha infinite premesse valide.

(370) EHRlich, *JL* 394. Sull'arbitrarietà della costruzione in funzione inventiva si vedano le pagine 390-397 e *GS* 271.

*C* al posto della *species S* è, dal punto di vista logico, immotivato, è un puro gioco di prestigio che non vale più di qualsiasi altro scambio di concetti: « *Begriffsvertauschung* » lo chiama comunemente Heck (371). O meglio: rispetto all'inserimento di concetti che non siano *genera* di *S*, ha il solo vantaggio di sostituire *S* lasciando sussistere *S* è *P*.

Ma allora la 'scoperta' dogmatica che *S* è specie di *A*, *B*, *C*, ossia la costruzione di concetti generali, non significa ancora nulla sul piano inventivo-normativo, perchè il concetto non può essere inserito in una proposizione normativa se non sulla base di considerazioni ulteriori, non attinenti alla sistematica concettuale. Cade con ciò l'illusione che la costruzione possa avere autonoma produttività; cade la prospettiva classica per cui, secondo la conclusiva formula di Ehrlich (372), « *jede Rechtsbildung ist nur Begriffsbildung* ».

A questo punto i fautori della costruzione possono ancora rispondere che, almeno, anche mantenendosi nell'ambito della legge, le considerazioni ulteriori, necessarie a legittimare l'inserimento di un concetto dogmatico in una proposizione legale, spesso effettivamente soccorrono; che spesso, cioè, può dimostrarsi come la sussumibilità di *S* sotto un concetto dogmatico (per esempio *A*), non semplicemente in quanto sussumibilità, ma in quanto sussumibilità precisamente sotto quel concetto, sia la ragione sufficiente legale dell'attribuzione a *S* degli effetti *P*.

Questa dimostrazione può essere tentata in una prospettiva di interpretazione 'storica' o in una prospettiva di interpretazione 'oggettiva'. Nella prima occorre dimostrare che il legislatore storico ha inteso attribuire gli effetti *P* a *S* in quanto *species* di *A*; ciò che equivale a dimostrare che il legislatore ha avuto in mente una norma *A* è *P*. Nella prospettiva oggettivistica occorre dimostrare che il 'legislatore ragionevole'

---

(371) P. es. in *G* 77; *Schuldrecht* 480 (« Normgewinnung durch *Begriffsvertauschung* »); *ACP* 134 (1931) 265 (cf. anche i passi di M. RÜMELIN *ivi cit.*); *B* 92 n. 3; 96. Heck considera la « *Begriffsvertauschung* » come equivalente alla figura logica della *quaternio terminorum*, ciò che non mi pare, nel nostro caso, del tutto esatto.

(372) *JL* 259.

(altro nome per le valutazioni dell'interprete) non può non attribuire gli effetti  $P$  a  $S$  in quanto *species* di  $A$ ; e anche qui, si dimostra che la 'vera' norma legale è quella, non scritta,  $A$  è  $P$ .

Amnesso che la dimostrazione, nell'una o nell'altra prospettiva, riesca, il concetto  $A$  si sarà rivelato indubbiamente utile: in quanto avrà consentito di formulare la premessa maggiore  $A$  è  $P$  insieme alla quale  $S$  è  $A$  costituisce effettivamente la ragione sufficiente di  $S$  è  $P$ . Si potrà addirittura parlare, in senso ellittico, di una 'produttività' del concetto generale  $A$ , come condizione necessaria (anche se non sufficiente) (373) per la scoperta del diritto non scritto, di  $A$  è  $P$ .

Ma la critica giusliberista respinge anche questa difesa: essa contesta che la dimostrazione interpretativa possa riuscire. Mi limiterò per brevità a esporre l'argomento dal punto di vista di Heck-Rümelin (interpretazione storica) e di Brütt-Reichel (interpretazione oggettiva). Per gli uni e per gli altri, la norma scritta  $S$  è  $P$  si fonda su valutazioni di interessi che sono la sua vera sostanza. Rispetto ad esse, lo stesso testo normativo non rappresenta che una forma, un'espressione più o meno accidentale. È dunque escluso che nella mente del legislatore storico o 'ragionevole' una proposizione dogmatica  $A$  è  $P$  con  $A$  più ampio di  $S$  sia la ragione di  $S$  è  $P$ ; è possibile, invece, che

---

(373) Un passo di M. RÜMELIN (*Windscheid* 42 n. 44) può servire a riesporre con altri termini, e molto precisi, la distinzione forse un po' sottile che ho fatto tra produttività piena, e produttività intesa solo come necessariamente strumentale, della costruzione. «Auf direktem Weg kann daher die wissenschaftliche Begriffsbildung niemals zur Fortbildung des Rechtes dienen. Sie kann nur insofern dazu beitragen, als die zum Zweck der Begriffsbildung erforderliche Analysierung der einzelnen Elemente das Zusammenfügen der Elemente zu neuen Kombinationen ermöglicht und damit das Induktionsmaterial für etwa erforderliche Interessenabwägungen erweitert» (spaziature mie). Il pensiero di Rümelin non coincide completamente con la concezione *begriffsjuristisch* moderata che ho prospettato nel testo, in quanto questa vedrebbe nella (ri)costruzione del concetto un'operazione necessaria, mentre per Rümelin essa non è se non una preparazione di materiale che potrà essere utile al momento della valutazione degli interessi.

la valutazione sottostante a  $S$  è  $P$  sia motivata e sostanziata in ulteriori valutazioni di interessi, rispetto alle quali  $A$  è  $P$  potrà non avere alcun valore di espressione, e comunque non potrà avere altro valore che quello di una espressione: condizione non solo non sufficiente ma neppure necessaria per il ritrovamento del diritto non scritto (374). Le proposizioni formate con i concetti dogmatici tradizionali (ottenuti cioè per astrazione dai concetti legali) non sono quindi mai «causali» (375), ma solo espressive, espositive (e generalmente nel peggiore dei modi). Causali sono le valutazioni (376).

---

(374) M. RÜMELIN è chiarissimo su questo punto: neppure la costruzione dogmatica *recepta* nel testo di legge è da considerare decisiva; essa non lega che nell'ambito delle valutazioni che contiene, non per tutta la sua estensione logica eventualmente diversa. Ciò vale *a fortiori* della costruzione 'legale' ricavata dall'interprete, ammesso che essa sia consentita (e Rümelin inclina a negarlo). Si veda, sulla costruzione *recepta*, *Wandlungen* 37 e richiami, oltre al riassunto di HECK in *ACP* (1931) 266. Meritano di essere aggiunti e citati, in preciso riferimento a quanto ho detto nel testo, alcuni passi della già ricordata conferenza su Windscheid (p. 46 s.), tra i più antichi e risoluti di Rümelin: «Grundsätzlich ist zu betonen, dass die Rechtssätze beruhen auf Interessenabwägungen... Erscheinen die grundlegenden Interessenabwägungen in Bildern eingekleidet oder sind sie durch Vermittlung bestimmter technischer Begriffe zum Ausdruck gebracht, so ist immer zu untersuchen, wie weit die Interessenregulierungen reichen, von denen das Gesetz ausging». I casi coperti dalla costruzione (che per Rümelin è solo «Ausdrucksweise») ma non dalle valutazioni della legge vanno, salvo eccezione, decisi non a tenore della costruzione, ma «entweder unter Anlehnung an andere gesetzlich vorgenommene Abwägungen oder, wo das nicht möglich, mittelst sog. freier Rechtsfindung ... Ganz und gar auszuschliessen ist die Begriffsjurisprudenz, die gar nicht mehr an gesetzliche Ausdrucksformen anknüpft, sondern nach konstruktiven Vorstellungen sucht, die den Gesetzgebern oder rechtsproduzierenden Faktoren allenfalls vorgeschwebt haben könnten». Le spazature sono mie: servono a mettere in rilievo come per Rümelin le costruzioni siano solo figurazioni, modi di espressione, immagini della realtà normativa, appartenente a un ordine radicalmente diverso. Nello stesso senso potrebbe citarsi GÉNY: vedi p. es. sopra, n. 363.

(375) HECK, *B* 92; 96 s.; 100; 166 e in ogni suo scritto metodologico.

(376) Non si può non notare qui come la sicura vittoriosità dell'argomento giusliberista dipenda (tanto nell'interpretazione storica quanto in quella oggettiva) dall'adozione del criterio teleologico. Una volta che

La riprova della critica teorica viene trovata in due fatti: la frequente vistosa diversità delle costruzioni (che non ci sarebbe se esse fossero il risultato di operazioni logiche) (377); la frequente equivalenza, ai fini normativi, di costruzioni diverse (che non ci sarebbe se esse fossero veramente causali). Quest'ultimo fenomeno è stato messo in luce con particolare eleganza e tenacia da Heck (378).

io abbia deciso di non porre alla norma altro che domande teleologiche, essa difficilmente mi darà risposte dogmatico-concettuali. È possibile allora parlare, tanto per il teleologismo come per il concettualismo, di partiti presi iniziali che non possono incontrare smentite. Ciò vale soprattutto, come è chiaro, per l'interpretazione oggettiva. Nell'interpretazione storica non è impensabile che, poste le domande con una certa elasticità, quella sul 'concetto causale' si trovi senza risposta o quella sulla 'valutazione sottostante' incontri solo il desiderio di un legislatore dogmatico (p. es. il Windscheid del primo progetto del *BGB*) di 'realizzare', mediante  $S \text{ è } P$ , il suo 'dogma' prediletto  $A \text{ è } P$ . Il giusliberismo che accetta l'interpretazione teleologica ritiene però di fondare la sua impostazione anche storica sull'idea che ogni imperativo risponde a uno scopo, e che non è probabile che un legislatore ponga una norma solo per rendere omaggio a una teoria dogmatica. «Die Normen unserer Gesetze sind Ergebnisse der Interessenwertung, sie sind nicht 'Durchführung' von Ordnungsbegriffen oder Theorien» (HECK, *B* 100). Quanto al giusliberismo che, per gli atteggiamenti volontaristico o 'superlealistico' sui quali ci siamo già soffermati, rifiuta l'interpretazione teleologica, esso rifiuta ancor più l'interpretazione sistematico-concettuale e qualunque forma di costruzione del tipo classico.

(377) L'argomento è p. es. in KANTOROWICZ, *KR* 27 s.; in HECK, *Rechtsgewinnung* 13 i.f.; ad ogni passo in FUCHS. Vedi anche oltre, 324-327.

(378) Fin dai primi scritti e discorsi: vedi i rinvii in *B* 34 e n. 2. In *Rechtsgewinnung* 19 deplora il tempo e l'intelligenza sciupati dai massimi pandettisti su problemi di costruzione irrilevanti. Il § 16 di *B* (188-198), dal titolo *Die Konstruktionskontroversen und die logische Möglichkeit mehrfacher Begriffsbestimmung*, è la ricerca teorica più completa sull'argomento: Heck abbozza anche un piccolo «System der Widerspruchsillusionen», cioè un'esposizione ragionata delle principali ipotesi in cui i contrasti tra costruzioni sono irrilevanti. Nelle sue maggiori opere di diritto positivo Heck non ha mancato di insistere sulle equivalenze: cf. p. es., *Schuldrecht* 473 n. 2; 478 e n. 1; 480; 481 e gli esempi rintracciabili nel § 137 e con l'aiuto della voce *Aequivalenz* dell'indice-sommario. Tra i canoni più fruttuosi messi in valore in tutta l'opera metodologica e dogmatica di Heck vi è quello della distinzione tra

Anche nel caso della costruzione — come in quello dell'interpretazione 'oggettiva', dell'analogia, dell'induzione — la scoperta della pseudologicità del procedimento poteva suggerire, in merito alla sua valutazione ed utilizzazione, atteggiamenti diversi. Nei confronti della costruzione prevale nettamente, per i motivi già detti, il rifiuto integrale. Tuttavia non deve sfuggire che la critica demistificante del giusliberismo ha avuto anche, in questo come negli altri casi, un supplementare effetto positivo: aprire la via alla comprensione di eventuali potenzialità metalogiche dei procedimenti tradizionali. Quando si consideri la costruzione (e tutto il vecchio metodo) non più come verità e logica, ma come tecnica, diventa possibile giudicare lucidamente delle sue strumentali utilità. È una via, questa, che per quanto riguarda la costruzione concettuale forse solo Gény, tra i novatori, ha percorso; ma che doveva rivelarsi abbastanza feconda in successive fasi degli studi metodologici.

Tornando al nostro filone critico principale: tutto quanto abbiamo detto finora sulla non logicità dell'interpretazione, della 'logica giuridica', della costruzione trova conferma in una serie di osservazioni, che vorrei qui parzialmente e rapidamente riportare, sul mondo giuridico tradizionale nel suo complesso. Il mondo dell'asserita legalità, il mondo dell'asserita logica è in realtà un mondo di innovazioni, di indipendenza, di pseudo-verità, di incertezza.

Vi è anzitutto l'altra metà dell'attività del giudice: la costruzione della situazione concreta come fattispecie giuridica, e ancor più l'accertamento dei fatti da porre a base di quella

---

problemi normativi e problemi di formulazione; i due ordini di problemi vengono sempre trattati separatamente, come dotati di una loro autonoma specificità (si veda, per un esempio, il modo con cui affronta l'argomento della decisione *contra legem* [*G* §15, 196-224] o il problema se il giudice, colmando le lacune, 'crei nuovo diritto' [*ivi* 247-250]). Heck, come Gény, non sottovaluta tanto i concetti dogmatici, quanto la funzione loro attribuita dal realismo conoscitivo della vecchia giurisprudenza. Nello stesso senso ha distinto la « determinative Konstruktion » da quella puramente « typisch », che ammette un uso elastico e numerose eccezioni. Posizioni analoghe sono sostenute tra gli altri da M. RÜMELIN (p. es. *Wandlungen* 20; 34 n. 1; *Rechtspolitik* passim) e MÜLLER-ERZBACH, *Relativität* 371 s. (con esempi).

costruzione. Troviamo detto nella nostra letteratura, per esempio in Wurzel e in Ehrlich, che la cosiddetta questione di fatto è in realtà ben difficilmente distinguibile dalla questione di diritto, che il legalismo ha contribuito alla nettezza artificiosa della distinzione; e che, come ho già accennato, uno dei modi per salvare l'apparenza della legalità è spesso il servirsi della manipolazione del fatto quando tutti i pur arrendevoli strumenti per il ritrovamento del diritto si siano rifiutati (379). Con energia Fuchs ha poi attirato l'attenzione sull'irrazionalità dei metodi inquisitivi e probatori: il futuro giurista, a suo parere, dovrebbe con la stessa coscienziosità con cui studia il diritto, formarsi nelle discipline utili all'accertamento della verità di fatto (380). Ciò richiederebbe un tipo di conoscenza (anche scientifico) dell'uomo e delle cose che solo l'accademismo della vecchia prospettiva legal-logicistica poteva ritenere superfluo per la stessa ricerca del diritto (381). Queste considerazioni vengono qui ricordate perchè hanno il merito di attirare l'attenzione su come nella scuola classica l'ideologia della certezza, sempre chiamata in appoggio al metodo tradizionale, fosse velleitaria: si ambiva al rigore scientifico ma si era disposti a chiudere gli occhi sui concreti esiti processuali, dove quel metodo lasciava aperta una falla che era fonte perenne di incertezza e quindi di ingiustizia formale.

Ma anche lasciando da parte la dimensione fattuale, il mondo del processo è il più adatto a far toccare con mano quanto di illusione vi sia nei dogmi legalistico e logicistico. Sono, in-

(379) Vedi sopra, n. 232; cf. anche RUMPF, *VR* 24 s.

(380) *Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz* è appunto il titolo della prima opera metodologica di FUCHS (1908). In seguito egli non si è stancato di tornare sull'argomento, insistendo particolarmente sulla necessità anche in campo civilistico di un'evoluta *Psychologie der Aussage* (è questo il titolo di un capitolo di *Recht und Wahrheit* e di un libretto dell'amico e discepolo di Fuchs, il giudice GMELIN, la cui 2<sup>a</sup> edizione è del 1909). Questa parte della critica di Fuchs ha trovato l'approvazione generale: cf. OERTMANN, *SR* 89.

(381) FUCHS, *JK* 56 s.: la conoscenza del « mondo della premessa minore » (« Welt des Untersatzes ») è indispensabile anche per il ritrovamento della premessa maggiore, dell'*Obersatz* normativo.

tanto, le stesse istituzioni processuali a testimoniare l'approssimatività della logica giuridica. Se il diritto fosse del tutto chiaro e certo, non ci sarebbero processi (civili) (382). Come osserva l'avvocato viennese R. Lazarsfeld (383) (abbiamo già incontrato l'argomento in Cicerone), appartiene all'essenza dell'autentico *Rechtsstreit* che la questione non sia decisa nella legge, e la sentenza *praeter legem* è la regola (384). Di qui l'importanza (inammissibile nell'ipotesi del puro legalismo) delle raccolte di giudicati (385); e tutto il diritto di sicura provenienza giurisdizionale (386). Se il diritto fosse chiaro e certo non ci sarebbero neppure gli avvocati, che dagli stessi fatti traggono tesi giuridiche contrarie (387); non si spiegherebbero le proposte di istituire organi di interpretazione autentica del diritto, tante volte affacciate fin dai tempi dell'illuminismo (388); i giudici non sarebbero in numero dispari e le decisioni sarebbero unanimi, non, come accade quasi sempre, maggioritarie (389). E cosa dire dell'*Instanzenzug*, della peregrinazione di una stessa causa per le successive istanze, con la pro-

---

(382) WURZEL, *JD* 11.

(383) Nella conferenza *Das Problem der Jurisprudenz* (1908) 36.

(384) Cf. JUNG, *NR* 173.

(385) SPIEGEL, *Jurisprudenz und Sozialwissenschaft* (vedi sopra, n. 99) 26; cf. JUNG, *NR* 129.

(386) Alludo non solo alle norme individuali stabilite dalle sentenze per i singoli casi; ma alle vere e proprie norme generali consolidate in forza della costante applicazione da parte dei tribunali. GÉNY e LAMBERT, JUNG e FUCHS tra gli altri hanno attirato l'attenzione sul fenomeno. Un esempio famoso era quello della responsabilità per le c.d. *positive Vertragsverletzungen*, il cui riconoscimento venne proposto da STAUB al *Deutscher Juristentag* nel 1902, a soli due anni dall'entrata in vigore del *BGB*, e contro il sicuro tenore della legge fu fatto proprio da tutta la giurisprudenza e giurisdizione tedesca (cf. RUMPF, *GR* 14-17). Anche da questo punto di vista, della formazione giurisdizionale del diritto, si pone il problema della funzione di un tribunale supremo, cui ho accennato alla n. 255.

(387) WURZEL, *JD* 11.

(388) FUCHS, *JK* 15 s.

(389) FUCHS, *JK* 17; *Gemeinschädlichkeit* 39, fondandosi su un'ammissione del suo nemico-amico, il brillante giudice e poi ministro A. Dürringer.



bilità di decisioni contrastanti anche sul solo punto di diritto? (390). Si pensi poi ai contrasti tra prassi e teoria, tra teorici e teorici (391). Tutto ciò fa pensare che la famosa precisione del giurista non sia dovuta al rigore del suo pensiero (392); che sia un fatto, più che scientifico-teoretico, tecnico-pratico (393).

Del resto il linguaggio e lo stile, queste altre istituzioni, conservano anch'esse le tracce dell'incertezza del diritto. Nei processi si 'perde' o si 'vince', come in battaglia e al gioco; nessuno può predire all'inizio quale sarà la propria sorte (394). I modi tipicamente giuridici di ragionare e di parlare sorprendono il profano e l'apprendista, che solo nell'abitudine e nel sentimento di sicurezza che gli dà la completa mancanza di contraddizione da parte dei colleghi riesce poi a sopire lo stupore iniziale (395). Il ragionamento giuridico consiste nel trarre da premesse verosimili conseguenze certe (396). « Lo stile giuridico è ampolloso; le constatazioni non avvengono di solito in forma direttamente affermativa, ma cautamente perifrastica. Modi di dire come: deve perciò ritenersi accertato, l'affermazione non può essere riconosciuta come validamente sussistente, essa appare infondata, immotivata, non può a buon diritto mettersi in dubbio, siamo dunque autorizzati a concludere, e simili, sono sorti precisamente sul terreno della giurisprudenza e sono tipici di essa. Servono a circondare di discrezione il divario che intercorre tra il grado reale di verosimiglianza di un'ipotesi, di conclusione di un'argomentazione, e quello di cui si ha bisogno a scopi giuridici; e per lo più consistono nel mettere al posto dell'asserzione diretta un impegno a prendere per buono (sfumatura che nel seguito del ragionamento viene poi regolarmente tralasciata). Una parte tutt'altro che indifferente del tiro-

---

(390) FUCHS, *passim*; JUNG, NR 129.

(391) WURZEL, JD 11.

(392) WURZEL, JD 10.

(393) Cf. GÉNY, ST III, 33-44 e *passim*.

(394) FUCHS, JK 11 s.

(395) WURZEL, JD 94 s., con un'analisi che può ben definirsi di sociologia della conoscenza.

(396) WURZEL, JD 96.

cinio del giurista pratico sta nel familiarizzarsi con questo genere di locuzioni e di figure argomentative» (397).

Possiamo ormai formulare la conclusione generale delle revisioni critiche condotte, a diversi livelli, dal giusliberismo sotto il profilo che corrisponde alla nostra lettera *b*). La giurisprudenza classica, in particolare la pandettistica tedesca, sorta e alimentata dal mito della propria scientificità, non è scienza. Più precisamente non è scienza nei vari sensi in cui ha ritenuto di esserlo: non è filologia dei testi legali, non è logica o matematica dei concetti, non è sistema e combinazione dei corpi giuridici sul tipo delle scienze naturali.

Il motivo della sua non scientificità sta nel postulato legalistico di partenza. Non vi è ricerca metodologica giusliberista che non insista sul fatto che i procedimenti tradizionali sono, tutti (l'interpretazione secondo la volontà presunta come quella oggettiva, l'analogia come la manipolazione delle fattispecie, come la costruzione), condizionati dall'intento di rispettare quel postulato. Rispettarlo, si badi (e qui è la vera antinomia), pur superandolo: perchè le leggi del pensiero e della vita, più forti di ogni contraria pretesa, esigono il superamento, fanno del postulato una finzione. Come semplice testo, sia pure normativo, la legge sarebbe perfettamente suscettibile di interpretazione filologica che ne rispettasse l'indeterminatezza relativa e di elaborazione sistematico-concettuale che ne riproducesse, senza alterarli, il contenuto e le lacune. Ma poichè della legge si pretende fare l'ordinamento completo dell'evolventesi convivenza umana, ecco che l'interpretazione e la sistemazione giurisprudenziali prendono caratteri specifici, anomali. Nel carattere scientificamente anomalo (perchè necessariamente creativo) della giurisprudenza risiede al tempo stesso la più decisiva conferma dell'esistenza di 'lacune' legali, quale che sia la loro 'pensabilità' sul piano logico.

Ammessa la verità di questa conclusione, resta tuttavia sostenibile la posizione di coloro che ritengono opportuno riservarne la conoscenza a pochi eletti, lasciando la massa dei giuristi nella convinzione e nell'impegno di fare tutto solo con la

<sup>1</sup> (397) WURZEL, *ibid.*

legge e con la logica; resta aperta cioè la possibilità di presentare il male scientifico, implicito nel metodo tradizionale, come minor male, necessario psicologicamente e tecnicamente ai fini propriamente giuridici.

A confutare questa posizione è dedicato l'insieme delle critiche che ci restano ora da esaminare.

c) Il logicismo giurisprudenziale, corollario del postulato legalistico, comporta, oltre l'inconveniente teoretico che la vita ufficiale del diritto abbia a muoversi nel falso, una serie di inconvenienti ulteriori ai quali il giusliberismo è stato estremamente sensibile. Si può anzi dire che in alcuni suoi rappresentanti l'itinerario spirituale e dottrinale sia partito dalla constatazione e dalla denuncia, appassionata, circostanziata, di questi inconvenienti giuridici e umani, per giungere solo in seguito a scoprirne e colpirne l'origine. Ma che tale origine si trovi appunto nel logicismo non è dubbio e non è stato lasciato in dubbio dai nostri autori: gli inconvenienti di cui dobbiamo ora far discorso risalgono tutti, direttamente o indirettamente, all'uno o all'altro dei profili sotto i quali il logicismo può presentarsi, nascono cioè o dalla convinzione che la logica rigorosa sia sufficiente a colmare le lacune legali, o dalla convinzione che sia rigorosa la logica con cui le lacune vengono colmate.

Chi li ha descritti nel modo più penetrante e completo è stato certamente Ernst Fuchs (398). Israelita, avvocato, Fuchs ha

(398) Su questo autore, che nel 1907 iniziò, quarantottenne, e fino alla morte condusse una lotta senza quartiere con la vecchia giurisprudenza, è ora fondamentale (anche se apologetico) il *Lebensbild* dato dal figlio A. Foulkes in appendice a FUCHS, G. Per il significato che egli ebbe agli occhi dei giovani e di molti giuristi pratici vanno viste le commemorazioni di SINZHEIMER, di RADBRUCH, del *Republikanischer Richterbund* in *Die Justiz* 1928/29, 402-405, l'elogio di KANTOROWICZ in occasione del conferimento a Fuchs della laurea *ad honorem* (*ibid.* 203 s.) e la motivazione stessa della laurea, ora riprodotta in FUCHS, G 258 s. Per altri giudizi cf. ZACHARIAS (giudice), o.c. alla n. 38, 10 s. in nota; F. VIERHAUS (giudice), *Über die Methode der Rechtssprechung* (1911) 75 e *DJZ* 1909, 1169-1175; GMELIN, *Quousque?* 40-43; OERTMANN, *SR*; EHRLICH, *RR* 77; M. RÜMELIN, *Wandlungen* 40 n. 1. In seguito citerò soprattutto *Gemeinschaftlichkeit* e *JK*, sia perchè sono oggettivamente le opere più importanti, sia perchè gli scritti riprodotti in *G* sono ormai facilmente accessibili.

insieme il temperamento di tipo ' profetico ' e la situazione professionale che gli consentono di guardare alla giurisprudenza accademica — dominante anche nei codici e nei tribunali — radicalmente dal di fuori; pur conoscendola non da profano, ma da iniziato. Il pittoresco, il violento della sua descrizione, che gli ha alienato tanti animi ma che ha dato risonanza alle idee, ottiene secondo me un effetto importante, su cui mi tratterò tra breve (399); non sopraffà, comunque, la validità di molte denunce, che autori anche austerissimi hanno spesso presentato con un minore corredo di prove.

Alcuni inconvenienti del logicismo attengono al modo stesso in cui viene resa la giustizia da parte degli organi pubblici, e interessano quindi l'intera comunità dei consociati; altri riguardano più direttamente i giuristi di professione.

I primi si intuiscono facilmente. Anzitutto la *Begriffsjurisprudenz* (o, per usare il termine di Fuchs, la *Pandektologie*), in quanto non procede, nel disciplinare i casi lasciati insoluti dalla legge, mediante responsabili valutazioni integrative, non dà nessuna garanzia, neppure soggettiva, di portare a risultati giusti. Essa è una creazione di diritto che avviene non preceduta da alcuna considerazione di politica legislativa. Per la sua chiusura al valore Ehrlich ha osato chiamarla peccato contro lo Spirito Santo (400). Essa non produce altro che il tipo del giurista puro, vivo purtroppo non solo nella fantasia del popolo e nella commedia: il sottile dialettico, l'uomo cui l'essenziale appare secondario, il secondario essenziale; l'uomo che può decidere del destino altrui senza riflettere ai vitali interessi in gioco (401). Gli svolgimenti più ampi del tema, centrale per tutti i nostri autori, sono in Fuchs; particolarmente meritoria la sua critica a decine di decisioni ' pandettologiche ' del *Reichsgericht* (402).

(399) Vedi oltre, n. 420.

(400) *FR* 21. La stessa espressione è stata poi usata da HECK e M. RÜMELIN nei confronti dell'*Inversionsverfahren*.

(401) EHRlich, *JL* 433.

(402) Si vedano p. es. *RW* 25-88 (parzialmente riprodotto in *G* 77-88); *Gemeinschaftlichkeit* 27-34; 40-53; 64-68; 87-91 e *passim*; *JK*, *Anhang* II e *passim*. Rinuncio a citare l'anticritica di DÜRINGER, WOLFF, OERTMANN e altri.

In secondo luogo la *Begriffsjurisprudenz* vincola il giurista a procedimenti che, per quanto elastici e arbitrari, sono pur sempre un impaccio, una sovrastruttura, un limite artificioso alla sua ricerca del diritto. È una critica che già conosciamo: il logicista si ferma davanti al 'non costruibile', il diritto ufficiale resta perennemente indietro rispetto all'evoluzione della società. Questa critica può distinguersi dalla prima come relativa più alla quantità che alla qualità del diritto prodotto.

Ma i vecchi metodi non solo non garantiscono la giustizia, l'equità, l'abbondanza dei risultati; essi non ne garantiscono neppure la certezza, quella famosa certezza e calcolabilità (*Berechenbarkeit*) che invocano come la propria giustificazione suprema (403). Il giusliberismo non esita qui a ritorcere l'argomento: la vera giurisprudenza irrazionalistica, la vera *Gefühlsjurisprudenz* è il logicismo; il diritto libero è non solo il più equo, ma anche il più certo e prevedibile: « die Rechtssicherheit hält also — natürlicherweise — ganz gleichen Schritt mit der Rechtsrichtigkeit » (404).

Questa affermazione va precisata e qualificata, perchè non sembri, come è sembrata a Oertmann (405), addirittura « assurda ». Essa si riferisce anzitutto ai modi di trattamento della legge. Come hanno detto perfettamente Gény e Heck (406), chi vuole fare tutto con la legge sarà portato ad estenderne con mezzi necessariamente non rigorosi la portata; chi ammette altre fonti potrà limitarsi a ricostruire, con tutta l'esattezza consentita, il significato autentico. Il metodo tradizionale nuoce quindi alla certezza in quanto toglie alla legge, con il continuo

(403) Cf. sopra, spec. 317-321; vedi anche EHRlich, *FR* 19-21; GÉNY, *MS* I, 66; 217 s.; II, 224 s.; JUNG, *NR* 132; 'Positives' *Recht* 515 (molto efficace).

(404) FUCHS, *JK* 18. Tutta l'opera, che può forse considerarsi la più organica e serena di Fuchs, è ordinata intorno alla dimostrazione che i metodi possibili di integrazione della legge (essenzialmente tre: *Begriffsjurisprudenz*, *Kryptosozioologie*, *Soziologische Rechtswissenschaft*) offrono tanto maggiore certezza quanto più si allontanano dall'illusione logicista. Di FUCHS cf. anche l'articolo *Jurisprudenz und Rechtssicherheit*, riprodotto in *G* 193-206; *Gemeinschaftlichkeit* 78-84.

(405) *SR* 89.

(406) Vedi sopra, 275 s.

sforzo di allargarla, il suo carattere di formula consapevole, autoritativa, certificante, che è poi la sua vera giustificazione tecnica (407).

D'altra parte, quando si dice che i metodi sociologico-valutativi sono più certi di quelli fondati sul logicismo, non si intende negare l'estrema difficoltà, e quindi l'incertezza, dei primi. Se Fuchs, nel suo entusiasta, illuministico amore per la semplicità e la giustizia appare talvolta propenso a credere che basti guardare la vita con occhio limpido e cordiale per vedere l'ordine cui essa tende spontaneamente delinearci, tutto l'impianto della sua opera procede da un ragionamento più sottile, che tende a stabilire i pregi della *soziologische Rechtsfindung* in modo direi comparativo e non superlativo.

Esso può così riassumersi: o la scelta tra le varie possibilità lasciate aperte dalla logica rigorosa avviene sulla sola base della pseudologica giuridica: e allora il risultato è frutto del caso, si ha l'incertezza assoluta temperata solo dal passatismo e da un eventuale — per non dire auspicabile — gregarismo (Fuchs designa questo procedere col nome di « Begriffsjurisprudenz » o « Pandektologie »). Oppure (come più spesso accade) quella scelta è guidata dall'istinto, dal sentimento della giustizia, ma all'insaputa del giurista che, convinto di essere logico, utilizza gli strumenti tradizionali: e allora i risultati saranno già migliori e più uniformi, ma conserveranno tutta l'incertezza di una *Gefühlsjurisprudenz* (408). Oppure infine quella scelta avviene in modo consapevolmente sociologico-valutativo, il giurista decide extralegalmente secondo scienza e coscienza e si serve dei metodi tradizionali solo come di un paravento: e i risultati saranno ancora migliori e più uniformi; ma non quanto lo sareb-

(407) GÉNY, *MS* I, 119-123 e, soprattutto, *ST* III, 81-93 (con rinvii).

(408) Contro la *Gefühlsjurisprudenz* vedi p. es. FUCHS, *JK* 46-50. Sull'incertezza del modo di procedere ora descritto cf. WURZEL, *JD* 98 pr.: « Andererseits liegt gerade in diesen unterbewussten, nicht greifbar in die Rechnung eingestellten Wirkungen der übrigen Komponenten (der ethischen Strömungen u.s.w.) zum grossen Teil der Grund der Intransigenz juristischer Kontroversen, der Unsicherheit und Unvoraussehbarkeit der Urteile, beim gegebenen Tatbestande ».

bero se la motivazione reale non venisse sottratta al controllo critico, alla verifica della pubblica discussione (409).

Fuchs dà al secondo e al terzo procedimento, senza sempre distinguerli (410), il nome che fu largamente accettato di « Kryptosozologie »; a questa contrappone l'autentica « soziologische Rechtswissenschaft », uno dei tanti termini che nella nostra letteratura indicano la 'libera' giurisprudenza (così come *Kryptosozologie* equivale a 'criptovalutazione' o 'criptolibertà'). La sua superiorità, anche in ordine alla certezza, sulla criptosociologia consapevole sta nel processo di razionalizzazione che l'esplicita motivazione (« die offene soziologische Begründung ») fa iniziare al nucleo reale della decisione. Il punto è della massima importanza: la giurisprudenza criptosociologica è formata da un nucleo o irrazionale o solo soggettivamente controllato e da una scorza pseudoscientifica (411); la giurisprudenza sociologica o libera può divenire, grazie al dialogo, scientifica nel nucleo, « Kernwissenschaft » (412); e questo, se si guarda ai tempi lunghi, può far sperare nel raggiungimento del più alto grado di certezza consentito alle scienze morali (413).

La criptosociologia anche cosciente, l'uso anche solo « stilistico » delle vecchie formule, oltre a danneggiare la bontà, controllabilità e certezza dei risultati, ad inceppare la ricerca quando deve essere libera, ritarda il progresso nella *Methodenfrage*, porta le parti ad accusare il giudice o, quando le vere ragioni sfuggono, di dottrinarismo (*Lebensfremdheit*) o, quando il giochetto viene intuito, di parzialità ed ipocrisia (414). L'atteggiamento favorevole alla doppia verità, inaugurato da Kohler,

(409) FUCHS, *JK* 38 s.; 50 e *passim*.

(410) Li distingue invece accuratamente HECK, *B* 98 s.

(411) FUCHS, *Gemeinschädlichkeit* 129; *JK* 46.

(412) *JK* 60.

(413) Cfr. anche WURZEL, *JD* 99 i.f.: « ... die Umprägung der verdeckt und unbewusst wirkenden Wertungen und sozialen Kräfte in klar erfasste, ihrer Tragweite nach bestimmte logische Formeln würde für die Jurisprudenz die Ausfüllung der Haupteinbruchspforte der Rechtsunsicherheit... bedeuten ».

(414) HECK, *B* 98-100; contro la *Kryptosozologie* cf. anche *G* 234-238.

e quello favorevole alla criptosociologia cosciente (Wüstendörfer), sono stati perciò criticati dalla maggior parte dei nostri autori e rifiutati dal *Deutscher Richtertag* del 1911 (415); essi non possono considerarsi autenticamente giusliberisti (416).

Quanto alla giurisprudenza logicistica pura essa, poichè va oltre la legge senza la garanzia di alcun criterio metalegale, e per di più riveste le sue arbitrarie scoperte col manto della legalità (ciò che non faceva per esempio la conclamata *Gefühlswissenschaft* di un Magnaud (417)), deve considerarsi come contraria ai principii del moderno Stato costituzionale e alla libertà dei cittadini, come un vero e proprio pericolo pubblico, una « soziale Gefahr » (418).

(415) Vedi la citazione dell'importante documento, che ha avuto una benefica influenza sullo stile dei tribunali tedeschi, in HECK, *B* 98.

(416) Cf. anche sopra, 275-277; 294.

(417) Sul 'bon juge' Magnaud si vedano, per tutti, GÉNY, *MS* II, *Epilogue*, cap. II (*Une passade de jurisprudence: le 'phénomène Magnaud'*) e la raccolta delle sentenze curata dal LEYRET e tradotta in italiano (nel 1901), con impagabili commenti e illustrazioni, dal deamicisiano avvocato e poi giudice Raffaele Majetti (che sarà anche il traduttore di Gnaeus Flavius: vedi *Abbrev. s. v.* MAJETTI e cf. N. BOBBIO, *Introduzione a KANTOROWICZ, La definizione del diritto* [tr. it. 1962] 5).

(418) STAMPE, *RB* 3; 10 (cf. *ibid.* 19: il pericolo di una giustizia di classe o di parte non è totalmente eliminabile, ma certo riducibile con l'esigenza di un'aperta motivazione sociologica); FUCHS parla di *Gemeinschaftlichkeit* nel titolo e nel testo del suo libro più noto; EHRLICH accusa la magistratura tedesca e austriaca di avere « namenloses Unheil angestiftet », costretto per decenni validi lavoratori alla fame, all'emigrazione e talvolta al suicidio per un'interpretazione formalista della libertà contrattuale (*JL* 427 s.). Egli ritiene la logica giuridica « im höchsten Grade gefährlich » perchè si presta a coprire ogni abuso del giudice. Inoltre ottunde la sua coscienza: « Gewiss würden nicht viele Richter es wagen, das als Ausdruck ihrer Rechtsüberzeugung zu erklären, was sie ruhig als Recht verkünden, wenn sie sich durch einen verzerrten Paragraphen sicher gedeckt fühlen » (*JL* 428 s.). Si finisca dunque di voler vedere « in der Begriffsjurisprudenz und ihrer juristischen Logik ein Bollwerk der bürgerlichen Freiheit gegen richterliche Willkür » (*ibid.* 432 i.f.; spaziatuira mia). La citazione di accuse un po' truculente alla *Begriffsjurisprudenz* potrebbe continuare; queste si spiegano anche con la pesantezza assunta nel mondo tedesco dalla reazione dei tradizionalisti. Del resto, l'equilibrato e scrupolosissimo GÉNY non dice, nella sostanza, cose meno gravi (cf. ad es. *MS* I, 66 s.); e nell'Italia



Infine il logicismo produce una giurisprudenza artificiosa e come tale incomprensibile, quando non spregevole, ai laici. La sua inguaribile *Weltfremdheit* (inesperienza di mondo, stravaganza dottrinarica) allontana il diritto dal popolo cui è destinato; il giusliberismo, soprattutto nella sua corrente meno accademica, le contrappone l'ideale della *Volkstümlichkeit*, in cui si mescono riflessi di illuminismo, ritorni di ispirazioni romantiche della scuola storica, genuini richiami al buonsenso, elementi di socialismo e perfino qualche inquietante bagliore del mito del *Volk* come razza-nazione tedesca (419).

Per Fuchs la *Weltfremdheit* della vecchia giurisprudenza è tale da farla apparire letteralmente cosa di un 'altro mondo',

---

del 1938, quando ormai la crisi giusliberista poteva dirsi riassorbita e lo sforzo di molti giuristi contrari al regime era se mai rivolto a difendere la certezza legale (cf. sopra, cap. II n. 110), il più convinto assertore dell'analogia perfetta, BOBBIO, osservava duramente come la logica giuridica non rigorosa lasci « in modo troppo clamoroso aperta la possibilità all'arbitrio e in particolare a quella peggior specie di arbitrio, che è l'arbitrio rivestito dei panni della legalità » (o.c. alla n. 262, 101; spaziatura mia).

(419) La condanna della vecchia scuola come *weltfremd* e l'ideale della *Volkstümlichkeit* nel diritto e nello stesso linguaggio giuridico costituiscono un altro *τòπος* del giusliberismo, e in particolare l'assillo di FUCHS. Si vedano ancora: RUMPF, *VR*; *Das Ideal des volkstümlichen Rechts*, 1913; *Recht und Wirtschaft*, in *RW* 1911/12, 89-92; BÖRNGEN, *Reformbestrebungen*; tutta la rivista *RW*, in particolare i *Merksblätter* già citati (sopra, n. 109); E. DANZ, *Laienverstand und Rechtssprechung*, in *JhJ* 1898, 373-500; *Rechtssprechung nach der Volksanschauung und nach dem Gesetz*, 1908 (estratto dagli *JhJ* dello stesso anno); E. EHRLICH, *Gutachten über die Frage: Was kann geschehen, um bei der Ausbildung ... das Verständnis des Juristen für psychologische, wirtschaftliche und soziologische Fragen in erhöhtem Masse zu fördern?*, in *Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentages* (1912) vol. II, 200-220. Nello stesso *Teutonia Verlag* e nello stesso anno 1907 in cui appariva *Schreibjustiz und Richterkönigtum* di FUCHS, iniziava la rivista *Deutscher Frühling* il cui motto (*Deutsch! Frei! Volkstümlich!*) caratterizza perfettamente il tipo di diritto e di giurisprudenza che taluni giusliberisti si attendevano dalla riforma. Le stesse idee ritornano (con un'accentuazione a mio parere nettamente patologica) in R. DEINHARDT (presidente di sezione a Jena, a noi già noto), *Volkstümliches Recht. Ein Mahnruf zu volkstümlichem Rechtswillen und zu deutscher Rechtsgestaltung*, 1922.

che in quanto pienamente immersa e partecipe della stessa realtà del nostro, fa come scattare un attimo di sorpresa metafisica. Molte descrizioni che Fuchs dà della « pandettologia » mi sembrano procedere meno dalla polemica contro la dottrina non condivisa che da una stupefazione di fondo per la 'cosa' improbabile (420).

(420) Non sono quindi 'offese' contro avversari, ma tentativi di rendere questa impressione radicale le sparse attribuzioni della pandettologia e dei suoi metodi alla sfera della pazzia, o della malattia, o dell'infantilismo mentale, o della droga. Cf. *RW* 237: « Hat nicht euer ganzes Tun etwas Wahnwitziges? »; *Gemeinschädlichkeit* 5: « folie raisonnante », « logische Narrheit »; 21: a leggere le opere dei classici sembra di entrare « wie in ein Tollhaus oder in eine Kinderstube ... »; 59: la *konstruktive Jurisprudenz* è « eine dem Querulantenwahnsinn verwandte psychopathische Erscheinung » che verrà un giorno classificata dagli psichiatri tra le monomanie come « Rechtskonstruktionswahnsinn (Pandektitis) » (così anche in *JK* 115). La malattia del giurista classico attiene precisamente alla facoltà di vedere: egli ha (nel senso biblico) 'le scaglie sugli occhi': cf. *JK* 77: a chi si avvicina alla scienza processuale classica è come se cadessero le scaglie dagli occhi; in una simile giurisprudenza ci dev'essere una « grundsätzlichen verirrte Weltanschauung » (spaziatura mia); *Gemeinschädlichkeit* 91: « Tu non vedi, perchè hai una pandettoceità di secondo grado. Ma gli altri, che hanno solo una pandettite di primo grado, ... a loro possiamo aprire gli occhi e il cuore e liberarli dalla loro sordità d'animo, affinché tornino a sentire la schietta voce del vero diritto ». Sull'infantilismo vedi ivi 1; 12; 21; 74 e i numerosi passi in cui la vecchia giurisprudenza è designata come « Spielerei ». Sulla droga, ivi 93 s. (« Pandektitisopiumrausch »). Del resto, Fuchs sa appoggiare la sua distinzione radicale tra buon senso (*Mutterwitz*) e logicismo con opportune citazioni di Kant (ivi 21) e di Locke (*G* 38, dove tenta anche una classificazione fisionomica e caratterologica del pandettista come tipo 'tetanoide').

Fuchs, i cui modelli sono nientemeno che Gesù e Nietzsche, non è certo sapiente artista (come del resto non lo è JHERING nei 'grotteschi' di *Scherz und Ernst*) e le sue prove sono ingenuie, esplicite, troppo calde di sdegno e povere di carica suggestiva. Un discreto effetto è raggiunto da certi accostamenti del giurista classico a parametri del buon senso, per esempio alle donne (in *Gemeinschädlichkeit* 167 Fuchs propone che nel *Reichsgericht* siedano anche le mogli dei magistrati) o ai meravigliosi giudici inglesi, uno dei miti del giusliberismo (*Gemeinschädlichkeit* 181-188, spec. 186 s.: a contatto dei giudici inglesi il cuore si riscalda e si dilata; ogni loro parola è carica di buon senso; essi sono

Risulta, già da questi ultimi rilievi, che la *Weltfremdheit* della giurisprudenza si pone, tra gli inconvenienti del logicismo, come un male che da un lato danneggia tutti gli utenti del diritto, dall'altro lede in modo specifico l'umanità del giurista. Sotto il secondo profilo essa si risolve infatti in mancanza di spirito d'osservazione, in una necessaria rinuncia alla comunione con la vita, la cultura, gli interessi e le speranze del proprio Paese, quindi in una diminuita capacità non solo di servire, ma anche di farsi intendere ed amare. Sono sempre le analisi di Fuchs a guidarci; e direi che in questo zelo per l'ani-

pieni di intimo, aureo *humour*: in Germania invece le espectorazioni del cupo nervosismo dei pandettologi). Altrove (JK 23) Fuchs osserva felicemente che l'ignoranza della vita non è la stessa cosa per un giurista e per un astronomo. Ma forse tra le sue cose più riuscite sono proprio alcune descrizioni esatte, in chiave di allucinazione, delle lotte tra i pandettisti, dei loro entusiasmi dottorali (JK 20 s.: Krückmann che si estasia di fronte a un passo del Digesto che, brevissimo, prospetta un caso in cui « non meno di quattro azioni vengono in considerazione »), delle 'conquiste', delle 'audacie', della 'fecondità' e 'genialità' dei professori (cf. *Gemeinschädlichkeit* 105-108, JK 122 ss.; 187-191). Vedere Jhering, Windscheid, Planck, Sohm, Kohler figurati come goffi poveri diavoli, « arcibonzi » da tavolino o « farmacisti venditori di concetti » (« Begriffsapotheker »), eroi cartacei disumani, assurdi protagonisti di un epos di bolle di sapone concettuali può avere, in un lettore timorato, un utile effetto in senso antiabitudinario. È chiaro che Fuchs punta a questo effetto, e non a un giudizio analiticamente motivato, quando per esempio, ribattendo una controffensiva apologetica di Oertmann, rincara la dose sullo *Zweck im Recht* di JEHRING « mit seinem ganz ungläublichen Ragout von Philistertum und Kaffeetantenhaftigkeit ». La mostruosità dei prodotti pandettologici è simboleggiata dal *Bovigus*, animale fantastico 'costruito' da una ricerca di Huschke: « philologischbovigistische Kämpfe » (*Gemeinschädlichkeit* 23), « Bovigusrittertum » (ivi 24), « Boviguserde » (ivi, 32); cf. l'articolo *Bovigus, Bovigismus und echte Rechtswissenschaft*, ora in G 169-179. Fuchs si serve a volte di composizioni verbali tendenti all'espressionismo o al futurismo, parla di *Begriffsaerobaten*, *Begriffsmandarinen*, *Begriffsbrahminen*, cf. G 61: « So schwelgte man im Narrenparadies schulmässiger selbstkluger Gehirnatrapezkünste », « Così si gozzovigliò nel pazziparadiso delle scolastiche autobravure cerveltrapezioartistiche ». Ma l'essenziale resta che per Fuchs tutta la *Begriffsjurisprudenz* è come un « incubo » (RW 170), come un « vecchio Adamo » (JK 149) per scorgere il quale occorre al giurista tradizionale una specie di rivelazione.

ma del giurista, capace di rivelargliene le debolezze e storture senza scoraggiare una calda, ininterrotta proposta di 'conversione', stia l'apporto più sentito e originale di quell'ateo e anticlericale dichiarato che fu il « profeta di Karlsruhe » (421).

Il logicismo, egli osserva, soffoca nel giurista lo spirito di veracità. Esso genera un mondo in cui vi è troppa convenzione e troppa poca convinzione, dove le finzioni e le presunzioni sono quotidiano strumento di lavoro, dove la sincerità è talvolta (per esempio nel caso dell'avvocatura) esclusa quasi istituzionalmente (422); occorre restaurare « die Herrschaft der Aufrichtigkeit und mit ihr das Reich des Vertrauens » (423): ricorrendo a una tipica categoria religiosa, Fuchs parla di « Erlösung von der Unwahrhaftigkeit » (424).

Sopprimendo l'impegno morale indipendente, sforzandosi di produrre il « Subsumtions- und Deduktionsautomat » (425), il lo-

(421) Denominazione ironica di OERTMANN, *SR* 79.

(422) Va visto soprattutto il cap. V di *Gemeinschädlichkeit (Die Wahrhaftigkeit in der Ziviljustiz, 205-254)*.

(423) *JK* 151.

(424) *Gemeinschädlichkeit* 251. La sincerità, la veracità, l'eliminazione delle finzioni a cominciare da quella legalistica fondamentale formano un altro τόπος del giusliberismo. Ai passi già citati contro la criptosociologia e la teoria della doppia verità possono aggiungersene altri che insistono sul valore morale della veracità. Per STERNBERG, la teoria delle lacune nella legge è stata essenzialmente « oeuvre de franchise » (*ER* 135) ed è importante e nuova soprattutto « durch die ethische Bedeutung ihres Aufrichtigkeitsstrebens » (ivi 136). Per HECK, *G* 234 s., prima di ogni altra considerazione è decisivo « dass nur die höchste und strengste Wahrhaftigkeit der Würde und der hohen Aufgabe des Richterstandes entspricht ». EHRlich, che aveva ammesso nel lavoro sulle *Lücken im Recht* la possibilità di ottenere risultati giusti con metodi sbagliati, se ne pente in *JL* 425: quell'ammissione è « durchaus verwerflich. Denn die Wissenschaft muss die besten Wahrheiten bieten, die ihr erreichbar sind ... ». Nell'Introduzione al suo *Strafrichter* (opera di notevole importanza, tra i maggiori risultati del giusliberismo), RUMPF assegna al libro il duplice compito di contribuire al rafforzamento interiore della magistratura e alla *Wahrhaftigkeit* della giurisprudenza penalistica pratica e teorica.

(425) REICHEL, *GR* 16.

gicismo vuole il giurista come tale « gefühlstot » (426), sentimentalmente morto; ottunde da un lato la sua simpatia umana, dall'altro il suo senso della giustizia, rendendolo inadatto sia a capire che a valutare (427). I dissensi sulle soluzioni sociologico-valutative sono ineliminabili quanto quelli logico-euriditi; ma i secondi « sind unmenschlich und das richtige Rechtsempfinden... abtötend » (428). Ha dato più frutto di tutta la 'dottrina' giuridica chiunque abbia scosso nel cuore anche di un solo giurista, giovane o anziano, la demoralizzazione sofistica della pandettologia, che cancella con il suo « Begriffsformelkram » la capacità nativa di distinguere il giusto e l'ingiusto (429). Occorre superare l'indifferentismo teoretico e morale, in cui giudici e avvocati si condizionano a vicenda (430).

Il logicismo ottiene il suo scopo tanto più facilmente in quanto lusinga, almeno nei teorici, una tentazione di fuga dalla vita, di evasione nei libri, in fantastici mondi delle idee, in inoffensivi giochi matematici; una nostalgia di filosofemi e di costruzioni belle; una segreta paura della realtà, del dolorante, a volte sordido mondo degli interessi e della storia (431). Ma il

(426) FUCHS, *Gemeinschädlichkeit* 204.

(427) Accanto a FUCHS e a RUMPF, che hanno dedicato alla dimostrazione di questo punto il meglio delle loro forze, possono citarsi WURZEL, *JD* 32 s.; 102; REICHEL, *GR* 16 s. e le testimonianze dei giudici (specialmente RISS) ivi raccolte; EHRLICH, *JL* 433; GÉNY, *MS* I, 65; II, 230. Anche quando manchino dichiarazioni esplicite, vanno cercate qui l'ispirazione e la risorsa forse più intime del giusliberismo (vedi oltre, 346-349).

(428) FUCHS, *Gemeinschädlichkeit* 24.

(429) FUCHS, ivi 86 s.

(430) FUCHS, *Schreibjustiz* 62-64.

(431) Il migliore parallelo tra la *Begriffsjurisprudenz* e la matematica è quello tracciato da EHRLICH in *GS* 262-266. Il matematico giurista cerca di soddisfare non i bisogni della vita, ma il suo di un « hoher geistiger Genuss »: gliene offre il destro la pura 'convenzionalità' delle proposizioni e dei concetti di partenza in una prospettiva logicistica. In *JL* 413-420 Ehrlich ha poi dato un'acuta analisi congiunta degli elementi matematico e ludico nella giurisprudenza: il giurista persuaso che la responsabilità normativa è tutta sulle spalle del legislatore non può considerare le regole giuridiche e

mestiere del giurista non è fatto per offrire soddisfazioni estetiche; e la giurisprudenza concettuale in definitiva non mantiene neppure queste promesse.

Con la veracità e l'amore per la giustizia, con la fantasia (432), con il senso virile (433) dell'impegno storico e pratico,

---

interpretative che come formule matematiche o regole di gioco. Insieme all'esautoramento del giurista e al piacere di calcolare e giocare influiscono le sopravvivenze di tempi in cui gli elementi matematico e ludico avevano una loro reale funzione sociogiuridica. L'elemento ludico è particolarmente sviluppato (e deprecabile) nel processo (parti e avvocati come giocatori, il giudice come arbitro). Oggi però è avvertita come una stranezza la pretesa dei giuristi che i risultati dei loro calcoli immaginari o delle loro partite divengano vita; già tra i classici, agli spiriti matematizzanti (come Puchta, Windscheid, Vangerow, Brinz, Thöl, in parte Savigny) si sono contrapposti giuristi sensibili alla vita, come Jhering, Unger, Randa, Goldschmidt, e la giurisprudenza moderna non può che proseguire su questa linea. HECK (nella sua breve autobiografia in *B* 32, su cui torneremo) e STERNBERG (particolarmente in *Kirchmann*) offrono dati interessanti sul rapporto tra matematica e diritto dal punto di vista caratterologico.

Quanto alla nostalgia per pseudofilosofici mondi delle idee, già segnalata da Jhering, essa è stata argutamente presa in giro da BÜLOW (*Betrachtungen* 117 s.) e si trova confessata candidamente in passi di giuristi all'antica, p. es. THALLER cit. da GÉNY, *ST* III, 180 s. («Cette spiritualisation du droit par la fiction de la formule a dû étayer ma foi juridique, elle l'a peut-être formée à elle-seule ... A défaut d'élan pris vers les idées pures, le droit ne m'aurait pas intéressé»), o SOHM cit. da HECK, *B* 168 s. (attraverso il sistema concettuale «wird jenes Bedürfnis des menschlichen Geistes befriedigt, jenes Verlangen, welches die Herrschaft des Stoffes verabscheut». «Von den gewonnenen Begriffen begehren wir zu immer höheren Begriffen aufzusteigen...» fino al supremo, dominante concetto del diritto. «Dann wird der Stoff verschwunden sein und der Gedanke hat als Sieger das Feld behauptet» [spaziatura mia]).

Fuchs considera il godimento estetico procurato dalla costruzione come uno dei più pericolosi nemici della nuova giurisprudenza (cf. *Die soziologische Rechtslehre. Eine Erwiderung*, in *DJZ* 1910, 285).

Sulla paura dell'attività pratica in molti professori vedi FUCHS, *JK* 67.

(432) S'intende la fantasia adulta, realistica e creatrice: FUCHS, *JK* 114; 147.

(433) *Schreibjustiz* 7: «Mannhaftigkeit»; *RW* 28: «eunuchenhafte Jurisprudenz».

in una parola: con la libertà (434), il logicismo distrugge infatti — ed è questo forse il tema più caro a Fuchs — la gioia del giurista. La mancanza di gioia nella professione giuridica (435), la scelta fattane troppe volte per esclusione o interesse materiale e non per vocazione (436) sono i frutti più amari di una dottrina che innecessariamente, anzi erroneamente, mortifica la giurisprudenza in un umanesimo tanto pomposo nella forma quanto arido (437), impiegatizio (438) e obbedienziale (439) nella sostanza.

3. Lacunosa la legge; lacunosa la logica vera; pericolosa e dannosa, oltre che lacunosa, la logica fittizia. La triplice dimostrazione mette il giurista di fronte a un vuoto normativo che per definizione (ossia senza cessare di essere giurista positivo) egli non può rifiutarsi di colmare.

La visione di questo vuoto ha creato in taluni l'entusiasmo, in altri la vertigine della libertà. Sappiamo che esso accompagna il giurista in tutto il suo lavoro: fin dalle primissime operazioni interpretative. Non è possibile dire qual'è il senso della legge

(434) FUCHS, *Gemeinschädlichkeit* 16: i giuristi tradizionali sono come quel cane tanto abituato alla catena, che il giorno in cui essa si rompe non pensò neppure a oltrepassare la linea scavata nel terreno in anni e anni di latranti circuminessioni.

(435) FUCHS, *Schreibjustiz* 34 n. 1; 45; 95 s.; *Gemeinschädlichkeit* 120: « Gli adepti di questa pseudoscienza neppure sospettano la sua ripugnante bruttezza. In realtà essa pesa come piombo sugli animi... Dov'è oggi il giurista pratico entusiasta o almeno soddisfatto (nel senso nobile) del suo mestiere? »; 187: nei giudici inglesi la gioia, lo *humour*; in quelli tedeschi la cupa svogliatezza ginnasiale. Il modernismo giuridico è la battaglia stessa della gioia creatrice contro il pedantismo della sussunzione; cf. 147 s.; 236 s.; *JK* 100; 114.

(436) FUCHS, *Schreibjustiz* 28; *Gemeinschädlichkeit* 255 s.

(437) STERNBERG, *ER* 135.

(438) EHRLICH, *FR* 7: il diritto europeo continentale è il diritto « der gelehrten Beamtenrichter »; il legalismo si spiega col fatto che « wir alle sind Kinder des Beamtenstaates »; STERNBERG, *ER* 139: nesso tra spirito burocratico (contrassegnato dalla pigrizia intellettuale) e legalicismo.

(439) *Gehorsamskünstler* è un nome dato ironicamente nella nostra letteratura ai giuristi tradizionali: p. es. da WURZEL, *JD* 33.

senza aver fatto delle scelte: se non altro le scelte tra i diversi tipi di interpretazione, storica od oggettiva, logico-semantica o teleologica, atomistica o sistematica; scelte che a loro volta poggiano su quella, fondamentale, per o contro la completezza legale almeno come canone metodico. E poi tutte le scelte all'interno del metodo interpretativo adottato; e nella successiva sistemazione dogmatica; e nella soluzione dei casi che la legge e il sistema non prevedono.

Come colmare il vuoto? Con quali criteri scegliere? Improponibili domande. Irrifutabile libertà del giurista.

Il pensiero dei nostri autori ha qui, spiegabilmente, come un punto di sosta e di crisi. Indicare direttive per l'integrazione della legge, in ultima analisi significa nientemeno rappresentarsi l'ideale processo genetico del diritto. Ed ecco che questi giuristi e non filosofi, portati dalle esigenze stesse della loro sofferta esperienza positiva, non possono schivare il problema filosofico-giuridico fondamentale: devono diventare filosofi per poter continuare ad essere giuristi.

È istruttivo seguire il modo in cui, nei più consapevoli, si compie questo passaggio. In una prima fase — comune ad ogni forma e grado di giusliberismo — il giurista sente ancora la legge come il dato massiccio, primario, del mondo giuridico; affascinato dalla scoperta della sua incompletezza, si raffigura il sorgere del diritto — e quindi la propria attività — come un fenomeno interstiziale, sussidiario: la legge c'è, ben solida, si tratta di integrarla. Nell'idea di integrazione è implicita quella di una specie di ripartizione di compiti: al legislatore l'architettura, al giurista la rifinitura o la messa in opera. Di qui una certa genericità nell'indicare i criteri della *freie Rechtsfindung*: appaiono per lo più sufficienti formule come equità, giudizi di valore, *Rechtsgefühl*.

In una seconda fase, cui non tutti arrivano, questa prospettiva scompare; i confini fluttuanti della libertà si determinano sotto il peso della responsabilità. Il giurista sa ormai che lui e il legislatore si pongono, in diversi momenti, lo stesso globale problema; è allora portato a elaborare una completa, articolata teoria della giurisprudenza in cui la ricerca autonoma del diritto sta in primo piano, anzi è la forma stessa in cui ogni singola



operazione viene a configurarsi; e la legge (di cui non si mette in dubbio il carattere vincolante) appare o come un limite o come uno dei tanti elementi materiali di soluzione. Collocata entro una più comprensiva concezione della giuridicità, essa riceve ciò che il legalismo cieco e postulatorio era ovviamente nell'impossibilità di darle: una propria, precisa definizione funzionale e una giustificazione. Al tempo stesso assumono importanza, nella libera ricerca, considerazioni di carattere tecnico-giuridico (440).

Non è possibile esporre qui neppure con un grado minimo di completezza questi che chiamerei tentativi di analisi della 'ragione giuridica in sè'; ai fini, limitati, della nostra ricerca (quali risulteranno dall'ultimo capitolo del libro) sarebbero anzi sufficienti le conclusioni già acquisite della dottrina giusliberista, irrifutabile libertà del giurista di fronte alla legge, dovere di farne buon uso. Per dare tuttavia almeno un'idea degli elementi con cui si è proposto di colmare lo 'spazio giuridico legalmente vuoto' ne elencherò un certo numero in modo quasi lemmatico, scartando quelli di pura tecnica e raccogliendo gli altri in quattro gruppi designabili, in via del tutto approssimativa, come: fonti storico-positive diverse dalla legge; criteri generali; criteri speciali più vicini al polo del fatto; criteri speciali più vicini al polo del valore.

È appena necessario avvertire che la presentazione lemmatica pecca per uniformità e per frammentarietà: in quanto l'ele-

---

(440) Il passaggio può seguirsi, direi paradigmaticamente, in GÉNY, da *MS* a *ST*; ed è Gény stesso a descriverne i termini con tutta chiarezza, cf. *ST* I, spec. 1-3 e 37-41. Ma anche in WURZEL, da *JD* a *Sozialdynamik*; in JUNG, da *LG* e 'Positives' *Recht* a *NR*, a *Rechtsregel und Rechtsgewissen*, in *ACP* 118 (1919) 1-139; in EHRlich, da lavori come *Über Lücken im Rechte* (in *Juristische Blätter* 1888), *Das zwingende und nicht zwingende Recht im BGB für das Deutsche Reich* (1899) ecc. a lavori come *GS* o come la progettata *Theorie der Rechtsfindung* (vedi *RR*); in RUMPF, da *Verursachung* e *GR* a *Strafrichter* (spec. 390-397), alla « vollrechtliche Methode » dei saggi in *ACP* cit. alla n. 472; in STAMPE, da *RB* e *F* ai frammenti *Aus einem Freirechtslehrbuch* (cit. sopra, n. 70) e alla *Einführung* (sopra, n. 24); in STERNBERG, da *AR* a *ER*; e si potrebbe continuare.

mento espresso dal singolo lemma può non essere concepito in maniera del tutto univoca dai diversi autori, o non essere considerato isolatamente, ma in una sintesi organica che ne comprenda e ne coordini anche altri (441).

A. *Fonti storico-positive diverse dalla legge.*

1. La consuetudine (442).
2. L'uso giudiziario (*Gerichtsgebrauch*) (443).
3. La giurisprudenza (intesa non come giurisdizione, ma come dottrina giuridica produttrice di *Juristenrecht*) (444).
4. Gli usi e la morale del traffico (*Verkehrssitte*) (445).

(441) Su quanto segue va vista la rassegna di GÉNY, *MS II*, 389-403, che però, scrivendo nel 1919 e già forte dell'esperienza di *ST I-II*, dà sull'insieme dei tentativi tedeschi un giudizio troppo pessimista. Anche quelli (e non sono certo tutti) che mancano di sistematicità e completezza, contribuiscono a formare una ricca miniera di proposte e di ispirazioni per il giurista e il futuro sistematore. Lo stesso Gény, nel suo duplice e inscindibile *Lebenswerk* (che certo sovrasta ogni altro, e non solo all'interno del giusliberismo), lascia si può dire aperti tutti i problemi che ha avuto l'eroismo intellettuale di affrontare in modo approfondito e unitariamente (si vedano, come ispirati direttamente alla sua opera, i contributi internazionali pubblicati a cura di E. LAMBERT nei tre volumi del *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, s.d. [1935?]). Un quadro un po' congestionato (ma utile come inventario) delle fonti extralegali è dato da W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, 1913 (vedi spec. 177-188, con rinvii).

(442) Valorizzata soprattutto da GÉNY, *MS I*, 316-446; *II*, 72 s. Vedi anche art. 1 cod. civ. svizzero; GMÜR, *Anwendung* 82-100; REICHEL, *GR* 98-103; EHRLICH, *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts* (1907) e *GS*, oltre alle ricerche sul «lebendes Recht» ricordate sopra, n. 96. È chiaro per tutti i giusliberisti che la consuetudine presenta anch'essa lacune: cf. sopra, n. 129.

(443) Il tentativo di LAMBERT di ricondurre ad esso la consuetudine non ha avuto molto seguito. Sul *Gerichtsgebrauch* si veda soprattutto GÉNY, *MS II*, 1-73; 259-267; 390 n. 5 e letter. ivi cit.; adde OERTMANN, *RV* 19 e cf. anche i rinvii fatti nella n. seg.

(444) Vedi oltre, cap. IV, n. 102 e 129.

(445) Si vedano soprattutto gli scritti di E. DANZ cit. in GÉNY, *MS II*, 355 n. 3; e OERTMANN, *RV*.

5. La coscienza collettiva, o popolare, o sociale (446).
6. Il diritto comparato (447).
7. L'analogia libera, cioè l'utilizzazione di giudizi di valore legali al di fuori del campo loro assegnato dalla legge (448) e in genere il ricorso alla legge (e ai lavori preparatori) non come fonte vincolante ma come fonte di ispirazione, come « Fundgrube sozialer Kenntnisse » o « edles Instrument », da cui trarre gli accordi desiderati (449).
8. Può ricordarsi qui la teoria « socialdinamica » di Wurzel (450), come tentativo originale di definire un'idea di diritto che consenta di individuare le proposizioni dotate

(446) Vedi, in vario senso: M. E. MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, 1903 (rist. 1965); BONNECASE, *Romantisme* 398-592; GÉNY, *ST* II, 48-50; REICHEL, *GR* 102. In generale ci si pone il problema se il giurista debba tener conto piuttosto dei propri giudizi di valore o di quelli diffusi o prevalenti nel corpo sociale: cf. HECK, *G* 238 s. e rinvii; 259-274 (sulla interpretazione della legge secondo la *Laienauffassung* proposta da DANZ); 288; 291-300 (sul criterio dei « Werturteile der führenden Kulturschicht des Volkes » proposto da WÜSTENDÖRFER); KANTOROWICZ, *KR* 12; 20 (divisione del diritto libero in « individuelles Recht », scoperto mediante « freie Rechtsschöpfung », e « Gemeinschaftsrecht », scoperto mediante « freie Rechtsfindung »); P. OERTMANN, *Gesetzeszwang und Richterfreiheit* (1908) 11; M. RÜMELIN, *Wandlungen* 36 n. 1 con rinvii. Complessivamente, si avverte un'accentuata sfiducia nella possibilità di utilizzare questa fonte senza prese di posizione personali da parte del giurista.

(447) Il giusliberismo tedesco, probabilmente per motivi estrinseci, non ha dedicato molta attenzione a questo sussidio, nonostante i suggerimenti che potevano provenire da scrittori come SALEILLES, LAMBERT e GÉNY (cf. GÉNY, *MS* II, 267-275). Non c'è dubbio tuttavia che la nuova dottrina porta logicamente a dare maggiore risalto di quella classica alla comparazione in funzione pratica, interpretativa e integrativa del diritto nazionale: cf. HECK, *B* 133 s. Le stesse osservazioni potrebbero farsi a proposito della storia del diritto.

(448) Vedi sopra, n. 279 s.

(449) Queste efficaci espressioni mi sono rimaste nitidamente nella memoria, ma non riesco a ritrovarne la precisa provenienza, che è comunque certo nella nostra letteratura.

(450) *Sozialdynamik*, spec. 127-129 e 151 s. Alla teoria di WURZEL può avvicinarsi sotto certi aspetti il pensiero di E. JUNG.

di giuridicità storico-positiva indipendentemente dalla loro provenienza dallo Stato.

B. *Criteri generali.*

1. Al giurista si raccomanda di decidere 'come se fosse lui il legislatore', beninteso non nel senso che possa decidere arbitrariamente (451), ma che debba avere di mira il bene comune e l'applicabilità generale della regola secondo cui decide (452).
2. Criterio di ultima istanza, supremo rischio e suprema garanzia è la personalità del giurista, intesa non come qualunque modo d'essere soggettivo, ma come completo sviluppo della capacità di libera e responsabile decisione. In altre parole, con questo criterio il giusliberismo trae dal necessario carattere personale della giurisprudenza il motivo per affidarsi al giurista come personalità. (453).

(451) Come sembrano ritenere JUNG, *LG* 145 s. e E. I. BEKKER *ivi* cit.

(452) Il criterio, in cui non è difficile percepire echi kantiani, è stato enunciato con piena chiarezza e ponderatezza da GÉNY già nel 1899: *MS* II, 77 s. (cf. anche l'accenno di G. RÜMELIN, *Werturteile* 6) e ha avuto la massima affermazione con l'inserimento nell'art. 1 del cod. civ. svizzero, entrato in vigore nel 1907. Cf. GMÜR, *Anwendung* 108 s.; 114-116; BÖRNGEN, *Reformbestrebungen* 20; con particolare accentuazione del requisito della generalizzabilità M. RÜMELIN, *Wandlungen* 50-53 (con rinvii).

(453) È forse questa (vedi anche oltre, 348; 355 s.) la più intima, la più operante idea-forza del giusliberismo. Il concetto di personalità viene definito in antitesi sia a quello di funzionario, di burocrate (vedi per tutti F. ADICKES, *Grundlinien durchgreifender Justizreform*, 1906), sia a quello di logico o puro scienziato (STERNBERG, *Kirchmann* 35: occorre una nuova teoria della giurisprudenza, che ne delimiti e sviluppi i due aspetti complementari della scientificità e della personalità); sia, naturalmente, a quello di istintività arbitraria. STERNBERG, *ER* 182 rivendica a sé il merito di avere per primo (in *AR*) definito sistematicamente, e non solo occasionalmente, la giurisprudenza come « ein Beruf der Persönlichkeit » per il quale si richiede, accanto allo studio, una specifica formazione del carattere: cf., molto bene, *ER* 139 s. Accanto a lui vanno ricordati soprattutto FUCHS, EHRlich (*FR* 21: « Es gilt keine andere Gewähr der Rechtspflege als

3. I primi due criteri portano a conferire maggiore attenzione al modo con cui decidono i profani; contro la *Begriffsjurisprudenz* si invoca spesso il favore di cui godono giurì e arbitri (454).
- 4, 5, 6. Potrebbero forse classificarsi come criteri generali anche il *Rechtsgefühl*, i giudizi di valore, l'equità, che ho preferito collocare *sub D*.

C. *Criteri speciali più vicini al polo del fatto.*

1. La considerazione della vita (455).

in der Persönlichkeit des Richters»; 29: la *freie Rechtsfindung*, diversamente da ciò che pensa Bülow, «erwartet auch etwas von den schöpferischen Gedanken einer grossen Individualität»; *GS passim*, spec. 166-172; 196: il genio giuridico, come ogni genio, è profetico; società e personalità di fronte a Stato e funzionario; cf. nello stesso senso l'appassionato articolo su *Die Neuordnung der Gerichtsverfassung*, in *DRZ* 12, 437 ss., cit. da FUCHS, *JK*, p. VI) e RUMPF (*Verursachung* 402 s.; tutto *GR*, p. es. 5; 78; 150: il contrasto tra il giuspositivismo e i suoi avversari si riduce in definitiva a un contrasto tra atti di fede metarazionali; contro il positivismo è per Rumpf argomento decisivo che esso «den Quietismus begünstigt und die grosse Verantwortlichkeit des Richters und die Bedeutung einer tüchtigen Richterpersönlichkeit verschleiert»; 197; e ancora *Das Ideal des volkstümlichen Rechts* [1913] 12-15; *Strafrichter* 1-12; *Der Richter und die Verbrechensbekämpfung im neuen Strafrecht* [comunicazione *retentissante* al III. Richtertag], in *DRZ* 1913, 768-797: solo la fiducia nei giudici creerà giudici in cui si possa aver fiducia). Si vedano ancora: ADICKES (fin da *LR*, 1872); G. RÜMELIN, *Werturteile* 30; KANTOROWICZ (*KR* 47: «... nur wo *Persönlichkeit* ist, ist Gerechtigkeit»; cf. MAJETTI 44 s.); RADBRUCH; BÖRNGEN, *Reformbestrebungen* 18; BOZI, *Weltanschauung* 12; E. KAUFMANN cit. da MANIGK, *FF* 489 s.; E. HUBER, *Recht und Rechtsverwirklichung* (1925) 394; meno entusiasticamente GÉNY, *MS* II, 93; 223; e HECK, *G* 103; 172 (l'elemento personale come 'ineliminabile').

(454) Il tema, caro già al romanticismo democratico di un KIRCHMANN, torna con particolare insistenza negli scritti di FUCHS, la cui opinione (meglio il 'profano' buon conoscitore del settore di vita di cui si tratta che il formalista; meglio il giurista 'libero' ferrato nelle scienze sociali che il profano) può considerarsi largamente condivisa. La collaborazione tra giuristi e profani è tra gli scopi costitutivi dell'associazione *Recht und Wirtschaft*.

(455) Occorrerebbe citare tutti i giusliberisti. Una felice formulazione riassuntiva in RUMPF, *ACP* 120 (1922) 153: oggetto dell'indagine

2. La considerazione (e valutazione) degli interessi (456).
3. I fatti del diritto (*Tatsachen des Rechts, Rechtstatsachen, Realien der Gesetzgebung*) (457).
4. La natura della cosa (*nature des choses positive, Natur der Sache*) (458).
5. La sociologia, intesa prevalentemente come la somma ordinata delle conoscenze fattuali relative o a una determinata società storica, o alla umana convivenza in generale (459).

e dell'esposizione del giurista non sono le norme, ma la vita sociale in quanto soggetta alle norme (cf., quasi con le stesse parole, HECK, *B* 130). Ancora HECK: «Das Primat der Logik wird... verdrängt durch ein Primat der Lebensforschung und Lebenswertung» (*B* 4). Cf. anche sopra, 257 i.f. e n. 419.

(456) È solo una specificazione del criterio precedente consistente nel considerare l'interesse (anche pubblico, anche spirituale) come l'entità semplice, l'atomo di vita: cf. HECK, *B* § 4, spec. 38. Oltre ai rappresentanti ufficiali della *Interessenjurisprudenz* (HECK, M. RÜMELIN, MÜLLER-ERZBACH e allievi) adottano questo modo di vedere STAMPE, *RB*; GÉNY *passim*, spec. *MS* II, 167-177; *ST* I, 111 s.; 140 pr.; EHRLICH, *JL* 320 s. (concetti e interessi); 353 (analogia e interessi); 394 s. (costruzione, induzione e interessi); 433 e *passim*; GMELIN, *Quousque?* 33-83; cf. anche JUNG, *LG* 152 s.

(457) EHRLICH, *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts*, 1907; *GS* cap. V (*Die Tatsachen des Rechts*), con parziale modificazione della lista dei fatti fondamentali, considerati anche fonti di diritto; *JL* 308 s.; A.. NUSSBAUM, *Rechtstatsachenforschung*, 1914; E. HUBER, *Recht und Rechtsverwirklichung* (1920) 31-33; 281-346; cf. M. RUMPF, *Der Sinn des Wirtschaftsrechts*, in *ACP* 120 (1922), spec. 161-172.

(458) GÉNY, *MS* I, 221 s.; soprattutto II, 88-93 (con letter.) e 113-144; *ST* II, 371-376; STERNBERG, *ER* 127; 134 s. Gény riconosce accanto alla *nature des choses positive*, prevalentemente fattuale, una *nature des choses* intima, morale-razionale, che si avvicina maggiormente al polo valutativo: *MS* II, 92; 93-113; *ST* II, 380-384. Tendono a concepire la *Natur der Sache* in senso prevalentemente valutativo BRÜTT, *KR* 159; REICHEL, *GR* 105-110; e già ADICKES, *LR*; cf. JSAY, *RE* 78-82.

(459) Si tratta quindi spesso di un altro nome, o di un nome riasuntivo, per i criteri precedenti e seguenti. Il massimo rilievo le è stato dato da STERNBERG, *ER* 136 s.; 143-146, che vede in essa l'unica garanzia oggettiva del diritto. FUCHS ha definito la nuova giurisprudenza come «soziologisch», dando alla parola (come osserva FOULKES in FUCHS, *G* 249) un senso non *wertfrei* nel senso neokantiano-weberiano, ma «ent-

6. Taluni dati della psicologia, individuale e collettiva (460).

7. Le leggi dell'economia (461).

D. *Criteri speciali più vicini al polo del valore.*

1. La coscienza, la « subjektive Vernunft » (462).

2. I giudizi di valore (*Werturteile, Wertungen*) (463).

schieden wertbetont » (vedi anche oltre, n. 483 i.f.). H. SINZHEIMER, *Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft* (1909) 14, definisce metodo sociologico quello che « um die Rechtswirklichkeit zu erfassen, nicht von den Rechtssätzen, sondern nur von den gesellschaftlichen Lebensverhältnissen selbst ausgehen kann ». KANTOROWICZ, negli articoli raccolti ora in *RS*, non si stanca di lumeggiare il rapporto di unità-distinzione tra giurisprudenza e sociologia. EHRLICH, pur tenendo distinte giurisprudenza pratica e sociologia, ha sempre insistito sull'importanza della seconda anche ai fini della prima: p. es. in *JL* 433-437 (434: legislazione, giurisprudenza, giurisdizione sono « angewandte Gesellschaftswissenschaft »); si vedano ancora *GS* 19; 381-409 e *passim*; *Soziologie und Jurisprudenz*, in *Zukunft* 54 (1906) 231-240 (la giurisprudenza pratica sta alla scienza sociologica del diritto come la medicina alla biologia) e *Montesquieu and sociological jurisprudence*, in *Harvard Law Review* 1916, 582-600. GÉNY, come RUMPF (che col passare del tempo si dedicherà sempre più a studi sociologici), considera la scienza sociale (del tipo *wertfrei*) indispensabile, anche se non sufficiente, alla libera ricerca scientifica: si veda p. es. la discussione critica delle concezioni di Durkheim e di Hauriou in *ST* II, 52-110. Questa posizione può ritenersi rappresentativa della *communis opinio* giusliberista. Altre citazioni in GÉNY, *MS* II, 397-401.

(460) In una prima, oscura fase del suo pensiero STERNBERG sembra voler ridurre l'intera giurisprudenza alla psicologia (*AR* 147-152); più tardi ha sostituito questa con la filosofia e la sociologia (cf. quanto dice di *ER* in *ARW* 1911-12, 493). Sull'importanza della psicologia nell'accertamento dei fatti giuridicamente rilevanti ha posto l'accento FUCHS (vedi sopra, n. 380); vedi anche НЕСК, *B* 132 s.

(461) Tra i tanti BÜLOW, *Betrachtungen* 122. Di solito l'economia politica viene ricompresa nella sociologia.

(462) Con la massima chiarezza ADICKES, *LR*, che la considera principio complementare a quello oggettivo della *Natur der Sache*. Alcuni autori (p. es. JUNG e M. RÜMELIN) parlano di *Rechtsbewusstsein, Rechtsgewissen*, talvolta con una sfumatura di contrapposizione a *Rechtsgefühl*.

(463) È la traduzione neokantiana del principio precedente; ed è la formulazione che, per influsso della seconda generazione giusliberista, si è affermata su tutte, fino ad oggi. La usano ordinariamente, oltre al 'precursore' G. RÜMELIN, RADBRUCH, KANTOROWICZ, BRÜTT, RUMPF, M.

3. Il *Rechtsgefühl* (464).
4. L'equità (465).
5. La giustizia (466).
6. Il « retto diritto » (« richtiges Recht ») (467).

RÜMELIN, HECK, OERTMANN, LAZARSELD (vedi n. 106). È particolarmente significativo il suo uso tecnico ordinario da parte di HECK e M. RÜMELIN, per i quali il concetto di valore può considerarsi altrettanto fondamentale quanto quello di interesse (l'etichetta *Interessenjurisprudenz* ha fuorviato, su questo punto, gli storici recenti). I *Werturteile* cui ci si riferisce possono essere del legislatore, della comunità o del giurista; qui interessano, naturalmente, soprattutto gli ultimi. Sull'argomento vedi anche sopra, n. 200 e p. 232 s.

(464) Anche questa è categoria fondamentale del giusliberismo; la si accetta nel suo significato positivo (di buon senso, senso giuridico, intuizione, simpatia, sentimento del giusto, percezione necessariamente emozionale del valore), la si rifiuta nel suo significato di soggettivismo sentimentale (come nell'espressione *Gefühlsjurisprudenz*). Alla copiosa letteratura cit. da HECK, *G* 242 n. 368 e 369, e M. RÜMELIN, *Wandlungen* 48-50 n. 1 e 2, adde, favorevoli al *Rechtsgefühl*: S. SCHLOSSMANN, *Der Vertrag* (1876), spec. 193-201; BÖRNGEN, *Reformbestrebungen* 24; R. LÖNING, *Über Wurzel und Wesen des Rechts*, 1907; contrari: BRÜTT, *KR* 101-110 e STAMMLER ivi cit.; RUMPF, *GR* 113-120 (occorre passare dai *Wertgefühle* ai *Werturteile*); *Strafrichter* 384 s.; GÉNY, *ST* II, 17 s. (ma vedi n. 4 e p. 418, con rinvii); MANIGK, *Modernismus* 225-230 (ma vedi 233); OERTMANN, *Gesetzeszwang und Richterfreiheit* 17 (ma vedi 11); F. BEROLZHEIMER, *Die Gefahren einer Gefühlsjurisprudenz in der Gegenwart. Rechtsgrundsätze für freie Rechtsfindung*, 1911 (uno scritto decisamente infelice).

(465) M. RÜMELIN, *Die Billigkeit im Recht* (1921); JUNG, SCHMÖLDER cit. sopra, n. 157.

(466) EHRlich, *GS* cap. X; M. RÜMELIN, *Die Gerechtigkeit* (1920). GÉNY usa ordinariamente la coppia « justice et utilité sociale » (p. es. *MS* I, 207; 219; 315; II, 91; 192; 221; *ST* II, 365-369). FUCHS ha sognato una giurisprudenza come *Gerechtigkeitswissenschaft*: vedi l'articolo avente questo titolo (ripreso poi dagli editori di *G*) in *JW* 1920. Complessivamente però la solenne parola è stata usata poco, e il concetto non ha avuto come tale approfondimenti originali.

(467) E non 'diritto giusto' (*gerechtes Recht*): già l'espressione riflette il severo, quasi scostante formalismo kantiano del suo creatore, STAMMLER (su cui vedi GÉNY, *ST* II, 127-190). Il *richtiges Recht* non ha trovato troppa buona accoglienza tra i giusliberisti, neppure neokantiani: è stato criticato proprio nella prospettiva del neokantismo 'sudoccidentale'



7. L'evoluzione, la società di domani (468).
8. I fini sociali intermedi (*fins intermédiaires*, *Zwischenzwecke*) sui quali sussista la possibilità di un accordo anche nel dissenso sui fini ultimi (469).
9. Considerazione congiunta dei criteri materiali e di quello formale della certezza, della stabilità (470).
10. Il presumibile consenso, attuale o in un prossimo futuro, dei colleghi e del mondo giuridico nel suo complesso (471).

da KANTOROWICZ (*Zur Lehre vom richtigen Recht*, 1909) e dal giudice STAFFEL (*Über Stammlers 'Lehre vom richtigen Recht'*, in *JhJ* 1906, 301-322). Tuttavia non si è mancato di notare come esso costituisse uno dei possibili criteri per il giurista libero (KANTOROWICZ, *KR* 11); EHRLICH ha detto una volta (*FR* 28): «Jede freie Rechtsfindung geht von der Überlieferung aus und strebt dem Stammlerschen 'richtigen Rechte' zu»; BRÜTT, *KR* ha fondato tutta la sua teoria della giurisprudenza sul *richtiges Recht*, integrato nel c o n t e n u t o secondo i principii dell'evoluzionismo etico-culturale di Kohler (vedi sopra, n. 88).

(468) J. KOHLER (cf. GÉNY, *ST* II, 111-126); EHRLICH, *GS* 166 s.; 195 s.; BRÜTT, l.c. alla n. prec. (anche secondo STERNBERG, *Kirchmann* p. X, la filosofia del diritto cerca «die Synthese des Kritizismus und des Entwicklunggedankens», dei due principii della filosofia moderna, «Kantianismus und Historismus»).

(469) BRÜTT, *KR* 139; GÉNY, *ST* II, 43-48; 362-365 (diversa impostazione in *MS* II, 105-109).

(470) HECK, *Rechtsgewinnung* 6-9; *G* 172: è il compito forse più difficile, e quello che meglio riassume tutto l'impegno del giudice, «die beiden Forderungen der speziellen Angemessenheit und der Rechtssicherheit gegeneinander abzuwägen»; M. RÜMELIN, *Wandlungen* 50: «eine... nach den sittlichen Idealen... und den Prinzipien der Gleichheit... vorgenommene Eigenwertung des Richters»; ivi 45 n. 2: «Wertung des Interesses an der Kontinuität». Sugli stessi due termini è fondato il sistema di JUNG. Cf. anche STERNBERG, *ER* 112-118 e quanto detto sopra, 324-327, sul riconoscimento del valore della certezza da parte del giusliberismo.

(471) È il criterio proposto con molta originalità da C. SCHMITT in *Gesetz und Urteil*, 1912, e completato da REICHEL, *GR* 142-145. Si tratta insomma di decidere scegliendo, tra le soluzioni che paiono giuste, quella che si può fondatamente sperare diventi consuetudine. Questo criterio potrebbe altrettanto bene classificarsi *sub* A, perchè fa riferimento, sia pure in anticipo, alle 'fonti' positive non legali, all'effettività; e *sub* C, in quanto il presumibile consenso può essere considerato come semplice fatto. Non vi è dubbio tuttavia che, specialmente nella formulazione di Reichel,

- 11, 12, 13. Appartengono anche alla sfera valutativa i criteri della natura della cosa e della considerazione degli interessi, e quello dell'analogia, che ho preferito collocare rispettivamente *sub C* e *sub A*.

Da questo quadro emergono mi pare con nettezza le linee della nuova giurisprudenza progettata dal giusliberismo. Il duplice rimprovero alla metodologia classica è quello di aver voluto l'impossibile eliminazione *e* dei giudizi di valore *e* dei giudizi di fatto da una giurisprudenza tendenzialmente ridotta alla presa di conoscenza di contenuti semantici e alla loro elaborazione logica. Si trattava perciò, a parte l'allargamento delle fonti positive, e ferma restando la normale subordinazione del giurista alla legge, e quindi la necessità dell'interpretazione, di instaurare (o ripristinare) accanto a questa, nel vivo di questa, la dimensione valutativa e la dimensione fattuale della ricerca giuridica (472).

esso viene a configurare un criterio anche di valore, consistente in certo modo nella versione dinamica del n° 9.

(472) Su questa visione organica della giurisprudenza, che è un risultato di importanza fondamentale, tornerò più ampiamente nel capitolo conclusivo (spec. § III. 4). Qui mi preme notare che essa non viene sovrainposta col senno del poi ad un fervido disordine di suggerimenti parziali, ma è oggettivamente rintracciabile nella generale insistenza, da parte degli scrittori giusliberisti, sulla fedeltà di principio alla legge e insieme sulla necessità sia di scelte personali sia di una più estesa, più metodica conoscenza della vita. Il giurista dev'essere, oltre che interprete, ed anche in quanto interprete, da un lato filosofo e politico, dall'altro scienziato sociale. La concezione cui alludo è poi esplicitamente svolta dagli autori giunti alla 'seconda fase' (vedi sopra, p. 335 s. e n. 440) del pensiero giusliberista: in particolare da GÉNY, con il suo quadruplice *donné: réel, historique, rationnel, idéal* (ST II, 369-389; cf. MS II, 136-144; 230-233); da RUMPF, con la sua *vollrechtliche Methode* (ACP 120 [1922] 153-161; cf. ACP 119 [1921] 1-3; *Strafrichter* 395-397; VR 58-85); da HECK, con il suo continuo rinvio alla *Interessenforschung* e alla *Wertforschung* e con il suo significativo schema dell'*organon* delle conoscenze del giurista (B 130-139). FUCHS, la cui sociologia valutativa contiene *in nuce* i due elementi fondamentali, ha una bella frase di sintesi: occorre trasformare la giurisprudenza « von einer blossen Norm- und Wortwissenschaft in eine Sach- und Wertwissenschaft » (JK 8; spaziatura mia).

Non mi trattengo qui sul momento puramente tecnico dell'at-

IV.1. Non è nè casuale, nè indifferente, che il giusliberismo si sia manifestato nella duplice incarnazione di una dottrina e di un movimento. Che non sia casuale credo appaia già dalla considerazione delle caratteristiche della dottrina: questa ha in sè un potenziale da cui, nella situazione storica data, il movimento doveva, prima o poi, scaturire; il movimento è l'inveramento naturale, se non necessario, di una simile dottrina, che senza di esso non sarebbe, per così dire, divenuta interamente sè stessa. Tuttavia non credo si possa attribuire la duplice dimensione del giusliberismo solo alla dinamicità della sua dottrina; ritengo, piuttosto, che dall'esistenza del movimento si debba risalire ad una sensibilità, ad un *Erlebnis*, ad un dinamismo etico-intellettuale, ad una nostalgia o volontà d'azione, in una parola: ad una speranza, da cui la stessa dottrina, come il movimento, nasce ed è 'portata'.

Ciò significa intanto che non è possibile descrivere e valutare il giusliberismo solo come una dottrina, riducibile ad un certo numero di tesi con le relative dimostrazioni (473). Così facendo, si perpetra quella che chiamerei una *Entdynamisierung*, si trattiene la nozione lasciandosi sfuggire lo spirito; si privano le formule di ciò che le anima e che nel loro contenuto nozionale può essersi tradotto non adeguatamente. L'esistenza del movimento deve attirare la nostra attenzione sul fatto che il giusliberismo si propone come una dottrina che è anche un appello; ha una struttura che potrebbe definirsi (usando

---

tività giurisprudenziale (trattato magistralmente da GÉNY) e sulla necessità, quando tutti i criteri di scelta lascino nell'incertezza, di ricorrere integrativamente a nudi atti di volontà (le *Willensentscheidungen* di G. RÜMELIN e di RUMPF: vedi sopra, n. 200). Tralascio anche le discussioni sul punto se — e in che senso — una giurisprudenza così concepita possa dirsi 'scientifica' e sul problema (cui il giusliberismo ha dato risposte originali e interessanti, ma non essenziali alla dottrina) della *decisione contra legem*. Per gli sviluppi (generalmente di scarso spicco) dedicati all'autorità o esistenza delle norme giurisprudenziali cf. oltre, cap. IV n. 102 e 129.

(473) Così fanno invece generalmente gli storici fino al più recente, A. KAUFMANN, nell'Introduzione (1-19) a FUCHS, *G* (lo studio di Kaufmann è apparso anche nella rivista di larga diffusione — specialmente tra i giovani giuristi — *Juristische Schulung*, 1965, 1-9).

analogicamente un termine della critica neotestamentaria) ‘cherigmatica’: è anche annuncio, predicazione (474).

Effettivamente molti suoi rappresentanti lo hanno sentito come una dottrina di salvezza per il giurista. Fuchs non si stanca di insistere sulle conseguenze della vecchia e della nuova metodologia per il carattere e la gioia del giurista, usa continuamente le categorie religiose: i banditori del giusliberismo sono riformatori, profeti in attesa dal salvatore («Retter») che deve venire; il giusliberismo è una professione di fede, è un discorso sul monte, porta con sé la redenzione («Erlösung») dallo spirito di falsità, dalla sordità ai valori; la riforma è «moralischer Art», non solo organizzativa; il passaggio al giusliberismo è una conversione, un indossare il nuovo Adamo, un cadere delle scaglie dagli occhi; addirittura Gesù è il primo grande giusliberista, perché liberatore dalla schiavitù della legge e della lettera (475). Kantorowicz interpreta l'evoluzione di Jhering come una conversione (476), attende per la giurisprudenza un nuovo Lutero (477). Abbiamo visto come per Ehrlich, Heck, M. Rümelin i vecchi metodi fossero il ‘peccato contro lo Spirito Santo’. Per Sternberg il rinnovamento della giurisprudenza significa una mutazione dello stesso carattere umano, un progresso della coscienza morale tutta verso la libertà (478); la scoperta logica della reale funzione della giurisprudenza procede da una scoperta etica (479); addirittura la riforma dovrà appoggiarsi a una riflessione metafisica sul rapporto tra diritto e salvezza, cioè sul problema ‘Dio e il diritto’ (480). Anche per un temperamento meno eccitabile,

(474) KANTOROWICZ, KR 8: i ‘precursori’ come «Prediger in der Wüste».

(475) Per le citazioni si veda soprattutto *Gemeinschädlichkeit*.

(476) Cf. *Jherings Bekehrung*, in DRZ 1914, 84 s.

(477) KR 38 i.f.

(478) *Kirchmann* p. VIII-XI.

(479) «Die logische Neubesinnung über Wert und Wesen der Jurisprudenz ist notwendig der Ausdruck ethischer Neubesinnung über sie, über die Justiz, über das Recht überhaupt»: *Kirchmann* p. IX.

(480) «Metaphysik-Religionsphilosophie (soll) endlich das Verhältnis des Rechts zur Seligkeits-Erlösungsbedürftigkeit des Vergänglichen... bestimmen, d.h. das Problem ‘Gott und das Recht’ aufnehmen, das zu

come quello di Heck, può rintracciarsi all'origine del distacco dalla *Begriffsjurisprudenz* un fatto di 'illuminazione', prodottosi sotto la spinta del frustrato sentimento del diritto (481).

Indipendentemente da una documentazione biografica per i singoli autori ritengo che, più ancora che il carattere della dottrina, sia il manifestarsi del giusliberismo e come dottrina e come movimento a testimoniare per la sua genesi in un *Erlebnis* capace di prendere tutto l'uomo, non la sua sola intelligenza o la sua sola volontà. Questo *Erlebnis* semplice da cui scaturiscono un pensiero critico e un'azione ansiosa di conquista non è certo facile a ricostruirsi; e non è detto sia stato identico in tutti. Radbruch (482) parla, per Fuchs, di una « werterfüllte Intuition des sozialen Lebens »; a mio parere questa intuizione nel giusliberismo c'è ma in prospettiva, in secondo piano, l'esperienza immediata e decisiva è l'intuizione del giurista sopra la sua vita, il suo mestiere, il valore di questo mestiere a cui dedica la vita. Nella mortificazione della sua personalità di giurista ad opera del legalismo, egli intuisce insieme, prospetticamente, una mortificazione del valore che dà a quella personalità il suo significato: cioè del diritto, di quanto esso è in grado di compiere a servizio della vita sociale.

Questo *Erlebnis* non diminuisce affatto, direi anzi accresce l'acutezza dello sguardo critico portato sui presupposti e sulle

---

seinem Schaden sonst nur noch in der katholischen Philosophie Berücksichtigung findet » (*Kirchmann* 10 pr.).

(481) Lo racconta lo stesso Heck in *B* 33 n. 3: il settantaquattrenne ha quell'episodio giovanile « noch deutlich vor Augen ». Si era discusso vivacemente in tribunale su un caso non previsto dalla legge, e non riconducibile ad alcun concetto dogmatico, ma sulla cui soluzione ipotetica secondo lo spirito dell'ordinamento tutti erano d'accordo. Tornando a casa, il giovane Heck non riusciva a darsi pace del contrasto tra la certezza della soluzione ipotetica e la sua 'non costruibilità'; finalmente 'vide' (« die Einsicht kam ») che l'integrazione delle norme lacunose poteva compiersi ricorrendo alla valutazione degli interessi. Si noti, in questo caso come in quello di Jhering (cf. FUCHS, *G* 185), l'importanza avuta, per la concezione metodologica generale, dalla necessità di decidere una concreta situazione di vita, dalle esigenze di giustizia in essa contenute.

(482) In *Die Justiz* 1928/29, 403.

operazioni del metodo tradizionale dal punto di vista della loro congruenza e logicità. Mi pare degno di meditazione il fatto che le prime serie analisi della logica giuridica, quelle che hanno posto i problemi su cui ancor oggi si discute, siano scaturite in fondo non dalle curiosità di una superlogica formale, ma da un bisogno di vita, di impegno; dalle richieste di un'antica vocazione (483).

Con la sua dottrina, il giusliberismo non intende progettare l'utopia di una giurisprudenza libera dalla legge, ma anzitutto far constatare una realtà: « übereinstimmend finden wir die Überzeugung, dass der Kampf nicht konstitutive, sondern deklarative Bedeutung hat, dass nur anerkannt werden soll, was unbewusst — wenn auch eben deshalb unvollkommen — stets und überall geübt worden ist, dass es nur gilt: *auszusprechen was ist* » (484). La verità del giusliberismo vuol essere dunque una verità di fatto; ma del tipo della 'verità che rende liberi'.

Siamo così in grado di definire i termini esatti in cui si pone il problema di un giudizio complessivo sul giusliberismo. Questo giudizio dev'essere anzitutto una pura verifica teoretica, della corrispondenza di certe tesi alla realtà; ma dev'essere,

(483) RADBRUCH, l.c., distingue con molta penetrazione due possibili moventi della critica alla 'ragion pura' giuridica: quello intellettuale e quello etico. Egli ritiene che entrambi siano rappresentati nel giusliberismo; personalmente ritengo, per i motivi già esposti, che prevalga il secondo. Vale la pena di riportare il passo nella sua interezza: « Kritik der Vernunft kann aber aus zwiefacher Gesinnung geübt werden. Es kann die theoretische Vernunft mit einer Art intellektueller Schadenfreude sich ihre Begrenztheit zum Bewusstsein bringen. Es kann aber auch das Ethos der praktischen Vernunft die Theorie in ihre Grenzen verweisen, um sich jenseits dieser Grenzen ihr freies Wirkungsfeld zu sichern. Denker beider Art sind innerhalb der freirechtlichen Bewegung deutlich zu unterscheiden. In Ernst Fuchs gewann nicht jene ihre Begrenztheit selbst durchschauende Rechtstheorie Gestalt, sondern das für neue Kräfte raumverlangende Rechts-Ethos. Er hat diese Kräfte mit dem Worte Soziologie mehr angedeutet, als gekennzeichnet. Denn Soziologie war ihm nicht irgendeine andere theoretische Wissenschaft, vielmehr nur die unvollkommene Formel für eine werterfüllte Intuition des sozialen Lebens ».

(484) KANTOROWICZ, KR 9.

ancora, un giudizio di 'discernimento degli spiriti', che vagli la sanità e la bontà dell'ispirazione profonda.

Dal primo punto di vista, ritengo che la dimostrazione giusliberista possa e debba essere perfezionata, precisata (anche con il sussidio delle logiche moderne), arricchita di osservazioni compiute fuori del campo privatistico, aggiornata tenendo conto della nuova fisionomia assunta dalla legislazione, magari approfondita filosoficamente nell'ambito di un'ermeneutica generale; ma che sia, nelle grandi linee, riuscita e definitiva. Mi asterrò quindi, nel seguito della ricerca, dal tornare sul tema con argomentazioni mie personali o desunte dalle ricerche di metodologia giuridica degli ultimi decenni (485).

Dal secondo punto di vista, ritengo che una certa esaltazione 'superomistica', una sfumatura di *Schwärmerei* nietzschiana discernibile nel movimento sia pienamente compensata dal senso grave di responsabilità subentrato alla scoperta della irrifutabile libertà del giurista. Abbiamo visto quanto i giusliberisti insistano sui criteri oggettivi e sulle garanzie della *freie Rechtsfindung*, intendendo farne non una negazione, ma una condizione della certezza del diritto. La lotta per la sincerità, per l'aperta motivazione extralegale quando la legge non soccorre è sintomo di una tensione idealistica verso il servizio, piuttosto

---

(485) Queste a volte perfezionano, a volte con loro danno ignorano, nell'insieme *confermano* i risultati del giusliberismo. Rinuncio a citazioni, che per essere in qualche misura complete e critiche richiederebbero un'intera trattazione a parte. Ma basta pensare ai nomi di ENGISCH, LARENZ, ESSER, PERELMAN, BETTI, ASCARELLI, CAIANI; agli studi monografici più recenti promossi, in Italia, soprattutto da BOBBIO; e mi fermo per non dare neppure l'impressione di aver voluto indicare almeno tutti i 'più importanti'. Proprio l'ultimo libro di BOBBIO sembra dare per ormai scontato quello che è, come abbiamo visto, l'assunto teorico principale del giusliberismo: «La creazione di diritto da parte del giudice, prima di essere un'esigenza, che potrebbe condurre a desiderare di modificare il sistema, è una realtà entro lo stesso sistema, contro la quale gli argomenti etici si spuntano come le frecce contro un muro. Anche i più fedeli e ortodossi sostenitori del positivismo giuridico non hanno potuto far altro che prendere atto di questa realtà: la teoria meccanicistica dell'interpretazione è quasi da tutti abbandonata» (*Giusnaturalismo e positivismo giuridico* [1965] 120; cf. 28-31; 68; 73; 94; 125. Non mi pare però che Bobbio tragga, da questo riconoscimento, tutte le necessarie conseguenze).

che di un'accorta volontà di potere, la quale è sempre istintivamente proclive a custodire per sè gli *arcana imperii*. Non diagnosticherei nel giusliberismo uno spirito antidemocratico: se mai, era proprio l'antico esoterismo tecnico ad alimentare uno spirito di casta, nè la creatività del giurista, una volta riconosciuta insopprimibile, lede i principii della separazione dei poteri e dello Stato di diritto. In particolare sarebbe ingiusto accusare il giusliberismo di avere preparato la giustizia nazista: a prescindere dal fatto che il movimento si componeva largamente di ebrei e di socialdemocratici (486), i più giovani tra i quali furono poi dal nazismo costretti all'esilio o al silenzio (487), va detto che l'idea del giurista libero non coincide affatto con quella del giurista asservito a un'ideologia di partito e che comunque il nazismo ha fatto proprio un giusliberismo malinteso finchè ha avuto bisogno di scalzare le vecchie leggi, per tornare al legalismo non appena si è instaurata la 'nuova legalità' (488). Complessivamente, un regime di tipo totalitario sembra dover essere favorito dal formalismo e dalla passività di fronte alle norme statali generali, la cui portata è massima e la cui produzione è rapida e accentrata in poche mani, più che da un ceto di giuristi e giudici indipendenti, consapevoli dei limiti della legge e consapevoli del proprio potere.

2. La natura dell'*Erlebnis* da cui è scaturito il giusliberismo può cogliersi con maggiore precisione (e il valore di quell'*Erlebnis* può quindi essere giudicato con maggior fondamento) quando si sia cercato di individuare i dati formanti la situazione storica, che ha insieme posto il problema oggettivo da risolvere e suggerito la via giusliberista di soluzione. Mi limiterò, per necessità, ad indicazioni brevissime.

La categoria mentale che sorreggeva la concezione classica e della scienza e del codice era, come abbiamo visto all'inizio di

(486) Vedi sopra, n. 63 s.

(487) È il caso p. es. di KANTOROWICZ, SINZHEIMER, RADBRUCH; vedi anche sopra, n. 69, e cf. H. GÖPPINGER, *Die Verfolgung der Juristen jüdischer Abstammung durch den Nationalsozialismus*, 1963, sotto i nomi cit. sopra, p. 226.

(488) Cf. BOBBIO, o.c. alla n. 485, 95-97.



questo capitolo, quella di 'totalità sistematica'. Essa viene chiamata a sostenere un drammatico confronto con l'idea di storia, di evoluzione creatrice, che nel ritmo continuamente accelerantesi delle scoperte ed invenzioni, nelle trasformazioni economiche e sociali, nei volontarismi ed espansionismi nazionali ed imprenditoriali trova, alla fine dell'Ottocento, una incarnazione potente come forse mai prima. In un simile quadro, l'idea di totalità sistematica avrebbe potuto conservare una sua validità se posta come uno scopo ultimo ed eventuale, oppure opposta come una tensione centripeta correttiva; non se imposta quasi risultato da raggiungere comunque e in primo luogo, o addirittura condizionamento normativo di tutta l'azione futura.

Il conflitto fondamentale in cui si sono trovati i giuristi è dunque quello tra codice e società in rapida, apparentemente illimitata espansione e differenziazione.

L'impotenza del codice a prevedere e preordinare la vita si è rivelata cioè ai giuristi anzitutto come un fatto più grande di loro, in dipendenza da un processo che coinvolgeva l'intero mondo circostante. Ma sono stati operanti anche motivi di ordine più specificamente giuridico. Il perenne avvicinarsi di un numero limitato di tendenze e soluzioni contrastanti, in cui si manifesta la struttura stessa, antinomica, della condizione umana, è forse riconoscibile e verificabile con maggiore chiarezza all'interno dei singoli ambiti dell'esperienza che non nell'esperienza globalmente considerata. Così, all'interno dell'esperienza giuridica il prevalere dell'idea di codice e di sistema era stato un prevalere di certi ideali e valori su altri, anch'essi necessari: degli ideali (giuridico-formali) della certezza, della razionalizzazione, dell'uniformità sugli ideali dell'adeguamento, dell'intuizione, dell'individualizzazione. Quel prevalere unilaterale 'chiamava' la sua antitesi. E ciò anche indipendentemente da una concomitante rivendicazione di valori materiali, politici, che pure si produceva, ma che si dirigeva non tanto contro il codice in sé quanto contro il contenuto di questo o quel codice, in Germania per esempio contro lo scarso senso sociale del *BGB*.

È senz'altro da ritenere che nella coscienza dei giusliberisti i motivi di ordine giuridico-formale abbiano avuto maggior peso effettivo dei motivi di ordine materiale (che pure non vanno trascurati): un assetto sociale più giusto poteva ottenersi anche con un diverso codice; ciò che il giusliberismo invece ha combattuto è proprio l'idea della legge completa, della legge che pretende ridurre a sillogismo la sentenza.

Si capisce perciò che la critica giusliberista sia partita dagli specialisti e in fondo non abbia avuto molta eco al di fuori della loro cerchia: i profani si interessano ben di più alle rivendicazioni di contenuto. Max Weber ha parlato del giusliberismo — con una sfumatura di disprezzo — come di una « Standes-ideologie » dei giuristi (489).

Ma i motivi finora evocati non rendono interamente conto della direzione presa, col *Freirecht*, dalla critica e dalle proposte novatrici. A ben guardare, il motivo sociologico (inadeguatezza di ogni formulazione sistematica, 'definitiva', del diritto rispetto a una società in espansione) metteva in crisi l'idea di codice, ma non anche il legalismo esclusivo: lasciava aperta la via della legislazione settoriale a getto continuo. Il motivo di giustizia materiale poteva portare alla richiesta di un nuovo codice oppure — combinandosi col primo — alla richiesta di una legislazione sociale. Il motivo dialettico endogiurisprudenziale poteva suggerire anche progetti di *Justizreform*: maggiori poteri riconosciuti al giudice dalla legge stessa, con autolimitazione. Tutte soluzioni che sono state effettivamente proposte e in qualche misura — a volte fin troppo largamente — adottate.

Il fatto che il giusliberismo, pur traendo impulso indispensabile da ognuno dei motivi ricordati, li abbia invece portati a confluire nella sintesi sua propria, non può 'spiegarci' che con l'intervento di un quarto ordine di motivi: e si

---

(489) *WG* 507 (= *ES* II, 191); cf. 509; 511; 512 (= *ES* II, 194; 197; 199 e 200). Weber non ha mancato di indicare anche i fattori sociologici più generali. Le pagine 507-509 e 511-513 di *WG* (= *ES* II, 191-194; 197-200) sono, nella loro pregnante brevità, tra le sintesi più esatte che siano state date del giusliberismo; pur senza coglierne, a mio parere, tutta la portata.

pensa ovviamente alle tante suggestioni culturali che portava con sé la fervida aria del tempo (490).

Per dir meglio: da un lato l'esame della situazione oggettiva e delle riforme proponibili ed effettivamente proposte diverse dal giusliberismo mi pare confermi che l'*Erlebnis* originario del giusliberismo non può essere stato che del genere da me già indicato: e cioè — preciso — simultaneamente senso doloroso di un vuoto di vocazione e visione di questo vuoto come non necessario, anzi colmabile in modo soddisfacente anche nell'ambito dell'ordinamento in vigore. D'altro lato, quello stesso esame suggerisce di cercare in motivi di ordine non solo sociologico o politico o giuridico, ma anche culturale, l'atmosfera propizia, l'occasione (non voglio dire la causa) di un atto sintetico il quale in ultima analisi non può essere scaturito che dalla spontaneità dello spirito.

I motivi di quest'ordine andrebbero rintracciati mediante una prospezione completa del periodo: compito reso quanto mai difficile dalla ricchezza forse senza precedenti, dal carattere pluralizzato, contrastato, di una cultura che per di più ci domina ancor oggi, accrescendo la nostra partecipazione, ma mettendo in forse la nostra lucidità.

Ritengo che la ricerca sarebbe più fruttuosa e più orientata se condotta tenendo presente anche il fenomeno del *modernismo cattolico*: questo presenta infatti, sotto certi aspetti fondamentali, una struttura sorprendentemente analoga a quella del giusliberismo (491): per cui la ricerca sulle ispira-

---

(490) Contro l'influenza di qualunque motivo extragiuridico, e particolarmente culturale, sul giusliberismo si pronuncia Heck, *G* 307-313 e *B* 25-36: ma soprattutto allo scopo di accreditare la nuova metodologia presso i giuristi, risparmiando loro prese di posizione in campo filosofico e mostrando come il superamento della *Begriffsjurisprudenz* non sia legato a un'effimera epistemologia di moda. In realtà, non c'è dubbio che il giusliberismo è scaturito anzitutto da necessità interne alla vita del diritto e al pensiero giuridico, e che quindi esso non è solo emanazione, ma anche autonoma componente di certe correnti culturali dell'epoca. Queste non vanno poi intese come concezioni di singoli filosofi (Heck fa p. es. il nome di Rickert), ma come *Grundanschauungen* generalizzate sulle quali sarebbe vano mettere nomi d'autore.

(491) Vedi, oltre, n. 504. Rinvio allo studio in preparazione ivi men-

zioni culturali dell'uno potrebbe utilmente integrare, controllare, quella sulle ispirazioni dell'altro.

Attenendoci a questo filo conduttore, e omettendo ogni accenno particolareggiato a singole fonti per cercare di cogliere soltanto le *Grundanschauungen* del nuovo umanesimo vissuto, prima ancora che teorizzato, nei due-tre decenni che ci interessano, noi anzitutto giungiamo a un'idea delle esperienze decisive per l'uomo come libertà, come creatività, come storicità. Idea che viene affermata sul piano del fatto e sul piano del valore: la libertà storica, creatrice di storia, è insieme scoperta e rivendicata, constatata e amata. Di questa profonda idea non ci è dato qui indagare le radici più antiche, e neppure tutte le molteplici rifrazioni con cui si manifesta nel nostro periodo. Ciò che conta per noi è il suo rapporto con l'*Erlebnis* giusliberista fondamentale quale l'abbiamo or ora definito: essa crea un clima culturale che non può non rendere il vuoto di vocazione storica, connesso con la teoria legalista-logicista della giurisprudenza (e della teologia), particolarmente sensibile e doloroso; al tempo stesso acuisce la vista per gli spazi già esistenti, già disponibili — e non sfruttati — di libertà.

La critica demistificante al formalismo e al logicismo è poi suggerita, agevolata, da una nuova consapevolezza che alle esperienze decisive per l'uomo partecipa tutta intera la personalità, non riducibile arbitrariamente a uno solo dei suoi livelli, in particolare non a quello intellettuale-razionale cosciente. Di qui un'avvalorazione dell'intuizione (492), della credenza, del sentimento, della volontà, della vita (493), dell'azione, che nel pensiero di autori come Nietzsche, Dilthey, Windelband, Rickert, Wundt, Bergson, Blondel (tutti influenti sul giuslibe-

---

zionato una documentazione del parallelismo strutturale tra i due fenomeni.

(492) E quindi dell'individuale, oggetto appunto di intuizione, rispetto al generale e all'astratto; si ricordi quanto abbiamo detto a proposito della dimensione 'equitativa' nel diritto (sopra, 255-259).

(493) E quindi della società vivente (il 'popolo' dei cittadini, il 'popolo di Dio' dei credenti) rispetto alla sua organizzazione (lo Stato, la Chiesa gerarchica).

rismo) si esprime ma non si esaurisce, perchè permea di sè ogni ramo della cultura.

Questa avvalorazione non è però unilateralmente irrazionalistica. Intanto vi sono, nella nuova cultura, anche forme di accentuato intellettualismo, cerebralismo e tecnicismo; ma soprattutto è da notare che la stessa avvalorazione della personalità si presenta anche come conquista scientifica (soprattutto della psicologia sperimentale e filosofica), e più generalmente si accompagna a un rafforzamento indiscutibile dello spirito scientifico in ogni campo. Chi volesse (certo non senza temerità) riassumere in una formula ciò che dà alla cultura del primissimo Novecento la sua fisionomia, il suo fascino inconfondibile, dovrebbe probabilmente indicare la duplice, ugualmente intensa, talvolta dilacerante e incomposta vocazione alla scienza e alla libera, storicizzata e esperienza spirituale e vitale (494).

Il giusliberismo, come il modernismo, rientra, mi pare, in questo sommarissimo quadro. Abbiamo avuto ampia possibilità di convincerci che esso vuole un'esegesi non meno, ma più scrupolosa di quella degli esegetisti, una logica non meno, ma più rigorosa di quella dei logicisti, uno studio della società non meno, ma più metodico di quello dei criptosociologi; anche i modernisti muovono anzitutto, nei più vari campi degli studi religiosi, una richiesta di maggiore scientificità. Al tempo stesso gli uni e gli altri, giuristi e teologi, vedono il momento razionale e scientifico come portato e assunto da un'esperienza complessiva culminante là in orientamenti valutativi, qui in aperture al divino per i quali altra fonte non può indicarsi che l'inesprimibile intimità della coscienza (495).

(494) Questa diagnosi si trova sostanzialmente già data da RUMPF, *VR*, spec. 65: il problema secondo lui è trovare la sintesi tra la *Sachlichkeit* delle scienze e del positivismo e il nuovo senso attivo, creativo, della vita. Anche *L'uomo senza qualità* di R. MUSIL, che riflette le più sottili vibrazioni di quest'epoca, si riassume in uno svolgimento avvincente del duplice tema scienza-esperienza spirituale.

(495) Dopo quanto abbiamo detto qui e nel corso del capitolo ritengo perciò da rivedere la catalogazione del *Freirecht* sotto l'etichetta del 'naturalismo', inteso come tendenza a risolvere la ricerca del diritto in un mero accertamento di fatti, interessi, regolarità sociali, sul modello delle scienze naturali (o sociali avalutative). Questa catalogazione si trova

Tutto questo ci permette, con le riserve connesse alla necessaria sommarietà della diagnosi culturale, di dare un nuovo,

p. es. in KAUFMANN, l.c. alla n. 473, e in WIEACKER, *PRG* 341-344. Lo stesso Wieacker parla però, a proposito della « Freirechtsschule » in senso stretto (che tiene troppo nettamente distinta dalla *Interessenjurisprudenz*), di « leidenschaftliches Gerechtigkeitswollen » e la descrive come « eine Art Rechtspietismus », cogliendo felicemente un lato che dal naturalismo è lontanissimo.

Ritengo che il parallelo col modernismo fornisca i motivi culturali veramente essenziali dell'esperienza giusliberista. Tuttavia l'unità analogica e l'interpenetrazione tra le varie forme della cultura è tale, che avremmo forse potuto raggiungere risultati molto simili avvicinando il giusliberismo ai tentativi di rinnovamento in altri campi, per esempio in quello scientifico o artistico; e che da questi campi provengono, comunque, suggerimenti capaci di arricchire la caratterizzazione culturale del giusliberismo con sfumature sempre nuove. Nell'ambito delle scienze matematico-sperimentali, che è quello dal quale la pandettistica era stata, come abbiamo visto, maggiormente influenzata, la 'legge' e la 'teoria' hanno subito, nel nostro periodo, una critica che, facendo di esse momenti, sempre superabili, della rappresentazione scientifica del mondo, ha tolto loro il carattere di assolutezza, completezza, definitività; si è messo in luce il loro valore strumentale, 'economico', approssimativo, ipotetico, quando non convenzionale; si sono scoperti fenomeni di indeterminazione che lasciano al reale, quale almeno si presenta ai nostri strumenti, quasi un margine di 'scelta' che richiede il ricorso a metodi statistici di calcolo: basta ricordare i nomi di POINCARÉ, DUHEM, MACH, PLANCK tra gli scienziati; di BOUTROUX, BERGSON, MILHAUD tra i filosofi. Dal campo biologico, l'evoluzionismo ha esercitato sullo storicismo (e quindi sul giusliberismo) un influsso potente, nuocendo alla finezza di alcune concezioni, ma giovando all'impeto di tutte. La scoperta dell'evoluzione mette in crisi, se così può dirsi, il 'codice' statico della natura. Anche nell'avanguardia artistica dell'inizio del secolo scopriamo esigenze ed episodi che, fatte le necessarie trasposizioni, si rispecchiano spesso puntualmente in momenti del giusliberismo. La reazione allo scolasticismo, alle 'leggi', all'accademia è generale. Nell'incomposta, quanto coraggiosa e feconda, battaglia di quel 'movimento' esemplare tra tutti che fu il futurismo italiano, mi limito a ricordare le sue due bandiere, così vivacemente agitate, prima del 'verso libero' e poi (dopo un famoso manifesto marinettiano dell'11 maggio 1912) delle 'parole in libertà'; i termini stessi 'versoliberisti', 'paroliberi(sti)' sono i più vicini a *Freirechtler*, 'giusliberisti'. I canoni sono ovunque abbandonati per uno sperimentalismo a oltranza, che corrisponde in arte alla valorizzazione della dimensione 'equitativa' in giurisprudenza. Reagendo a quella spe-

più motivato giudizio sull'*Erlebnis* giusliberista fondamentale. L'intuizione, da parte dei giuristi, della loro libertà simultaneamente come fatto e come valore si produce nell'ambito di un

cie di 'certezza dell'arte' che potevano dare, nelle arti figurative, lo sforzo di 'imitazione' della natura (superato ormai dalla 'infallibile' fotografia) e l'osservanza delle regole tradizionali, si corre al polo opposto, all'arte libera, all'astrattismo, al simbolismo, all'espressionismo. La volontà di 'espressione' è certo ben percepibile nel giusliberismo, soprattutto nel movimento dei giudici. Del resto anche il verismo e il realismo dell'ultimo Ottocento erano stati una manifestazione (di segno contrario) di antiaccademia, un voler ritrovare le 'cose' sotto gli schemi e i dogmi delle scuole ufficiali; nel giusliberismo questo 'arrivare ai fatti' (sociologici, psicologici), questa «Richtung auf das Wirkliche und Lebendige» (PAULSEN), è, come abbiamo visto, una delle due grandi direttrici di riforma della giurisprudenza. Tanto nei movimenti di fuga dalla realtà esterna, quanto nel verismo, si manifesta quel generale bisogno di sincerità che, come ho già accennato, è l'atmosfera stessa e un *τόπος* ricorrente della polemica giusliberista. Guardando meglio, ci si accorge che questa sincerità è connessa con un senso nuovo della verità parziale, affermabile per se stessa, non appena scoperta, senza preoccupazione per le possibili conseguenze e per la sintesi in cui inserirla: certe reticenze, finzioni, forzature logiche, 'ipocrisie' delle vecchie scuole (e dell'intera morale benpensante) nascevano non tanto da puntuali argomenti disponibili a favore delle singole tesi o abitudini messe in questione, quanto proprio dall'attaccamento a una totalità sistematica come tale, che non si poteva intaccare in un punto senza indebolirla nel suo complesso, e che non si sarebbe voluto abbandonare prima di possederne un'altra con cui sostituirla. In questa conservazione di una totalità stava la maggior forza dei classici. La sincerità, schiettamente novecentesca, del giusliberismo (che era inevitabile, e direi legittimo, venisse percepita dagli avversari tradizionalisti come 'mancanza di senso della responsabilità') è dunque solidale con il fondamentale motivo sociologico (ed anche storicistico) della sfiducia nel sistema, e come ho già detto è stata pagata con l'iniziale impossibilità di creare per la prassi un'alternativa di ugual genere alle costruzioni classiche.

Ma tutta l'immagine 'classica' del mondo si andava immergendo ormai in un nuovo sentimento del 'fluidico': il tempo esteriore, netto come una geometria, è assunto nella durata psichica reale; i contorni oggettivi, 'naturali' delle cose quasi svaniscono sotto il triplice attacco scientifico, artistico, tecnologico; le idee chiare e distinte rivelano radici sprofondanti nell'inconscio. Questo sentimento si riflette, nel campo sociale, in un comunitarismo, in una preminenza (neoromantica) accordata al popolo sullo Stato, al sostanziale sul formale, allo

umanesimo, proviene da uno spirito, simultaneamente scienziista e storicista. Questo spirito mi pare debba essere considerato *sano*, proprio per (e nella misura in cui riesca a mantenere) il suo duplice e complementare carattere. Il puro scientismo rischierebbe di perdere di vista (o invece di ammettere, ma come semplice fattore estraneo irrazionale il momento valutativo e responsabile della giurisprudenza; il puro storicismo rischierebbe di degenerare in soggettivismo e attivismo incontrollato. Tutte queste deviazioni si sono prodotte nel corso del nostro secolo, talvolta già nel periodo delle origini, e possono ancor oggi risorgere. Ad evitarlo mi pare che possano desumersi da quanto abbiamo ormai acquisito, e senza voler fare riferimenti alla situazione contemporanea, alcune direttive: di fronte al giurista militante di formazione logicista, portarlo a toccare con mano l'illusorietà delle sue sicurezze, e insieme incoraggiarlo a un uso pieno, anche se responsabile, della sua libertà; di fronte al giurista solo critico, convinto della 'impurità' della giurisprudenza militante (logicista o 'libera') e perciò alieno da essa e tutto dedito alle teorie generali e alle logiche, cercare di scoprirgli la bellezza dell'impegno per una migliore convivenza, combattere nella misura del possibile l'irrazionalismo dei valori; di fronte al giusliberista per desiderio di potere, insistere sulla libertà non come potere ma come vocazione, mostrare che la libertà della legge non significa senz'altro libertà da ogni criterio giuridico (anche nel senso di: giuridico positivo).

3. Come movimento, il giusliberismo è da tempo finito. Come spirito e come dottrina, esso non è invece circoscritto alla sua epoca: si può parlare, accanto al giusliberismo storico, di un 'giusliberismo eterno' che ha avuto all'inizio del Novecento la sua espressione più forte e consapevole, ma che è rintracciabile anche in altre esperienze giuridiche e in altre riflessioni sul diritto, per esempio nell'ipotesi sofocratica di Platone (496), o lungo tutta l'interessante vicenda, romanistica e poi canoni-

---

spontaneo sul burocratico, all'azione sulla norma, alla morale sul diritto: tutti fermenti, avvertibili anche nel giusliberismo, che si sono poi rivelati capaci di sviluppi favorevoli e di sviluppi pericolosi.

(496) Cf. MANIGK, *FF* 483 s.



stica, dell'equità, o ancor più nelle *rationes* della giurisprudenza comune (497). Ma soprattutto nella sua forma più matura il giusliberismo dottrinale può, credo, essere allineato con le grandi concezioni globali del diritto, e si può tentare, per concludere, di definire brevemente la sua posizione nei loro confronti.

Accoglierei come punto di partenza una recente classificazione delle teorie generali del diritto in giusnaturalistiche, positivistiche e realistiche (498): dando a questi termini — per lo scopo limitato che qui mi propongo — anzitutto il loro significato più netto e più estremo. Sono ben consapevole di configurare in tal modo delle concezioni che i sostenitori delle teorie circolanti oggi sotto gli stessi nomi giudicherebbero certamente eccessive e da loro abbandonate; sono anzi convinto (e cercherò di mostrarlo più avanti: cf. cap. IV, § II.2.B e spec. § II.3; cap. V, § II e § III.2) che vi è oggi nella più progredita teoria generale, sotto la differenza delle etichette e delle strategie espositive, un accordo sorprendentemente esteso, una quasi-identità di vedute sulla sostanza e — in particolare — proprio sulla tesi giusliberista; qui tuttavia, al fine euristico di una più contrastata e più chiara illuminazione (ed anche in omaggio alla giustizia storica, che vuole riconosciuto al giusliberismo il merito di avere avviato il processo di superamento dei vecchi schemi), prenderò in considerazione le tre fondamentali teorie giuridiche sopra nominate anzitutto nella loro forma 'pura'.

Il giusliberismo contiene indubbiamente un'esigenza di realismo: studiare l'interpretazione e in genere l'opera della giurisprudenza quale realmente si svolge, il rapporto giurista-diritto quale è e non quale dovrebbe o vorrebbe essere. Comune è anche l'interesse per la sociologia. Ci sono tuttavia i punti di

---

(497) Cf. anche KANTOROWICZ, *Aus der Vorgeschichte der Frei-rechtslehre*, 1925, ora in RS 41-67.

(498) BOBBIO, o.c. alla n. 485, 42. Sulla distinzione, alquanto diversa, tra « écoles formalistes », « écoles idéalistes », « écoles réalistes » è fondata la *Théorie générale du droit* di P. ROUBIER (2<sup>a</sup> ed. 1951). Sulla tripartizione nel senso qui adottato vedi anche oltre, cap. IV, § II. 3. A.

dissenso, e li ho già indicati (499): se con realismo s'intende la vanificazione, in nome del criterio della verificabilità empirica, del concetto di *n o r m a*, allora il giusliberismo è antirealista perchè è dottrina anche normativa, nel senso che alla descrizione dei fatti fa seguire prescrizioni metodologiche per la giurisprudenza militante, ed è dottrina normativista, dottrina cioè secondo cui i risultati della sociologia sono soggetti ai giudizi di valore, la giurisprudenza è scienza normativa e il diritto positivo è norma, sia pure appunto positiva e quindi in qualche modo posta o riconosciuta mediante atti umani. Perciò, almeno nei nostri sistemi e in tempo non di rivoluzione, la legge (comunque la si intenda) *v a l e*, e salvo casi eccezionali, neppure ammessi da tutti i giusliberisti, vincola l'interprete; il primato della norma individuale non è dissoluzione della norma generale in mera formula descrittiva o in mero elemento di previsione di comportamenti passati o futuri. Si può vedere in questa ammissione una *Halbheit* del giusliberismo; ma si può anche rispondere che essa rispecchia la realtà logica e psicologica più del realismo, la distinzione dal quale è comunque, in pratica, assai sottile. Se poi con realismo si intende, in un senso più moderato, la posizione di chi, senza vanificare la categoria stessa della normatività, dia alla norma effettiva il primato su quella formalmente valida, il giusliberismo sembra coordinabile con il realismo, almeno quanto al riconoscimento di norme positive *o l t r e* la legge, da utilizzare per interpretarla e integrarla.

Di fronte al *p o s i t i v i s m o* giuridico, il giusliberismo — salvo l'alleanza sul punto del normativismo — si pone come un superamento scientifico definitivo. Intendo, secondo quanto ho premesso, il positivismo stretto, legalistico, codicistico, che abbiamo esaminato finora. Bobbio propone un « significato ampio » della parola: a suo parere conviene « chiamare positivismo giuridico la teoria allargata, che ha mutato o va mutando *r a d i c a l m e n t e* le idee sull'interpretazione giuridica e sull'opera della scienza del diritto »; e conviene, egli aggiunge, « sia perchè mi pare che non siano stati inventati altri nomi, sia perchè di fatto questa accezione più larga sta

(499) Sopra, p. 258.

entrando nell'uso senza provocare troppi inconvenienti...» (500). Temo possa nuocere a quella chiarezza di cui Bobbio è maestro che egli proponga lo stesso nome per due teorie « radicalmente » diverse: tanto più in quanto l'uso storicamente, e forse tuttora (501) dominante, è l'altro, è quello di Bergbohm. Vi è, certo, il motivo della mancanza di altri nomi; ma perchè non adottare appunto 'giusliberismo'? Il positivismo allargato di cui parla Bobbio è o un vero e proprio giusliberismo, oppure un giusliberismo che dalla propria teoria del metodo giurisprudenziale non abbia tratto che in parte le necessarie conseguenze in ordine alla teoria delle fonti e alla teoria dell'ordinamento (502).

(500) BOBBIO, o.c. 125; spaziatura mia.

(501) Cf. BOBBIO, o.c. 119. Testimonianze per il prevalere (e insieme difende la fondatezza) di quest'uso SCARPELLI, *PG*.

(502) Ho considerato fin qui (cf. n. 63; n. 152; n. 167; n. 169) Kelsen come un giusliberista (dal punto di vista della dottrina). Ciò in base alla sua ammissione fondamentale, formulata con la massima chiarezza nella *Reine Rechtslehre* del 1934 e non più ritirata, che la legge (e ogni norma generale) non basta a fornire il contenuto della norma individuale, e che anche in sè considerata ha sempre — per la sua polivalenza linguistica, per la pluralità dei metodi interpretativi cui può essere legittimamente assoggettata — una pluralità di significati, tutti giuridicamente possibili, tra i quali non è dato determinare con la pura logica quello esatto, ma occorre scegliere, in base a criteri di valore extralegali che Kelsen chiama di « politica del diritto », quello che si ritiene il migliore. Poco importa, di fronte a quest'ammissione, che Kelsen preferisca parlare di « schematicità », di « indeterminatezza » piuttosto che di 'lacune' (cf. sopra, n. 152); importa che per lui il giurista militante sia chiamato ordinariamente a decidere come se fosse legislatore.

Kelsen vorrebbe che lo « scienziato del diritto » (un personaggio di affascinante purezza intellettuale, ma che purtroppo non mi risulta sia mai storicamente esistito) si limitasse a indicare i molti significati possibili della legge, lasciando poi al giurista militante (il giudice o chi con lui collabora) e la scelta politica tra essi, e l'ulteriore concretizzazione discrezionale necessaria per arrivare alla norma individuale. In questa rigida bipartizione tra teoria e prassi torna una distinzione cara alla pandettistica fin da Savigny, di cui dubito che possa essere mantenuta, così come dubito che l'interpretazione 'teorica' possa arrivare con atti puramente logico-conoscitivi a distinguere i significati legali da quelli che legali non sono (cf. CAIANI, *GV* 273-287): da questo punto di vista

Non mi nascondo, tuttavia, che questo termine può tradire, presso i meno informati, il significato della dottrina, sugge-

---

Kelsen è vicino (ripeto, per ciò che riguarda l'interpretazione 'teorica') a quello che ho chiamato il giusliberismo 'ingenuo' di Stampe (vedi sopra, p. 277); solo che secondo Kelsen la perfetta certezza logica sussiste per una pluralità di significati.

Ma anche accettata (e io non mi sentirei di negarla senz'altro) la possibilità di un'interpretazione 'teorica' come quella concepita da Kelsen, resta ben fermo (e Kelsen è il primo a metterlo in rilievo) che questa interpretazione non è ancora giurisprudenza: per la giurisprudenza si richiedono ulteriori giudizi di valore e atti di volontà. Ha dunque ragione F. SCHREIER quando, nel libro *Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte* (1927) e nell'articolo *Freirechtslehre und Wiener Schule*, in *Die Justiz*, IV (1929) 321-326, sostiene, a nome di tutta la scuola di Vienna (vedi art. cit., 322), l'identità di vedute tra questa e il giusliberismo sul problema dell'interpretazione. Secondo Schreier la scuola di Vienna mostra, come la *Freirechtslehre*, che il ritrovamento di nuovo diritto mediante i metodi 'logici' tradizionali è in realtà criptosociologia, criptopolitica (ivi 324); mostra le diverse possibilità tra cui è legittimo e necessario scegliere, sulla base delle considerazioni teleologiche (« Zweckserwägungen ») rivendicate dal giusliberismo (325). Il carattere puramente verbale della negazione delle lacune da parte di Kelsen è confermato dal fatto che Schreier, nella linea della cui teoria ermeneutica Kelsen verrà a collocarsi, le ammette invece pienamente, in conformità con la teoria giusliberista: « Indem die Grenzen der Auslegung gezogen werden, ergibt sich, wo die Lücken des Rechts beginnen. An dieser Stelle hört auch das positive Recht im strengen Sinn des Wortes auf und fängt das Naturrecht an, dessen notwendige Funktion offenkundig wird, wieder eine Bestätigung der Freirechtslehre » (326); Schreier intende per *Naturrecht* ogni criterio metapositivo). Accanto a Schreier vanno ricordati, come sostenitori del giusliberismo di Kelsen, R. TREVES, nella Prefazione a *La dottrina pura del diritto*<sup>1</sup> (1953) 12 e CAIANI, *GV* 287; cf. anche N. BOBBIO, *Studi sulla teoria generale del diritto* (1955) 104-106 e G. GAVAZZI, *L'interpretazione giuridica in H. Kelsen*, in *RIFD* 1958, 217-229.

Per Kelsen, la decisione presa dal giurista pratico è 'legale' perchè egli sceglie tra significati tutti legali e, quando concretizza ulteriormente il significato prescelto, obbedisce ancora alla legge che vuol essere applicata in concreto; ma è chiaro per Kelsen e per noi che in questo senso è 'legale' anche la decisione presa in completa libertà dal giudice sulla base di una norma di legge che si limiti a investirlo del potere di giudicare. Ciò che conta è se la legge e la logica forniscano tutti gli

rendo l'idea (assolutamente non giusliberista) di una negazione in blocco del diritto positivo. Inoltre è davvero difficile trovare

---

elementi di decisione: la risposta, per la dottrina giusliberista e per Kelsen, è negativa.

Detto questo, desidero aggiungere che Kelsen non appartiene al giusliberismo secondo lo spirito, perchè la sua teoria non procede affatto dall'*Erlebnis* giusliberista fondamentale, ma da un *Erlebnis* di segno contrario, quello della 'purezza', che lo spinge a separare la scienza giuridica dall'etica e dalla sociologia con cui il giusliberismo si è invece sforzato (vedi sopra, n. 472) di mostrarla necessariamente, organicamente unita. Di fronte alla necessità di valutazioni extralegali per la giurisprudenza, Kelsen reagisce separando questa dalla scienza giuridica; il giusliberismo genuino reagisce chiedendo una scienza *sui generis*, sociologico-valutativa (non bisogna dimenticare che la parola 'scienza giuridica' significa per i giusliberisti genuini e per Kelsen due cose diverse). E desidero aggiungere ancora che questo aderire al giusliberismo solo come dottrina, solo per l'evidenza inoppugnabile delle sue tesi critiche, si riflette negativamente proprio sul resto della dottrina kelseniana.

Ho già accennato (sopra, p. 264 s.) a come Kelsen, respingendo completamente al di fuori dell'ordinamento i criteri metalegali di decisione, giustifichi dal punto di vista del diritto positivo l'irrazionalismo, il metodo di Bidoie o quella che la giurisprudenza comune chiamava *quaestio pro amico* (in cui cioè, essendo legalmente possibili diverse soluzioni, il giudice adottava la più favorevole alla parte cui andava, per qualsiasi anche non confessabile motivo, la sua simpatia): giustifichi, quindi, sia pure entro i (larghi!) limiti legali, precisamente la giustizia politica o di parte. Ora, una simile giustificazione non solo contrasta con l'ideale metempirico del diritto (ciò che Kelsen potrebbe considerare irrilevante entro i confini del suo sistema), ma contrasta anche con la realtà degli ordinamenti che Kelsen, positivisticamente, intende descrivere (ricordiamo qui che la dottrina pura si presenta come « analisi dei procedimenti effettivi » dei giuristi, « analisi della coscienza giuridica positiva »: cf. *DP*<sup>1</sup>, 75; 80).

I giuristi militanti, infatti, hanno la convinzione di dover estendere, determinare, concretizzare la legge non a caso o *pro amico*, ma secondo criteri superiori, che saranno di tipo logicistico o sociologico-valutativo. Respinta con Kelsen l'illusione logicistica, resta la seconda alternativa; e Kelsen non manca di tenerne conto, sia quando parla dei criteri o *slogans* che guidano le scelte giurisprudenziali (p. es. da ultimo in *DP*<sup>2</sup> 263 s.; 387 pr.), sia quando accenna (p. es. in *Teoria generale* 177 s.) a una sociologia della giustizia come rilevamento delle ideologie contenute nella mente di chi crea e applica il diritto: sociologia che dovrebbe

un termine diverso da 'diritto positivo' per indicare il diritto (magari anche non legale) che appunto non sia 'libero' o

essere complementare alla dottrina pura per rendere interamente conto delle norme su cui quella creazione e applicazione si fonda.

È qui tuttavia, se non vedo male, che il 'giusliberismo a metà' di Kelsen introduce scompensi (non dico contraddizioni) interni al sistema. Non è chiaro infatti perchè Kelsen, dal riconoscimento della (sia pure, se vogliamo, 'affievolita') efficacia positiva di tali criteri extralegali, non tragga la conseguenza che ad essi rinvia lo stesso ordinamento positivo, mediante una norma non scritta di produzione (p. es. la norma fondamentale, o una norma costituzionale materiale). Kelsen non è alieno da simili costruzioni: così, a p. 256 di *DP<sup>2</sup>* non esita, per spiegare la validità della consuetudine non delegata dalla legge o dalla costituzione, a « presupporre che l'elevare la consuetudine a fattispecie produttrice di diritto avvenga già nella norma fondamentale ». Mi pare che Kelsen, se vuole evitare, anche in omaggio ai fatti, il puro irrazionalismo e insieme integrare la sua teoria giusliberista dell'interpretazione nella sua teoria dell'ordinamento, debba senz'altro « supporre che il diritto positivo stesso deleghi una qualche norma metagiuridica, come la morale, la giustizia ecc.: in questo modo, però, le si trasformerebbe in norme di diritto positivo » (ivi 387). Quel « però » tradisce l'*animus* di Kelsen: l'ipotesi di una simile trasformazione, che nella logica del suo pensiero (come appare anche dalla costruzione della consuetudine) è plausibilissima per non dire necessaria, gli si presenta (se non m'inganno nella lettura) come una *reductio ad absurdum*.

Insomma, se l'attività creativa (e non solo interpretativa) dei giuristi pratici è nell'ordinamento, allora tutti i criteri in base a cui essi ritengono di dover decidere sono nell'ordinamento, e questo va — ad ogni livello o 'gradino' — rifiuto e sostanzialmente arricchito; mentre è necessario almeno chiedersi se una giurisprudenza creativa quale Kelsen la presuppone (lasciandola però, nella sua strategia espositiva, completamente in ombra) non partecipi in qualche modo del carattere di fonte di norme giuridiche. Ma su questi sviluppi mi tratterò nei capitoli seguenti. Accanto a Kelsen dovrebbero classificarsi come giusliberisti altri, più recenti sostenitori del positivismo allargato, come Bobbio (cf. sopra, n. 485), Hart (*CD*, spec. cap. VII), Virally (*PJ*, *passim*); e forse, nonostante il suo 'realismo', lo stesso Ross (*DG*, spec. cap. IV). Anche la difesa, coraggiosamente lucida, del positivismo legalista compiuta da Scarpelli, *PG*, prende ripetutamente atto della politicità e valutatività delle scelte che si chiedono all'interprete: per o contro lo Stato moderno (è questa la tesi stessa del libro), per o contro una certa libertà interpretativa (125), per o contro la considerazione degli interessi (« alternativa grave »: 103), per o contro « l'approccio a un sistema di diritto positivo come esclusivo e, in quanto esclusivo, completo » (121), e così via. Scar-

‘naturale’, ma oggettivamente instaurato, storicamente vigente; ora, proprio la nostra ricerca sul diritto giurisprudenziale ci fa avvertiti, come vedremo meglio in seguito, dell’importanza, accanto al diritto positivo legale e al diritto ‘libero’, del diritto ‘positivo’ non *positum* (nel senso di: ‘statuito’); e chi del resto si sentirebbe di escludere dall’ambito del diritto ‘positivo’ la consuetudine? Un allargamento del significato di ‘diritto positivo’ sembra quindi necessario anche al di fuori della prospettiva giusliberista in senso stretto.

Stando così le cose direi che resta aperta, per indicare la concezione positivista allargata nella duplice direzione del diritto positivo e del diritto libero, la scelta tra: *a*) un termine breve ed in sè esatto ma che può essere frainteso in senso rivoluzionario (‘giusliberismo’); *b*) un termine breve, assai meno esatto ed oggi non univoco, che può essere frainteso in senso conservatore (‘positivismo’); *c*) un termine difficilmente fraintendibile ma meno breve, e che come tutti i compromessi potrà sembrare ai più ortodossi qualcosa come una *contradictio in adiecto* (‘positivismo giusliberista’ o ‘positivismo libero’, da contrapporre eventualmente — e qui gli ortodossi vedranno una tautologia — a ‘positivismo legalista’). Personalmente propenderei — con le riserve accennate — per ‘giusliberismo’; allargando il termine ‘diritto positivo’ fino ad includere tutto (ma solo) il diritto storicamente vigente, legale o non legale, comprese le norme individuali. Su tutto questo tornerò, comunque, nei capitoli successivi.

Assai delicato definire i rapporti con il giusnaturalismo, per la sconcertante plurivalenza del termine. Anche qui, mi atterrò anzitutto al significato più affermato nel corso della storia, più massiccio, possibilmente più vicino al

PELLI È dunque, e non saprei dire se più volente o nolente, giusliberista nel senso da me proposto, ciò che non contrasta con la sua presa di posizione a favore di un significato ristretto del termine ‘positivismo’. (Anzi direi che Scarpelli, in quanto fonda l’atteggiamento positivista su un giudizio di valore che come giustifica l’adesione può, in mutate circostanze, giustificare la ribellione allo Stato, è addirittura giusnaturalista, nel senso da lui stesso accettato a p. 146 i. f.; ma questo è discorso di ordine diverso da quello fin qui condotto).

linguaggio comune; ed è quello dato al termine da chi sostiene la giuridicità (anzi l'immediata, incondizionata e contraddittoria, sovrana giuridicità) di un insieme, completo o almeno assai ampio, di norme desumibili, con giudizi dotati di evidenza razionale, dalla 'natura' umana. Rispetto a questo giusnaturalismo, che probabilmente viene altrettanto poco sostenuto dagli odierni giusnaturalisti quanto il positivismo stretto dagli odierni positivisti (503) (queste due versioni assumono oggi l'aspetto di 'giusnaturalismo degli avversari' e di 'positivismo degli avversari', ma sono l'una e l'altra le più utili al chiarimento oltre che le più corrispondenti all'acme storico dell'idea), il giusliberismo rappresenta indubbiamente una negazione. Il più giusnaturalista tra i giusliberisti, Gény, ha ridotto il suo « irréductible droit naturel » a un numero minimo di principii generalissimi, incapaci di per sé a normare la vita sociale. Al giusnaturalismo come teoria del 'codice eterno' il giusliberismo si oppone in nome della stessa sua fondamentale demitizzazione dei codici positivi, in nome cioè del suo storicismo (504); al giusnaturalismo come teoria della immediata giuridicità di norme razionali il giusliberismo si oppone in no-

(503) Cf. L. LOMBARDI, *Sulla espressione 'diritto naturale'*, in *Iustitia* 1962, 56-80.

(504) La critica giusliberista vale non solo per il diritto legale ma per ogni sistema normativo che si pretenda autosufficiente e chiuso, quindi, anche per il diritto naturale concepito come codice, per la consuetudine consolidata (cf. n. 129), per il *corpus* dei precedenti e per il diritto giurisprudenziale, intesi come singolarmente o cumulativamente completi; ed anche per ciascuno degli ordinamenti giuridici di cui l'istituzionalismo (un'altra, ma a mio parere non altrettanto decisiva reazione al positivismo classico prodottasi in questo stesso periodo) ha riconosciuto la pluralità. Per fare l'esempio più vistoso: gli argomenti del giusliberismo si volgerebbero ugualmente contro una giurisprudenza canonistica che ritenesse il diritto della Chiesa interamente contenuto in una codificazione — o comunque in una legislazione positiva — completa. (E, sia detto per inciso, una critica analoga è stata rivolta al completismo 'positivistico' in teologia, cioè alla dottrina che, soprattutto dopo il Concilio Vaticano I, tendeva a restringere le fonti della verità religiosa ai soli testi autoritativi, Scrittura e definizioni del magistero centrale: qui l'esatto corrispondente strutturale del giusliberismo è stato il modernismo cattolico, come vorrei mostrare in una breve ricerca di prossima pubblicazione).



me della positività del diritto, cioè ancora una volta in nome di uno storicismo. Sotto questo profilo vi è accordo con il positivismo, di cui il giusliberismo rappresenta, come ho accennato a suo tempo e come avrò modo di precisare ancora, un superamento, ma dall'interno.

Non c'è dubbio però che tra giusliberismo e giusnaturalismo sussistono anche delle solidarietà, delle possibilità di coordinamento. È comune, intanto, lo spirito, il patos con cui si affronta la vocazione giurisprudenziale. In secondo luogo, il giusliberismo può, a certe condizioni, far proprio un 'giusnaturalismo dei principii', un giusnaturalismo aperto (505). Ma anche il giusnaturalista progettatore di un 'codice naturale' può essere bene accolto, perchè il risultato della sua fatica, se gli vengono tolti gli spigoli dell'assolutezza tanto nell'ordine dell'essenza (il codice naturale come assoluta verità) quanto in quello dell'esistenza (il codice naturale come dotato di assoluta vigenza) può assumere per il giusliberista la funzione preziosa di una di quelle 'riserve di suggerimenti metapositivi', di uno di quei criteri per la libera ricerca del diritto che già conosciamo come indispensabili. Anzi il giusnaturalista classico è forse, in questa veste, proprio il migliore collaboratore del giurista libero, perchè non limitandosi ai principii o a tener desto il sentimento di giustizia, offre una miniera di preziosa, anche se discutibile, sapienza concreta. Si capisce allora come Kantorowicz, nel suo programma rivoluzionario, abbia potuto parlare del diritto libero come «risurrezione e metamorfosi del diritto naturale» (506). Un giusnaturalismo che concepisse il 'codice naturale' (nel senso depotenziato ora visto di progetto il più possibile completo di razionalizzazione dell'esperienza) come normalmente sussidiario, cioè principalmente come strumento per l'interpretazione-integrazione delle fonti positive, sarebbe in fondo un caso particolare di giusliberismo: quello

(505) Quale è quello difeso per esempio da GÉNY e, tra gli autori più recenti, da S. LENER (vedi specialmente *Il 'diritto naturale appoggiato sul fatto' del P. Taparelli e l'antigiustnaturalismo contemporaneo*, in *La Civiltà cattolica* 1963, IV, 346-359 e 594-607; cf. *Lo Stato sociale contemporaneo* [1966], spec. Parte II, cap. I e II).

(506) KR 10 pr.

convinto di poter desumere le norme metapositive indispensabili al giurista positivo dalla 'natura'. Un giusnaturalismo di questo genere, sostenitore di quello che potremmo chiamare un 'diritto naturale in funzione storica', ha i suoi titoli di nobiltà nell'orizzonte giuridico europeo: è quello di alcuni tra i più illuminati codificatori di formazione illuministica, per esempio del grande Portalis. Di esso vale che ogni giusnaturalista è giusliberista, ma non ogni giusliberista è giusnaturalista.

Giusnaturalismo e realismo sono poi solidali (sia pure per motivi opposti) nel concedere al giurista, eccezionalmente, la esplicita decisione *contra legem*. Il giusliberismo non offre di per sé una risposta univoca al problema, ma nella misura in cui è coordinabile all'una e all'altra concezione (personalmente ritengo lo sia soprattutto al realismo, per quanto riguarda la tesi del primato della norma effettiva) non può che distaccarsi, anche su questo punto, dal positivismo ristretto. Ho già detto ripetutamente che giusliberismo non vuol dire libertà dalla legge ma dal legalismo, cioè dai metodi che presuppongono il dogma della completezza legale. Questa libertà avvezza però il giurista a vedere la legge in un quadro giuridico, anche positivo, più ampio: entro il quale essa può, in casi eccezionali, apparire come gravemente anomala. Nella prospettiva del giusliberismo non è impensabile il caso in cui il giurista, per usare la formula di Reichel, può decidere *contra legem* perchè — come giurista — deve farlo (e si atterrà agli stessi criteri usati per l'integrazione, ma con aumento di cautele); questo dovere è ancora rafforzato nelle prospettive giusnaturalista e realista; il positivista non è invece autorizzato a decidere *contra legem* se non 'come uomo' — ciò che può riuscire difficile quando l'*habitus* professionale, che è tanta parte dell'uomo, sia teoricamente passivo.

Il superamento giusliberista del positivismo non fornisce, invece, un diretto appoggio al giusnaturalismo, a meno che, seguendo una terminologia quasi generalmente diffusa ma a mio parere scorretta, non si chiami 'naturale' qualunque norma non positiva. Il giusliberismo, mostrando il vuoto normativo che è indispensabile colmare, rinvia in primo luogo alla coscienza; questa si orienterà poi con tutti i mezzi disponi-

bili, e potrà anche, eventualmente (ma i giusliberisti di solito non lo hanno fatto), aprirsi all'idea solenne di un ordine naturale dei rapporti umani. Diversamente dal giusnaturalismo, il giusliberismo non presuppone (e tanto meno si identifica con) una particolare teoria del fondamento della morale.

In conclusione la posizione del giusliberismo rispetto alle tre grandi concezioni fin qui ricordate mi sembra quella di una sintesi che le unifichi privando ciascuna, presa nella sua forma pura, della sua esclusività (che è anche, bisogna riconoscerlo, il suo mordente): il giusliberismo, infatti, realisticamente constata così la normatività del diritto come la priorità (salvo eccezioni) della norma legale e la necessità, per interpretarla e integrarla, di norme ulteriori che possono anche essere, esaurito il ricorso eventuale a norme positive diverse dalla legge, quelle 'naturali'. Volendo stringere in una formula ancora più breve questi legami logici, possiamo definire il giusliberismo come l'affermazione realistica della presenza, in ogni decisione giurisprudenziale, di una componente positiva (nel senso ristretto o nel senso allargato) e di una componente 'naturale' (nel senso ampio e scorretto di 'metapositiva') (507).

È facile vedere come la sintesi giusliberista, frutto di osservazioni fattuali e non di una presupposta concezione filosofica, non si riduca a un banale eclettismo, ma si coordini a una visione 'storicistica attiva' (o, se si preferisce, dinamica) (508) dell'uomo e del mondo umano, come mondo in cui per la presenza di una sorta di eccedente radicale nulla può dirsi 'dato', concluso, 'totalmente essente', ma ogni cosa è destinata a essere rimessa in questione, ulteriormente attuata, ricapitolata finché c'è vita.

---

(507) Accettata questa definizione può considerarsi giusliberista la concezione del diritto naturale delineata da CORTA, l.c. oltre, cap. V n. 31.

(508) La scuola storica, nella misura in cui non si è esaurita in un positivismo, si apparenta piuttosto, con la sua rivendicazione dello studio antiquario, ad uno storicismo contemplativo non alieno dal riordinamento, starei per dire dalla codificazione del passato giuridico in sintesi sistematiche con pretesa (storicisticamente inautentica) di definitività; esattamente nota quindi PARESCHE, *GD* 65, che « lo storicismo giuridico... non è quello della scuola storica ».

CAPITOLO IV  
IL DIRITTO GIURISPRUDENZIALE

I. I risultati della ricerca finora compiuta sono di ordine diverso, e non sembra facile raccoglierli in un discorso conclusivo. Questa difficoltà non deve però mortificare la sollecitazione, radicata nel profondo, costitutivo bisogno di unità dello spirito, a cercare un punto culminante, dal quale si possa ogni volta ottenere la simultanea visione di tutte le singole cose accertate, dei legami intercorrenti tra esse, del loro significato completo, quello che ciascuna da sè sola è per lo più incapace di esprimere. Questo punto dovrebbe trovarsi, come ha detto trattando del nostro tema Capograssi, non in un concetto ma in una concezione: in qualcosa cioè che non si presta ad essere esaurito *d e f i n e n d o*, ma vuol essere reso presente descrivendo, direi quasi ciclicamente commentando; e che una volta reso presente dalle parole è poi possesso definitivo e unitario, addirittura pace interiore della persona, e come tale da essa nuovamente traducibile in parole, magari diverse — tutte — dalle prime (1).

E non solo in parole. In questo momento, è vero, noi non sappiamo ancora se una simile concezione, una 'idea umana' del rapporto tra giurisprudenza e diritto sia venuta, nel corso della ricerca, in nostro possesso. Ogni ricerca muove da una ipotesi, da un presagio, che può poi trovare chiarimento e conferma, o smentita. Ma se la concezione presagita ha davvero avuto in sorte di confermarsi nelle indagini fin qui svolte, essa non potrà non tradursi, oltre che in parole, anche in vita e in azione del giurista che l'accoglie.

---

(1) La distinzione (nel senso qui adombrato) tra concetti e concezioni è in CAPOGRASSI, *SD passim*, spec. 465-478; cf. 508-510. Capograssi parla anche di « sistema di certezze » (p. es. ivi, 413) o, vichianamente, di « idee umane » (p. es. 392 s.).

Una tesi mi sembra sia stata dimostrata a ogni capitolo, quasi a ogni pagina: la giurisprudenza non si limita ad offrire la conoscenza di un diritto interamente formato, ma contribuisce alla stessa formazione del diritto, è sempre creativa; visto dal lato opposto: il diritto è sempre (anche) giurisprudenziale. Sia là dove la legge tace, o parla sommessamente (capitoli I e II), sia là dove pretende esser sola a parlare (capitolo III), *viva vox iuris* è sempre (anche) la giurisprudenza. Possiamo quindi considerare questa tesi come il nucleo stesso della concezione cercata, come il motivo unificatore da cui partire e a cui tornare nel progressivo coordinamento e approfondimento delle nostre riflessioni.

Nell'esperienza giuridica dell'Europa continentale, tuttavia, noi abbiamo visto disegnarsi due grandi zone, dominate ciascuna da un diverso principio di positivizzazione (che è quanto dire di nascita storica) del diritto: in una prima zona — nella quale rientrano sistemi giuridici di durata poco meno che millenaria come il romano e il comune — domina come fonte del diritto 'statale' il ceto dei giureconsulti; in una seconda zona — che comprende gli ordinamenti di durata poco più che secolare instauratisi con le codificazioni — organo teoricamente unico della positivizzazione è il potere legislativo centrale. La nostra tesi fondamentale sembra dunque dover assumere, nei due diversi tipi di ordinamenti, diverso significato.

Effettivamente la problematica e i risultati della ricerca sul diritto romano e sul diritto comune (capitoli I e II) non coincidono del tutto con quelli della ricerca sul giusliberismo (capitolo III). Parlerei, per il primo ambito, di 'diritto giurisprudenziale' in senso stretto; per il secondo, di 'momento giurisprudenziale del diritto (legale)'. Là l'interesse che ci aveva mosso era stato essenzialmente: *a)* di scoprire in qual modo, con quali mezzi la giurisprudenza avesse potuto 'supplire' alla 'mancata' produzione da parte dello Stato di norme generali e individuali nella qualità quantità autorità richieste da società così progredite e differenziate come la romana e le europee anteriori ai codici; *b)* di stabilire se, nell'esercizio di questa 'supplenza', la giurisprudenza fosse riuscita a produrre essa stessa norme generali e individuali corret-

tamente qualificabili come giuridiche positive. Nella ricerca sul giusliberismo l'interesse fondamentale era invece rivolto al momento di libertà e responsabilità inventiva implicato perfino nell'interpretazione della legge 'completa' e quindi — *a fortiori* — in tutte le manifestazioni dell'attività giurisprudenziale.

A ben guardare le due ricerche sono unite da una solidarietà profonda di ispirazione e di risultato: accertare la funzione immancabilmente creativa del giurista; ma di questa creatività lumeggiano due aspetti antitetici, anche se connessi e complementari.

Dire che la giurisprudenza è 'fonte' di diritto significa infatti, in un modo o nell'altro, configurare la sua creatività come principio di chiusura, di stabilizzazione, di certificazione; significa insistere sull'autorità e definitività di ciò che viene creato, sulla forza vincolante di una tradizione che qualifica come normative certe soluzioni ad esclusione di altre. Dire, invece, che la giurisprudenza è sempre libera e inventiva significa configurare la sua creatività come principio di apertura, di trasformazione, di arricchimento nella plurideterminazione; significa insistere sulla provvisorietà e lacunosità di ogni norma, non solo di quella legale, ma anche di quella giurisprudenziale 'creata' in precedenza. Il 'momento giurisprudenziale' del diritto è indispensabile a produrre — e insieme continuamente supera — il 'diritto giurisprudenziale'.

Nella prima prospettiva si mette in luce la connivenza del giurista col diritto positivo, che egli contribuisce ad allargare e a consolidare; nella seconda si mette in luce la sua connivenza col diritto metapositivo, col diritto 'libero' al quale ricorre per la integrazione e la trasformazione del diritto positivo perennemente possibile e necessaria.

Ancora: parlando della giurisprudenza come 'fonte' di diritto positivo la si intende piuttosto come un concetto collettivo, come l'insieme, il ceto dei giuristi; come 'corpo' (2).

(2) Preferisco, almeno per ora, evitare il termine troppo impegnativo di 'organo', anche se il concetto della giurisprudenza come ceto o corpo si coordina bene con quello del diritto come organizzazione inaugurato da S. ROMANO: vedi oltre, 387 e cf. cap. V, § II (dove si parla

Si pensi al tipo di frasi che continuamente ricorrono nei primi due capitoli, tutte più o meno connesse alla problematica della giurisprudenza come fonte: 'la giurisprudenza dell'età imperiale', 'l'opinione della giurisprudenza', 'autorità della giurisprudenza', 'origine e posizione sociale della giurisprudenza', e simili. Parlando invece della giurisprudenza come 'non limitata all'interpretazione', come 'necessariamente inventiva', come 'logicistica' o 'sociologico-valutativa' ecc., la si intende piuttosto come attività. I due concetti potrebbero chiamarsi, in modo certo non perfettamente appropriato, concetto sociologico e concetto epistemologico di giurisprudenza; essi corrispondono — sia detto qui per inciso, in attesa di più completi svolgimenti — a due aspetti sotto cui sembra potersi presentare la stessa realtà del diritto: rispettivamente come apparato dinamico di entità sociologicamente attingibili (il legislatore, i giudici, i giuristi) e come concatenazione di atti (il legiferare, il giudicare ecc.) costituenti a loro volta le specificazioni di un'unica, fondamentale attività. Ora, la conclusione generale enunciata sopra, sulla creatività immancabile della giurisprudenza, si applica all'uno e all'altro concetto di giurisprudenza, ma con significati almeno in parte diversi: la creatività intesa come 'essere fonte', tipica del ceto, presuppone quella intesa come 'libertà, inventività', tipica dell'attività, ma le aggiunge la componente dell'autorità, per cui ciò che viene creato è 'veramente diritto'.

Ancora: nella prospettiva del 'diritto giurisprudenziale' non si trascurano, certo, l'apporto del singolo giurista, i modi e il peso della sua influenza; tuttavia l'interesse prevalente si appunta sulla giurisprudenza come collettività, poichè essa soprattutto è (o non è) fonte. Nella prospettiva del 'momento giurisprudenziale' invece, l'attenzione si concentra sull'individualità del giurista, poichè l'attività giurisprudenziale perennemente creativa, perennemente 'libera' ha lui soprattutto come protagonista.

---

di 'organismo giuridico'). Lo stesso Romano usa del resto, come è noto, il termine «corpo sociale» per indicare il diritto (cf., in senso anche più determinato ed esplicito, CESARINI-SFORZA, *DP* 41 ss.); ma anche quest'uso risulterebbe qui troppo impegnativo.

Infine: dato che l'attività giurisprudenziale si presta ad essere considerata anche in sè, indipendentemente dallo *status* dei soggetti che la svolgono, la prospettiva del 'momento giurisprudenziale' e della giurisprudenza come attività può essere estesa fino a comprendere tutti coloro che, in uno *status* o nell'altro, esercitano tale attività: quindi non solo il giurista in senso stretto, il giurista 'puro' non investito di pubblico ufficio, ma anche il giurista giudice e il giurista legislatore, o addirittura il giudice e il legislatore in quanto tali (magari non giuristi di professione), se si dimostri che il giudicare e il legiferare sono attività per se stesse (sia pure *lato sensu*) giurisprudenziali. Nella prospettiva del 'diritto giurisprudenziale' invece, interessa soprattutto la creatività della giurisprudenza come 'corpo', corpo che è necessario tenere distinto da quello dei legislatori o dei giudici, quand'anche questi fossero reclutati tra i giuristi o risultasse che svolgono, in quanto legislatori o giudici, attività giurisprudenziale. È possibile, infatti, e abbastanza frequente, che legislatori e giudici siano giuristi; ma in quanto legiferano e giudicano essi assumono nella società e nell'ordinamento una posizione il cui profilo dominante è quello pubblico e autoritativo, non quello del giurista; profilo per cui nessuno mette in dubbio che essi producano diritto, siano 'fonti', mentre la posizione di 'fonte' della giurisprudenza è discussa, e in questa discussione (che è precisamente quella sul 'diritto giurisprudenziale') la giurisprudenza di cui si parla è appunto il ceto dei giuristi 'puri', individuati dalla sola loro competenza professionale. E sebbene si possa sostenere, come vedremo (3), che il legiferare e il giudicare costituiscono attività in senso lato giurisprudenziali, non è questo loro profilo, ma quello della provenienza da 'corpi' investiti di autorità pubblica (e dunque distinti dalla giurisprudenza-ceto) che risalta con maggiore spicco ai fini della problematica delle fonti.

Ci rendiamo conto, allora, di come la conclusione generale sulla creatività della giurisprudenza abbia non solo due diversi significati ma anche, per ciascuno di essi, una diversa estensione

---

(3) Oltre, cap. V, § III. 5.



di validità. Intesa in riferimento al 'momento giurisprudenziale del diritto', ossia come affermazione del carattere condizionatamente 'libero' e inventivo della giurisprudenza-attività, essa ha validità universale (e quindi anche attuale). Intesa in riferimento alla problematica del 'diritto giurisprudenziale', ossia come affermazione del carattere di 'fonte' della giurisprudenza-ceto, essa almeno in prima approssimazione sembra avere validità limitata ad alcuni sistemi storici, e comunque ammettere, nei diversi sistemi, forti variazioni sotto il profilo quantitativo. Non solo: ma nel primo caso la sua validità sembra sottratta, nel secondo almeno in qualche misura sottoposta alla verifica e al giudizio della teoria generale del diritto: dire che la giurisprudenza è fonte significa dire che il 'diritto' giurisprudenziale è vero diritto, e per stabilire cosa sia vero diritto non soccorrono criteri altrettanto certi, altrettanto fattuali quanto quelli che portano a riconoscere la parte di libertà dell'interpretazione. Il 'diritto' giurisprudenziale può essere respinto nel non giuridico sulla base di una definizione restrittiva previamente adottata.

Si delinea, così, abbastanza naturalmente l'organizzazione della materia che resta da trattare. Essa viene a dividersi nei due complessi problematici della giurisprudenza 'fonte' e della giurisprudenza 'libera', e a trovare unità nella conclusione generale intesa nel suo significato pregnante. Il seguito di questo capitolo sarà dedicato al primo complesso problematico, il capitolo V raccoglierà le riflessioni suggerite dal tema della giurisprudenza 'libera' e dalla conclusione generale. S'intende che potrà esservi, nella distribuzione dei singoli argomenti, qualche incertezza (nel mondo storico, che è quello del diritto, i confini sono approssimativi, ogni partizione *periculosa est*), e magari qualche deliberato spostamento rispetto all'ordine sistematico per ragioni di opportunità e di efficacia espositiva.

II. 1. Il tentativo di condurre un discorso teorico intorno al 'diritto giurisprudenziale' è esposto ad alcune obiezioni preliminari.

Si può osservare anzitutto come siano rimaste escluse dalla nostra indagine storica, che si è limitata a ricostruire nella loro

concreta e completa, irripetibile individualità due sole — anche se grandiose — esperienze di diritto giurisprudenziale, altre individualità di cui si intuiscono la complessità e l'importanza: tali il diritto ebraico, il diritto islamico, il diritto indiano (4); il diritto canonico *ante Codicem*; soprattutto il *common law* e il moderno diritto internazionale. Nessun dubbio sulla validità dell'obiezione: si può solo rispondere che, nella consapevolezza di tali limiti, si è inteso qui offrire alcuni *p r i m i e l e m e n t i* di una teoria, e che dovendo scegliere tra l'approfondimento e l'estensione della base storico-comparativa, è parso preferibile non sacrificare il primo, seguendo almeno nelle sue fasi più salienti una vicenda di cui l'attuale nostra civiltà giuridica non è che l'ultimo episodio. Del *common law* terremo comunque conto per quanto riguarda, nella sua astrattezza, il principio del precedente vincolante (5).

La stessa iniziativa di una generalizzazione potrebbe, poi, essere contestata in nome del 'rivivere' individualizzante, proprio — almeno secondo una concezione che già Dilthey ha reso classica — delle scienze storiche. Senza pretendere di risolvere questioni così complesse come quella della natura della conoscenza storica o dei rapporti tra conoscenza dell'individuale e conoscenza del generale (6), e rinunciando a difendere diret-

(4) Questi diritti, rimasti fino ad oggi ai margini della nostra area culturale, sono stati studiati, come diritti giurisprudenziali, soprattutto da E. LAMBERT, in *La fonction du droit civil comparé* (1903): un'opera che, pur condizionata dall'intento di mettere in massimo risalto la funzione creatrice dei giudici, è ricca di materiale dal quale può desumersi l'importanza degli esperti di diritto non investiti di funzione giurisdizionale. Sul diritto islamico si vedano, nella precisa nostra prospettiva, gli articoli di A. D'EMILIA: *Sulla dottrina quale fonte di diritto*, in *SD* 1945, 19-36; *Forma e sostanza della 'interpretatio prudentium' nell'Islam medievale sunnita*, in *St. Betti* I (1962) 93-115, ai quali avrò ancora occasione di riferirmi per il loro contenuto teorico. Non ho potuto vedere H. A. RABIE, *La doctrine comme source créatrice de la règle juridique en droit musulman*, 1949 (vedi la recensione di F. MILANI, in *RIFD* 1954, 331 s.).

(5) Vedi oltre, 410 s.

(6) La tesi dell'opposizione è stata ultimamente sostenuta, con una radicalità che la rende insieme più avvincente e — forse — meno convincente, nel serrato, suggestivo saggio di P. PIOVANI, *Filosofia e storia delle idee*, 1965. La critica al generale in nome dell'individuale è

tamente il valore oggettivo delle generalizzazioni, mi limiterò ad osservare che, se da un lato la 'teoria' ha indubbiamente bisogno della storia, dall'altro lato un conoscitore rigoroso di pure individualità storiche sarebbe esposto a compromettere la stessa individualità sua propria, intesa come unità dei contenuti di coscienza e centro di orientamento dell'azione: ora, questa individualità unitaria, che con le sue esigenze di vita promuove le generalizzazioni, è a sua volta punto di partenza dell'indagine storiografica. Infatti l'esperienza 'teorica', strutturando e consolidando l'individualità del soggetto conoscente, creandogli i 'suoi problemi', fa di lui con ciò stesso un più attivo portatore di curiosità storica, e insieme lo munisce di strumenti interrogativi e interpretativi, di *Vorfragen* da cui dipende in larga misura la sua possibilità di rievocazione e penetrazione degli individuali. Con una punta di paradosso: la 'teoria' rende 'storico' (cioè individuato e figlio del suo tempo: *geschichtlich*) lo storico (*Historiker*): ma questa storicità dà animazione e suggerimenti al suo conoscere storico (7); tra conoscenza teorica e conoscenza storica vi è dunque un rapporto non di esclusione, ma di attiva circolarità, nella quale i termini si arricchiscono a vicenda.

Quale valore teoretico (o almeno euristico ai fini di ulteriori indagini storiche) abbia 'il' diritto giurisprudenziale contemplato al di fuori dei diritti giurisprudenziali concreti, è que-

---

motivo tra i più profondi dello storicismo posthegeliano; essa non nasce da una semplice posizione dialettica di antitesi, ma dall'avvertito fascino dell'*individuum* che, come dicevano gli scolastici, *est ineffabile*. Con gli argomenti critici sommariamente esposti nel testo (vedi anche G. CALOGERO, *Etica, giuridica, politica* [1946] 298-303, spec. 300 s.) non intendo quindi svalutare quello che mi pare un *Erlebnis* estremamente significativo della storiografia, del pensiero e in genere della mentalità moderna.

In campo strettamente tecnico-giuridico l'opposizione tra storia e teoria si incontra sia come negazione dell'utilità della storia per la dogmatica, sia come negazione dell'utilità della dogmatica per la storia.

(7) Non occorrono più ampi svolgimenti su questo punto: basta rinviare, per gli ultimi due-tre decenni, alla fervida discussione sviluppatasi in Germania, da R. BULTMANN a H. G. GADAMER; discussione in cui, da parte italiana, è intervenuto originalmente e criticamente, tra gli altri, E. BETTI.

stione che i canoni metodologici, per quanto attendibili, non possono del resto risolvere *a priori*, nè garantendo interamente il successo, nè esimendo senz'altro dalla fatica di una ricerca alla quale, in definitiva, spetta di giustificare o invalidare se stessa.

Il discorso generalizzante intorno al diritto giurisprudenziale può — e deve, se vuol essere comprensivo — condursi da diversi punti di vista, tra loro complementari. Anzitutto da quello della 'teoria generale' del diritto (risposta alla domanda: in che modo il diritto giurisprudenziale è diritto). Poi da un punto di vista sociologico (a quali situazioni sociali, politico-costituzionali, economiche, ideologiche corrisponde il formarsi di un diritto di questo tipo). Poi ancora dal punto di vista dei valori (ed eventuali disvalori) tecnici, etico-giuridici e generalmente umani del diritto giurisprudenziale. Con l'avvertenza, già fatta, che molto di ciò che vale per il diritto giurisprudenziale tutto spiegato vale anche per il momento giurisprudenziale presente in ogni diritto, tratterò qui del diritto giurisprudenziale dai primi due punti di vista indicati: riservando invece l'ultimo ordine di riflessioni, come quello che più spiccatamente degli altri abbraccia entrambi gli aspetti della nostra conclusione fondamentale, al capitolo V.

2. *A.* La domanda se la giurisprudenza sia, in talune esperienze storiche, fonte di 'vero' diritto, può ricevere due risposte globali di ispirazione profondamente diversa. In una prima prospettiva, il dubbio può sembrare addirittura futile. Il diritto giurisprudenziale, si risponderà, è diritto perchè per secoli è stato sentito, portato, forse sofferto come diritto dagli uomini; ha risolto, tramite i consulenti, le loro controversie; è stato applicato, quando l'accordo non si trovava, dai loro giudici. Di fronte alla grandiosità di un fenomeno tanto radicato e ramificato nello spazio e nel tempo da apparire connaturale alla forma stessa del fenomeno giuridico, il legalismo, si dirà, appare come la pianticella avventizia, il seme gettato dall'assolutismo particolaristico e maturato nel clima dell'ancora giovanissima rivoluzione industriale e sociale; la *lex*, atto puntuale del potere sovrano, non è che un episodio nella vivente conti-

nuità dello *ius*; le 'teorie generali', anzi lo stesso concetto di teoria generale del diritto, sono l'ultimo prodotto del positivismo legalista e non hanno quindi giurisdizione su un fenomeno che la storia stessa si incarica di accreditare.

In una seconda, e opposta, prospettiva si osserverà che all'origine e al centro di ogni diritto giurisprudenziale vi è sempre un nucleo — magari mitizzato — di diritto legale, che i giuristi di ogni tempo hanno concepito il loro lavoro anzitutto come *interpretatio*, che la giurisprudenza o prepara o commenta, ma non produce il diritto, che essa è essenzialmente conoscenza tesa a rendersi sempre più imparziale e scientifica, che ben di rado le si è riconosciuta esplicitamente un'autorità normativa, insomma che essa o è informazione sul diritto o è una pura componente storica come tante altre, la cui influenza si esaurisce nel mondo del pre- o del paragiuridico. Si potrà ricorrere alla distinzione tra verità storica e verità normativa, asserendo che la giurisprudenza è fonte per l'osservatore esterno, non per quello interno all'ordinamento. Si dirà ancora che il legalismo, ultimo venuto, rappresenta tuttavia il principio o il regime più progredito; che la moderna teoria generale è competente, per cresciuta esperienza, a valutare la giuridicità, piena o meno piena, delle forme del passato.

La linea di ricerca più fruttuosa e insieme rassicurante sembra passare per una via media. Si tratta da un lato di non lasciar cadere l'imponente testimonianza di civiltà giuridiche illustri, e l'insegnamento che può forse venirne per la migliore comprensione di ogni (anche della nostra) esperienza giuridica; e d'altro lato di rispettare e valorizzare i raggiungimenti più sicuri della moderna consapevolezza teorica. La teoria generale non sarebbe generale se in nessun modo riuscisse ad accogliere il diritto giurisprudenziale; ma il diritto giurisprudenziale non sarebbe diritto se in nessun modo rientrasse nelle categorie della teoria generale. Il diritto giurisprudenziale dovrebbe dunque servire, con il suo 'impatto' poderoso, a collaudare, dilatare, irrobustire la teoria generale; questa con il suo rigore, ma anche mobilitando tutte le sue risorse, a verificare, inquadrare, esprimere la giuridicità di quello. Si può così sperare che, nel farsi strada attraverso la teoria generale,

il diritto giurisprudenziale vada insieme assumendo una sua più garantita, più articolata fisionomia giuridica e contribuendo all'arricchimento e alla purificazione della nozione stessa di diritto (8).

Prima di iniziare a percorrere la via di indagine che ci siamo tracciati, resta da fare un'ultima osservazione a proposito della divisione della materia. La discussione sul punto se la giurisprudenza sia fonte di diritto positivo solleva due ordini principali di problemi, almeno in parte distinti: le conoscenze storicamente acquisite sul 'diritto' giurisprudenziale possono essere confrontate da un lato ai tratti che caratterizzano il diritto positivo come diritto, dall'altro a quelli che lo caratterizzano come positivamente esistente. Nel seguito del mio discorso mi atterrò a questa distinzione tra 'essenza' ed 'esistenza' del diritto (9), avvertendo che essa risulta delicata e talvolta imperfetta per avere la moderna teoria generale, nell'ispirazione antigiusnaturalista e in senso lato storicista da cui è sorta (10), introdotto nella nozione stessa di diritto elementi attinenti all'esistenza storico-positiva.

*B. a)* Nel confrontare il 'diritto' giurisprudenziale al concetto di diritto, non possiamo non orientarci, almeno in prima approssimazione, ad una nozione in senso lato *normativa*. È questo, mi sembra, un punto in cui il *controllo* da parte della teoria generale deve prevalere sul *contributo* da parte del diritto giurisprudenziale. Se la giurisprudenza si esaurisse in pure influenze fattuali, o se non producesse norme sue proprie ma, per esempio, solo progetti di norme o proposizioni

(8) È appena necessario avvertire che gli svolgimenti che seguono non pretendono di costituire l'unica via media possibile, e tanto meno risolvere sotto tutti i punti di vista problemi spesso tra i più classici e ardui della teoria generale, ma intendono solo indicare una prospettiva nella quale il fenomeno giurisprudenziale sembri trovare verifica ed espressione non inadeguate.

(9) Ad essa corrispondono gli argomenti toccati rispettivamente nei §§ II.2 e II.3. Ho già usato ripetutamente (e userò ancora, specialmente qui oltre *sub C.*) i termini 'essenza' ed 'esistenza' riferiti alla norma, ma in un senso un po' diverso da quello che gli stessi termini hanno qui, riferiti al diritto: su questa diversità vedi oltre, n. 97.

(10) Cf. oltre, cap. V, § III.2 i. f.

su norme, si avrebbero certo molti dubbi a parlare di diritto giurisprudenziale; in proposito dovremo quindi scrupolosamente rassicurarci a suo tempo (11). Ma la teoria normativa non è soltanto l'esaminatrice severa del diritto giurisprudenziale: tutta una parte della nostra ricerca storica si è già, naturalmente, servita di categorie offerte dal normativismo. Il nostro interesse più vivo alla ricostruzione dettagliata dei diritti giurisprudenziali in concreto è stato di vedere come la giurisprudenza abbia fatto per riempire il vuoto di produzione normativa lasciato aperto dagli Stati. La fondamentale distinzione tra diritto giurisprudenziale e diritto legale si è posta in termini di una classificazione di *n o r m e* a seconda dell'origine, della fonte: la stessa nozione di fonte, come quella di autorità o di autorevolezza della giurisprudenza, presuppone necessariamente, tra le altre, la nozione di norma. Lo sviluppo assunto, nel diritto romano come nel diritto comune, dalla giurisprudenza consulente, ha attirato la nostra attenzione sulla categoria spesso negletta delle *n o r m e* individuali; la pubblicazione dei consigli, la circolarità tra contributo del singolo e tradizione, sono fenomeni che si chiariscono nella loro portata giuridica se intesi come riguardanti il rapporto tra norme individuali e norme generali (12) o un particolare processo di positivizzazione della norma.

Ma il diritto giurisprudenziale, se trova nel normativismo un controllo ed una espressione della propria giuridicità, esige peraltro un allargamento decisivo della nozione di norma. Già il concetto di norma individuale ci prospetta una normatività che non precede, non preordina interamente l'azione, ma l'affianca e la sostiene nello stesso suo farsi. Soprattutto non è possibile ammettere l'esistenza di norme giurisprudenziali senza dare a 'norma' un significato diverso da quello di 'comando del potere sovrano': e ciò, si badi, anche in un'indagine che

---

(11) Vedi oltre, *sub C.* e *3.B.*

(12) Su altri aspetti che rendono necessaria la categoria della norma individuale vedi oltre, 399; ma la sua fondazione ultima, valida per tutta l'esperienza giuridica, è nella considerazione della giurisprudenza come attività, attività sempre — in qualche misura — creativa: cf. oltre, cap. V n. 21.

voglia, programmaticamente, limitarsi al diritto 'statale', cioè 'giustiziabile' (13) da parte degli organi dello Stato, escludendo altre norme sociali di cui non viene con ciò negata la giuridicità (14). La 'giustiziabilità' fa apparire comando del potere sovrano tutt'al più la norma individuale emanata dal giudice, e solo alle parti in causa; il giudice — e gli stessi privati fuori della lite — si regolano invece su una norma consegnata nella tradizione di esperti senza potere o partecipi di un potere *sui generis* (15). Vedremo, inoltre (16), come la giurisprudenza sia per più versi solidale con la norma di tipo 'istituzionale' o consuetudinario, anch'essa non proveniente dal potere. Infine la giurisprudenza, come abbiamo constatato studiando l'esperienza romana (17) ma come si può affermare in generale senza timore di smentite, è altamente e specificamente produttiva nei confronti dei 'principii' giuridici, i quali hanno una realtà non meno attivamente normativa delle norme in senso stretto (ammesso che se ne distinguano qualitativamente); ed anche i 'tipi', affini per certi lati alla norma istituzionale e sui quali la giurisprudenza lavora con predilezione (18), esercitano, pur senza essere creati dal potere, un'effettiva norma-

---

(13) Uso la parola nel senso dato al termine *justiciable* nella letteratura anglosassone, e oggi largamente adottato anche da autori continentali. Si veda, per un'elaborazione accurata, H. KANTOROWICZ, *La definizione del diritto* (tr. it., 1962) cap. V, spec. 141-143. È chiaro che, ponendo l'accento sulla giustiziabilità del diritto, ho in mente un concetto di Stato in cui l'aspetto di « ente sociale sovrano per i suoi poteri giurisdizionali » prevale su quello di « ente sovrano per i suoi poteri di creazione giuridica » (cito da CESARINI-SFORZA, *DP* 15 s.). L'ordinamento 'statale' si raccoglie intorno al giudice come intorno al suo principio di individuazione, senza che con ciò sia negata la realtà e l'importanza di norme generali emesse dal potere centrale. Per quanto riguarda le norme 'di struttura', non direttamente 'giustiziabili' eppure appartenenti all'ordinamento, cf. oltre, cap. V n. 1.

(14) Su questa limitazione al diritto 'statale' vedi sopra, I; 84; e cf. oltre, cap. V, § I.1; § III.8.

(15) Su questo punto vedi oltre, cap. V, § I.1.

(16) P. 398 s., n. 41 e rinvii.

(17) Vedi sopra, cap. I, § V.2.A.

(18) Vedi, anche su questo punto, la breve analisi del metodo giurisprudenziale romano: cap. I, § V.2.B.



tività. Volere escludere tutte queste figure dal concetto rigoroso di norma e quindi dal diritto significherebbe, mi pare, isterilire la teoria normativa per difenderne la purezza (19).

*b)* Indispensabile, il concetto di norma — sia pure allargato — non è peraltro risultato sufficiente. Più volte, e specialmente nel descrivere il modello del diritto comune, abbiamo dovuto far ricorso alla nozione di *o r d i n a m e n t o*. Già l'individuazione della norma 'giustiziabile' la presuppone, rinviando all'idea del giudice come organo competente dell'ordinamento statale; e senza il riconoscimento della norma 'giustiziabile' non sarebbe stato possibile, ad esempio, distinguere la giurisprudenza 'forense' dai semplici indirizzi di studio giuridico fioriti nel periodo intermedio (20). Sempre a proposito del diritto comune, la nozione di ordinamento ci è servita anche per mettere in luce tutto un lato dell'attività dei giuristi che non si esauriva nella formulazione di norme di condotta, ma incideva sulla struttura dell'ordinamento come tale (21). Ma soprattutto il concetto stesso di giurista, di giurisprudenza, implica una qualificazione che distingua, tra i privati non investiti di pubblici uffici, gli abilitati a produrre la norma giurisprudenziale. In certi periodi questa qualificazione può essere molto precisa: si pensi ai titoli di dottore nel medioevo, di membro del collegio pontificale nella Roma altorepubblicana; in altri periodi, o sotto altri profili, potrà essere più vaga: si pensi al giurista romano classico che risponde *fiducia studiorum suorum* e sulla base del prestigio acquisito nella vita politica, o alle discussioni medievali per stabilire le *auctoritates* maggiori: i grandi nomi come Bartolo o Baldo, i grandi libri, i giudici di Rota, i santi... (22). Una qualificazione, comunque, ci vuole: la stessa giurisprudenza è un 'istituto'. E, possiamo ben dirlo, un istituto dell'*o r d i n a m e n t o* statale.

(19) Per altre, e ancor più peculiari caratteristiche presentate talvolta dalla norma giurisprudenziale vedi oltre, § II.4.B; cap. V, § I.4.

(20) Cf. sopra, 84.

(21) Vedi sopra, cap. II, § II.2.B; e quanto abbiamo detto ivi, § III, per caratterizzare i vari periodi del diritto comune dal punto di vista della variabile 'A'.

(22) Cf. sopra, 171 s.; 176; 177 s.

La partecipazione della giurisprudenza, in varie forme, alla produzione della norma giuridica non è solo un fatto: viene pensata, teorizzata, variamente sancita e disciplinata (23). Anche se viene negata, ciò che si intende negare è la giuridicità di tale partecipazione, quali che siano i fatti. Ma questa giuridicità che viene affermata o negata non può interpretarsi meglio che come corollario dell'ammissione della giurisprudenza tra gli organi produttivi dell'ordinamento.

S'intuisce, in altri termini, che una qualche definizione della giurisprudenza e dei suoi poteri sul diritto non è estranea allo stesso diritto; ma che questa interiorità al diritto può essere meglio compresa se si integra la visione puramente normativa del diritto con quella ordinamentale. Ciò è del resto opportuno in ogni discorso sulle fonti. Il concetto di diritto 'positivo' rinvia a quello di fonte, e il concetto di fonte a quelli di norma e di ordinamento: la fonte è fonte *di* diritto (e questo non sembra poter significare che: di norme), ma lo è *nel* diritto (e questo non sembra poter significare che: nell'ordinamento).

Insomma l'esistenza di una giurisprudenza qualificata e di ben definiti suoi rapporti causali con certe classi di norme rilutta a lasciarsi concepire come puro e semplice fatto extra-giuridico; ma insieme attrae con notevole forza persuasiva (non si può dire, mi pare, dimostrativa) a riconoscere la giuridicità dell'organizzazione in quanto tale, cioè in quanto trascendente, in qualche modo, la pura e semplice norma.

Qui la riflessione sul fenomeno giurisprudenziale può forse essere di aiuto alla teoria generale nel suo sforzo di conquistare una visione chiara e soddisfacente dei rapporti tra norma e ordinamento, e quindi della natura stessa dell'ordinamento.

Vi è, tra le varie teorie dell'ordinamento, concordanza su un punto: normatività e ordinamentaltà del diritto non si escludono, sono, anzi, aspetti strettamente solidali e complementari di cui l'uno chiarisce e integra l'altro. In particolare, la considerazione della norma in sè, fuori della sua connessione ordinamentale, è oggi generalmente abbandonata; la più sistematica e convincente dimostrazione della necessità di risalire

---

(23) Su ciò vedi oltre, *sub C.*

dalla norma all'ordinamento per comprendere la stessa norma giuridica positiva è stata data da Bobbio (24). Ma se è comune l'assunzione della teoria della norma nella teoria dell'ordinamento, non altrettanto comune è il modo di concepire questa assunzione. Occorre notare che, affermandosi sempre più largamente, il termine 'ordinamento' ha finito col prendere una pluralità di significati, di cui almeno due vanno qui tenuti distinti. Il primo è quello, introdotto da Santi Romano, di 'ente o corpo sociale', di 'organizzazione'; il secondo è quello, che si incontra per esempio nelle opere di Kelsen, di 'insieme' o 'sistema' di norme. Abbiamo cioè una teoria che potremmo chiamare 'organica' o 'istituzionale', e una teoria che potremmo chiamare 'normativa' dell'ordinamento. Ora, l'una e l'altra assumono in sé e superano la teoria del diritto come semplice norma, ma in modo diverso: la prima, mostrando che l'ordinamento, realtà di per sé non normativa, precede e include le norme (tra l'altro, in quanto le pone); la seconda, mostrando che l'ordinamento, pur risolvendosi in una totalità di norme, ha, in quanto totalità, specifici caratteri e funzioni, da cui nascono problemi suscettibili di trattazione autonoma.

Ora, quella trascendenza dell'ordinamento — come organizzazione — rispetto alla norma, che il fenomeno giurisprudenziale, secondo ciò che si è detto, persuade a riconoscere, non sembra potersi esaurire nel semplice rapporto tra il tutto e la parte; ciò significa che l'ordinamento non sembra potersi risolvere in un puro e semplice sistema, cioè in una serie di relazioni e proprietà meramente logiche delle norme, come la unità, la coerenza, la completezza, e così via (25).

(24) Nei corsi universitari *Teoria della norma giuridica* (1958) e *Teoria dell'ordinamento giuridico* (1960), che sono da considerare come le due parti di un'unica opera.

(25) È questo, a mio parere, il pericolo solo incompletamente evitato dalla citata *Teoria dell'ordinamento* di BOBBIO, la quale, pur partendo (cf. p. 7) dall'intento di mostrare la norma giuridica come necessariamente inserita in una « complessa organizzazione » ordinamentale, si preoccupa poi soprattutto dei problemi attinenti all'unità, coerenza e completezza dell'ordinamento, che è quanto dire, appunto, dei problemi dell'ordinamento come sistema. La prima contrapposizione a me nota

È necessario, allora, aderire alla teoria 'istituzionale' dell'ordinamento? Essa ha indubbiamente, dal nostro punto di vista, considerevoli pregi. L'ordinamento — il diritto — come 'corpo sociale' che produce le norme, la giurisprudenza come organo o corpo minore, anch'esso produttivo, compreso nel primo, e magari a sua volta comprensivo di quegli organi produttivi minimi che sono i singoli giuristi... non sembra pensabile una rappresentazione capace di rendere con più immediata evidenza l'omogeneità tra fenomeno giurisprudenziale e diritto, l'interiorità di quello a questo.

In una prospettiva del genere, tuttavia, è il fenomeno giuridico in sé a risultare eterogeneo (26). 'Corpi sociali' e sistemi di norme sono realtà di ordine diverso, e nel definire il diritto occorre attribuire ad una sola tra esse la funzione di *genus proximum* (ciò che non preclude la possibilità di desumere dall'altra la differenza specifica). Ora non sembra conveniente,

dell'ordinamento come organizzazione all'ordinamento come sistema si trova proprio in S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*<sup>2</sup> (1946; rist. 1962) 13: «Esse [*scil.* le correnti teorie dell'interpretazione] non si limitano... a porre in rilievo che l'ordinamento giuridico è un 'sistema' di norme concatenate fra di loro logicamente... molte volte si va al di là di questo concetto... per accennare ad un altro concetto sostanzialmente diverso». Romano non è però rimasto interamente fedele a questa contrapposizione: cf. PARESCHE, in *RIFD* 1933, 215 s. n. 1: «Va rilevato che tra queste ultime espressioni [*scil.* quelle in cui Romano definisce il diritto come 'posizione della stessa società', e simili], che meglio si avvicinano alla concezione accettata nel testo, e le altre... secondo le quali la istituzione sarebbe 'una sfera a sé più o meno completa di diritto oggettivo', vi è una sostanziale contraddizione, in quanto nel primo caso l'ordinamento giuridico è concepito sotto il suo aspetto meramente statico, mentre nel secondo si accenna ai caratteri che lo rendono dinamico e vitale». Per una distinzione tra l'ordinamento come istituzione e l'ordinamento come sistema di norme vedi già CESARINI-SFORZA, *DP* 14 n. 1. Diversa, ma non del tutto priva di legami con la precedente, è la distinzione tra ordinamento e sistema di cui sopra, cap. II n. 4.

(26) Gli sviluppi che seguono qui *sub b)* non mirano a negare la realtà e la rilevanza del 'corpo sociale' giuridico, ma ad evitare la confusione di piani nella concezione dell'ordinamento. Solo quando l'ordinamento sia situato inequivocabilmente sul piano normativo diviene possibile (e lo farò, per accenni, qui di seguito e soprattutto nel § II del cap. V) mostrare le sue connessioni con il 'corpo sociale', con l' 'organismo' giuridico.

per i motivi già accennati *sub a*) e per altri che si verranno chiarendo in seguito, rinunciare ad una definizione del diritto che parta dalla categoria della norma; non sembra conveniente, quindi, un'adesione alla teoria 'istituzionale' che consista nel classificare il diritto (e, di conseguenza, lo stesso diritto giurisprudenziale) come specie del genere 'corpo sociale'. Se l'ordinamento come sistema stenta a rendere conto dell'organizzato 'corpo' giuridico in cui la giurisprudenza così bene rientra (un sistema di norme può anche non organizzare: si pensi alle norme morali), l'ordinamento come 'corpo' organizzato rischia — ed è rischio più grave — di oscurare l'insopprimibile normatività del diritto.

Ma a ben guardare si scorge che l'insufficienza dell'ordinamento come sistema è avvertita anche all'interno della teoria normativa. Non sembra, infatti, altrimenti spiegabile l'importanza sempre maggiore riconosciuta a una categoria particolare di norme, le quali — come non è difficile vedere, pur nella varietà dei nomi e degli atteggiamenti — hanno precisamente una funzione in comune: quella di costituire l'ordinamento nel suo aspetto di organizzazione, nell'aspetto cioè per cui non si risolve in sistema di rapporti logici tra norme di condotta. Si tratta delle norme dette 'secondarie' o 'di struttura', 'di organizzazione', 'di posizione', 'di produzione', 'di competenza', in contrapposto appunto alle comuni norme 'primarie' o 'di comportamento' o 'di condotta' (27).

(27) In Kelsen mancano formulazioni esplicite, ma la sua « dinamica del diritto », e quindi la sua concezione dell'ordinamento, poggia sulla possibilità di distinguere le norme che stabiliscono le condizioni di validità di altre norme, indicando gli organi e i procedimenti attraverso i quali devono essere poste, dalle norme che semplicemente prescrivono determinati comportamenti. La distinzione è invece chiaramente formulata, e messa in relazione con le esigenze del diritto come ordinamento, da BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento* cit., 21 s.; 35-37; pur con la tendenza (una tendenza che esito a condividere, e che è in contrasto con alcune frasi dello stesso Bobbio) a ridurre le norme di struttura alle norme per la produzione giuridica, e a risolvere queste ultime (cf. anche *Teoria della norma*, 20 s.) in norme di condotta. Di BOBBIO vedi ancora, sul punto delle norme di struttura: voce *Consuetudine (Teoria generale)*, in *ED IX* (1961) 436; voce *Norma giuridica*, in *NDI XI* (1965) 336 s. (qui le norme di struttura vengono chiamate,

Certo, ogni norma 'bilaterale', 'imperativo-attributiva' di condotta è organizzante (28); ma le norme di struttura, e particolarmente le norme sulle fonti, sono organizzanti nel più alto grado, organizzano creando degli organi organizzatori... Il loro apporto all'ordinamento normativo è quindi essenziale.

Anche in questo modo, come si vede, un'eterogeneità permanente: le norme di struttura paiono riluttanti ad entrare nello schema (qualunque esso sia) adottato per le norme di condotta, sì che il normativismo — ancora una volta — può essere mantenuto solo a patto di spezzare o allargare considerevolmente la nozione di norma (29). Non solo: ma la teoria nor-

---

con Hart, «secondarie», definite come «norme su norme» e divise in due classi: norme per la produzione, che servono a stabilire la validità delle norme primarie, e norme «per la conservazione», che servono a renderle efficaci. Anche le norme secondarie (ed eventualmente «terziarie» e «quaternarie») sono per Bobbio norme imperativo attributive di comportamento. Ross, *DG* 32-34; 49 s.; 51; 152 s.; 192 s.; 196, distingue con la massima nettezza tra norme di condotta e norme di competenza o procedura, e sebbene consideri le seconde riducibili alle prime (come «norme di condotta indirettamente formulate»), dà loro uno schema proprio, ne tratta separatamente, le considera necessarie, insieme alle norme di condotta, a caratterizzare il sistema giuridico rispetto agli altri sistemi, mostra insomma con tutta la sua trattazione come la riduzione delle norme di competenza a norme di condotta sia possibile, ma artificiosa. Cf. p. es. 196: «La norma di competenza... è uno schema di azione in un senso diverso dalla norma di condotta, perchè indica soltanto uno schema che deve essere seguito per produrre direttive valide. La norma di competenza in sè non dice che la persona competente è obbligata ad esercitare la propria competenza. Le norme di competenza, quindi, non possono essere direttamente fatte valere dalle corti... Le norme di competenza possono trovare applicazione in una controversia solo indirettamente come presupposti del problema se esista o no una valida norma di condotta. Questa introduzione mira a sottolineare che quanto segue si riferisce unicamente alle norme di condotta, le sole norme che possono essere immediatamente 'applicate' o 'fatte valere' dalle corti». Cf. anche 50 (casi in cui l'interpretazione di norme di competenza come norme di condotta indirettamente formulate non è più possibile). Su HART vedi la n. 29.

(28) Vedi oltre, 392 s.

(29) Nessun autore ha messo in risalto questo punto più di HART, nel suo pregevole, equilibrato *CD*. Con un senso del limite autenticamente inglese (anche se, stranamente, piuttosto raro nei grandi filosofi

mativa dell'ordinamento, pur così integrata, resta tributaria della teoria 'istituzionale' in quanto senza di essa non appare in grado di spiegare l'intrinseca necessità delle norme di struttura, il loro significato squisitamente giuridico, il fine a

e teorici del diritto inglesi del passato: si pensi a Hobbes, a Bentham, ad Austin, Hart, che è, in polemica con il realismo, un convinto normativista (senza il concetto di norma « non si può sperare di spiegare nemmeno le forme più elementari di diritto »: 97), fa notare (35-51) come le teorie che riducono tutte le norme ad un unico schema (di solito quello imperativo) siano artificiali, distorte, nascondano le reali funzioni sociali del diritto e arrivano, talvolta, a risultati addirittura « grotteschi » (39). Ciò implica la necessità di abbandonare la concezione esclusivamente imperativistica della norma (59; 95). Hart distingue (ed è consapevole del carattere solo « iniziale », provvisorio, della distinzione: cf. 40) tra norme che impongono doveri (norme « primarie », o imperative, o di condotta) e norme che conferiscono poteri (norme « secondarie »). Queste ultime possono a loro volta suddividersi, anzitutto a seconda che conferiscano poteri privati o pubblici, e poi ulteriormente in una grande varietà di tipi e di funzioni, nella quale l'elemento unificatore della 'attribuzione di potere' si rifrange fino quasi a disperdersi. Particolarmente importante la distinzione delle norme secondarie, a seconda della loro funzione rispetto alle primarie, in norme di riconoscimento, di mutamento, di giudizio e di sanzione (112-116). La considerazione del diritto come unione di norme primarie e secondarie, non riducibili le une alle altre, è il nucleo stesso della teoria generale di Hart: « un carattere differenziale, se non il carattere differenziale, del diritto sta nel fatto che esso è la fusione di diversi tipi di norme » (60); « nella combinazione di questi due tipi di norme sta ciò che Austin, errando, proclamava di aver trovato nella nozione di ordine coattivo, e cioè 'la chiave della scienza del diritto' » (97). « La tesi fondamentale di questo libro è che... la loro unione può essere esattamente considerata come l'«essenza» del diritto... La giustificazione che abbiamo dato dell'attribuzione di questa posizione centrale all'unione di norme primarie e secondarie non sta nel fatto che queste compiono l'opera di un dizionario, ma nel fatto che hanno un grande potere di spiegazione » (182; cf. 282 i. f.). C'è veramente da rammaricarsi che Hart non conosca la teoria istituzionale del diritto, in particolare l'opera di Santi Romano: essa gli avrebbe consentito di spiegare nel modo più soddisfacente perchè le norme secondarie siano indispensabili al diritto. L'omissione ha però un vantaggio: essa fa della teoria di Hart una specie di riprova sperimentale della necessità del concetto di ordinamento, perchè le norme secondarie sono, nella loro più importante manifestazione, precisamente le norme istitutive di un ordinamento. Hart arriva del resto più volte a sfiorare il concetto, pur senza prenderne

cui tendono, il risultato — l'organizzazione, appunto — cui esse devono (collettivamente, a loro volta organizzandosi) pervenire. La semplice aggiunta di un certo numero di norme di struttura, delle quali non venisse in alcun modo definito il contenuto, non sarebbe ancora sufficiente a trasformare un insieme di norme di condotta in un ordinamento (30). Ciò nondimeno la categoria delle norme di struttura apre, se messa in relazione con il fondamentale fine organizzativo, la possibilità di guadagnare la prospettiva 'istituzionale' dall'interno stesso della teoria normativa, mantenendo gli irrinunciabili vantaggi di questa.

La conclusione di questa parte dei nostri rilievi risulta, allora, così formulabile: la meno inadeguata nozione di ordinamento sembra essere quella di un insieme di norme di struttura che, opportunamente combinandosi tra loro e con le norme di condotta, giungano a costituire il modello di ciò che con ordinamento intende la teoria 'istituzionale'. In una simile versione normativa dell'ordinamento-istituzione, il fenomeno giurisprudenziale viene a configurarsi come un duplice fascio di norme dell'ordinamento 'statale': da un lato le norme di struttura relative alla qualifica-

pieno possesso: così quando dimostra (108-112) la quasi impossibilità di una struttura sociale composta solo da norme primarie, e afferma (112) che l'introduzione di norme secondarie trasforma « il regime di norme primarie in quello che è indiscutibilmente un ordinamento giuridico (*a legal system*) ». L'introduzione di norme secondarie non solo « è un passo avanti importante per la società come l'invenzione della ruota... ma... può giustamente essere considerato come il passaggio dal mondo pregiudiziale a quello giuridico » (51; cf. 112 pr.).

(30) Che sia così è dimostrato p. es. dal fatto che gli stessi teorici i quali risolvono l'ordinamentarietà nella presenza di norme di struttura si chiedono poi quali e quante di queste norme siano 'sufficienti' per formare un ordinamento: penso, in particolare, alle discussioni sul punto se possa aversi un ordinamento formato da una sola norma di struttura: cf. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento* cit., 21 s. Queste e simili discussioni non avrebbero senso se non si disponesse di un parametro dell'ordinamentarietà diverso da quello della 'strutturalità' di singole norme (e, sia detto per inciso, il fatto che sia ritenuto 'possibile' un ordinamento formato da una sola norma di struttura, non quello formato da una sola norma di condotta [cf. BOBBIO, o. c. 18-21] conferma, mi pare, la difficoltà di ridurre le norme di struttura a norme di condotta).



zione dell' 'organo' giurisprudenza e alla sua capacità normativa; dall'altro le norme (di condotta; qualche volta di struttura) prodotte dalla giurisprudenza stessa. È da notare come anche in questa seconda approssimazione, diritto giurisprudenziale e teoria generale si siano prestati aiuto reciproco: la teoria generale ha saputo dare una espressiva e rassicurante rappresentazione della giuridicità del fenomeno giurisprudenziale; e quest'ultimo, rendendo sensibili alcune insufficienze dell'ordinamento come sistema, ha saputo attirare l'attenzione in sede teorica sulla giuridicità dell'organizzazione o almeno — se ci si mantiene, come è parso preferibile, all'interno di un normativismo allargato — sulla giuridicità del fine organizzativo e sulla categoria ancora non pienamente valorizzata delle norme di struttura.

c) Con ciò il diritto giurisprudenziale ha anche il merito di segnalare un'insufficienza di una teoria certamente considerevole per il suo rigore e per la sua capacità di illuminare un essenziale aspetto discriminante dell'universale giuridico: alludo alla teoria del diritto come rapporto, della norma giuridica come 'bilaterale' o 'imperativo-attributiva' (31). Non che tale

---

(31) Si vedano gli autori citati sopra, cap. I n. 67; e ancora R. TREVES, *Il diritto come relazione* (1934); VIRALLY, *PJ* 42 s. Con rapporto giuridico io intendo qui, rigorosamente, seguendo soprattutto DEL VECCHIO e LEVI, quello che si analizza nel potere (o diritto) di uno dei soggetti e nel complementare dovere (obbligo) dell'altro: quindi non il rapporto tra soggetti aventi ciascuno verso l'altro diritti e doveri, come lo intendeva Kant, ma il rapporto tra soggetti di cui l'uno ha solo il diritto e l'altro solo il dovere correlativo. Imperativo-attributiva (o bilaterale) è perciò la norma che comanda all'uno ciò che attribuisce all'altro il potere di esigere; non quella che impone doveri e insieme attribuisce poteri allo stesso soggetto. Se non vedo male, la descrizione del diritto come rapporto obbligo-pretesa e la descrizione del diritto come norma bilaterale sono equivalenti nel senso di HECK (vedi sopra, cap. III n. 378): di qui il termine 'normativo-relazionale' adottato poco oltre nel testo, e l'accento alla possibilità di un'assimilazione nella teoria dell'ordinamento. Concepisce il diritto come rapporto anche G. FASSÒ, nella sua forte ricerca su *La storia come esperienza giuridica* (1953); al concetto di rapporto (cui riconduce quello di istituzione) dà però il contenuto genericissimo di collegamento intersoggettivo, che non consente di individuare il diritto all'interno dell'esperienza storica e non può quindi direttamente servire per una teoria generale.

teoria sia incompatibile con la nozione qui adottata di ordinamento: se il diritto come ordinamento è un insieme di norme aventi la caratteristica di porre un corpo sociale, di rendere organizzata una convivenza, è da supporre che le stesse norme giuridiche di condotta — a prescindere da quelle di struttura — siano organizzanti: e tali sono precisamente le norme che diano luogo a rapporti formati ad un capo da un'aspettativa, un potere, un diritto, e all'altro capo da un impegno, un obbligo, un dovere correlativi (32). La teoria 'normativo-istituzionale' del diritto è quindi in grado di assimilare — e con indubbio acquisto in precisione — la teoria 'normativo-relazionale'. Ma appunto questa teoria, preziosa al livello dei fenomeni microgiuridici perché in grado di individuare forse più sensibilmente di ogni altra la monade o l'atomo del diritto, perde il suo potere descrittivo al livello macrogiuridico, particolarmente (ecco, a mio parere, la lacuna segnalata dal fenomeno giurisprudenziale) là dove si tratti di seguire e sempre meglio cogliere in tutta la loro complessità gli organi o processi di positivizzazione, insomma le fonti del diritto.

d) La duplice esigenza da cui muove la nostra ricerca — controllare *ed* esprimere la giuridicità del 'diritto' giurisprudenziale — ci ha dunque condotti ad una concezione del diritto come ordinamento inscindibilmente normativo ed organizzativo, ossia come insieme di norme di struttura e di norme (imperativo-attributive) di condotta, le quali combinandosi istituiscano un corpo sociale: nel nostro caso, la società 'statale'.

In questa concezione, come abbiamo visto, il fenomeno della produzione giurisprudenziale di diritto subisce un controllo sufficientemente rigoroso; e grazie all'estensione e differenziazione del concetto di norma, trova modo di esprimersi in molte direzioni importanti. Sotto il secondo profilo, tuttavia, una certa insoddisfazione permane. Sembra che, a raffigurare il diritto come insieme di norme (sia pure organizzanti), qualcosa nel fenomeno giurisprudenziale vada perduto: esso appare interamente

(32) Sulla relazione tra norma bilaterale e ordinamento cf. CESARINI-SFORZA, *DP* 14 s.; oltre, s'intende, all'opera di LEVI citata sopra, cap. I n. 67.

preordinato, pianificato, inquadrato; privo, insomma, di un dinamismo suo proprio.

Il modello prescelto ci mostra, sì, le fonti — e tra esse la giurisprudenza — attivamente al lavoro; ma questa loro laboriosità si svolge tutta all'interno del sistema già costituito: costituito come? da chi? Non avranno, le fonti stesse, influito sul suo costituirsi? Non dovrà rientrare in qualche modo nel giuridico l'attività produttrice delle norme di produzione? Proprio la giurisprudenza, tra tutte le fonti, presenta in modo spiccato questo carattere di iniziativa che costantemente precorre e quasi strappa a cose fatte i riconoscimenti formali. Come non può limitarsi (lo sappiamo dal giusliberismo) ad 'esporre' o 'applicare logicamente' preesistenti norme di condotta, così essa di solito non si limita (ce lo insegna tutta la sua storia) ad 'eseguire' preesistenti norme di struttura che 'contemplino' il suo costituirsi come corpo e il suo operare in qualità di fonte. Assai più spesso la giurisprudenza *conquista* il proprio posto nell'ordinamento e con ciò stesso conquista all'ordinamento un *nuovo* elemento di organizzazione; la norma di produzione che la riguarda viene in certo modo *dopo* la produzione stessa.

Anticipo fin d'ora la sintesi di quanto ci si andrà analiticamente chiarendo: i motivi di insoddisfazione verso il modello normativo-ordinamentale provengono tutti da una sfera che potrebbe chiamarsi quella del diritto come *attività* o come *azione*. Il problema che si pone è, allora, se occorra addirittura rovesciare l'impostazione fin qui seguita, orientandosi a una teoria del diritto in cui la categoria dell'azione *sostituisca* quelle di norma e di ordinamento, o se sia possibile integrare il momento dell'azione nella teoria normativo-ordinamentale.

Non credo siano consentite, in questa materia, risposte apodittiche generalmente valide. Si possono, tuttavia, indicare non poche buone ragioni che consigliano, almeno, di cercare *prima* nella direzione dell'integrazione.

Ci sono intanto i motivi, sui quali ci siamo già soffermati, specificamente suggeriti dal fenomeno giurisprudenziale. È chiaro che in una concezione del diritto come attività giuridica, comunque intesa, la giurisprudenza troverebbe subito il suo po-

sto: ma assolverebbe, una teoria generale così immediatamente espressiva, anche alla sua funzione di controllo? Saremmo sicuri che la giurisprudenza è fonte di 'vero' diritto? E come individuare, senza ricorrere alla nozione di ordinamento, il diritto 'statale', al quale abbiamo inteso limitarci e che, se non è tutto il diritto, è pur sempre anch'esso diritto?

Inoltre, non è possibile prescindere dai caratteri che presentano, in concreto, le concezioni riconducibili all'idea del diritto come attività, o esperienza, o azione. L'indirizzo certo più significativo, largamente rappresentato se non prevalente nella filosofia giuridica italiana del Novecento (33), muove — pur con grande varietà di atteggiamenti — dall'ispirazione in qualche modo unitaria di ricollegare il diritto, che in quanto norma od ordinamento appare piuttosto come un dato del mondo oggettivo, al soggetto agente, che di quel mondo è l'autore. Ora, questa ispirazione non conduce — nè di solito vuole condurre — all'edificazione di 'teorie generali', bensì alla comprensione filosofica del diritto; la categoria dell'azione viene appunto prescelta per spiegare il diritto non entro il suo stesso ambito, ma entro una visione complessiva della vita (34): quindi mostrandolo, in conformità con le visioni della vita adottate, ora come attività, o grado, o 'guisa', o 'momento' dello spirito (35), ora come esperienza costruttiva integrantesi nella to-

(33) Sarebbe interessante, ma non facile, indagare sui motivi per cui questa propensione alla considerazione del diritto *a parte subiecti* è particolarmente diffusa tra gli studiosi italiani. Assai diversa è l'ispirazione da cui muovono, nell'accentuare il momento dell'azione, indirizzi teorici affermatasi all'estero, come quelli ricordati alla fine della n. 50.

(34) Accolgo la distinzione tra teoria generale (scientifica) e filosofia del diritto proposta da P. PIOVANI, per la prima volta in *LF<sup>1</sup>* cap. II, e condivisa da S. CORTA, o. c. alla n. 37, 38 s.; 51-57. Tra teoria generale e filosofia del diritto, come tra scienza e filosofia, si tratta beninteso (se è lecito applicare qui analogicamente una famosa formula maritainiana) di « distinguer pour unir », non per separare; anzi gli stessi confini sono fluidi, soprattutto in concreto.

(35) Sono note al riguardo le posizioni di CROCE e di GENTILE, da cui dipende, con pregevoli spunti e variazioni, la corrente idealistica della filosofia giuridica italiana; un approfondimento personale inteso a superare quelle posizioni pur accettandone i comuni presupposti pro-

tale esperienza con cui l'individuo, non puro spirito ma fragile, contraddittorio e pur vittorioso esistente, fa e salva la storia, se stesso e il proprio mondo (36).

Si comprende allora come la categoria dell'azione giuridica elaborata in queste prospettive possa difficilmente sostituire quelle di norma e di ordinamento nella funzione di offrire gli elementi per una definizione del diritto al livello della teoria generale. E in effetti, mentre la nozione di 'insieme di norme, ecc., organizzanti un corpo sociale' evoca un'immagine già sufficientemente completa — e ulteriormente completabile — del fenomeno giuridico, sembra difficile, sul piano della teoria generale, pervenire ad un concetto di attività giuridica che non dipenda dalla nozione ordinamentale, che non sia cioè anzitutto, più o meno spiegatamente e dichiaratamente, il concetto di 'attività organizzante un corpo sociale mediante norme' (37).

blematici è, per esempio, quello di W. CESARINI-SFORZA, da ultimo in *Filosofia del diritto*, 1955. Su *L'intuizione del diritto come attività*, in riferimento non solo all'idealismo, si veda l'articolo di PIOVANI, ora in *SF* 73-101 (alcune riserve risulteranno dal seguito immediato del mio discorso).

(36) Alludo soprattutto, come è chiaro, al pensiero di G. CAPOGRASSI. Per altre, diversificate rifrazioni dell'idea di esperienza giuridica vedi R. TREVES, *Diritto e cultura*, 1947.

(37) Questo concetto, a ben guardare, si trova alla base del più recente tentativo rivolto a configurare il diritto come attività secondo una prospettiva filosofica di tipo fenomenologico. In *Primi orientamenti di filosofia del diritto* (corso univ., 1966), S. COTTA, dopo avere desunto dalla teoria generale (78-87) i caratteri di « praticità, socialità, imperatività, formatività » del diritto genericissimamente inteso (87-100), definisce l'attività giuridica come « attività indirizzata al fine della creazione o della conservazione della società » (124) e mette in relazione con questo fine i caratteri formali (di « pubblicità », « imperativo-attributività », « socionomia », « tipicità », « garanzia », « coordinamento ») che la azione giuridica fenomenologicamente presenta. Appare sufficientemente chiaro, nonostante alcune oscillazioni terminologiche, che l'attività giuridica a cui Cotta pensa non è dicotomizzata in 'produttiva di diritto' e 'conforme al diritto già prodotto', ma abbraccia l'uno e l'altro aspetto in quanto informata all'idea stessa del diritto: idea che, ad analizzare il fine e i caratteri assegnati all'attività giuridica, risulta appunto convertibile con quella di organizzazione normativa della convivenza.

Per alcuni tentativi di costruire il diritto come azione su un piano più immediatamente teorico-dogmatico (tentativi che si muovono

Queste considerazioni non escludono, s'intende, l'utilità dell'indagine filosofica sul significato universalmente umano — in bene e magari in male — di un'organizzazione normativa della convivenza, o — se si preferisce — dell'attività volta ad instaurarla e confermarla. E già lo stesso generico richiamo all'ovvia verità che il diritto (come la lingua, o la geometria, o la musica) è azione (38), è 'fatto dagli uomini', può giovare, se non come principio di descrizione ed organizzazione concet-

---

anch'essi, in definitiva, nell'ambito di una concezione ordinamentale vedi oltre, n. 49.

A mio parere la teoria del diritto come attività giuridica può essere utilizzata in due modi: da un lato traducendo talune sue richieste in termini di teoria normativa (è quanto tenterò qui di seguito *sub d*] e *sub e*]); e d'altro lato facendo posto all'attività giuridica in una concezione complessa e dinamica del diritto che, riservando il termine 'diritto' all'ordinamento normativo, distingue un 'ordinamento', un 'organismo' e un 'processo' giuridico, quest'ultimo identificantesi con la totalità delle azioni giuridiche (su ciò vedi oltre, cap. V, § II, spec. n. 28). Negli stessi due modi mi è parso fosse utilizzabile la teoria del diritto come 'corpo sociale'.

(38) « Che il diritto sia attività... è verità ovvia », come constata PIOVANI, *SF* 73; ma non per questo inutile a rammentarsi. Altra — e molto meno ovvia — questione è quella riguardante l'individuazione e il possibile uso del concetto di attività giuridica. Secondo Piovani, tale individuazione andrebbe compiuta al livello della produzione (cioè all'attività stessa), non del prodotto: i vari concetti teorici del diritto visto *a parte rei*, « perfino l'*istituzione* o l'*ordinamento* dell'istituzionalismo », sarebbero « tutti, per dir così, viziati da questa confusione tra prodotto e produzione... »; « ... si evita questo errore se si guarda al diritto come *attività... attività che crea il diritto* ». In realtà, se l'attività giuridica è quella che crea o produce diritto, sembra che la definizione del prodotto debba essere logicamente anteriore. Si esce, forse, dall'*impasse* tenendo presente la distinzione tra teoria generale e filosofia del diritto che lo stesso Piovani (cf. sopra, n. 34) ha chiarito, e attribuendo alla teoria generale il compito di definire il diritto come prodotto o come attività produttrice di quel prodotto, alla filosofia del diritto in senso stretto il compito di ridefinire quel prodotto o quell'attività, già 'teoricamente' definiti, da un punto di vista generalmente umano. Piovani propone una definizione dell'attività giuridica in *SF* 190 e in *LF* 245; se non vedo male, egli la ritiene però ugualmente valida (contro le sue premesse metodologiche) sul piano della filosofia e della teoria generale.

tuale dei dati, come principio di garanzia (39): in quanto valga instancabile avvertimento a non adagiarsi nella passività di fronte alle imponenti oggettivazioni giuridiche del travaglio storico, in quanto acuisca lo sguardo per gli spazi di libertà e di iniziativa spettanti a tutte le istanze 'nomopoietiche', dalle più alle meno qualificate. Sotto questo profilo la nostra ricerca sul diritto giurisprudenziale, e la nostra accettazione delle principali tesi del giusliberismo, può interpretarsi appunto come un invito rivolto al giurista a non dimenticare che anche per lui il diritto non è tutto norma ma è anche azione, che la stessa norma 'statale' può nascere dalla sua azione ed ha — sempre — bisogno della sua azione.

Tornando al problema di teoria generale: sembra consigliabile, dopo quanto si è detto, mantenere ferma la concezione normativo-organizzativa raggiunta a partire dal diritto giurisprudenziale, e cercare se abbiano modo di tradursi entro tale concezione (senza snaturarla, senza confondere un piano con l'altro) gli aspetti dinamici dello stesso diritto giurisprudenziale come fenomeno normativo. Anche qui, non si presentano soluzioni apoditticamente univoche. Mi pare comunque di poter indicare quattro mezzi principali ai quali la teoria dell'ordinamento normativo può ricorrere per integrare in sé il punto di vista dell'azione.

Ho già accennato a come la produzione giurisprudenziale di norme preceda spesso una norma di produzione che la contempli. Questa priorità potrà esprimersi riconoscendo, accanto alle norme giurisprudenziali previste da una norma di struttura dell'ordinamento, quelle solo 'occasionalì', accolte nell'ordinamento alla spicciolata e non come classe, più per il loro contenuto che per la loro origine giurisprudenziale, ma capaci col tempo, moltiplicandosi, di dar luogo alla norma di produzione 'coonestante' (40).

D'altra parte questa norma di produzione — lo intuiamo fin d'ora — non è, quando c'è, necessariamente esplicita e for-

---

(39) Per questa contrapposizione mi ispiro liberamente all'uso fatto da A. ZANFARINO, *Pluralismo sociale e idea di giustizia* (1966), spec. cap. II n. 23.

(40) Sulle norme giurisprudenziali 'occasionalì' ed 'istituzionali' (in senso lato) vedi oltre, spec. 415-419; 445 s.

mulata, a sua volta posta secondo procedure formali previste dall'ordinamento: la giurisprudenza come fonte non gode di troppo benevola considerazione da parte delle istanze normative ufficiali dello Stato. Ecco allora l'opportunità di ammettere nell'ordinamento anche norme di un tipo particolare, che saranno descritte quanto prima (41) col nome di norme 'istituzionali' in senso stretto, affini se non identiche alle norme consuetudinarie e (nell'ipotesi ora fatta delle norme di produzione, che non è l'unica) alle norme 'costituzionali materiali'. Le norme di questo tipo, 'agite' più che formulate ed emanate, sono appunto norme che l'azione pone a se stessa e attraverso se stessa, non conoscibili quindi al di fuori dell'azione, la quale simultaneamente le produce e le osserva.

Più generalmente il diritto giurisprudenziale si rivela, come avremo ampiamente modo di vedere (42), intimamente solidale con la categoria dell'effettività considerata come indice valido, anzi ultimo e decisivo, dell'esistenza positiva di ogni norma giuridica. Ora cos'è l'effettività se non, precisamente, la presenza della norma nell'azione, la presenza di tutto l'ordinamento nell'azione, il profilo in cui si uniscono inscindibilmente, senza confondersi, il diritto come ordinamento normativo e il diritto come azione?

Un ultimo, preciso riflesso della considerazione dell'azione: il geniale concetto delle norme individuali intese come facenti parte dell'ordinamento allo stesso titolo delle norme generali. Assorbendo nella propria unità normativa le sentenze e soprattutto i negozi (queste norme tanto vicine all'azione da esservi rimaste a lungo confuse), l'ordinamento nella sua più moderna teorizzazione si è arricchito, direi saturato di attiva realtà (43).

—(41)—Vedi subito oltre, 403-408 e, per l'applicazione al fenomeno giurisprudenziale, spec. 422-425; 444-446.

(42) Oltre, § II.3.B.

(43) Intendo qui con negozi quelle statuizioni private che siano 'giustiziabili' da parte dei giudici statali. Tale loro carattere le fa rientrare nell'ordinamento 'statale' sottraendole al 'diritto dei privati' (cf. CESARINI-SFORZA, *DP* 33); o almeno fa prevalere il profilo dell'appartenenza all'ordinamento 'statale' su quello dell'appartenenza agli ordinamenti dei privati. Ciò non toglie che nella concezione normativa del ne-



Norme giurisprudenziali occasionali, norme di struttura istituzionali-consuetudinarie, norme individuali, l'effettività come indice di esistenza positiva: basta ripercorrere con la mente questi quattro suggerimenti (o se si preferisce, queste quattro richieste) del diritto giurisprudenziale alla teoria dell'ordinamento per scorgere da un lato la loro alleanza in profondità, la loro capacità di comporsi e vicendevolmente completarsi in un'immagine dinamica dell'ordinamento normativo; e d'altro lato il grado di recettività altissimo che la teoria dell'ordinamento dimostra nei confronti dell'ovvia verità che il diritto è azione.

Sia consentito aprire qui un inciso: non c'è da stupirsi troppo di questa recettività. Insistere sul momento dell'azione significa, almeno per un lato, insistere sulla positività del diritto: il diritto positivo è appunto il diritto storico, il diritto 'fatto dagli uomini', il diritto che procede da un'azione e che informa l'azione, diversamente da un diritto 'naturale' che sussista in sè, nella sfera del puro valore. Ora, la nozione di ordinamento è anch'essa, per suo conto, solidale con la categoria della positività. Fino a che si parla del diritto come norma (come sistema di norme) di condotta, se ne dà un'immagine che può valere anche del 'diritto' (sarebbe meglio dire della morale) 'naturale': quest'ultimo è infatti comunemente concepito come un sistema 'statico' di norme generali di condotta, logicamente deducibili le une dalle altre, senza che vi sia bisogno di organi destinati a porle, a trasformarle, a elaborare le norme individuali. Introducendo il fine organizzativo (costituire un corpo sociale) e le norme di struttura, trasformando cioè il sistema in vero e proprio ordinamento, si dà invece un'immagine che è la configurazione stessa del diritto positivo con le sue fonti empiriche, umane, che immettono le norme nella storia. Non a caso la nozione di ordinamento ha raccolto intorno a sè le più accreditate teorie generali: la nozione stessa di teoria generale è, come avrò modo di accennare (44), un frutto del positivismo o almeno

---

gozio concordino, significativamente, teorici 'statalisti' (p. es. Kelsen) e teorici 'privatisti' (p. es. Salvatore Romano) dell'ordinamento. Lo nota lo stesso Romano: cf. *Ordinamenti giuridici* (cit. oltre, n. 49) 41 n. 167; *Autonomia privata* (cit. *ibid.*) n. 48; n. 194.

(44) Vedi oltre, cap. V, § III.2 i.f.

dello storicismo giuridico. Non c'è una 'teoria generale' del diritto naturale (e forse non si dovrebbe parlare neppure di teorie generali giusnaturalistiche).

Vi è dunque solidarietà tra l'ordinamento e l'azione in nome della positività del diritto. Una riprova: l'effettività (che è presenza nell'azione) si è richiesta per la validità dell'ordinamento nel suo complesso prima che per quella della singola norma (45). Anzi, un ordinamento senza l'effettività non solo non è positivamente valido, ma, a differenza dalla norma, non è forse neppure comprensibile nella sua finalità e nella sua struttura (46). Avremo infatti modo di vedere (47), proprio partendo dal significato che prende — per la teoria generale — il carattere immancabilmente creativo dell'attività giurisprudenziale, come lo stesso ordinamento nel suo aspetto dinamico-organizzativo, quello cioè per cui si distingue da un semplice sistema di norme di condotta, non sia per così dire che la solidificazione, la strutturazione istituzionale di un movimento della norma verso l'azione (e, in senso inverso, dell'azione verso la norma). L'ordinamento con le sue fonti, con i suoi organi molteplici, in particolare con la giurisprudenza in esso operante è, per un suo aspetto essenziale, un sistema di norme che non si limitino a enunciare se stesse una volta per tutte e nella propria generalità, ma tengano conto dell'azione: particolarmente

(45) È nota al riguardo la posizione che Kelsen per primo ha assunto e difeso sistematicamente; una valorizzazione, con penetranti argomenti, dell'effettività come presenza dell'ordinamento nell'azione è in P. PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, 1953 (ora riassunto in voce *Effettività* [*principio di*] in *ED XIV* [1965] 420-431). Sul più recente pensiero di Kelsen, che esige ormai l'effettività anche della singola norma, vedi oltre, n. 121.

(46) VIRALLY, *PJ* 140: «On peut concevoir une norme dépourvue d'effectivité — et même une norme positive... mais non pas un ordre juridique». Va visto anche tutto lo svolgimento da p. 137 a p. 142, nel quale il nesso tra ordinamentale e positività del diritto viene chiaramente lumeggiato. S'intende che per Virally un ordinamento non vigente è inconcepibile non in senso radicale, ma solo nel senso in cui è inconcepibile un diritto positivo non vigente (possiamo pur pensare agli ordinamenti — ai diritti positivi — del passato, forse anche rappresentarci ordinamenti — diritti positivi — immaginari).

(47) Nel cap. V, § II.

te dell'individuale e del divenire in cui devono immergersi, e che sono appunto dimensioni dell'azione. Più semplicemente: il grado di presenza nell'azione (cioè di effettività) della singola norma dipende in larga misura dal livello di organizzazione cui sia pervenuto l'ordinamento (48).

Chiudendo l'inciso: la recettività dimostrata dal modello ordinamentale consente, comunque, di affermare che sul piano della teoria generale (in quanto distinto dal piano più specificamente filosofico-giuridico) l'idea del diritto come azione trova in quel modello, che non può sostituire, un'espressione — almeno ai nostri fini — adeguata. Del resto, nessuno tra i tentativi più elaborati di costruire, sotto un profilo teorico-dogmatico, il diritto come azione ha potuto fare a meno della nozione di ordinamento (49).

(48) VIRALLY, *PJ* 138.

(49) Va ricordato in primo luogo PARESCHE, *GD*; vedi anche *Diritto, norma, ordinamento*, in *RIFD* 1933, 204-228; 1934, 346-366. Si tratta di un contributo ricco di sfumature e di osservazioni interessanti, alcune delle quali ho avuto o avrò modo di utilizzare in altre parti della ricerca. Qui basti notare che Paresce limita la diretta capacità giuridificante dell'azione ai momenti dell'instaurazione dell'ordinamento (concepito come soggettivo) e dell'attuazione spontanea, intesa come posizione, attraverso il « criterio giuridico », di « fatti giuridici » concreti; tra questi due momenti resta come incluso tutto un sistema normativo nel senso tradizionale, cioè un insieme di norme generali; nè si andrebbe, mi pare, troppo lontano dal vero vedendo nei « fatti giuridici » prodotti dall'attuazione spontanea qualcosa di simile alle norme individuali private dell'aggiornata teoria dell'ordinamento. Al contributo di Paresce va avvicinato CESARINI-SFORZA, *DP*, soprattutto per gli spunti contenuti nelle pagine iniziali (1-29). Vedrei un riflesso, sul piano della teoria generale, del primato di interesse filosofico riconosciuto alla categoria dell'azione, in questo passo di CAPOGRASSI, *SD* 458 s.: « Perciò la categoria centrale è espressa dal concetto dell'atto giuridico... tutto l'ordine giuridico non è... che una serie di atti... L'atto giuridico in sostanza come concetto non è che l'ordine giuridico visto nel singolo atto umano concreto, ... nel quale in definitiva si scompone e non può non scomporsi tutta l'esperienza giuridica. E perciò l'atto giuridico è la categoria più ampia dei concetti scientifici, quella che indica proprio l'altro lato per così dire dell'ordinamento giuridico: da una parte il comando, l'insieme dei comandi, dall'altra parte l'atto giuridico, l'insieme degli atti giuridici che sono quei comandi portati sino alla misura della vita, visti sotto l'angolo visuale degli atti umani nei

e) Ma all'idea del diritto come azione si connette anche una concezione recente che guarda all'atto umano non in quanto origine puntuale, esclusiva, di una norma subito completa e perfetta (la legge, il negozio), ma in quanto elemento di una

quali necessariamente si risolvono». Il proposito di costruire, per approssimazioni successive, una teoria del diritto come azione può leggersi sempre più chiaro nell'opera di un privatista singolarmente attento a problemi di teoria generale come Salvatore ROMANO, il quale, partendo dall'esigenza di cogliere la giuridicità intrinseca, originaria, di ciò che gli stessi operatori individuali vanno compiendo per organizzare la propria vita di relazione, ha in primo luogo allargato a questa sfera il concetto di ordinamento, e successivamente è stato condotto a vederne in sempre maggior rilievo gli aspetti dinamici, dedicando quindi all'azione giuridica (come azione ordinante) analisi differenziate e che le riservano un posto sempre più centrale nel sistema. Si vedano, lungo questo itinerario dall'ordinamento all'azione ordinante, nel quale i due termini sono, ad ogni tappa, entrambi presenti, *Ordinamenti privati* (1955; estratto, con paginazione a parte, da *RTDP*; anche in *St. Vassalli*); *Autonomia privata* (1956, estr. da *RTDP*; anche in *St. Messineo*); *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato* (1961); *Ordinamento sistematico del diritto privato* (corso univ.; s. d., ma 1964); altri ragguagli in PIOVANI, *SF* 163-165. Di queste concezioni interessano qui, come è chiaro, non i riflessi sul piano tecnico privatistico, ma quelli sul piano della teoria generale, in quanto utili a meglio comprendere il fenomeno giurisprudenziale entro il quadro (a cui ho inteso limitarmi) dell'ordinamento 'statale'. Ciò implica che si lascino sullo sfondo, pur non ignorandoli, gli ambiti normativi occupati da istanze diverse dalla giurisprudenza (a un estremo il legislatore; all'altro, i privati), e che comunque l'attività privata sia tenuta presente in quanto 'parte' dell'ordinamento 'statale'. Questa parte è però, con ogni verosimiglianza, maggiore di quanto comunemente si ritenga: il discorso sull'attività privata interessa, quindi, non solo chi voglia assurgere a una «concezione più vasta, anzi totalitaria, della realtà del diritto» (CESARINI-SFORZA, *DP* 18), ma anche chi voglia cogliere integralmente la realtà e il dinamismo dello stesso diritto 'statale'. Sotto questo profilo, ricerche come quelle di Paresce e di Romano valgono, mi pare, a confermare indirettamente l'importanza e il diritto di cittadinanza nella teoria dell'ordinamento di categorie come quella delle norme individuali o come quella — su cui mi tratterò subito oltre nel testo — delle norme istituzionali: categorie che consentono di rendere, senza lasciare il piano normativo, alcuni aspetti dinamici del diritto giurisprudenziale (e non solo giurisprudenziale). S'intende che, accedendo a un simile modo di vedere, i confini dell'ordinamento 'statale' divengono non solo più ampi, ma più incerti, onde la necessità di mettere a punto criteri sempre più adeguati e sensibili per la loro individuazione.

concatenazione di atti conformi i quali solo nel loro insieme, con il loro ripetersi, con la loro regolarità, producano diritto. Anche questa concezione usa il termine di 'istituzione' (50), dandogli però un significato completamente diverso da quello che ha nella teoria dell'istituzione come ordinamento. Se in questa l'idea chiave è l'organizzazione, e l'immagine fisica che meglio l'esprime può essere quella dell'organismo vivente o magari della macchina (51), nella teoria istituzionale *secundo*

(50) Vedi soprattutto FREZZA, *Corso VII-VIII*; 1-9 (spec. 7 n. 9) e *passim*; *A proposito della riedizione delle 'Opere' di P. Bonfante*, in *SD* 1959, 371-390 (spec. 380-384); PIOVANI, *Mobilità, sistematicità, istituzionalità della lingua e del diritto*, ora in *SF* 103-193; FIORELLI, *Giuristi e linguisti tra istituzione e storia*, in *Atti* cit. sopra (cap. II n. 4) 447-458. Lo studio del diritto come studio di 'istituzioni' (o 'istituti': vedi oltre, n. 54) si è pacificamente affermato tra i giuristi (storici e dogmatici) fin dal secolo scorso (e in fondo già negli antichi *tractatus* monografici); recente è invece la teoria del diritto come insieme di istituzioni. Questa teoria si è formata non a caso a Firenze, dove un gruppo di linguisti (primo tra essi G. NENCIONI) ha fatto capo al non ancora teorizzato concetto giuridico di istituzione per meglio spiegare la lingua, e ha con ciò stesso stimolato i giuristi alla teorizzazione nel loro proprio campo. Anzi è stato verosimilmente proprio Nencioni, forte dell'esperienza fatta con le categorie linguistiche della *parole* e della *langue*, a individuare il centro stesso della nuova teoria giuridica, che è nell'idea del processo circolare tra l'azione e l'istituzione, tra azione singola e azione-tipo, quella causa e nascita di questa, questa regola di quella (si veda il passo riportato da FIORELLI, l. c. 450). Non ci interessano qui direttamente altri aspetti della comparazione tra diritto e lingua, anch'essi dibattuti nell'ambiente culturale fiorentino: una bibliografia completa sull'argomento potrà ottenersi partendo dagli scritti di Piovani e Fiorelli sopra citati. Le teorie del diritto come azione e come istituzione hanno, nonostante la differenza talvolta radicale dei presupposti, notevoli punti di contatto (in direzione antinormativista) con filoni del sociologismo e realismo giuridico anglosassone e scandinavo, con le rivendicazioni della necessità di studiare non il diritto dei testi, ma il *law in action*. Analoghi spunti anche nella concezione di J. HAESAERT, *Théorie générale du droit* (1948) spec. 70 (« Le juridique est comportement... Supprimez, dans l'action, l'agent, il ne reste rien »); 72 (« Ces chercheurs sont mal partis; les règles ne peuvent servir de point de départ »); 130 s.; 195 (la struttura materiale del fenomeno giuridico come « système de synergies »; « le juridique comme une organisation des synergies humaines... »).

(51) È notissima la definizione romaniana del diritto come « corpo

*sensu* l'idea chiave è la ripetizione, la consolidazione, la tipicità; e l'immagine fisica più adeguata è « il sentiero nel bosco » (52), formatosi attraverso una serie di passaggi individuali nessuno dei quali intendeva nè poteva, da solo, costituirlo. La prima istituzione, quella romaniana, nasce da atti ordinanti, coordinanti, al limite anche effimeri; la seconda da atti ripetuti, ribaditi, da convinzioni rafforzantisi (53). Non mancano quindi giustificazioni alla proposta di designare l'istituzione *secundo sensu* col nome, del resto tradizionale, di 'istituto' (54).

Ho già anticipato la posizione che ritengo più proficua tanto per il diritto giurisprudenziale come per la stessa teoria generale, quando ho parlato delle *norme* istituzionali che la giurisprudenza chiede di ammettere nell'ordinamento. L'istituzione, a mio parere, non è qualcosa che possa venire opposto alla norma, ma solo una specie del genere norma (specie che, come il

sociale»; il paragone con l'organismo e la macchina si trova in *L'ordinamento giuridico*<sup>2</sup> (1946; rist. 1962) 12.

(52) Così A. PAGLIARO citato da PIOVANI, *SF* 188 n. 128.

(53) La contrapposizione qui delineata non emerge forse con altrettanta chiarezza negli scritti dei 'neoistituzionalisti'; FREZZA dedica, sì, alcune pagine incisive alla critica del concetto romaniano di istituzione (*SD* cit., 374-380), ma soprattutto nel senso di qualificare come istituzione ogni rapporto giuridico: i nessi di questo concetto con l'altro, che a noi qui preme, di « elemento tipico delle azioni umane », non vengono precisati fino in fondo. Anche PIOVANI dichiara esplicitamente di voler andare oltre l'istituzionalismo romaniano, ma non traccia troppo netta la linea di confine tra le idee di 'ente sociale' (organizzazione), di 'sistema' (ordinamento) e di 'azione-tipo' (istituto) evocate dal termine istituzione. FIORELLI avverte che l'istituzione di cui oggi si parla « non è... quella che trent'anni avanti Santi Romano aveva dato, nel suo *Ordinamento giuridico*, come sinonimo di 'ente o corpo sociale' » (l. c. 450), ma neppure egli prende chiaramente partito tra l'istituzione come 'ente sociale' o 'sistema' e l'istituzione come 'azione-tipo'. Io intendo qui riferirmi a quest'ultimo concetto, perchè gli altri sono già inclusi nella nozione precedentemente accettata di ordinamento.

(54) Essa è stata avanzata da PIOVANI, *SF* 168 s. Il termine 'istituto', che trova risposdenze e consensi nella linguistica, andrebbe senz'altro preferito qualora si volesse mantenere a 'istituzione' il significato romaniano; ma si potrebbe anche (e forse meglio) parlare per il concetto romaniano di ordinamento o di organismo giuridico e per il concetto nuovo, liberamente, di istituto o istituzione.

genere, non si limita al diritto (55)). La tipicità propria dell'istituzione è insieme, inscindibilmente, normatività: su questo punto le affermazioni dei sostenitori della teoria istituzionale non lasciano dubbi (56). Quale che sia (e difficilmente potrebbe mai

(55) Abbiamo visto che l'altra grande istituzione a cui solitamente ci si riferisce è la lingua; ma il carattere istituzionale va riconosciuto a ogni risultato-e-modello tipico dell'azione. Sono istituzioni o istituti, a rigore, non solo la compravendita o il verbo 'avere', ma la grandissima maggioranza dei familiari elementi, anche corporei, che compongono il mondo a noi circostante: il violino come il giornale, la giacca come la pizza napoletana. Questi istituti esercitano, sia pure in ambiti diversi da quello giuridico (o almeno, da quello giuridico 'statale') una loro più o meno rigorosa normatività. Si pensi all'artigiano che spacciasse per 'violino' un 'violoncello', o al 'violinista' che si presentasse in orchestra con uno strumento vicino al tipo del violino più che ad ogni altro, ma non abbastanza per rientrare nello *standard* istituzionale.

(56) Per FREZZA, che (*SD* cit., 381-383) ha dato del fenomeno una descrizione particolarmente lucida, «i fatti linguistici e giuridici acquistano rilevanza e vigenza *normativa*» precisamente con il divenire tipici: «*normatività* e tipicità sono dunque i due aspetti di un unico fenomeno... appunto, l'istituzione, come 'elemento tipico delle azioni umane'». La nozione di istituzione «vuole adeguare in tutta la sua ampiezza la esperienza di *normatività*, nella quale è contenuta, senza che la esaurisca, quella della giuridicità». «Il mondo del diritto è un tessuto continuo di azioni umane che mostrano nella loro tipicità il contrassegno della loro virtù *normativa*» (spaziature mie). FIORELLI, in *Storia giuridica e storia linguistica* (cit. sopra, cap. II n. 4) 267 i. f.; 275, parlava addirittura di «legalità»; oggi preferisce configurare la normatività dell'istituzione come «effettiva disponibilità d'un comportamento tipico in vista di ripetizioni e realizzazioni future» (*Giuristi e linguisti* cit., 458). La normatività dell'istituzione è pienamente riconosciuta anche dai linguisti. Per NENCIONI la lingua, al pari del diritto, «in quanto determinata realtà istituzionale, è valutazione e regola del parlare concreto», sta al disopra dei singoli con «fisionomia e legalità propria»: si vedano i passi inequivoci riportati da PIOVANI, l. c. 126-129. Sul carattere normativo dell'istituzione nel pensiero di G. DEVOTO non lasciano dubbi le citazioni raccolte con acuta sensibilità da PIOVANI, *ibid.* 133-136. Dedicò una particolare attenzione al momento normativo della lingua C. SCHICK, *Il linguaggio* (1960), spec. *Parte Seconda. Il linguaggio come norma* (111-271). E si potrebbe facilmente continuare, poichè la linguistica istituzionalista è nata proprio dall'esigenza di trovare un concetto che consentisse di esprimere, senza ricorrere all'idea di una norma imperativamente emanata da un legislatore, gli aspetti di normatività, stabilità, oggettività propri della lin-

ritenersi totale) l'autonomia, la spontaneità della singola azione istituyente, la nascita (misteriosa nascita) dell'istituzione coincide con la nascita di un'eteronomia. Lo sanno bene, per ciò che riguarda l'istituzione lingua, le nuove generazioni sui banchi di scuola e i parlanti che in ambiente linguistico straniero non riescono a farsi intendere. L'istituzione è dunque un tipo particolare di norma, la quale si distingue più per il suo processo formativo (graduale, « voluto involontario » (57)), che non per altre caratteristiche che le siano proprie una volta formata. Certo, le istituzioni sono diversamente complesse: si va da istituzioni elementari (un'unica norma) a istituzioni addirittura sistematiche, a seconda che l'interesse umano intorno a cui (come al loro principio di organizzazione) si stringono le norme sia più o meno vasto e importante. E di fronte agli istituti di una certa complessità (nè minima, nè massima), che sono poi i più caratteristici, è facile subire la tentazione di pensarli entificati, dotati di una struttura e di una sussistenza loro proprie. In realtà, essi si risolvono in norme, sono nodi di norme che stanno a disposizione (e a disciplina) di chi voglia agire in direzione di un determinato interesse. E probabilmente non è scorretto ritenere che nella contrapposizione talvolta fatta delle norme agli istituti si contrappongano semplicemente o le norme isolate ai nodi finalizzati di norme, o — più spesso — le norme statuite (tipica la legge) alle norme consuetudinarie. Non per nulla un giurista della finezza di Santi Romano, in perfetta sintonia, del resto, con la genuina ispirazione della scuola storica, ha accettato il parallelo della lingua (nel senso appunto di lingua comune, parlata, lingua-istituzione) con il diritto, ma non con ogni forma di diritto: bensì esclusivamente con la consuetudine (58).

gua (cf., in questo senso, FIORELLI, *Storia giuridica e storia linguistica* 267 s.; 271 n. 32, la cui interpretazione mi sembra resistere alle critiche di PIOVANI, l. c. 139-141).

(57) Così PIOVANI, *SF* 181; *LF* 275.

(58) Voce *Consuetudine*, in *Frammenti di un dizionario giuridico* (rist. 1953) 41-45. A Romano appare invece come legislativo il linguaggio « letterario », che però, almeno nella forma in cui egli mostra di concepirlo, noi classificheremmo senz'altro come largamente istituzionale anch'esso. Qui interessano non tanto le concezioni linguistiche del-



Anche l'idea di istituzione, insomma, penetra nella teoria generale non già distruggendo la nozione del diritto come ordinamento normativo, ma arricchendola con la considerazione di una norma nuova, lasciata in ombra dal normativismo vecchia maniera (59). Questa norma interessa il diritto giurisprudenziale sotto almeno due profili: anzitutto in quanto, come ho già accennato, il potere normativo della giurisprudenza è spesso previsto, negli ordinamenti storici, solo da norme di struttura istituzionali; poi in quanto il processo istitutivo, con la sua perenne circolarità tra azione del singolo e istituzione, presenta, come vedremo (60), istruttive affinità con l'*iter* formativo della norma giurisprudenziale.

L'itinerario del 'diritto giurisprudenziale' attraverso la teoria generale può a questo punto considerarsi concluso per la

---

l'autore, che sono relativamente poco elaborate, quanto il suo istintivo, sicuro accostare quel fenomeno linguistico che gli appariva (diremmo oggi) inequivocabilmente istituzionale al fenomeno giuridico della consuetudine. Di quest'ultimo Romano mette in chiara luce il carattere normativo ed eteronomo: « quando si tratta di precisarne la natura giuridica, non bisogna dimenticare che la consuetudine viene in considerazione quando è già formata, che l'attività da cui risulta è nel suo svolgimento giuridicamente irrilevante... Consuetudine e lingua parlata [*scil.* in quanto azioni dei singoli]... non sono in sè e per sè che dei fatti: 'fatti normativi' entrambi, dai quali '*oritur ius*' e rispettivamente il complesso delle regole cui obbedisce il linguaggio » (*ibid.* 45).

(59) Oltre che come un particolare tipo di norma, l'istituzione può essere concepita, al pari della consuetudine (cf. BOBBIO, voce *Consuetudine* cit. alla n. 27, 442) e dell'azione, come l'elemento generalissimo che conferisce la *vigenza* o l'*effettività* (che è appunto la presenza nell'azione) a tutte le norme 'poste' e all'ordinamento nel suo insieme. Sotto questo profilo l'istituzione non è più un tipo particolare di norma, ma la norma 'posta' è, se vigente, un tipo particolare di istituzione: se da un lato ogni istituzione (*primo sensu*) è norma, dall'altro ogni norma *vigente* è (*secundo sensu*) istituzione. Qualche dubbio può sorgere riguardo alle norme poste per uno stato di emergenza (assedio, pestilenza, passaggio di un sovrano) e così pure per le norme individuali (sentenza, negozio). Forse le norme di emergenza sono, appunto, norme avvicinate alle individuali, e l'affermazione precedente può essere così limitata: ogni norma *generale* *vigente* è istituzione.

(60) Oltre, 466 s.

parte riguardante il confronto con i principali concetti del diritto positivo in quanto diritto. Abbiamo visto la categoria fondamentale della norma ammorbidirsi, allargarsi, poi assimilare in vari modi la categoria dell'organizzazione (inclusiva di quella del rapporto) e la categoria dell'azione (inclusiva di quella dell'istituzione). S'intende che attraverso queste assimilazioni il normativismo ha provato la sua vitalità, ma è venuto assumendo una fisionomia profondamente diversa da quella che gli attribuisce l'esclusivismo di alcuni suoi fautori e di alcuni suoi avversari. Comincia così a delinarsi un modello dell'ordinamento normativo 'statale' capace di accogliere il diritto giurisprudenziale in tutti i suoi aspetti, senza — mi pare — sacrificare aspetti indispensabili alla comprensione dei moderni ordinamenti legali. Prima di iniziare la seconda parte dell'itinerario (quella riguardante il confronto con i principali concetti del diritto positivo in quanto positivo) rimane da compiere un'analisi più differenziata del fenomeno giurisprudenziale inteso come fenomeno giuridico alla stregua del concetto di diritto sin qui illustrato per sommi capi; questa analisi non mancherà di recare al modello stesso dell'ordinamento ulteriori contributi e precisazioni.

C. La nostra domanda di fondo: se, e in che modo, il diritto giurisprudenziale 'statale' sia diritto, va dunque posta, in prima approssimazione, come domanda sui diversi modi con i quali il giurista può partecipare alla formazione di norme: norme di condotta e di struttura, norme generali e individuali, norme e 'principii', norme non necessariamente imperative e autoritative, ma pur sempre norme che possano considerarsi come facenti parte dell'ordinamento 'statale' (61).

(61) Impostazione analoga, per quanto riguarda il problema della giuridicità della consuetudine, in BOBBIO, voce *Consuetudine* cit. alla n. 27, 436: « In base alle considerazioni precedenti, si dovrebbe dire che una regola del costume diventa giuridica nel momento in cui diventa regola di un certo sistema giuridico. Ciò accade, accettata quella definizione di ordinamento giuridico, in questi due casi: 1) quando da tali regole dipende... la formazione di organi costitutivi dell'ordinamento; 2) quando tali regole sono accolte dagli organi così costituiti come criteri per la risoluzione di un conflitto di interesse ».

Che il giurista partecipi alla formazione dei più diversi tipi di norme, è un dato che possiamo, intanto, ritenere acquisito. Ci siamo già ampiamente soffermati su esempi di norme di struttura aventi origine giurisprudenziale (62); qui aggungeremo, generalizzando e attirando l'attenzione sull'estrema importanza di questo rilievo, che le norme riguardanti i rapporti tra le fonti, e quelle riguardanti l'interpretazione, sono prevalentemente giurisprudenziali (quali che siano gli eventuali sforzi di fissazione autoritativa da parte della legge) in tutti gli ordinamenti: non lo hanno provato soltanto i giuristi di diritto comune di fronte alle pretese di Giustiniano o degli statuari, ma i giusliberisti in regime di codificazione (63). Nè dopo le nostre indagini sulla giurisprudenza consulente romana e comune occorre più insistere sulla partecipazione della giurisprudenza alla formazione di norme di condotta individuali. Quanto alle norme di condotta generali, la giurisprudenza può collaborare in modo decisivo alla produzione di norme legali, consuetudinarie, giurisdizionali (i precedenti); può creare norme interamente sue. Se tra le norme generali comprendiamo, come abbiamo convenuto, anche i 'principii', la giurisprudenza ci si presenterà addirittura (altro punto importantissimo) come l'istanza più qualificata e produttiva nei loro confronti, e in ogni tipo di ordinamento. D'ora in poi non tornerò, se non occasionalmente, su queste distinzioni; parlando di norme mi riferirò, salvo indicazione esplicita, a tutte le varietà indicate.

Assai più complesso è il discorso sui modi con cui il giurista partecipa alla formazione delle norme. Prima di affrontarlo, ritengo opportuno allargare alquanto la nostra base di comparazione, fino a comprendere, oltre ai 'diritti giurisprudenziali' (quali il romano e il comune) e ai 'diritti legali', quelli che chiamerò 'diritti primitivi' e 'diritti del precedente'. Si tratta, in entrambi i casi, di semplici modelli astratti, diciamo pure (per la mia confessata rinuncia ad approfondimenti storici) di ipotesi. Con diritti 'primitivi' intendo ordinamenti

(62) È bene tenerli presenti: si vedano i rinvii fatti alla n. 21.

(63) Per questi ultimi vedi sopra, cap. III n. 127.

nei quali un ceto di professionisti del diritto manchi, per un motivo o per l'altro. Con 'diritti del precedente' intendo quegli ordinamenti che corrispondano a un modello in cui: 1) il giudice sia giurista (cioè conosca profondamente il diritto); 2) la pronuncia del giudice vincoli i successori a giudicare un caso identico in modo identico.

Indicando, come punto di riferimento concreto, il *common law*, non mi preoccupo qui di accertare se, e in quali momenti storici, esso si sia realmente identificato con un simile modello; la tendenza più autorevole va, come è noto, nel senso di ritenere oggi relativamente minime le differenze tra *common law* e diritti codificati (64); a me basterà non avere omesso un'ipotesi teorica significativa, che considerata astrattamente si allontana in misura quasi uguale dai diritti legali e dai diritti giurisprudenziali (65).

Venendo adesso ai modi in cui il giurista può partecipare alla formazione della norma, questi ci si presentano come assai diversificati, e non certo tutti tali da autorizzare a parlare di diritto giurisprudenziale. Comincerei col descriverne tre.

Ci sono, anzitutto, i casi di semplice influenza su una norma che, per il resto, è dovuta interamente ad altre istanze: così, le consolidazioni e codificazioni legislative sono quasi

(64) Vedi per tutti ESSER, *GN passim*, p. es. 282 s. e rinvii (a p. 275 i. f. la differenza è vista non nell'autorità del precedente, ma nel fondamento di tale autorità).

(65) Con essi il diritto del precedente ha infatti i seguenti rapporti:

— con gli ordinamenti legali ha in comune il punto 1), per il quale si differenzia invece sensibilmente dagli ordinamenti giurisprudenziali, nei quali il giudice è spesso un profano;

— con gli ordinamenti giurisprudenziali ha in comune il fatto, derivante necessariamente dal punto 2), che non esiste un codice; anche il giurista romano e intermedio si trova sostanzialmente di fronte a un insieme di decisioni casistiche;

— dagli uni e dagli altri si differenzia per il punto 2), anche se sotto un profilo diverso: dagli ordinamenti giurisprudenziali, in quanto il materiale casistico accumulato — l'insieme dei precedenti — ha *auctoritas necessaria* (differenza di 'esistenza'); dagli ordinamenti legali, in quanto l'*auctoritas necessaria* è propria di un materiale casistico (differenza di 'essenza').

sempre un precipitato di materiale giurisprudenziale, anche le leggi frammentarie vengono spesso precedute da un lavoro di giurisprudenza. Ma non darei a queste norme legali, quando non siano anche formulate da giuristi, il nome di *Juristenrecht* (66); parlerei di preparazione giurisprudenziale della norma. Lo stesso può valere della consuetudine di cui la giurisprudenza sia stata iniziatrice o fattore propulsivo, ma che abbia poi assunto un contenuto suo proprio. Neppure chiamerei giurisprudenziale quella norma legale o consuetudinaria che debba alla giurisprudenza la propria fondazione o legittimazione: il *Corpus Iuris* di Giustiniano si è presentato al medioevo come legge, anche se, lo abbiamo visto, questa sua qualità gli è stata conferita essenzialmente dai suoi riscopritori e glossatori.

Già diverso è il caso in cui la norma, pur presentandosi con carattere di legge, consuetudine, sentenza, negozio, viene interamente formulata da un giurista. Qui, quale che sia stata l'influenza della giurisprudenza in fase di preparazione o legittimazione, si potrebbe già plausibilmente parlare di norma giurisprudenziale, ma precisando: giurisprudenziale solo nel contenuto (nell'essenza), non anche nella forma, nella validità, nell'autorità, insomma nell'esistenza.

Vi è infine il caso in cui la norma è giurisprudenziale integralmente, nell'essenza e nell'esistenza, perchè dovuta al giurista in quanto tale: cioè non solo da lui formulata, come nel caso

---

(66) Così invece EHRlich, *GS* 142; 147 s.; 152 s.; cap. XVIII (*Die Legalisierung des Juristenrechts*); *JL* 289-296. Per Ehrlich il concetto di *Juristenrecht* è largamente contenutistico, è cioè *Juristenrecht* ogni norma che presenti caratteristiche tecniche di tipo giurisprudenziale, così come è «staatliches Recht» ogni norma di tipo regolamentare-imperativo. Tuttavia occorre riconoscere che se il legislatore giunge a conferire alla legge caratteristiche tecniche giurisprudenziali può per ciò stesso considerarsi giurista; si rientra allora nell'ipotesi delle norme giurisprudenziali 'impure', su cui ci tratteremo tra breve. Anche Ehrlich (*GS* 147) distingue, a suo modo, essenza ed esistenza della norma (su tale distinzione vedi subito oltre nel testo): parla per la prima di «Natur», per la seconda di «Wirkung» (cf. anche 153: «Gesetzesbefehl und Gesetzesinhalt»). Lo *Juristenrecht* recepito nella legge («gesetzliches Juristenrecht») è tale solo per la sua *Natur*, alla quale Ehrlich dà però importanza nettamente prevalente.

precedente, ma anche munita di un'autorità che, qualunque sia (e può avere gradi e tipi diversi), le spetta appunto esclusivamente a causa del suo provenire dal giurista.

Possiamo chiamare, provvisoriamente, norme 'giurisprudenziali impure' quelle descritte per seconde; norme 'giurisprudenziali pure' quelle descritte per ultime (67).

Analizzando meglio le norme giurisprudenziali impure alla luce delle acquisite conoscenze storiche, ci accorgiamo però di come se ne possano, sempre dal punto di vista della partecipazione del giurista, distinguere più tipi.

Vi sono anzitutto le norme che il giurista formula e che vengono poste da altri (legislatore, giudice, privato): si pensi, per cominciare dalle norme individuali, alla sentenza (medievale o romana) resa dal giudice seguendo pedissequamente — talvolta limitandosi a leggere alle parti — il consiglio vincolante del giurista (68); si pensi, per Roma (69), ai decreti e rescritti imperiali, a quell'atto normativo emanato congiuntamente dal magistrato e dalle parti che è la *litis contestatio*; si pensi, lungo tutta la storia del diritto, alla funzione dei consulenti, degli avvocati, dei notai nella formulazione dei negozi più importanti o solenni, processuali e sostanziali (*l'agere* e il *cavere* sono immortali; a tutt'oggi, per esempio, nella comparsa processuale la formulazione è interamente dell'avvocato, l'iniziativa e la volontà da cui derivano gli effetti giuridici sono della parte). Tra le norme generali di questo tipo sono da ricordare gli editti dei pretori e degli imperatori romani, e soprattutto i codici di ogni tempo, redatti regolarmente da giuristi e posti in vigore dai sovrani o dai parlamenti.

Vi sono poi, sempre tra le norme giurisprudenziali impure, quelle che il giurista formula e che egli stesso — come

(67) D'EMILIA, *Sulla dottrina* (cit. sopra, n. 4) 25, distingue «l'opera di creazione del diritto, compiuta dalla dottrina in modo, per così dire, *diretto* (cioè come fonte, a sè stante, del diritto) da quella compiuta invece in modo *indiretto*, cioè con l'influsso esercitato su altre fonti di diritto». Cf. anche sopra, cap. I n. 118.

(68) L'esempio più perfetto di questa separazione tra essenza ed esistenza della norma è medievale: vedi sopra, 130.

(69) Vedi sopra, 60-62, con esempi relativi anche alle norme generali.

persona fisica — pone, ma ad altro titolo (come legislatore, come giudice, come privato). Si tratta semplicemente dei casi nei quali deve essere giurista chi ha titolo per porre la norma: essi di solito non riguardano il legislatore, che almeno nell'esperienza occidentale è espressione del potere politico; frequentemente, ma non sempre, riguardano il giudice (che deve essere giurista, come sappiamo, nei diritti del precedente e nei diritti legali moderni; non in diritto romano, non in ogni settore dell'ordinamento comune); fortunatamente non riguardano mai il privato.

Potrebbero chiamarsi norme 'giurisprudenziali impure indirette' quelle della prima categoria (formulate dal giurista e poste da altri); 'giurisprudenziali impure dirette' quelle della seconda (formulate dal giurista e poste da lui stesso, ma ad altro titolo); ma poichè l'aggettivo 'indirette' evoca già da solo l'idea di una giurisprudenzialità impura, ci limiteremo, per brevità, a chiamare 'giurisprudenziali indirette' le norme della prima, 'giurisprudenziali impure' le norme della seconda categoria. Avremo così, in ordine decrescente di giurisprudenzialità: le norme giurisprudenziali pure, le impure e le indirette.

Si obietterà che la giurisprudenza non può dirsi 'fonte' delle norme giurisprudenziali indirette e impure, e che quindi queste ipotesi escono dal campo, precedentemente delimitato (70), del 'diritto giurisprudenziale' in senso stretto. L'obiezione è pertinente: ci troviamo, soprattutto con le norme giurisprudenziali impure, di fronte alla giurisprudenza intesa piuttosto come attività, attività che può essere svolta anche negli ordinamenti legali ed anche con qualifiche e funzioni diverse da quella del giurista 'puro'. Mi è parso però che fosse opportuno trattare unitariamente dei diversi modi in cui il giurista di professione partecipa alla formazione di norme, anche perchè, come vedremo tra breve (71), alcune norme (tipicamente le sentenze) possono essere giurisprudenziali indirette o impure se considerate

---

(70) Vedi sopra, spec. 375, a proposito della distinzione tra 'diritto giurisprudenziale' e 'momento giurisprudenziale del diritto'.

(71) Vedi oltre, 422 s. le ipotesi indicate sotto (A 3) e (B 2).

come norme individuali (così la sentenza per le parti in causa), e giurisprudenziali pure se considerate come norme generali (così la sentenza pubblicata, al di fuori dei diritti del precedente). S'intende che il diritto giurisprudenziale in senso stretto comprende solo le norme pure (72).

Noterei qui che occorre distinguere tra le ipotesi in cui la norma è solo di fatto, casualmente, formulata da un giurista, e le ipotesi in cui lo è obbligatoriamente o almeno regolarmente, in una parola: istituzionalmente. Per quanto riguarda ad esempio le norme indirette, e cominciando dal livello legale, noi potremo accertare storicamente che un certo codice è stato redatto da un giurista (così il codice svizzero da Huber), senza arrivare alla convinzione che una qualche norma (costituzionale materiale) prescrivesse il ricorso al giurista; altre volte la stessa costituzione scritta potrà esigere che certe leggi vengano redatte da giuristi, lasciando al parlamento, per una specie di divisione dei poteri, l'approvazione o il respingimento *in toto*; oppure prevedere il consiglio obbligatorio, anche se non vincolante, di un corpo di giuristi (consigli legislativi, commissioni per la redazione di codici e testi unici). In pratica si può dire che in un ordinamento del tipo moderno fondato sull'assioma dell'esclusività legale, e quindi della completezza e coerenza della legge, le leggi dovranno (naturalmente, istituzionalmente) essere redatte anche con la consulenza dei giuristi; lo stesso vale, come ho accennato, dei codici di tutti i tempi. Il problema ha più preciso rilievo al livello giurisdizionale. Sappiamo già (73) che il consiglio al giudice non giurista può essere: obbligatorio e vincolante, obbligatorio non vincolante, facoltativo vincolante (74), facoltativo e non vincolante. Ai termini 'obbligatorio' e 'vincolante' può darsi, come ho detto, un valore affievolito, affinché comprendano anche una non perentoria doverosità istituzionale;

(72) Su ciò vedi oltre, § II. 2. D.

(73) Cf. sopra, cap. I p. 18 s.; 60-64; n. 116; n. 133; cap. II, 126-130, spec. n. 97.

(74) Sarebbe il caso, certo un po' paradossale, del consiglio dato dal giurista romano munito di *ius respondendi*, qualora si interpretasse questo *ius* come conferente la stessa autorità dell'imperatore: cfr. cap. I n. 116.



resta a noi di scegliere se intendiamo riservare la qualifica di norma giurisprudenziale (sia pure indiretta) ai casi in cui almeno una simile doverosità ci sia (a rigore solo il primo: consiglio obbligatorio e vincolante), o se vogliamo attribuirla a tutte le norme poste seguendo di fatto il consiglio del giurista. Qui in sede teorica io mi limiterò di solito (come ho già fatto sopra, nell'esemplificazione) alle norme *istituzionalmente* giurisprudenziali; in sede storica si potrà anzi si dovrà tener conto anche delle norme *occasionalmente* tali.

Noterei ancora che in un ordinamento le norme giurisprudenziali indirette sono, ovviamente, tanto più diffuse quanto meno lo sono le impure di uguale livello. Al livello della giurisdizione, per esempio, le norme impure sono scarsissime — e le indirette numerosissime — in diritto romano, dove il giudice non è giurista; il contrario avviene nei diritti del precedente e nei diritti legali, dove il giudice, egli stesso *sapiens*, non ricorre quasi mai al *consilium sapientis*. Nella nostra indagine storica, le prime norme giurisprudenziali impure veramente istituzionali che abbiamo incontrato sono le sentenze delle Rote e dei Senati dotti del diritto comune (75). Si potrebbe anche discutere dei pregi rispettivi di queste due categorie di norme. Le indirette istituzionali rispecchiano, diversamente dalle impure, una specie di *divisione di poteri*: potere 'formativo' (del contenuto, dell'essenza) al giurista; potere 'positivo' (dell'autorità, dell'esistenza) al legislatore, al magistrato, al giudice (76). Come tutte le separazioni di poteri — si potrebbe sostenere — anche questa costituisce una garanzia vantaggiosa: chi formula sa di dipendere da chi pone (perfino il consiglio strettamente vincolante può essere disatteso, salva l'eventuale responsabilità del giudice), e limiterà il proprio arbitrio o si sfor-

(75) Vedi sopra, cap. II, § II. 1.

(76) Tiene presente l'ipotesi di una separazione tra chi formula e chi pone la norma SCARPELLI, *PG* 113: «Alla formulazione della norma potrà provvedere quegli stesso che con un atto di volontà la pone... oppure potrà accadere che la norma nella sua formulazione sia predisposta da un soggetto diverso dal soggetto che con un atto di volontà la pone o contribuisce a porla...» Può quindi variare «nei processi di produzione delle norme il rapporto tra la formulazione e la posizione delle norme stesse».

zerà di rendere più realistica la propria concezione teorica; chi pone dipende da chi ha formulato, dal competente, e anche quando non lo segua a puntino porrà norme più meditate, migliori come tecnica e plausibilità. Le impure paiono anch'esse preferibili alle norme non giurisprudenziali affatto, perchè l'essere 'uomo dell'arte' oltre che autorità sembra introdurre una duplicità di complementari considerazioni all'interno stesso del soggetto decidente; qualche pericolo sussiste, tuttavia, sotto il profilo dell'ideale democratico.

Parlando di norme giurisprudenziali ora 'istituzionali', ora 'occasionalì', abbiamo già toccato il punto del fondamento delle norme stesse, del loro modo di far parte dell'ordinamento. Questo punto va ora approfondito.

Abbiamo visto che il giurista (termine con cui intendo per ora tanto il singolo, quanto la giurisprudenza nel suo insieme) può produrre una norma in tutto o in parte, dando luogo a norme giurisprudenziali pure, impure o soltanto indirette. Dire che la produttività del giurista, in tutte queste diverse ipotesi, è non occasionale ma istituzionale significa, almeno secondo un'autorevole prospettiva dogmatica che più avanti chiameremo 'della validità' (77), asserire che nell'ordinamento vi è una 'norma' la quale 'prevede', appunto, tale produttività. Una simile norma può avere caratteri molto diversi. Nel caso, per esempio, delle canonizzazioni, noi troviamo un atto del sovrano che conferisce alle opinioni di certi giureconsulti una particolare autorità. Ma in altri casi, potrà accadere che nessuna norma esplicita stia alla base di una pur innegabile regolarità di comportamento (i giudici che motivano con la *communis opinio*, e non con le leggi; le parti che ricorrono all'esperto perchè formuli i loro negozi): qui saremo relativamente liberi di interpretare la regolarità come un puro fatto, o di riconoscere implicita in essa una norma istituzionale nel senso ristretto precisato a suo tempo (78).

(77) Vedi § II. 3.

(78) Vedi sopra, 405-408. Chiamo ristretto questo senso di 'istituzionale' in contrapposizione a quello più ampio che la parola ha all'inizio di questo cpv. e nel cpv. precedente, dove indica genericamente il carattere non casuale, non occasionale della giurisprudenzialità di una norma: carattere che può venirle, oltre che dalla norma istituzionale in senso

In tutti i casi la norma che rende istituzionale in senso lato l'intervento del giurista sarà una norma 'secondaria' o di struttura: la chiameremo, scegliendo entro una terminologia ancora non fissata (79), norma di produzione.

Ci interessano qui due osservazioni. La prima, che abbiamo già fatto in precedenza (80), è che la produttività del giurista non sempre attende, per esplicitarsi, una 'delega' dall'alto, da una norma di grado superiore: la giurisprudenza può conquistare, anzi di solito conquista con la propria attività la propria istituzionale autorità, le norme istituzionali vengono spesso dopo una lunga serie di norme occasionali, la norma di produzione viene in certo modo dopo la produzione stessa (81). La seconda osservazione è che talvolta la norma di produzione attribuita capacità normativa alla giurisprudenza è esplicitamente formulata... dalla giurisprudenza stessa, che viene così ad autofondarsi.

Chiameremo 'originarie' le norme giurisprudenziali istituzionali (nel senso lato di non occasionali) quando la pro-

stretto, da qualunque tipo di norma generale. L'istituzionalità si riferisce qui alla giurisprudenzialità della norma; per il significato amplissimo di istituzionalità come vigenza o effettività di ogni norma vedi sopra, n. 59. I significati di 'istituzionale' sono, dunque, tre:

1. (ristretto): è i. la norma che è norma non perchè emanata da un'autorità ma solo per la sua presenza costante nell'azione;

2. (ampio): è i. la giurisprudenzialità di una norma quando non è occasionale, quando cioè la produttività del giurista è 'prevista' dall'ordinamento;

3. (amplissimo): è i. ogni norma, anche quella emanata da un'autorità, che sia effettiva. Le norme istituzionali nel primo senso sono, ovviamente, sempre istituzionali in quest'ultimo senso.

(79) Vedi sopra, n. 27 e 29.

(80) Sopra, 394.

(81) Può vedersi, come esempio, quanto detto sopra, 164-169, a proposito dell'affermarsi nel diritto comune della norma secondo cui *communis opinio attendenda est in iudicando*; oppure si pensi alle fasi fluide in cui l'autorità di un insigne giureconsulto (Accursio, Bartolo) trova riconoscimento in decisioni isolate, sempre più numerose ma che non valgono ancora a stabilirla istituzionalmente. Per una critica alla tesi della necessità di una 'delega', secondo il modello kelseniano della costruzione a gradi dell'ordinamento, vedi più ampiamente oltre, 437-439; 444-446.

duttività del giurista, nella diversa misura spettante alle diverse categorie di norme (pure, impure, indirette), sia 'prevista' da una norma di produzione o istituzionale in senso stretto (consuetudinaria), o a sua volta giurisprudenziale (82). Chiameremo 'derivate' le norme giurisprudenziali istituzionali (*lato sensu*) in tutte le altre ipotesi.

Un esempio di norma giurisprudenziale originaria: la *communis opinio doctorum* nel maturo diritto comune, fondata essenzialmente su una norma di produzione dovuta ai consulenti prima, ai trattatisti poi, finalmente alla *communis opinio* essa stessa (83). Come esempio di norma giurisprudenziale derivata abbiamo già ricordato le canonizzazioni.

Una stessa classe di norme giurisprudenziali di condotta può essere resa valida, a seconda dei tempi e degli ordinamenti, dalle più diverse norme di produzione, apparendo quindi ora originaria, ora derivata, e ciascuna delle due cose in sensi diversi. Così, quelle norme giurisprudenziali indirette che sono le sentenze date *secundum consilium* possono essere previste da una norma:

— consuetudinaria: la famosa *consuetudo Italiae generalis* testimoniata da Durante e da altri glossatori (84); la prassi della Roma repubblicana, che imponeva di chiedere consiglio al collegio pontificale prima, al giurista laico poi;

— giurisprudenziale: la dottrina comune che stabiliva l'obbligo di sentenziare *secundum consilium* in certi casi, in particolare se il giudice era ignorante (85);

— (82) S'intende che in una prospettiva rigorosamente normativista, questa norma giurisprudenziale di produzione deriverebbe a sua volta da una norma di produzione superiore, attribuite alla giurisprudenza la capacità di stabilire le fonti del diritto, cioè di porre norme di produzione; e così via fino alla norma fondamentale. Pur non escludendo senz'altro questa prospettiva, io mi contenterò di accertare se la norma giurisprudenziale di produzione sia essa stessa effettiva, cioè istituzionale *latissimo sensu*. Così facendo si ammettono norme originarie diverse dalla norma fondamentale: ciò in alcuni casi è più realistico ed economico che dilatare la norma fondamentale fino a farle dire, per esempio, che è valida ogni norma effettiva. Su questo punto vedi oltre, 445.

(83) Vedi sopra, cap. II, § IV.2, spec. n. 172.

(84) Vedi sopra, cap. II n. 95.

(85) Vedi sopra, cap. II n. 97.

— legale: gli statuti (86); la norma augustea sullo *ius respondendi* (dando qui a ‘legale’ un senso che, soprattutto per il romanista, appare non del tutto proprio); e così via.

Lo stesso andrebbe ripetuto per le norme giurisprudenziali impure (si immagini da quanti tipi di norme di produzione può essere richiesta la qualità di giurista nel giudice, nel legislatore) e per le norme giurisprudenziali pure. Così, la norma che stabilisce l'appartenenza all'ordinamento di norme giurisprudenziali generali pure può essere:

— consuetudinaria (o istituzionale in senso stretto): è il caso più frequente;

— giurisprudenziale: la ricordata *communis opinio* sul valore della *communis opinio*; le valutazioni dei singoli giuristi come *auctoritates* (87);

— legale: le leggi delle citazioni (Adriano (?); Teodosio e Valentiniano), le canonizzazioni (i sovrani spagnoli, le recezioni di Bartolo o della Glossa o di Dino da parte degli statuti), l'articolo 1 del codice civile svizzero (88);

— giurisdizionale: la Rota romana che riconosce l'obbligatorietà della *communis opinio* (89); e così via.

Altro problema è se la norma di produzione comunichi necessariamente alla norma contemplata il proprio tipo di autorità. Basta scorrere gli esempi precedenti per accorgersi che la risposta dev'essere senz'altro negativa. Non solo accade che una norma dotata di autorità *necessaria* (p. es. la legge) deleghi la giurisprudenza riconoscendole autorità solo *probabilis* (90);

(86) Sopra, cap. II n. 94 e 97.

(87) Vedi sopra, cap. II, § III (nei luoghi dove si parla della variabile ‘C’); § IV. 1. E (autorità rispettiva dei *consilia* e delle ripetizioni); 176 e 177 s. *sub C* (*Auctoritates*).

(88) Testo ufficiale italiano: « Nei casi non previsti dalla legge il giudice... si attiene alla dottrina ed alla giurisprudenza più autorevoli ». Altri esempi, al di fuori dell'ambito cui ci siamo limitati nelle nostre ricerche storiche: la recezione di opere dei pandettisti tedeschi in Grecia e nelle provincie baltiche o di opere dei grandi giuristi olandesi nel *roman-dutch law*: cf. KOSCHAKER, *Europa* 120 s.; 226 n. 29; 229 s. (= 66 s.; 131 n. 2; 133).

(89) Vedi i luoghi citati sopra, cap. II n. 167.

(90) Tra gli esempi fatti al precedente cpv. sono caratteristici il

ma è anche possibile l'inverso, che una norma di produzione conferisca alla classe di norme contemplata un'autorità superiore alla propria, come nel caso delle norme giurisprudenziali che hanno riconosciuto valore di legge al *Corpus Iuris*, in Italia all'alba della scuola dei glossatori, in Germania al momento della *Rezeption*, o nel caso dell'opinione di giuristi singoli sul valore della *communis opinio* o di giuristi più grandi di loro.

Riepilogando: dal punto di vista del grado di giurisprudenzialità ci è stato possibile finora distinguere sei tipi di norme giurisprudenziali. In ordine crescente: norme indirette (derivate-originarie), impure (derivate-originarie), pure (derivate-originarie). Si tratta di norme istituzionalmente giurisprudenziali. Aggiungendo — in ognuna delle parentesi, forse al primo posto — le occasionali si otterrebbero, invece di sei, nove combinazioni. Tenendo presenti le fondamentali divisioni delle norme giuridiche dal punto di vista del contenuto in secondarie e primarie (di struttura e di condotta), dal punto di vista della portata in generali e individuali, si ottengono complessivamente ventiquattro categorie fondamentali di norme giurisprudenziali (trentasei con le occasionali) definite ciascuna da quattro elementi. Esempio: la norma medievale per cui il *Corpus Iuris*, nelle sue parti latine, è legge, va classificata come norma giurisprudenziale generale; di produzione; pura; originaria. Naturalmente non è detto che per ognuna delle categorie sia rintracciabile un esempio storico, almeno nell'ambito da noi studiato; esse giovano però ad inquadrare con precisione i casi già noti, e potrebbero rivelarsi utili nell'analisi di esperienze giuridiche diverse da quella europea.

Vorrei adesso lasciare la considerazione statica e isolata, prevalentemente classificatoria (anche se la classificazione tiene presente il tipo di inserzione ordinamentale) della norma giurisprudenziale per dare il più brevemente possibile una visione sinottica della molteplicità dei suoi innesti e delle sue diramazioni nell'ordinamento. Mi limiterò a tre schemi, riguardanti il primo una norma giurisprudenziale indiretta qual'è la sentenza *secundum consilium*; il

codice svizzero e certe canonizzazioni (vedi sopra, 120); cf. anche cap. I, n. 116 (*ius respondendi*); cap. II n. 97 (statuti e *consilium sapientis*).

secondo, una norma giurisprudenziale impura qual'è la sentenza di un giudice giurista; il terzo, una norma giurisprudenziale pura (generale). Si tenga presente che questi schemi non sono gli unici possibili: i primi due riguardano entrambi la sentenza del giudice, ma possono essere norme giurisprudenziali indirette o impure, come sappiamo, anche la legge, gli editti magistratuali o imperiali, i negozi; tutti e tre gli schemi si limitano, poi, alle norme giurisprudenziali istituzionali, che quindi presuppongono — almeno nella prospettiva della validità — una norma di produzione. La norma a cui è dedicato lo schema sarà ogni volta, per comodità di orientamento, indicata in grassetto.

*A. Norma giurisprudenziale indiretta.*

- (A 1) Norma generale di produzione (che può essere consuetudinaria, giurisprudenziale, legale: vedi p. 419): il giudice deve, se ignorante di diritto, chiedere e seguire il consiglio del giurista. Secondo lo schema di Ross (91): *Soggezione A - B (C)*, da leggersi: il giudice (A) è soggetto alle disposizioni del giurista consultato (B) nel redigere la sentenza (sfera di condotta C).
- (A 2) Norma prodotta dal giurista (responso, *consilium*). Questa norma sarà:
- (a) per il giudice: norma giurisprudenziale individuale; di condotta; pura; originaria o derivata a seconda della natura della norma (A 1).
  - (b) per i terzi estranei alla causa (altri giuristi, giudici, privati):
    - (α) (se c'è una norma generale di produzione C 1): norma giurisprudenziale generale; di condotta; pura; originaria o derivata a seconda della natura di (C 1).
    - (β) (se non c'è una norma di produzione C 1): non norma.
- (A 3) **Norma prodotta del giudice** (la sentenza). Questa norma sarà:
- (a) per le parti in causa: **norma giurisprudenziale** individuale; di condotta; **indiretta**; originaria o derivata a seconda della natura di (A 1).
  - (b) per i terzi estranei alla causa:

---

(91) DG 152.

( $\alpha$ ): come in (A 2 b  $\alpha$ )

( $\beta$ ): come in (A 2 b  $\beta$ ).

La sentenza cioè vale tanto, quanto l'opinione del giurista che ha seguito; ciò beninteso quando non ci si trovi in un diritto del precedente: ma abbiamo convenuto che in un simile diritto il giudice è sempre giurista, quindi non può essere obbligato a seguire il parere di un altro esperto.

B. *Norma giurisprudenziale impura.*

(B 1) Norma generale di produzione (della natura più varia): il giudice deve essere giurista.

(B 2) **Norma prodotta dal giudice** (la sentenza). Questa norma sarà:

(a) per le parti in causa: **norma giurisprudenziale individuale**; di condotta; **impura**; originaria o derivata a seconda della natura di (B 1).

(b) per i terzi estranei alla causa:

(b 1) (fuori del regime del precedente):

( $\alpha$ ): come in (A 2 b  $\alpha$ )

( $\beta$ ): come in (A 2 b  $\beta$ ).

La sentenza cioè vale come opinione del giurista (il giudice) che l'ha prodotta.

(b 2) (in regime di precedente): **norma giurisprudenziale generale**; di condotta; **impura**; originaria o derivata a seconda dalla natura di (B 1).

C. *Norma giurisprudenziale pura.*

(C 1) Norma generale di produzione (che può essere consuetudinaria, giurisprudenziale, legale, giurisdizionale: v. p. 420): il giudice deve seguire le opinioni dei giuristi, soprattutto quelle formanti la *communis opinio*. Nello schema di Ross: *Soggezione A - B (C)*, da leggersi: il giudice (*A*) è soggetto alle disposizioni della giurisprudenza (*B*) nel redigere la sentenza (sfera di condotta *C*).

[*N.B.*: questa norma prevede che la giurisprudenza produca norme pure generali. Per una norma la quale preveda che la giurisprudenza produca norme pure individuali si può vedere — con riferimento al destinatario giudice — (A 1): la norma pura individuale è, in quel caso, (A 2 a)].



(C2) **Norma prodotta dalla giurisprudenza.** Per il giudice (e quindi per i privati, per gli avvocati, per tutti coloro che facciano giurisprudenza pratica; più blandamente per i teorici universitari) questa norma sarà: **giurisprudenziale** generale; di condotta; **pura**; originaria o derivata a seconda della natura di (C1). Avremo una situazione in cui rientrano (A 2 b  $\alpha$ ), (A 3 b  $\alpha$ ), (B 2 b 1  $\alpha$ ), e inoltre tutti i casi in cui la norma giurisprudenziale non sia stata, in origine, individuale.

(Sotto questo profilo le norme giurisprudenziali generali pure potrebbero anche distinguersi in 'precedenti giurisprudenziali' quando consistano in norme giurisprudenziali individuali — sentenze, responsi — utilizzate al di fuori del caso concreto d'origine; e in 'proposizioni giurisprudenziali' quando consistano in opinioni sostenute fin dall'origine in generale, o sostenute dalla *communis opinio*. La distinzione non sembra avere però sufficiente rilievo per essere mantenuta).

(C3) Norma prodotta dal giudice (la sentenza). Questa norma sarà:

(a) per le parti in causa:

( $\alpha$ ) giurisdizionale *in toto* (quindi non giurisprudenziale) quando il giudice, pur dovendo attenersi alle norme giurisprudenziali generali, non debba consultare un giurista o essere egli stesso giurista (92), quando cioè manchino nell'ordinamento norme del tipo (A 1) o (B 1).

( $\beta$ ) giurisprudenziale indiretta come in (A 3 a) quando ci sia nell'ordinamento una norma del tipo (A 1).

---

(92) L'ipotesi non è impensabile nè nell'ordinamento romano nè in parecchi ordinamenti di diritto comune. Essa si realizza in particolare là dove la giurisprudenza abbia raggiunto, sul punto di diritto utile per la causa, una convinzione unanime e notoria anche tra i profani. È chiaro che, classificando qui la norma come non giurisprudenziale, io mi riferisco rigorosamente al suo aspetto di norma individuale, nel presupposto che una simile norma sia sempre qualcosa di diverso e di 'creativo' rispetto alla norma generale cui si ispira. Allo stesso modo chiamerei giurisdizionale la sentenza data dal giudice in regime di diritto legale. Ma è chiaro che la sentenza fondata su una norma generale giurisprudenziale è 'più giurisprudenziale' della sentenza fondata su una norma generale legale.

- ( $\gamma$ ) giurisprudenziale impura come in (B 2 a) quando ci sia nell'ordinamento una norma del tipo (B 1).
- (b) per i terzi estranei alla causa:
  - ( $\alpha$ ) non norma nell'ipotesi ( $\alpha$ ) precedente;
  - ( $\beta$ ) norma come in (A 3 b  $\alpha$ ) nell'ipotesi ( $\beta$ );
  - ( $\gamma$ ) norma come in (B 2 b 1  $\alpha$ ) e (B 2 b 2) nell'ipotesi ( $\gamma$ ).

In questi schemi interessa osservare la molteplicità dei rapporti tra norme, l'impossibilità di comprendere interamente la realtà di una norma considerandola al di fuori di tali rapporti, la frequenza con cui uno stesso atto normativo si proietta nell'ordinamento e come norma individuale e come norma generale, magari cambiando natura a seconda delle proiezioni: così che la norma giurisprudenziale pura (generale) può nascere là dove forse non la si cercherebbe, non solo dal responso-norma individuale, ma anche dalla sentenza *secundum consilium*, o dalla sentenza del giudice giurista, in quanto questi atti normativi vengano considerati non nella loro imperativa puntualità, ma nella loro continuità di contenuto con una tradizione di pensiero professionale in cui la pubblicazione li immette.

D. Abbiamo raccolto una prima serie di elementi per rispondere alla domanda sui diversi modi in cui può atteggiarsi la produttività del giurista rispetto a norme facenti parte dell'ordinamento 'statale'; domanda che, data la nostra motivata adesione a una teoria normativo-ordinamentale del diritto, equivale a chiedersi in quali sensi possa parlarsi di 'diritto (statale) giurisprudenziale'.

Al livello della norma, potrebbero considerarsi diritto giurisprudenziale tutti i nove tipi o gradi principali di norme (indirette, impure, pure — occasionali, derivate o originarie) da noi individuati. Al livello dell'ordinamento, potrebbero considerarsi diritti giurisprudenziali tutti gli ordinamenti contenenti almeno una norma di uno di questi tipi.

È chiaro però che, se da un lato la molteplicità delle ipotesi prospettate mette opportunamente in luce il semplicismo di chi volesse applicare la qualifica di diritto giurisprudenziale solo alla 'norma incondizionatamente vincolante prodotta *in toto* dalla giurisprudenza', o all'ordinamento composto esclusivamente di simili norme, lasciandosi sfuggire il complesso, pe-

nefrante influsso esercitato dalla giurisprudenza ad ogni livello, quasi come un'atmosfera in cui sia immerso nella sua totalità il fenomeno normativo, d'altro lato una terminologia troppo largheggiante si rivelerebbe inutile, perchè priva di potere discriminante.

Ciò vale soprattutto al livello degli ordinamenti. Tra le norme, infatti, è possibile introdurre almeno in astratto distinzioni qualitative (93) per cui una norma giurisprudenziale si contrappone a una norma non giurisprudenziale o a una norma giurisprudenziale diversa con tutta nettezza. Per avere un criterio di discriminazione efficiente, basterebbe quindi riservare ad alcune tra le categorie più elevate in grado di giurisprudenzialità il nome di diritto giurisprudenziale *tout court*: nella ricerca sul diritto romano e comune, ad esempio, noi ci siamo soprattutto preoccupati di quelle che classificheremmo ormai come norme giurisprudenziali pure (94); tra queste abbiamo considerato quasi soltanto le istituzionali, con preferenza (pur non trascurando i fenomeni di delegazione) per le originarie. Ed è, ugualmente, alle norme giurisprudenziali pure (non alle altre categorie) che si riferisce la problematica del 'diritto giurisprudenziale' in quanto contrapposto al 'momento giurisprudenziale del diritto'.

Al livello degli ordinamenti invece, la pura discriminazione qualitativa non sembra efficiente. Supponiamo di avere riservato la qualifica di diritto giurisprudenziale alle norme pure: chiameremo ordinamenti giurisprudenziali, in prima approssimazione, solo quelli che contengano simili norme. Ma non rischieremo di trovare un gruppo magari cospicuo di esse in ogni ordinamento? Ecco allora che alla restrizione qualitativa occorre aggiungerne una quantitativa: la definizione di ciò che si intenda chiamare ordinamento giurisprudenziale va data precisando insieme al tipo di norme la quantità percentuale minima che l'ordinamento ne deve contenere. In pratica, ba-

---

(93) Nella diagnosi concreta non sembra invece potersi prescindere da considerazioni quantitative: vedi p. es. 446 pr. e cap. V, § I.2-4.

(94) Chi volesse far rientrare il *common law* nel diritto giurisprudenziale dovrebbe invece accogliere largamente anche le norme giurisprudenziali impure (generalì, beninteso).

sterà forse che le norme giurisprudenziali del grado prescelto siano più numerose delle norme di fonte diversa (95).

Emerge così una certa ambiguità del termine 'diritto giurisprudenziale': la stessa che caratterizza il termine 'diritto'. Dire: «la compensazione romana è diritto giurisprudenziale», e dire: «il diritto romano è diritto giurisprudenziale» sono due cose ben diverse, di cui l'una non implica l'altra, anche se l'una può dare importanti informazioni orientative, presuntive, in merito all'altra(96). Osserviamo ancora che in certi ordinamenti sono giurisprudenziali solo alcuni dei 'rami' in cui viene convenzionalmente diviso il diritto: per esempio solo il diritto privato, o il diritto amministrativo. Dicendo in questi casi: «il diritto privato è giurisprudenziale» ci si riferirà, propriamente, non a un ordinamento ma a un gruppo di norme; si potrà parlare, tuttavia, di ordinamento anche per il solo diritto privato in considerazione delle numerose norme di produzione e di organizzazione mediante le quali esso è collegato all'ordinamento globale.

3. Definendo diritto ('statale') giurisprudenziale la norma giuridica 'statale' prodotta (in tutto o in parte) dai giuristi, o l'ordinamento 'statale' contenente norme di questo genere, noi abbiamo finora presupposto di sapere cosa significhi che una norma è prodotta da una particolare istanza qualificata. Il problema non riguarda la produzione della norma come contenuto intelligibile oggettivo: da questo punto di vista, la norma è simile ad ogni altro pensiero fissato in parole che vengano consegnate per iscritto od oralmente, e il precisare cosa significhi essere 'autore' di quel contenuto non spetta alla teoria generale

(95) Analoghi criteri potrebbero adottarsi per definire lo stesso ordinamento 'legale', ed eventualmente un ordinamento 'consuetudinario' e un ordinamento 'giurisdizionale'. Si noti come il termine 'diritto giurisdizionale' si presti a indicare cose molto diverse: cf. oltre, n. 191.

(96) La qualificazione globale dell'ordinamento non esonera quindi interamente dallo studio del particolare intreccio di fonti che presiede alla nascita del singolo istituto: le affermazioni fatte sopra (93 s.) sulla dipendenza della ricostruzione degli istituti dalla ricostruzione dell'ordinamento vanno lette con questa 'limitazione', per restare valide come 'regola'.

del diritto. Si tratta invece di chiarire cosa significhi produrre la norma come norma, conferirle cioè la specifica sua esistenza normativa; si tratta, prima ancora, di sapere in cosa consista tale esistenza (97).

Questa indagine, nella misura in cui intenda limitarsi alla funzione del giurista rispetto al diritto, lascia perciò necessariamente da parte quelle che abbiamo chiamato norme giurisprudenziali indirette e impure: perchè esse, come sappiamo, vengono prodotte dal giurista solo nel loro aspetto di contenuti oggettivati; la loro esistenza normativa non è giurisprudenziale.

(97) In tutto il corso della ricerca, e particolarmente nel § 2.C. precedente, ho utilizzato il termine 'essenza' per indicare, in contrapposizione alla 'esistenza' della norma, il contenuto della norma stessa, cioè che la (meglio: una data) norma dispone. Nel dividere la materia di questo § II ho invece contrapposto esistenza ed essenza del diritto intendendo con essenza la nozione concettuale del diritto, la *quidditas*, cioè che il diritto è. Questo secondo significato di 'essenza' non coincide del tutto col primo, ed è il più classico e appropriato; il primo consente però (al prezzo di una sfumatura di arbitrio) di esprimere con un unico termine aspetti della norma connessi da evidente analogia nel contrapporsi, tutti, alla categoria che si indica univocamente e felicemente col termine 'esistenza'.

La distinzione tra essenza (nel primo senso) ed esistenza della norma si trova, espressa con altri termini, assai di frequente nella letteratura giuridica, senza che le vengano consacrati gli espliciti approfondimenti che, a mio parere, meriterebbe. Le citazioni potrebbero essere innumerevoli, perchè ogni giurista viene, prima o poi, a contatto con le due categorie fondamentali. Mi limito qui a ricordare gli accenni di autori che vengono citati altrove nel libro: GÉNY, GMÜR, BRÜTT, REICHEL, STAMPE, KOHLER, HECK, RADBRUCH, RUMPF, MANIGK, EHRLICH (oltre, n. 101 e 102; sopra, cap. III n. 253); EHRLICH (sopra, n. 66); SCARPELLI (sopra, n. 76); BATTAGLINI (oltre, n. 173). *Adde* MANIGK, *Modernismus* 97 s.: una cosa è la « Quelle des Rechtsinhalts », altra cosa è la « Quelle der Rechtsgeltung ». Con grande chiarezza CAPOGRASSI, *SD* 448 distingue « concetti del contenuto e concetti della norma come *vis ac potestas* », « I concetti del contenuto della norma... E i concetti che esprimono la norma nella sua vita nel suo esser forza ». Si rifletta all'utilità che potrebbe avere questa distinzione anche al di fuori dei problemi del diritto giurisprudenziale, ad es. per interpretare correttamente il pensiero di un KELSEN: lo *Stufenbau* configura un modello rigorosamente formalista e positivista per quanto riguarda l'esistenza delle norme, non certo per quanto riguarda il loro contenuto, che la norma superiore non è, per Kelsen, in grado di pre-determinare.

Interessa, invece, l'esistenza normativa del 'diritto giurisprudenziale' in senso stretto, cioè di quelle che abbiamo chiamato norme giurisprudenziali pure; tra cui vanno comprese (98) — il punto è di grande importanza — anche le sentenze dei giudici giuristi fuori dei regimi del precedente.

Il problema si è posto in tutti i tempi (99), e già nel corso della ricerca storica ho avuto occasione di formularlo (100); l'autore più chiaro (e forse più rigido) in proposito è Gény. Con riferimento all'ordinamento legale, in cui si trova, egli osserva (101) che tanto per la giurisdizione come per la dottrina si è mancato, riconoscendo loro talvolta un 'potere creativo', di tenere sufficientemente distinti due possibili significati del termine: una cosa è che il giudice nel risolvere la lite, il giurista nel formare la propria opinione debbano andare oltre la pura interpretazione della legge, debbano valersi largamente della libera ricerca scientifica; altra cosa è che alle loro soluzioni spetti un valore vincolante per successivi interpreti (102). Fino a che

(98) Cf. gli schemi a p. 422 s., *sub* (A 3 b  $\alpha$ ), (B 2 b 1  $\alpha$ ); e vedi oltre, 469 s.

(99) Vedi p. es. sopra, cap. II n. 52.

(100) Particolarmente al cap. II, § II.2.D.

(101) *MS* II, 33-35.

(102) GÉNY ritiene (ivi, spec. 35-56; 72 s.; 259-267) di poter concedere alla giurisprudenza il primo, non il secondo potere; ma attenua poi sensibilmente, in pratica, il rigore della sua conclusione, riconoscendo alla giurisprudenza valore altamente persuasivo analogo alla *force de raison écrite* o a una presunzione di giuridicità (49); e facendo inoltre della giurisdizione un « *propulseur* de la coutume, mais *propulseur* tellement indispensable, et aux effets à ce point inévitables... qu'il suffit... presque d'une simplification de formule, pour lui rapporter tout le mérite de la création » (51). A noi interessa qui, più che la soluzione, la lucida impostazione del problema. Gény riconosce poi, ovviamente, la capacità dei giudici di creare diritto per le parti in causa: cf. sopra, cap. III n. 252. I giusliberisti sono, in generale, vicini alla posizione di Gény. Secondo GMÜR, *Anwendung* 110-112, i risultati della creazione giurisprudenziale non sono che « *Rechtssätze minderen Grades* », perchè non validi in generale. BRÜTT, *KR* 180 s., riconosce al giurista libertà di legislatore, ma non autorità (funzione) di legislatore. Per REICHEL, *GR* 101, la giurisdizione può produrre contenuti normativi nuovi (« *Norminhalte* ») ma non è detto che questi abbiano vigenza (« *Geltung* »). Per STAMPE vedi sopra, cap. III n. 250; cf. anche *RB* 4; 15. E vedi ancora KOHLER, *SK*

non avremo chiarito questo punto, dell'esistenza normativa delle 'norme' giurisprudenziali pure, rimarremo sempre in dubbio sulla giuridicità di quello che abbiamo chiamato 'diritto' giurisprudenziale, e tanto più sulla possibilità di riconoscerne la presenza negli ordinamenti legali contemporanei.

A. Sarà necessario, anche qui, rivolgerci alla teoria generale, per appurare — non senza il contributo del diritto giurisprudenziale — cosa debba intendersi per esistenza della norma giuridica *tout court* (103). La teoria generale presenta, come sempre, una pluralità di punti di vista contrastanti; i più degni di considerazione corrispondono alle concezioni globali del diritto già approssimativamente designate (104) come giusnaturalismo, positivismo e realismo.

Poichè tutta la nostra ricerca è rivolta alla conoscenza del diritto 'positivo', possiamo mettere da parte (105) il punto di vista secondo cui l'esistenza della norma — intesa come proposizione formulante un dover essere — si identifica con il suo valore (assolutamente inteso). Tale punto di vista semplifica notevolmente il problema: l'essere della norma è tutt'uno con il suo dover essere; la proposizione 'deve essere A', ossia la norma come contenuto semantico normativo, è norma, o semplicemente è, quando è vera, quando 'veramente' A deve essere. La norma esiste indipendentemente da atti di posizione o di riconoscimento.

---

292-295; HECK, *G* 246-248; RADBRUCH, in *ZGS* 1907, 740 (RUMPF, a suo parere, ha saputo distinguere con perfetta chiarezza la domanda metodologica: « ist der Richter schöpferisch? » da quella di teoria delle fonti: « ist der Richter rechts schöpferisch? »). MANIGK, *Modernismus* 117-151, è anch'egli nell'ordine di idee di Gény. EHRLICH, *JL* 238, ha invece ben presente la possibilità che opinioni giurisprudenziali si consolidino in autentiche norme. Per altri spunti di trattazione del problema nella letteratura giusliberista vedi oltre, n. 129.

(103) Valgono qui le stesse avvertenze fatte sopra, alla n. 8.

(104) Sopra, cap. III, § IV.3. MENEGHELLI, *PE* 125, distingue anch'egli tre tipi di esistenza giuridica (che chiama validità): validità ideologica, validità empirica, validità formale.

(105) Vedi però oltre, 454-456; 467 sull'importanza che ha il contenuto della norma per la sua positività; e cap. V, § III.2 sull'immanenza di una sfera di diritto 'metapositivo' nello stesso diritto positivo.

Più complesso lo *status* della norma 'positiva', che non solo idealmente, ma 'storicamente' è norma. È appena necessario ricordare che i due punti di vista, intorno a cui sono venute cristallizzandosi le più progredite riflessioni sull'esistenza storico-positiva della norma, sono quelli genericamente designabili come punto di vista della validità (positivismo, o normativismo, o formalismo giuridico) e come punto di vista dell'effettività (realismo giuridico) (106). Il primo è stato esposto con tanta forza, insieme logica e raffigurativa, da Kelsen, che è possibile limitarsi a considerarlo nella presentazione datane da questo autore (107). Il secondo comprende invece numerose varianti di rilievo, che corrispondono ai diversi indirizzi del rea-

---

(106) Con effettività intendo qui, per non appesantire il discorso con troppe suddivisioni, tanto il puro fatto empirico dell'osservanza verificatasi in passato, quanto la probabilità (fondata, tra l'altro, sull'osservanza passata) dell'osservanza futura. MENEGHELLI, *PE* 161 e *passim*, vorrebbe invece, conformemente a un uso abbastanza corrente tra i giuristi e di cui dimostra la fondatezza, dare al fatto empirico il nome di efficacia, riservando alla capacità che la norma ha di essere osservata in futuro il nome di effettività (o di validità effettiva). Come si vedrà nel seguito, è questo il significato al quale anch'io prevalentemente penso usando il termine effettività; esso si rivela decisamente più utile per una teoria dell'esistenza giuridica. Mi astengo anche, in questa sede, dal precisare se l'osservanza — e rispettivamente la probabilità di applicazione — della norma debba riferirsi ai giudici, all'insieme dei funzionari, ai privati, alla totalità dei cittadini. La prima posizione è quella adottata da ROSS; HART introduce opportuni temperamenti e complementamenti ai quali rinvio (vedi *CD*, soprattutto cap. VI). Infine, lascio qui in sospenso la questione se l'effettività vada accertata solo sulla base di comportamenti esteriori, o sulla base di comportamenti 'doppiati' dal convincimento che la norma deve essere osservata; ma non nascondo di propendere per la seconda soluzione, che è adottata dalla più progredita teoria dell'effettività (p. es. da ROSS: vedi *DG*, spec. 34-49), e che in particolare sembra indispensabile per comprendere l'effettività *secundo sensu*, come probabilità di applicazione futura. Su tutto ciò vedi anche oltre, spec. 448 s.

(107) Come è noto (cf. sopra, n. 45), KELSEN concepisce, per l'ordinamento nel suo complesso, l'esistenza giuridica come effettività, anzi « per la nettezza del suo giudizio, per la precisazione della denominazione, insomma per l'esattezza dell'intuizione, è possibile attribuire al Kelsen la paternità del criterio di effettività » (PIOVANI, o. c. alla n. 45, 40). Qui mi riferisco però anzitutto al suo modo di intendere l'esistenza delle singole norme e della stessa norma fondamentale.



lismo anglosassone e scandinavo, a spunti contenuti nelle teorie sociologiche e nelle teorie del diritto come azione e come istituzione. Nell'ambito del realismo emerge, per sistematicità e plausibilità, la più recente teoria di Ross (108). Un'intelligente mediazione tra Kelsen e Ross è offerta da Hart (109), che non solo si sforza di coordinare il punto di vista della validità e quello dell'effettività, ma contribuisce con acute osservazioni a una più differenziata analisi della stessa effettività. Io cercherò qui, circoscrivendo il dibattito a questi tre autori (110), e tenendo presente l'interessante tentativo di superamento dell'antitesi tradizionale contenuto in una recente ricerca italiana (111), di trarne alcune indicazioni relativamente sicure, atte a fornire un orientamento generico per la soluzione del nostro specifico problema.

Una prima indicazione può essere questa: sembra difficile, oltre che sterile, eliminare radicalmente un punto di vista a vantaggio dell'altro. Intanto, validità ed effettività sono entrambe modi per concepire uno *status* non puramente deontologico della norma (112): la loro inimicizia è dunque sottesa da una solidarietà (antigiuridicalistica) profonda. Una volta abbandonato, infatti, il criterio dell'esistenza esclusivamente assiologica per quello dell'esistenza anche storica, non si vede dove trovare

(108) *DG*, spec. §§ 2; 3; 7-15; 20-22.

(109) *CD*, spec. cap. VI; vedi anche cap. IV; cap. VII.

(110) Per una rassegna critica delle loro idee vedi ora SCARPELLI, *PG* 53-89. Intende 'efficacia' in un senso tutto diverso da quello che il termine ha nella consueta contrapposizione 'validità'-'efficacia' (dove efficacia = effettività), l'intende cioè come produttività di effetti giuridici. A. FALZEA, nella originale, documentatissima voce *Efficacia giuridica*, in *ED XIV* (1965) 432-509, la cui *Parte II* (436-464), dedicata alla *Metodologia*, illumina per alcuni aspetti il problema dell'esistenza del diritto, pur senza giungere — a mio parere — ad un superamento delle tre categorie tradizionali (valore, validità, effettività).

(111) MENEGHELLI, *PE*. La posizione di questo autore ha molti punti di contatto con quella di Ross.

(112) Cf. MENEGHELLI, *PE* 27: « In origine il problema è, si può dire, uno solo: quello di cogliere il fenomeno giuridico... come prodotto... dell'esperienza umana... conoscere il diritto per ciò che esso è, e non secondo ciò che esso dovrebbe essere. Questo, si dice, è conoscerlo nella sua positività ».

una sede esistenziale per la norma fuori delle azioni e dei giudizi umani. Gli atti di produzione della norma, i comportamenti conformi alla norma, i giudizi soggettivi di validità della norma sono i possibili punti di innesto nella storicità. È vero che la teoria rigorosamente normativista si sforza di configurare la validità come pura 'conformità a una norma superiore'; ma ciò che è conforme non è tanto la norma inferiore considerata come contenuto normativo (113), quanto l'atto o l'insieme di atti con cui essa è stata prodotta. In altre parole la teoria della validità, se vuol restare teoria dell'esistenza giuridica *p o s i t i v a*, non può chiudersi tutta nel metempirico limbo di rapporti tra norme al quale aspira, ma deve tener conto di specifici *a t t i* umani, ai quali è legata la positiva validità della norma. Inversamente si potrebbe mostrare come la teoria dell'effettività non possa limitarsi a considerare la serie fattuale dei comportamenti, ma debba fondare su questi comportamenti qualificazioni che in certo modo sono di normatività (114). Insomma la teoria della validità si sforza maggiormente di mantenere al fatto storico 'diritto positivo' il suo carattere di criterio di valutazione; la teoria dell'effettività si sforza maggiormente di mantenere al criterio di valutazione 'diritto positivo' il suo carattere storico; l'una e l'altra presuppongono (nelle loro versioni più mature) un concetto di diritto *i n s i e m m e* valutativo e storico.

Non c'è dubbio tuttavia che, nella considerazione degli atti umani necessari a rendere giuridicamente esistente una norma, le due teorie adottino di preferenza prospettive contrastanti, o almeno complementari. La teoria della validità è più fortemente influenzata dalla rappresentazione della necessità di un atto di *p o s i z i o n e* della norma, e si preoccupa anzitutto delle condizioni di questo atto; la teoria dell'effettività è più fortemente

(113) Particolarmente nell'ultima edizione di *DP*, KELSEN si sforza di tenere distinta, come un dover essere da un essere, la norma dall'atto che la pone; il dover essere (la norma) è solo il significato dell'atto; questo è considerato, alla pari degli atti che applicano la norma rendendola efficace, condizione ma non fondamento della validità. Vedi, p. es., *DP*<sup>2</sup> 14; 238-241. Cf. anche oltre, n. 121.

(114) L'aver mostrato questo è merito importante del libro di MENEGHELLI già più volte citato.

influenzata dalla rappresentazione della necessità di un atto (di atti) di riconoscimento della norma, e si preoccupa anzitutto delle condizioni di questo riconoscimento, precisando ad esempio se esso deve essere anche interno, se deve avvenire da parte dei giudici, o da parte dei privati, o da parte di tutti. La prima teoria è certo più legata all'idea della positività come comando, della giuridicità come eteronomia; la seconda all'idea della positività come obbedienza, della giuridicità come autonomia (115).

L'opposizione più grave è dunque nel modo stesso di concepire l'esistenza giuridica, ed è qui che il contrasto non sembra nè facilmente, nè utilmente risolvibile con la vittoria piena dell'una o dell'altra teoria. Al teorico della validità il realista obietterà sempre che se la validità è conformità a una norma, non si evita il processo *ad infinitum* (116); al teorico dell'effettività il normativista risponderà sempre che per capire le stesse rappresentazioni psicologiche e gli stessi comportamenti in cui si sostanzia l'effettività della norma, occorre ammettere che la norma abbia una sua sede, una sua esistenza al di fuori di quelle rappresentazioni e di quei comportamenti, che non possono regolarsi su se stessi pena anche qui il processo *ad infinitum* se non l'assurdo (117); il realista non mancherà di replicare che

---

(115) Cf., bene, MENEGHELLI 145 s. Lo stesso autore riconduce, in tutta la sua ricerca, la teoria della validità alla considerazione del potere, la teoria dell'effettività alla considerazione della società.

(116) Non lo si evita, in particolare, ricorrendo a distinzioni come quella tra norma obbligante e norma autorizzante, di cui si serve KELSEN, *DP*<sup>2</sup> 141 n. 2 per rispondere a un'obiezione formulata in modo troppo limitato da ROSS.

(117) Cf. N. BOBBIO, *Studi sulla teoria generale del diritto* (1955) 139 s.: «... una teoria del diritto... dovrebbe servire prima di tutto a fornirci una risposta precisa alla domanda... 'sono obbligato giuridicamente o no a compiere l'azione x?'... per rispondere a questa domanda non so quale beneficio possa avere da una nozione del diritto la quale m'insegna che l'elemento specifico del diritto sta nell'atteggiamento mentale di dipendenza di chi lo eseguisce... devo seguire un'altra strada, che è quella di vedere se l'azione è prevista come obbligatoria da una norma valida appartenente a un ordinamento giuridico... In questo modo mi si viene mostrando che questa dottrina [*scil.* kelseniana] accusata di non avere i piedi per terra, nasce dall'esigenza di rispondere alla quotidiana

la norma fondamentale, su cui in definitiva, nella teoria della validità, i comportamenti si regolano, « non può essere scelta arbitrariamente »: ora essa, per distinguersi dalla norma-valore assoluto giusnaturalista, « deve essere scelta in modo da coprire il sistema effettivamente vigente. Ma allora è chiaro che l'effettività è, in realtà, il criterio del diritto positivo... » (118); il normativista a sua volta ribatterà che, se la norma si riduce a regolarità di comportamenti, perde il carattere valutativo che la distingue dalla legge naturale e il mondo del diritto diventa inintelligibile (119); se la validità della norma si riduce a rappresentazioni soggettive di validità, queste rappresentazioni sono errori, l'effettività della norma è misurata dalla diffusione di un errore (120)... La discussione tra gli amici-nemici sembra potersi prolungare al livello applicativo, di dettaglio in dettaglio, senza portare a risultati risolutivi.

L'apparente incapacità di distruggersi a vicenda si manifesta anche nella non rigorosa purezza con cui le teorie rivali, nei loro sostenitori più consapevoli, si presentano in concreto: Kelsen ha bisogno, per la validità della norma, dell'effettività dell'intero ordinamento, anzi ormai dell'effettività della stessa norma singola (121); Ross ha bisogno della normatività del diritto,

domanda se io sia o non sia obbligato giuridicamente a compiere una determinata azione ». Analogamente HART, *CD* 124, riprendendo un argomento classico (cf. sopra, cap. III n. 167): l'affermazione del giudice che una particolare norma è valida non può certo consistere in una predizione della propria attività; il giudice non pone il criterio, lo presuppone.

(118) Ross, *DG* 67.

(119) Così lo stesso Ross, in polemica con il realismo radicale: si vedano i passi di *Towards a realistic jurisprudence* citati da Kelsen, *DP*<sup>2</sup> 239 n., 1° cpv. Cf. HART, *CD* 97; SCARPELLI, *PG* 85-87 (impossibilità di passare dall'essere al dover essere: vedi oltre, n. 163).

(120) Kelsen, l. c., 2° cpv.: « Se si accettasse questa teoria, si dovrebbe definire il diritto come quel comportamento umano causato dall'erronea rappresentazione secondo cui ci si deve comportare... conformemente a un ordinamento normativo oggettivamente valido ».

(121) Molta strada hanno fatto le formulazioni di Kelsen dalla prima *DP* (vedi ivi, 79 s., la quasi completa separazione tra validità ed efficacia della singola norma) alla seconda. Qui può leggersi (241): « l'efficacia dell'ordinamento giuridico come totalità e l'efficacia di una

delle rappresentazioni interne di validità. In queste versioni eclettiche o dialettiche, meno pure perchè più complete e responsabili, le due teorie si avvicinano fino ad essere separate quasi solo dalla inversione di strategia espositiva, le 'regole' dell'una presentandosi come le 'eccezioni' o 'qualificazioni' dell'altra (122).

Una riprova: è raro che un fenomeno giuridico si presti ad essere 'spiegato' solo con una delle due teorie; di solito può trovare una conveniente interpretazione in entrambe. Quanto poi ai casi in cui una teoria sembra realmente spiegare meglio dell'altra, si direbbe che essi non stiano tutti dalla stessa parte, che le vincite e le perdite si compensino: così, appare decisamente più calzante la spiegazione effettivista della *consuetudine*, e superflua la postulazione di una norma di produzione che la renda valida; mentre per la *norma individuale* ha assai più senso il problema di validità che quello di effettività, dato che essa ha la possibilità di essere attuata (o non attuata) una sola volta, quando non si ponga addirittura nello stesso suo attuarsi.

singola norma giuridica sono condizioni di validità non meno di quanto lo sia l'atto con cui si statuisce la norma stessa; e l'efficacia è condizione nel senso che un ordinamento... ed una singola norma giuridica non possono più considerarsi validi, quando cessano di essere efficaci». Cf. 242: «...l'efficacia, nel senso sopra indicato, è condizione di validità non soltanto dell'ordinamento giuridico, come totalità, ma anche delle singole norme giuridiche...» Lo stesso è detto con tutta chiarezza più volte nel libro, spec. a p. 20. Kelsen si concede questa estrema spregiudicatezza in quanto attribuisce alla distinzione tra «condizione» e «fondamento» della validità un'importanza su cui, almeno dal punto di vista pratico, non si può non rimanere perplessi. Kelsen (21 n. 1) avvicina chi identifica validità ed efficacia a chi, per aver creduto di stabilire che il bene sta nel piacere, ritiene di poter fare a meno della categoria del bene; e giustamente osserva: altra cosa è valutare il piacere come bene, altra il valutarlo come piacere. Tuttavia, se davvero il piacere (e solo il piacere) fosse sempre bene, ai fini dell'individuazione concreta del bene (non) si potrebbe (non) ricorrere senz'altro al criterio del piacere.

(122) MENEGHELLI, *PE* 147, mostra sulla base di altre, acute osservazioni come le opposte teorie abbiano «finito, in qualche modo, per incontrarsi o, per lo meno, per accorciare la distanza che originariamente divideva i loro punti di partenza».

Si giustifica, allora, non solo come comodo eclettismo la posizione di un Hart, il quale adotta il punto di vista dell'effettività per la norma di riconoscimento (quella da noi chiamata di produzione), il punto di vista della validità per le norme di condotta (123): la deliberata rinuncia al rigore logico e alla purezza per collocarsi (come realmente si colloca) più 'vicino alle cose', non rende la sua dottrina meno logica e meno pura, ma forse solo meno nascostamente 'illogica' e 'impura' delle altre. Con un ulteriore approfondimento l'autore della più recente monografia sulla difficile materia, Meneghelli, mostra come sia non solo possibile ma doveroso guadagnare da ciascuna delle prospettive la prospettiva opposta, integrandola in una visione sintetica.

Da entrambi questi tentativi di coordinazione o di fusione dei punti di vista tradizionalmente contrastanti si trae, se non sbaglio, l'impressione (a cui nello stato attuale del dibattito è bene conservare carattere provvisorio) che il punto di vista dell'effettività sia il più forte e comunque il più veramente fondante la positività del diritto. È significativo, ad esempio, che nelle teorie normativiste eclettiche l'effettività si situi sempre alle fondamenta del sistema, quasi includendo l'ambito della validità. Così, in Kelsen l'effettività ha a lungo contrassegnato la esistenza giuridica dell'ordinamento nel suo insieme, la validità l'esistenza delle singole norme; in Hart esiste come effettiva la norma di riconoscimento, esistono come valide le norme di condotta. Per Meneghelli i criteri di validità formale (ed anche di validità ideologica) «devono essere considerati, non in senso formale o ideologico, ma in senso storico sociologico» (124): cioè come criteri per l'accertamento dell'effettività intesa «non [come] il fatto dell'applicazione, ma [come] la capacità che, tanto un ordinamento che una norma singola hanno di essere applicati» (125).

Si noti ancora come i normativisti abbiano insistito, per di-

(123) Accenni in questa direzione già in KELSEN: si vedano i passi riportati da MENEGHELLI, *PE* 128 e 130 s.

(124) MENEGHELLI, *PE* 178.

(125) *Ibid.* 204. Per un analogo concetto dell'effettività cf. Ross, *DG*, spec. 40-45; 48 s.

mostrare la differenza tra validità ed effettività, sulla possibilità (possibilità-limite) di norme valide non effettive, assai più che su quella di norme effettive non valide. Mentre una norma validamente posta può non essere presente nell'azione ed è facile concepire che con ciò essa perda, in definitiva, la stessa sua validità, una norma effettiva è, in qualche modo, sempre valida, almeno nel senso che non si vede cosa opporre a chi, adottando la prospettiva della validità, postuli l'esistenza di una norma di produzione (fondamentale o costituzionale materiale) la quale riconosca la validità delle norme effettive, cioè ritenute impegnative e applicate come tali (126).

Certo, la prospettiva della validità sembra spiegare assai meglio il punto di vista del giurista militante, quello che Hart chiama « punto di vista interno » all'ordinamento. Il giudice, per esempio, non esegue normalmente complicate indagini di effettività, ma si limita ad accertare se la norma di condotta riferibile al caso controverso è stata posta in conformità con le norme di produzione. A ben guardare, tuttavia, una norma formalmente valida ma notoriamente ineffettiva verrebbe con ogni probabilità considerata dal giudice come da non applicarsi, mentre una norma notoriamente effettiva verrebbe considerata come da applicarsi: basta pensare alle interpretazioni consolidate, *praeter* e magari *contra legem*, che non hanno certo, nei nostri ordinamenti, il crisma della validità formale. Ed anche la norma di cui consta solo la validità formale (per esempio la legge appena emanata) viene applicata — Hart ha ben colto questo punto — nel presupposto che sia *effettiva* la norma di pro-

---

(126) È caratteristica in proposito l'interpretazione kelseniana della validità della consuetudine non elevata dalla costituzione formale a fattispecie produttrice di diritto. KELSEN, in un passo su cui ci siamo già fermati (*DP*<sup>2</sup> 256; cf. sopra, cap. III n. 502 i. f.), non esita a « presupporre che l'elevare la consuetudine a fattispecie produttrice di diritto avvenga già nella norma fondamentale, intesa come costituzione in senso logico-giuridico ». Utilizzando simili artifici diviene facile anche al teorico della validità affermare con Kelsen che « il diritto consuetudinario ha efficacia derogatoria anche nei confronti di una legge costituzionale in senso formale e persino nei confronti di una legge costituzionale che escluda espressamente l'applicazione del diritto consuetudinario » (*ibid.* 257).

duzione: nella misura in cui la sua effettività desse adito a dubbio (l'ipotesi macroscopica, ma non unica, è quella della rivoluzione), diverrebbe dubbia la stessa validità della norma di condotta. Direi allora che anche dal punto di vista interno, e non solo da quello dell'osservatore esterno all'ordinamento o dello storico, la validità è quasi un modo abbreviato, 'economico' per individuare la norma effettiva; la validità è, se si preferisce, qualcosa come una presunzione di effettività; e l'effettività rimane il criterio finale dell'esistenza giuridica positiva (127).

Queste ultime considerazioni vanno interpretate non come prematura *reductio ad unum* dei punti di vista rivali attraverso il sacrificio del primo, ma piuttosto come tentativo di determinare, in via provvisoria per non dire ipotetica, gli ambiti rispettivi di funzionalità diagnostica dei due criteri. Se fosse esatto che, nella diagnosi di esistenza giuridica di una norma, e particolarmente in quella compiuta dal giurista militante, la validità sta in primo piano, l'effettività sullo sfondo o alle fondamenta, l'utilità del punto di vista formale non risulterebbe negata, ma situata in un suo ambito non trascurabile. Il punto di vista della validità e il punto di vista dell'effettività appaiono dunque entrambi fruttuosi, entrambi dotati di capacità di spiegazione, in certo modo complementari. Incapaci di distruggersi totalmente a vicenda, ben difesi come sono l'uno contro gli argomenti dell'altro, non sembrano poter aspirare all'esclusività senza sacrificare la comprensione del fenomeno giuridico. Di qui i loro compromessi, le loro collaborazioni, le teorie eclettiche di cui è forse lecito sospettare la sostanziale 'equivalenza' dogmatica (128) al fine — che è poi quello essenziale — di individuare la norma positiva.

B. La disamina un po' astratta dei concetti di validità e di effettività assume subito un suo concreto rilievo se si considerano i tentativi moderni di configurare teoricamente l'esistenza giu-

---

(127) Mi riferisco qui soprattutto all'effettività nel secondo dei due significati di cui sopra alla n. 106.

(128) Nel senso di *HECK*: cf. sopra, cap. III n. 378.



ridica del diritto giurisprudenziale (con moderni intendo: compiuti da autori appartenenti o successivi alla scuola storica).

Il dilemma di fronte a cui ci si è trovati è stato il seguente: non concependosi (appunto per il postulato moderno) altro diritto che storico, e dipendendo la storicità del diritto, inteso come norma, o da atti (autoritativi) di *posizione*, o da atti (esteriori, interiori, esteriori-interiori) di *riconoscimento*, di osservanza, i due unici modi in cui la norma sembrava poter assumere esistenza storica, ossia 'positiva', venivano ad essere la legge (a cui si sarebbe potuto equiparare il precedente vincolante) e la consuetudine; per sapere, allora, se la 'norma' giurisprudenziale (*Juristenrecht*) fosse positiva, e cioè 'vero' diritto (*Juristenrecht*), l'unica via sembrava quella di chiedersi se tale norma avesse carattere di legge o di consuetudine. Scartata, per ovvii motivi, la risposta affermativa alla prima domanda, rimaneva aperta la seconda; che data la varietà dei modi di concepire la consuetudine e la sua esistenza giuridica, comportava a sua volta tutta una serie di possibili soluzioni, affermative o negative (129).

(129) Quanto detto nel testo vale, s'intende, per il problema dello *Juristenrecht* inteso come insieme di norme generali. Fare, in dettaglio, la storia di questo problema nella dottrina dalla scuola storica ad oggi richiederebbe un'intera monografia a parte. Occorrerebbe riprendere, per l'Ottocento tedesco (in cui il problema principalmente s'è posto), la succinta ma come sempre preziosa rassegna di GÉNY, *MS II*, 56-73, illuminando con maggiore spregiudicatezza la reale sostanza delle dottrine dei classici, e rivalutando tutta una corrente che potrebbe definirsi prerealistica, della quale un MAURENBRECHER, un THÖL sono, per esempio, rappresentanti significativi. L'opposizione tra scuola storica e corrente « positivistica » (quest'ultima attentissima alle decisioni giudiziarie) è, del resto, una chiave interpretativa fondamentale della insostituibile *Geschichte* di LANDSBERG, con l'aiuto della quale i rinvii di Gény possono essere meglio capiti e integrati. Un esame assai meno puntuale, ma guidato da una tesi (identità tra consuetudine e uso giudiziario; questo solo, non la consuetudine e la dottrina, fonte di diritto) che proprio per la sua unilateralità mette in luce qualche aspetto trascurato e importante, è quello di LAMBERT, o. c. sopra (n. 4) 117-174.

La fisionomia giuridica riconosciuta allo *Juristenrecht* dipende soprattutto dai seguenti fattori: a) modo di concepire la consuetudine generale; b) modo di concepire i rapporti di questa con la consuetudine giudiziaria; c) modo di concepire la 'scienza giuridica'. Sul primo punto si

A ben guardare, però, le due norme tradizionalmente ammesse, la legale e la consuetudinaria, traevano il loro valore di archetipi della giuridicità positiva dal loro rappresentare esem-

scontrano, p. es., le concezioni che esigono l'uso costante degli interessati e quelle che (con *Русина*) si contentano della convinzione interna. Sul secondo punto si oppongono, p. es., i sostenitori del primato (e della esclusiva giuridicità) della consuetudine generale, e i sostenitori del primato dell'uso giudiziario. Sul terzo punto vi è incertezza a seconda che si intenda la giurisprudenza come scienza teoretico-contemplativa o come scienza pratica. Le soluzioni possibili risultano dalla combinazione di tutte queste variabili. La giurisprudenza (variamente intesa) e l'uso giudiziario sono considerati ora fonti a parte, subordinate o no alla consuetudine (anch'essa variamente intesa); ora sottospecie (magari le più importanti, magari al limite le uniche) della consuetudine; ora semplici fattori propulsivi (magari decisivi, magari al limite indispensabili) della consuetudine; ora forme di interpretazione (magari necessaria e creativa, magari al limite autentica) della consuetudine. Nell'insieme si ha l'impressione che la consuetudine generale e il *Volksrecht* rappresentino, più che la traduzione concettuale di fatti sentiti come realmente normativi, degli strumenti di argomentazione, dei *τόποι* rispettati sui quali far leva ora per negare, ora — più sottilmente — per fondare l'autorità che giuristi e giudici monopolizzavano di fatto; la teoria giuridica dell'Ottocento esprime insomma con maggiore o minore reticenza (dovuta insieme allo scientismo e al legalismo ufficialmente imperanti) una situazione in cui l'unica fonte normativa formale in qualche modo rivaleggiante con la legge era non la consuetudine, ma la giurisprudenza nel suo insieme, comprensiva della 'dottrina' in senso stretto (l'università) e della giurisdizione dotta, quest'ultima — nel corso del secolo — progressivamente prevalente su quella.

Con il Novecento la situazione dottrinale si complica notevolmente e non è più possibile concentrarsi sulla sola Germania. Il giusliberismo nel suo insieme non ha rivolto molta attenzione al diritto giurisprudenziale e all'uso giudiziario intesi come fonti o complessi di norme generali positive: con ciò si sono fermati — o almeno rallentati — i 'giri di danza' concettuali tra *Juristenrecht* e consuetudine. Si trattava di reagire al codice e al codicismo, di scoprire la giurisprudenza come 'libera' non come fonte, i fenomeni di consolidazione della attività in autorità sfuggivano o non interessavano vitalmente. Si additavano, per riempire i vuoti del diritto legale, non tanto altre fonti 'formali' positive (come la giurisdizione o la giurisprudenza), quanto le fonti 'non scritte' o 'materiali' (equità, sociologia, valori: cf. sopra, cap. III, § III.3) su cui la giurisdizione e la giurisprudenza avrebbero dovuto fondarsi. Il giusliberismo si è attenuto, in genere, al principio

parlamente, col loro rispettivo modo d'essere, le due categorie alle quali una più progredita teoria generale avrebbe dato i nomi di validità e di effettività. La legge era di-

che l'opinione raggiunta dal giurista e dal giudice 'libero' non ha (salvo che, nel caso del giudice, per le parti in causa) forza vincolante. Agli autori citati sopra, cap. III n. 251 s., andrebbero aggiunti quasi tutti i giusliberisti salvo forse LAMBERT e JUNG; il più chiaro e categorico è G. KISS, *Gesetzesauslegung und 'ungeschriebenes' Recht*, in *JhJ* 58 (1911) 413-486 (utile anche per la rassegna di opinioni affacciate in quel giro di anni). Secondo Kiss il sistema giuridico positivo si compone esclusivamente di due masse normative: il diritto legale e il diritto giurisdizionale (« Richterrecht »; qualche volta « Rechtssprechungsrecht »). Entrambe sono indispensabili data l'inevitabile, anzi fisiologica incompletezza della legge. La differenza tra esse sta nel fatto che la prima è composta di norme generali, la seconda esclusivamente di norme individuali. In ogni atto interpretativo rivolto alla soluzione di un caso concreto il giudice crea diritto nuovo: « In diesem Sinne entsteht hier unbedingt ein Richter- oder Rechtssprechungsrecht, welches sich vom Gesetzesrecht darin unterscheidet, dass es nur für den konkreten Fall gilt ». E Kiss cita UNGER: « Das Gesetz ist eine allgemeine Rechtsnorm, das Richterrecht eine individuelle Rechtsnorm » (KISS, o. c. 467 pr.). La 'dottrina' penetra nel diritto positivo tramite il *Richterrecht*: è dunque fonte materiale, non formale (*ibid.* 473 s.). Ciò nonostante tutta una serie di osservazioni intelligenti sull'autorità generale della giurisprudenza potrebbero spigolarsi nelle opere di ispirazione giusliberista; la maggioranza sarebbe più vicina a GÉNY (cf. sopra, n. 102) che a LAMBERT. Il realismo giuridico ha trascurato la 'dottrina' per le decisioni dei tribunali: anche qui guardate nella loro puntualità di norme individuali e nella loro perenne novità, più che nella loro capacità di formare norme generali. L'attenzione — sporadica — al fenomeno *Juristenrecht* è venuta soprattutto da lavori storici e comparativi, come quelli di EHRlich (*Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen*, 1902; *GS*; *JL passim*), di KOSCHAKER (*Europa*), di WEBER (*WG*), di D'EMILIA (sopra, n. 4). Oggi, uno studio della giurisdizione meno unilaterale di quello realistico (o, se si preferisce, un più maturo realismo) e una maggiore acutezza di sguardo sulla complessità della vita giuridica porta a scoprire l'aspetto squisitamente giurisprudenziale della creatività dei giudici, non più limitata alle norme individuali, così da concepire 'dottrina' e giurisdizione come grandezze tendenzialmente omogenee o almeno come parti di un processo che nel suo insieme meriterebbe completamente il nome di giurisprudenza o di fonte del diritto giurisprudenziale. L'opera più avanzata in materia è probabilmente ESSER, *GN*: vedi oltre, n. 192 s., con altri rinvii. Ma questo tipo di attenzione, questi lavori sono tuttora

ritto non per il suo contenuto o perchè realmente eseguita, ma perchè posta con un procedimento previsto da una norma costituzionale; la consuetudine era diritto perchè ben difficilmente si sarebbe potuto, in una prospettiva storica, dare altro nome a ciò che come diritto effettivamente vigeva.

Non più, allora, *Juristenrecht* tra legge e consuetudine, ma *Juristenrecht* tra validità ed effettività? Il passaggio al nuovo punto di vista sembra raccomandarsi se si vuole uscire da un dilemma posto tra categorie troppo ristrette senza rinunciare a indici sicuri di giuridicità. Svincolandosi dalle due figure paradigmatiche concrete, questi indici divengono capaci ciascuno di mettere in questione la giuridicità di quelle stesse figure (la legge è giuridica non più in quanto legge, ma in quanto norma valida o effettiva; così la consuetudine); inoltre essi, in quanto generalmente applicabili, consentono di valutare la giuridicità di ogni tipo di norme, quindi anche di norme, come quelle giurisprudenziali, difficilmente riconducibili alla legge o alla consuetudine.

Il nostro dubbio di partenza, se ciò che abbiamo chiamato 'diritto' giurisprudenziale sia veramente diritto, può allora formularsi con la domanda seguente: è lecito parlare, per le norme giurisprudenziali pure, o di validità o di effettività intese nel senso che siamo venuti precisando? Porre la domanda in forma alternativa significa appunto non drammatizzare l'antitesi tra validità ed effettività, ma disporsi ad utilizzare ora questa ora quella, a seconda dell'opportunità, come indici entrambi attendibili (se non segretamente equivalenti) di esistenza giuridica positiva.

fenomeni isolati; e quasi non esistono studi approfonditi sul diritto giurisprudenziale dal punto di vista della teoria generale. Un autore dell'importanza di ALLEN (*LM* 109-126) continua p. es. a condividere il vecchio schema (su cui vedi anche sopra, cap. I n. 8) della giurisprudenza come interprete della consuetudine. Nelle teorie generali più significative del Novecento si è insistito sempre più chiaramente sulla libertà dell'interprete, ma i fenomeni di 'precipitazione' della libertà giurisprudenziale in autorità giurisprudenziale rimangono trascurati. Ciò si accorda con il crescente (ma, almeno in Italia, ancora del tutto insufficiente) interesse riservato invece alle fonti 'materiali' (equità, natura della cosa, 'ragione'): su questo punto vedi oltre, § II.4.A.

Con la precisa formulazione della domanda, il nostro compito, in sede di teoria generale, potrebbe anche considerarsi esaurito. È chiaro infatti che, mentre in astratto la risposta non può essere che affermativa: — nulla si oppone a che norme giurisprudenziali siano dotate di validità o di effettività —, in concreto si avrà una risposta per ognuno dei singoli ordinamenti storici, antichi o recenti.

Volendo, tuttavia, portare avanti ancora un poco l'indagine, la via migliore, dato che abbiamo studiato con qualche profondità, come ordinamenti giurisprudenziali, solo il romano e il comune, sembra essere quella di ripiegarci sui criteri in base ai quali abbiamo creduto di diagnosticare l'esistenza normativa — l'autorità — delle opinioni giurisprudenziali in questi ordinamenti; e di verificare se essi siano criteri autentici di validità o di effettività. Dovrebbe ottenersi così un doppio risultato: sul piano storico, controllo delle conclusioni tratte a suo tempo; in sede di teoria generale, eventuale individuazione di criteri diagnostici generali, utilizzabili anche nello studio di altri ordinamenti, e in particolare degli stessi ordinamenti legali contemporanei, nonostante il loro postulato anti-giurisprudenziale. L'autenticità dei criteri implica che essi si prestino a stabilire indifferentemente la validità (o l'effettività) di qualsiasi norma, quindi anche della legge o della consuetudine: chiamerò questa caratteristica 'imparzialità'. Essa potrà servire come succedaneo nei casi in cui sia difficile valutare direttamente l'autenticità di un criterio oppure riferirlo con certezza all'uno piuttosto che all'altro indice di esistenza giuridica positiva.

Ancora qualche precisazione. Ho già accennato (130) al problema se basti, perchè una norma venga considerata valida, l'essere stata posta conformemente a una norma di produzione semplicemente effettiva: e ho optato per la soluzione affermativa, senza di cui non si evita, altro che a parole, il processo *ad infinitum*. Qui tuttavia, per dare al concetto di validità una sua precisa funzionalità tecnica, me ne servirò in un senso più limitato, e cioè soltanto per interpretare i casi in cui la norma di produ-

---

(130) Sopra, n. 82.

zione validante proviene da una fonte formalmente qualificata, in pratica da un tribunale supremo o da un organo legislativo. Mi pare sappia di finzione chiamare 'valida' (se con 'valida' s'intende qualcosa di contrapposto ad 'effettiva') la norma A prodotta dalla giurisprudenza, solo perchè è istituzionale-consuetudinario, nell'ordinamento, il ricorso alla giurisprudenza come fonte. La finzione — tipica della prospettiva che chiamerei 'duttile' della validità — conduce, in ultima analisi, a postulare una norma fondamentale secondo cui sono valide tutte le norme effettive. Al tempo stesso, è pur diverso che nell'ordinamento siano effettive le norme giurisprudenziali come classe (e quindi la norma A in quanto giurisprudenziale), o solo singole norme giurisprudenziali (e quindi la norma giurisprudenziale A in quanto norma A). Dando perciò, almeno in questa sede, al termine 'validità' il senso più limitato, distinguerò le norme giurisprudenziali effettive in 'occasionalì' e 'istituzionali' (nel senso lato di non occasionali) (131). Le norme 'valide' sono, beninteso, anche 'istituzionali' in quest'ultimo senso.

Riassumendo: nella terminologia qui adottata, volta ad evitare la parte di finzione contenuta nella prospettiva duttile della validità, un'opinione della giurisprudenza è: *a*) norma giurisprudenziale 'valida' quando una legge o in genere un atto autoritativo di un potere centrale riconosce o delega la giurisprudenza come fonte; *b*) norma giurisprudenziale 'effettiva istituzionale' quando c'è una norma di produzione secondo cui il diritto è (generalmente in mancanza di leggi; talvolta anche in presenza di leggi) quello formulato dai giuristi, ma tale norma di produzione è solo effettiva, cioè solo osservata come vincolante, non formulata e voluta da istanze qualificate; *c*) norma giurisprudenziale 'effettiva occasionale' quando essa (magari con poche altre opinioni giurisprudenziali) viene osservata come vincolante (132). La norma giurisprudenziale occasionale, sia

(131) Per la distinzione tra norme giurisprudenziali 'occasionalì' ed 'istituzionali' vedi sopra, 415 s.; 417 s.

(132) La distinzione, qui fatta, tra norme giurisprudenziali 'valide' ed 'effettive istituzionali' viene perciò a coincidere con quella fatta sopra (418 s.), entro l'ambito più vasto delle norme giurisprudenziali

detto per inciso, viene osservata di solito più per il contenuto che per la fonte; ma è chiaro che un numero sufficientemente grande di norme occasionali può far ritenere esistente come effettiva la norma di produzione di cui *sub b*), trasformando quelle norme in effettive istituzionali, che è quanto dire valide nella prospettiva duttile della validità qui accantonata.

Possiamo ormai passare in rapida rassegna i criteri seguiti, nella nostra ricerca storica, per giudicare esistenti — o meno — come norme giuridiche positive le opinioni giurisprudenziali.

Un primo criterio è stato di non considerare determinante, a quel fine, il carattere di 'norma' (nel senso di: prescrizione) o di 'regola' (nel senso di: descrizione della norma) presentato dalle proposizioni giurisprudenziali (133). Il giurista di solito non 'vuole', semplicemente 'trova', 'dice', descrive la norma; ma ciò non ha rilevanza decisiva per la funzione che la sua 'regola' sarà chiamata ad esercitare nella vita del diritto. La legge, invece, solitamente 'vuole'; ma volere non è potere. Ritenerne che la diversità di atteggiamento psicologico (o di conio grammaticale), ora prescrittivo ora descrittivo, non indichi senz'altro diversità di esistenza giuridica è criterio, mi pare, 'imparziale': anche i comportamenti che manifestano la norma consuetudinaria non sono prescrizioni; la stessa legge può a volte 'descrivere'; la sentenza passata in giudicato 'prescrive' (pur 'descrivendo' la legge) non meno del testamento più 'volitivo'. Non solo: ma anche al di là del profilo psicologico o grammaticale, una stessa proposizione può correttamente essere giudicata ora descrittiva ora prescrittiva, a seconda della funzione che in diversi momenti eserciti nella vita del diritto. Così, le opinioni della giurisprudenza non sono 'per definizione' descrittive, ma descrivono o prescrivono a seconda che formino o no diritto giurisprudenziale. E viceversa, in regime di affermato diritto giurisprudenziale la legge può non essere che

'istituzionali', tra norme 'derivate' ed 'originarie' (fondate cioè, queste ultime, su una norma di produzione o giurisprudenziale anch'essa — e, s'intende, effettiva — o semplicemente effettiva).

(133) La distinzione appartiene, come è noto, a KELSEN, che nell'ultima opera preferisce i termini « Soll-Norm » (« Rechtsnorm ») e « Soll-Satz » (« Rechtssatz »): cf. M. G. LOSANO, *Introduz. a KELSEN, DP<sup>2</sup>*, XLVI s.

una descrizione, più o meno adeguata, vera o falsa, di ciò che il diritto giurisprudenziale prescrive. Insomma il carattere prescrittivo è qualcosa che non si legge come un dato intrinseco nella struttura naturalistica o nella intenzionalità di una proposizione, ma che la investe in quanto (e solo in quanto) essa venga riconosciuta vincolante da norme dell'ordinamento (prospettiva della validità) o dagli operatori (prospettiva dell'effettività) (134). La 'imparzialità' del criterio consente di tralasciare la lunga discussione necessaria per decidere se esso sia coordinabile meglio con il punto di vista della validità o, come sembra, con quello dell'effettività.

Un secondo criterio è stato di non considerare come norme giuridiche solo quelle cui tale qualità venisse attribuita in testi legali: la legge per interi periodi storici non si cura di fissare le fonti, che pure non possono mancare e vanno quindi individuate con altri mezzi. Questi non possono essere bruscamente messi da parte non appena la legge parli: abbiamo potuto constatare ripetutamente — si pensi alle 'gerarchie delle fonti' e alle norme interpretative di Giustiniano o degli statuti intermedi (135) — come proprio in queste materie la giuridicità positiva della norma legale vada essa stessa messa in questione. Del resto il limitarsi alla delegazione o al riconoscimento legale porterebbe a negare la giuridicità indipendente della consuetudine, che la legge nomina solo per escluderla o per subordinarla a sè; la stessa produzione legale non è, in molti casi, regolata da norme legali 'superiori'; il nostro criterio risulta, quindi, 'imparziale'. Ed è criterio più vicino all'effettività, perchè coordinabile

(134) Kelsen, *DP*<sup>2</sup>, 87-92; 96-99, mette opportunamente in luce la rilevanza non decisiva del profilo psicologico o grammaticale; ma allora nel negare in assoluto che le proposizioni formulate dalla scienza giuridica abbiano significato prescrittivo cede, se non sbaglio, ancora una volta (cf. sopra, cap. III n. 502 i. f.) a un impulso di natura ideologica. Si vedano, sull'acquisizione della normatività da parte delle opinioni giurisprudenziali, le illuminanti osservazioni di EHRlich, *JL* 238.

(135) Vedi sopra, 82 s.; 100-102. Per una ricerca sulle fonti condotta esclusivamente in riferimento ai dati legali (ma ben consapevole del suo carattere perciò incompleto) vedi U. SANTARELLI, *La gerarchia delle fonti secondo gli statuti emiliani e romagnoli*, in *RSDI* 1960, 49-165 (anche in estratto).



solo con la prospettiva duttile, non con quella ristretta (e tecnicamente meglio giustificata) della validità.

Il non avere attribuito rilevanza decisiva al silenzio o alla ostilità della legge non ci ha però indotti a trascurare, massimisticamente, fenomeni come le leggi delle citazioni, le canonizzazioni, lo *ius respondendi*, le disposizioni statutarie sul *consilium sapientis*, cioè l'ambito tipico della validità. Anzi in questi casi siamo stati, forse, troppo corrivi ad ammettere, sul semplice fondamento legale, la giuridicità delle norme giurisprudenziali 'derivate', quasi adoperando un diverso metro per le leggi deleganti e per quelle antigisprudenziali. È però possibile, a questo punto, generalizzare un'osservazione già fatta (136) avvertendo che una norma legale di delegazione o di riconoscimento ha due aspetti: uno per cui concede spazio a certe fonti; l'altro per cui, attraverso la stessa concezione selettiva, riduce l'utilizzabilità delle fonti non legali residue. Ora, direi che la norma legale possa presumersi efficace (in quanto spesso riluttante, e superflua) per l'aspetto per cui concede; e che la sua efficacia vada, piuttosto, messa in dubbio per l'aspetto per cui riduce. Dubiterei, ad esempio, non della fortuna di Bartolo e Baldo in Spagna dopo la canonizzazione, ma della disgrazia degli altri giuristi.

Con i fenomeni ora ricordati si esaurisce, comunque, l'ambito della validità in senso ristretto. Al di fuori di quest'ambito i criteri per l'accertamento dell'esistenza giuridica divengono più difficili a definirsi e più delicati a maneggiarsi, oltre che meno univoci e sicuri.

Si tratta infatti, come è chiaro, di accertare l'effettività di 'norme' giurisprudenziali. Ora, è qui che le questioni lasciate aperte (137) sulla natura e i requisiti dell'effettività tornano a proporsi. C'è l'effettività come semplice serie di comportamenti conformi alla norma; c'è l'effettività come capacità della norma di ottenere obbedienza in futuro; c'è, forse convertibile — ma fino a che punto? — con la precedente, l'effettività come somma di convinzioni che una certa norma è vincolante. E questa già triplice effettività, in quale sfera di soggetti deve verificarsi? Di

(136) Sopra, 120 s.

(137) Vedi sopra, n. 106.

chi devono essere i comportamenti, la probabile obbedienza, le convinzioni che la costituiscono? Non sempre tutti i protagonisti, più o meno qualificati, dell'esperienza giuridica vanno d'accordo. Si potrebbe parlare di effettività giurisdizionale per le norme effettive presso i giudici; di effettività ufficiale, per le norme effettive presso tutti i funzionari; di effettività giurisprudenziale, per le norme effettive presso i giuristi non funzionari; di effettività negoziale, per le norme effettive presso i privati; di effettività generale, per le norme effettive presso tutte le categorie ora elencate. Ciò a tacere del problema, forse ozioso (138), di che percentuale di giudici, funzionari, ecc. sia necessaria e sufficiente perchè la norma possa considerarsi effettiva. Non sempre è chiaro quale tipo di effettività valgano a stabilire i nostri criteri (139).

I più importanti tra essi sono le 'cinque vie' seguite all'inizio della ricerca romanistica e — meno sistematicamente — nel corso dell'indagine sul diritto comune; e il criterio della 'fonte irrecusabile di cognizione'.

La prima via consiste, come sappiamo, nel raccogliere le dichiarazioni dei giuristi sulle fonti (140). È criterio certamente 'imparziale'; è criterio di effettività. Si tratta infatti di una tipica applicazione del punto di vista che potremmo chiamare, seguendo un suggerimento di Hart, esterno-interno: quello cioè con cui ci si riferisce « dall'esterno al modo in cui i

(138) Secondo HART, *CD* 68, esso « non ci deve preoccupare più della questione relativa al numero di capelli che un uomo deve avere per essere calvo ».

(139) Ciò che ho detto dell'effettività può valere, con qualche adattamento, della *consuetudine*. In particolare sarebbe utile distinguere diversi tipi di consuetudine secondo le sfere soggettive di vigenza: consuetudine giurisdizionale, ufficiale, giurisprudenziale, negoziale, generale ecc. Una consuetudine è sempre, per definizione, effettiva in un certo ambito; ma può non esserlo in un altro. Ci può essere, ad esempio, una norma consuetudinaria giurisdizionale che non rispecchia (o non reagisce su) la consuetudine negoziale. Si pensi alla distinzione di EHRLICH (*GS*, *passim*) tra « *Entscheidungsnormen* » e « *Organisationsnormen* ».

(140) Vi rientrano, per quanto riguarda il diritto comune, anche le numerose testimonianze sull'autorità dei consulenti e dei ripetenti (sopra, cap. II, § IV. 1. *E*) e della *communis opinio* (ivi, § IV. 2. *C. e*]-*g*]).

*membri del gruppo* si occupano delle norme dal punto di vista interno» (141). Dato il suo limitarsi ai giuristi, non è criterio indicativo senz'altro di effettività generale (142), anzi non è neppure criterio definitivo per stabilire l'effettività giurisprudenziale: le dichiarazioni teoriche non sono sempre rispondenti a ciò che realmente si crede e si fa.

La prima via richiede perciò di essere integrata con la quarta, consistente nell'analizzare il metodo dei giuristi, le citazioni, le motivazioni, i punti di partenza dichiarati e reali dell'argomentazione giuridica (143). È criterio 'imparziale' di effettività, che mantiene il punto di vista esterno-interno sui giuristi, ma che andando oltre, talvolta contro le stesse loro dichiarazioni, basandosi sulle convinzioni operative, testimoniate in fatti, si avvicina alquanto al punto di vista esterno-esterno. Può considerarsi criterio definitivo di effettività giurisprudenziale; abbiamo visto però come i diversi generi letterari possano comportare citazioni e motivazioni abbastanza diverse: come, per esempio, la letteratura consiliare, direttamente intesa a formare il convincimento dei giudici, offra una testimonianza particolarmente attendibile sull'effettività giurisdizionale. Il criterio definitivo per stabilire quest'ultima (la cui importanza risiede nella funzione generalissima spettante alla 'giustiziabilità' come principio di riconoscimento della norma 'statale') sarebbe dato, naturalmente, dalle motivazioni, dichiarate e reali, delle sentenze: se ci siamo trattenuti poco su di esse ciò è dipeso dalle peculiarità che presentano, in proposito, gli ordinamenti romano e

(141) HART, *CD* 106. La distinzione e la coordinazione di un punto di vista interno (corrispondente alla prospettiva della validità) e di un punto di vista esterno (corrispondente alla prospettiva dell'effettività) è fondamentale per la teoria di Hart. Il punto di vista esterno può a sua volta rivolgersi al solo comportamento esterno o anche al comportamento interno (ai giudizi) dei membri di una comunità giuridica, dando luogo a quelli che io chiamo qui punto di vista esterno-esterno e punto di vista esterno-interno.

(142) I giuristi romani, per esempio, mettono tra le fonti l'*interpretatio prudentium*; ma quanto di questa *interpretatio* passa nell'esperienza giuridica dei privati e delle provincie, nell'esperienza giuridica 'volgare'? (Sul tema vedi sopra, 51-57).

(143) Per il diritto comune vedi spec. sopra, 104-107; anche 109-124, con riguardo alla variabile 'B'; un riassunto a p. 198 s.

comune (144); oggi l'analisi delle motivazioni delle sentenze sarebbe, invece, altamente fruttuosa.

La terza via (posto dei giuristi nella vita del diritto; funzioni che essi vi svolgono) può essere forse interpretata anch'essa come punto di vista esterno-interno, ma sui non-giuristi: magistrati, giudici, privati che ai giuristi si rivolgono per averne il consiglio nelle sue diverse forme.

La seconda via: — documentare le tensioni del *corpus* normativo non giurisprudenziale, le sue insufficienze (p. es. la scarsità, l'antiquatezza delle leggi), il suo pluralismo (di strati, di fonti, di ispirazioni), certi suoi caratteri tecnici (145), insomma tutti gli ostacoli a che esso fornisca la norma interamente confezionata senza l'intervento della giurisprudenza — ha un posto a parte: tende a stabilire una forte presunzione che il formarsi di diritto giurisprudenziale sia necessario *re ipsa*, Esser direbbe (146): «kraft Sachgesetzlichkeit». Con ciò essa rende probabile che le norme giurisprudenziali abbiano effettività generale.

La quinta via (evoluzione degli istituti; caratteristiche tecniche e direzioni di questa evoluzione; influenze in essa determinanti) è criterio certamente 'imparziale', ma non molto efficiente. Essa ha il merito di impedire la concentrazione esclusiva su problemi di fonti, che non è prudente affrontare senza conoscere gli istituti; ma la conoscenza degli istituti, come abbiamo già visto (147), presuppone a sua volta quella delle fonti

(144) Il giudice romano non è giurista e le sue sentenze non vengono conservate: vedi sopra, 16; 21; cap. I n. 136. Per gli ordinamenti di diritto comune vedi sopra, 90-92 (giudici non sempre giuristi); 122 (tardività e asistematicità delle raccolte di *Decisiones* giudiziarie); n. 167 (tardività dell'obbligo di motivare le sentenze); soprattutto 191 s. (motivi per cui le sentenze non hanno forza di precedente e non rappresentano il puro diritto comune). Del resto, molto di ciò che si è detto sulla giurisprudenza consulente vale, data la solidarietà tra opinioni sostenute *in consulendo* e *in iudicando* (cf. spec. sopra, 143-147), anche per le sentenze. Con tutto questo non intendo negare che la rinuncia all'esame del peraltro sterminato e quasi sconosciuto materiale delle *Decisiones* costituisca una sensibile lacuna della ricostruzione storica.

(145) Per il diritto comune vedi spec. 83; 89 s.; 98 s.; 100 s.; 103 s.

(146) L'idea è in *GN passim*, l'espressione p. es. a p. 71: «positives Recht kraft Sachgesetzlichkeit».

(147) C. 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 877, 878, 879, 880, 881, 882, 883, 884, 885, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 940, 941, 942, 943, 944, 945, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 972, 973, 974, 975, 976, 977, 978, 979, 980, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 990, 991, 992, 993, 994, 995, 996, 997, 998, 999, 1000.

e del loro coordinamento... Inoltre, la quinta via, presupponendo la conoscenza degli istituti giuridici e dunque di cosa sia istituto giuridico, non prende partito tra diritto valido e diritto effettivo, e non può quindi dare ragguagli sulla validità o l'effettività delle norme giurisprudenziali di cui gli istituti si siano per ipotesi venuti intessendo; nè distingue tra influenze occasionali ed istituzionali della giurisprudenza.

Concludendo: le cinque vie nel loro insieme, meglio che singolarmente prese (148), formano un articolato e sicuro criterio 'imparziale' di effettività, suscettibile di applicazione nello studio di ogni ordinamento. Per quanto riguarda gli ordinamenti romano e comune, esse hanno mostrato in modo univoco — anche se alquanto empiricamente e a tentoni, come si addiceva a criteri suggeriti anzitutto dall'oggetto storico indagato — l'effettività non solo occasionale ma istituzionale delle norme giurisprudenziali. È risultato infatti che i giuristi romani e comuni classificano frequentemente come fonte la giurisprudenza (prima via) e motivano regolarmente citando i predecessori e la *communis opinio* (quarta via); che i magistrati e i giudici non giuristi, come i privati, si rivolgono regolarmente ai giuristi per consiglio (terza via); che il *corpus* normativo non giurisprudenziale non è in grado di fornire la norma senza l'intervento della giurisprudenza (seconda via); e che gli istituti giuridici, comunque intesi, hanno subito un'elaborazione accentuatamente giurisprudenziale (quinta via). Questi risultati consentono di ritenere effettiva, negli ordinamenti romano e comune, una norma di produzione secondo cui il diritto è (in mancanza, ma talvolta anche in presenza di legge) quello contenuto nelle opinioni giurisprudenziali.

Abbiamo poi utilizzato più volte, nel corso della nostra ricerca, il criterio della fonte irrecusabile di cognizione. Questo criterio è espresso con la più candida e impeccabile esattezza nel passo di Fulgosio (149) secondo cui chi avesse citato il testo di legge contro la Glossa si sarebbe sentito

(148) Vedi sopra, 197 s., sull'opportunità di non diagnosticare la giurisprudenzialità di un ordinamento sulla base di un unico criterio.

(149) Cf. sopra, cap. II n. 64.

rispondere: « credi forse che la Glossa non abbia veduto il testo e non lo abbia capito quanto te? ». Il privato arriva in tribunale munito della legge e si vede opporre l'autorità del commento; il giudice sentenza secondo il significato più aderente al testo legale e si vede attaccato per lesione di interessi ormai solidamente protetti dai dottori concordi. Queste ipotesi-limite di contrasto aperto (e vittorioso) con la fonte 'superiore' sono, necessariamente, le manifestazioni vistose, 'critiche', di un regime dove pacificamente, in tutta una serie per non dire nella generalità dei casi, la sola giurisprudenza viene consultata, e il testo 'superiore' rimane nello scaffale (anche se, in teoria, *erubescimus sine lege loquentes*).

Questo criterio è indubbiamente criterio di effettività, anzi in certo senso *il* criterio diretto e definitivo; come tale si identifica con la quarta via (le motivazioni) di cui offre una specificazione particolarmente impressionante. Esso si applica con la maggiore appropriatezza negli ordinamenti in cui il postulato legalista sia abbastanza forte per impedire il riconoscimento esplicito del diritto giurisprudenziale, ma non per determinare i comportamenti: ad esempio nel diritto comune prima della teorizzazione della forza vincolante della *communis opinio*, e verosimilmente — sebbene per un numero minore di norme — in ordinamenti come quello italiano contemporaneo.

Il considerare fonte di diritto anche una fonte (sia pure irrecusabile) di cognizione, relativizza ulteriormente, senza negarla, la distinzione tra fonti di produzione e fonti di cognizione cara alla prospettiva della validità e già infirmata dalla scarsa rilevanza che abbiamo riconosciuto doversi attribuire alla distinzione tra 'norma' (prescrittiva) e 'regola' (descrittiva). La espressione 'fonte irrecusabile di cognizione' indica insieme che la fonte di cui si tratta non sarebbe, in teoria, immediatamente produttiva di diritto, ma destinata a far conoscere un diritto altrove prodotto; e che ciò malgrado essa si distingue da un puro strumento di informazione sostituibile con qualsiasi altro genere di documento e di testimonianza: è il canale privilegiato, necessario e sufficiente per conoscere il diritto; è 'infallibile' senza essere liberamente costitutiva. Nella prospettiva dell'effettività una simile situazione rovescia addirittura il rapporto

gerarchico tra fonte di produzione e fonte di cognizione; o forse il concetto stesso di produzione del diritto diventa problematico (nessuno è in grado di porre o produrre diritto effettivo) e non resta che una mutevole gerarchia di attendibilità tra fonti di cognizione.

Se si accedesse a questo modo di vedere, il nostro criterio si dimostrerebbe non solo 'imparziale', ma generalissimo: anche la legge e la consuetudine potrebbero essere interpretate e valutate come fonti di cognizione del diritto effettivo (150); una fonte 'di produzione' sarebbe, ovviamente, un'ottima fonte di cognizione. Ma il nostro criterio resta 'imparziale' anche se gli si dà, come è preferibile per non escludere la prospettiva della validità, il contenuto più ristretto con cui è stato sopra definito: in un ordinamento in cui fosse effettiva la norma secondo cui è diritto 'ciò che esige la ragione' o 'ciò che è stato divinamente rivelato', la legge umana sarebbe fonte di cognizione, non di produzione; ma potrebbe diventare fonte di cognizione *irrecusabile* in materie in cui fosse comunemente ammessa la impossibilità o l'insufficiente determinatezza di una soluzione puramente razionale.

Il nostro criterio può essere riferito, come si è fatto finora, soprattutto all'effettività giurisdizionale, intendendo la fonte irrecusabile dall'avversario quando invocata in giudizio, perchè fonte cui il giudice ricorre in primo luogo nel formare e motivare il proprio convincimento. L'aspetto caratteristico del tipo di effettività che questo criterio si presta a mettere in luce, è che il giudice ricorre alla fonte in questione 'come se' fosse la prima, mentre magari la ritiene subordinata ad altre o addirittura non vincolante. È opportuno trattenerci ancora un attimo sui motivi che possono condurre la giurisprudenza a conquistare una simile posizione di ambigua preminenza, sui modi con cui la conquista avviene ed è riconoscibile come avvenuta.

I motivi sono essenzialmente, come si intuisce, quelli della

---

(150) Non parlo della consuetudine generale, che non può non essere diritto effettivo; ma dei diversi tipi di consuetudine settoriale di cui sopra alla n. 139. Una consuetudine giurisdizionale può ad es. interpretarsi e valutarsi come fonte di cognizione, più o meno attendibile, della consuetudine negoziale o generale.

*Sachgesetzlichkeit*, della 'logica delle cose', sui quali indagano la nostra seconda via e, entro un quadro più ampio, la sociologia del diritto giurisprudenziale. Le tensioni e manchevolezze del *corpus* normativo 'superiore', insieme ad altri e più complessi fattori strutturali, finiscono per conferire alla giurisprudenza quasi un mandato generale di interpretazione autentica (151), un monopolio nella formulazione della norma generale direttamente applicabile (152); i giudici, quali che siano le loro opinioni sull'autorità delle proposizioni giurisprudenziali, non hanno altro luogo in cui trovare per il loro caso una norma se non proprio 'positiva', almeno elaborata fino in fondo e con specifica intenzionalità non moralistica o teologica, ma giuridico-positiva. A questo punto, tra legislazione (o consuetudine, o equità) e giurisdizione non c'è più filo diretto (153). Diviene, allora, esperienza quotidiana, anche extragiudiziale, che per regolarsi occorre rivolgersi non ai testi ma all'esperto, che per essere al sicuro occorre avere dalla propria il parere della giurisprudenza.

A poco a poco, questa convinzione della 'inservibilità' della norma che pur continua ad essere considerata superiore, si consolida al punto che tale norma non sussiste più se non come nucleo prescrittivo di cui la ragione giuridica postula la validità, ma trascura o rifiuta la conoscenza; ai raggi di quella validità attingono energia contenuti provenienti da altre fonti, e questi contenuti prevalgono sui contenuti della fonte 'superiore', anche quando non le vengono, fittiziamente, imputati. La maggiore modernità, razionalità, completezza ecc. dei contenuti giurisprudenziali fa concentrarsi su di essi la forza vincolante insita nella fonte 'superiore' (legge, consuetudine) e, ancor più, nello stesso sussistere e voler sussistere della società come giuridicamente organizzata: al punto che la fonte 'di cognizione' diventa irrecusabile, e l'inosservanza delle norme da essa provenienti ha conseguenze simili a quelle dell'inosservanza della legge (154). A chi agita in proprio favore

(151) Cf. sopra, 66.

(152) Cf. sopra, 186.

(153) Cf. sopra, 193 s.

(154) Cf. sopra, 186.



il testo legale viene risposto con il caratteristico « sì, ma... » al cui accertamento è volto il nostro criterio e che permette di riconoscere un'effettiva autorità giurisprudenziale anche là dove i postulati del legalismo siano formalmente indiscussi.

Per la corretta utilizzazione di questo criterio è bene ricordare qui che, come ci è divenuto chiaro studiando il diritto comune, vanno tenute presenti, nel parlare di diritto giurisprudenziale, sia l'inventività, sia l'autorità della giurisprudenza. Avevamo, allora, definito l'una e l'altra come rapporti: il primo, di differenza dal diritto legale (o comunque 'superiore') precedente; il secondo, di identità col diritto successivo (155). Possiamo adesso precisare che con 'diritto' successivo deve intendersi la norma osservata, cioè effettiva in almeno uno dei sensi che il termine può assumere; e aggiungere che, se una giurisprudenza non autorevole per quanto inventiva sia non produce diritto giurisprudenziale, una giurisprudenza autorevole e generalmente molto inventiva produce diritto giurisprudenziale anche là dove non innovi affatto rispetto a singole norme superiori, ad esempio legali: la stessa proposizione in tutto conforme alla legge (ammesso che sia pensabile) può considerarsi diritto giurisprudenziale, perchè vale conferma di cui la legge ha bisogno (156). In una situazione del genere la giurisprudenza (che fuori dei regimi del precedente comprende, non dimentichiamolo, anche la giurisdizione dotta) può apparire come la fonte unica e generale del diritto (157).

Possiamo dire di esserci, con questi chiarimenti, pienamente tranquillizzati in merito all'inquietante domanda di Gény da cui siamo partiti (158), se cioè la giurisprudenza, sempre in qualche misura inventiva rispetto al diritto, produca diritto essa

(155) Vedi sopra, 108 s.; cf. 109-124, dove l'inventività e l'autorità corrispondono alle variabili 'B' e 'C'; la discussione sul probabile grado rispettivo di fedeltà al diritto dei diversi tipi di consiglio (140-143) e dei consigli e delle lezioni (147), si riferisce al primo rapporto; sul secondo danno indicazioni le testimonianze di cui alla n. 140 di questo capitolo.

(156) Vedi cap. II n. 180.

(157) Una simile fonte è, per alcuni rappresentanti del realismo, la giurisdizione: su questa impostazione vedi brevemente oltre, 471.

(158) Vedi sopra, n. 101.

stessa? La nostra risposta è stata complessa: ha distinto secondo gli ordinamenti; non ha escluso, ma ha presto lasciato da parte la prospettiva della validità, concentrandosi sull'effettività (ora istituzionale, ora occasionale) delle norme giurisprudenziali; ha distinto più tipi e sfere soggettive di effettività; ha controllato l'autenticità dei criteri diagnostici usati nella ricerca storica; ha potuto concludere che, là dove essi diano risultato affermativo, è legittimo riconoscere alle opinioni giurisprudenziali, anche negli ordinamenti legali contemporanei, carattere di norme giuridiche effettive.

Ma — ci assilla ancora quella domanda — può, una norma effettiva, considerarsi 'vincolante'? Sussiste, per il giurista, per il giudice, il 'dovere' di seguirla?

Sarebbe troppo facile — anche se esatto — rispondere che questo dovere sussiste per definizione, dal momento che l'effettività, nel suo significato più plausibile, indica appunto l'opinione, agita e vissuta, che una certa norma è vincolante. Alcuni risultati della nostra ricerca storica suggeriscono, con specifico riferimento all'effettività della norma giurisprudenziale, una duplice direzione di approfondimento.

Intanto l'effettività non costituisce, come la validità, una soglia qualitativa, ma piuttosto una scala comprendente diversi gradi di intensità. I maestri del diritto comune distinguevano tra *auctoritas probabilis* e *auctoritas necessaria*. Noi abbiamo più volte osservato che il grado tipico dell'effettività giurisprudenziale è l'autorevolezza, e non è necessario sostare qui in un'analisi già in parte svolta e che riprenderemo (159). Ma al disotto dell'opinione autorevole trova posto l'opinione autorizzata, e al disopra l'opinione autoritativa. Si ha la prima quando — seguo quasi alla lettera una felice espressione di Hart (160) — l'ordinamento giuridico non impone al giudice di usare certe fonti, ma accetta come una cosa perfettamente corretta che egli lo faccia; l'opinione del giurista non è qui ritenuta impegnativa, ma è ritenuta, per usare liberamente una formula di Puig-Brutau desunta da

(159) Vedi sopra, 68-75; cap. II *passim*; e oltre, cap. V, § I. 3.

(160) *CD* 293 pr.

Pound (161), un « autorizado punto de partida para el razonamiento jurídico ». ‘ Autoritativa ’ è invece l’opinione giurisprudenziale che gode della più intensa effettività, ossia quella che viene ritenuta vincolante nel senso di Gény: la *communis opinio* del maturo diritto comune e, almeno presuntivamente, ogni norma giurisprudenziale ‘ derivata ’ da una norma autoritativa che le abbia riconosciuto lo stesso proprio grado di autorità.

Gény, tuttavia, che nel porsi il suo quesito era sollecito del punto di vista « interno » (Hart) o « normativo » (162), potrebbe ancora chiedere con quale fondamento l’effettività della norma si propaghi e si confermi, perchè mai la norma ritenuta vincolante, o semplicemente autorevole, o autorizzata, entro un certo ambito di persone ‘ sia ’ tale, ossia vada riconosciuta anche da altri (163). Qui può soccorrci quanto abbiamo appre-

(161) Vedi PUIG-BRUTAU, *JF* 183; e cf. *ibid.* 172; 183-194. Puig-Brutau traduce così un passo di POUND (*Hierarchy of sources and forms in different systems of law*, in *Tulane Law Review* 7 [1933] 475 ss.; cito da *Readings in Jurisprudence* a cura di J. HALL [1938] 662) nel quale si parla dei principii, in opposizione alle « rules » (norme in senso stretto), come di « authoritative starting points of legal reasoning », dando però all’aggettivo *authoritative* il senso genericissimo di ‘ dotati di (un qualche grado di) autorità ’.

(162) Si contrappongono frequentemente punto di vista sociologico e punto di vista normativo o giuridico; VIRALLY, *PJ* 4-10; 137 e *passim*, distingue ordine « storico » e ordine « normativo ».

(163) La stessa domanda ritorna, con più aggiornato linguaggio, in SCARPELLI, *PG* 85-87: « ...dalla descrizione fattuale dell’effettività dell’ordinamento... all’accettazione dal punto di vista interno... rimane il salto logico: il constatare l’effettività dell’ordinamento... non ci libera dalla domanda, perchè accettare il principio fondamentale di tale ordinamento effettivo? » E la risposta non si fa attendere: « La frattura è colmata se la connessione tra l’effettività di un sistema di diritto positivo e l’accettazione dal punto di vista interno del suo principio fondamentale viene istituita mediante un giudizio di valore. L’effettività già raggiunta da un sistema di diritto positivo è certo un’ottima ragione pratica adducibile in un giudizio di valore diretto a sostenere l’accettazione del principio fondamentale del sistema ». Questa risposta in termini di giudizio di valore, certamente corretta, richiede tuttavia, come dirò nel testo, di essere integrata con la considerazione di elementi fattuali, o rischia di rimanere un po’ astratta: vi è qualcosa di semplicemente effettivo anche nella forza vincolante dell’effettività. Dopo tutto, è diverso che l’osservatore ‘ esterno ’ sia esterno davvero (ad esempio,

so dalla dottrina della *communis opinio*: i motivi della sua autorità (164) sono, con qualche adattamento, i motivi dell'autorità della norma effettiva. Potremo quindi desumere dalla dottrina della *communis opinio* quali siano, in particolare, i motivi di osservare le norme giurisprudenziali 'effettive occasionali' e (nel caso delle norme giurisprudenziali 'effettive istituzionali') la norma di produzione effettiva da cui la giurisprudenza trae il grado riconosciutole di autorità.

Questi motivi si radunano intorno a due poli: razionalità e forza vincolante psicologica. È razionale seguire la norma effettiva perchè il consenso che riceve può farne presumere, in mancanza di controindicazioni evidenti, la razionalità sostanziale (*opinio communis praesumitur vera; etiam in foro conscientiae communis opinio servanda*) e comunque instaura una certezza che è già di per sè valore di razionalità giuridica formale (*error communis facit ius; minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt*). In secondo luogo la norma effettiva ha una forza vincolante reale a cui non è facile resistere: è più facile violare la legge contando sulla generale approvazione che seguirla contro la generale disapprovazione. Come si vede, i motivi di razionalità sono approssimativamente gli stessi che fondano l'autorità del diritto formalmente valido: la legge democratica può presumersi sostanzialmente razionale, e la legalità in sè (sempre che venga rispettata!) si giustifica soprattutto come instaurazione di certezza. Di questi motivi la legge ha bisogno non meno che la norma semplicemente effettiva: anche la validità formale come conformità a una norma superiore o fondamentale è un fatto, e tra la constatazione di questo fatto e l'accettazione della norma fondamentale dal punto di vista interno resta una frattura da colmare. Ancora una volta: effettività e validità si rivelano solidali, i motivi di seguire la norma effettiva (o valida) sono, a ben guardare, quelli che fondano l'autorità del

perchè appartenente ad altro Stato) o sia esterno solo 'metodicamente', mentre poi è cittadino e magari giudice dell'ordinamento effettivo o dell'ordinamento in cui una data norma è effettiva. Occorre poi aggiungere che anche la validità formale non implica di per sè l'accettazione dal punto di vista interno.

(164) Vedi sopra, 123 s.; 164 s.; 172-174; 183-188.

diritto positivo in genere di fronte all'equità decisionistica o al diritto 'naturale'. Sotto questo profilo si intende come l'effettività debba in ultima istanza prevalere: il giurista che si disinteressasse sistematicamente dell'effettività finirebbe — sembra difficile negarlo — per non fare più giurisprudenza positiva.

Sappiamo del resto, ed è bene ripeterlo qui, che il processo con cui una norma diviene effettiva (un'opinione diviene comune) non può descriversi come un mero accrescimento meccanico 'a valanga', perchè i singoli mantengono un loro grado di libertà insopprimibile, e spesso opportunamente differenziato a seconda delle posizioni da essi occupate nella vita del diritto (165); e soprattutto perchè in un simile processo hanno rilievo relativamente massimo i valori di contenuto (tra essi non solo quelli ideologici, ma anche quelli tecnici, precisione, praticabilità, completezza). In particolare ci è parso di riconoscere, come il fattore più operante nella vicenda con cui la giurisprudenza può arrivare a produrre norme giurisprudenziali 'effettive istituzionali' in qualità di fonte irrecusabile di cognizione, quella *Sachgesetzlichkeit*, quella 'logica delle cose' nella quale la superiorità di contenuto prevale spesso sulla superiorità di validità formale e perfino di effettività intesa come riconoscimento esplicito della validità.

La dottrina della *communis opinio* permette forse di recuperare la prospettiva dell'effettività allo stesso punto di vista 'interno' o 'normativo' senza incorrere nel circolo vizioso e negli inconvenienti segnalati dai teorici della validità (166). L'elemento oggettivo, diverso dalla convinzione del giurista, sul quale questi possa fondare non arbitrariamente la sua convinzione di quale sia la norma giuridica positiva, è dato precisamente da una preesistente convinzione in varia misura comune; che egli è chiamato a riconoscere e, ora più ora meno liberamente, a seguire e confermare. È lecito almeno dire che si intuisce, in questa direzione, una possibilità di superare quel tormentoso dualismo tra punto di vista 'esterno' ed 'interno',

(165) Si pensi, per esempio, alla diversa autorità della *communis opinio* per i giudicanti e consulenti da un lato, per i professori dall'altro: vedi sopra, 123 s.; 166; 170; 194. Fenomeni analoghi si producono ancor oggi.

(166) Vedi sopra, 434 s., spec. n. 117.

‘sociologico’ (o ‘storico’) e ‘normativo’, dal quale sono sorte le rassegnate teorie della ‘doppia verità’ (167) e le troppe, tenaci sottovalutazioni del diritto giurisprudenziale da parte dei giuristi moderni. Si intuisce, anche, una possibilità di fondare l’insofferenza da tante parti manifestata (168) verso una costruzione dell’ordinamento in termini esclusivi di rapporti di delegazione tra norme superiori e inferiori, senza con ciò respingere i contributi veramente chiarificatori della teoria della validità.

Queste possibilità non possono e non devono esplorarsi qui fino in fondo. È consentito soltanto affermare che l’esperienza fatta con il diritto giurisprudenziale, non disgiunta dalla constatazione di certi disagi e di certi fermenti entro la stessa teoria generale, raccomanda un modello di ordinamento nel quale validità ed efficacia abbiano modo di comporsi funzionalmente. In questo ordinamento (che, lo ripeto, si presenta come una sommaria ipotesi, come un progetto in attesa di controllo e di completamento da parte di una rinnovata riflessione globale sul diritto) hanno posto, accanto alle norme formalmente valide (cioè valide nel senso ristretto sopra adottato), anche norme solo effettive (in uno dei diversi gradi di intensità che l’effettività, come abbiamo visto, può assumere); e le stesse norme valide hanno bisogno, per essere valide, di essere anche effettive. L’una e l’altra grande categoria, le norme solo effettive come le norme valide-ed-effettive, sono diritto positivo dal punto di vista interno. Ciò non rende superfluo l’indice della validità. La diagnosi con cui viene individuata, dal punto di vista interno, la norma giuridica positiva si compie dando la priorità alla validità, il primato all’effettività. I due indici fondamentali hanno cioè — là dove concorrano

(167) Vedi sopra, 181, e oltre, cap. V n. 73 con rinvii. Usa il termine CAIANI, *GV* 46 s. È vicino alla teoria della doppia verità, se vedo bene, ASCARELLI, o. c. oltre, cap. V n. 3.

(168) Vedi p. es. ESSER, *GN*, la cui opera può essere considerata dal nostro attuale punto di vista come un originale, anche se non organico, progetto di una « pluralistische Quellenlehre »; VIRALLY, *PJ* 173; cap. XIII e XIV, secondo cui le norme « indirette » (consuetudine, giurisprudenza) sono sempre originarie; PARESCE, *GD*, p. es. 102; PIOVANI, *SF* 156 s.; e in genere i realisti.

— ognuno un proprio ambito di funzionalità diagnostica, nel senso che la norma formalmente valida si presume sia diritto positivo (non necessariamente tutto il diritto positivo); ma perde tale qualifica quando venga dimostrata — o sia notoriamente — ineffettiva. Tutto questo si applica, beninteso, ad ogni ordinamento, e specificamente agli ordinamenti contemporanei.

La seconda nostra domanda iniziale, se e in che senso la giurisprudenza ‘produca’ una norma in quanto norma, non può che ricevere, a questo punto, una risposta esitante; ma che non lo sarebbe meno per le altre fonti qualificate di diritto.

Se in certi casi l'esistenza della norma si identifica con la sua effettività, e se comunque la stessa norma formalmente valida è tale, in definitiva, anche per la sua effettività, se insomma consideriamo il diritto vigente, secondo una felice espressione di Capograssi (169), un « sistema di obbedienze », nessuno risulta abilitato a ‘produrre’ senz'altro la norma. Si può applicare al diritto in genere ciò che Portalis diceva dei codici: « On ne fait pas le droit, il se fait » (170). Tutti gli agenti individuali, distribuiti nei diversi ambiti funzionali in cui si articola l'esperienza giuridica, sono perciò chiamati a cooperare alla produzione della norma, con maggiore o minore influenza nel proprio ambito, negli altri, nell'esperienza giuridica generale (171). Ciò significa che il diritto ‘positivo’ non nasce — o non nasce esclusivamente — attraverso atti di ‘posizione’ (172).

(169) *Studi sull'esperienza giuridica* (1932), ora in *Opere* II, 247. F. CARNELUTTI, *Interpretazione di Capograssi* (1956) 14 s. ritiene sia questo « il passo decisivo che Capograssi ha fatto e ha fatto fare alla conoscenza del diritto ».

(170) La frase famosa: « Les codes des peuples se font avec le temps; mais, à proprement parler, on ne les fait pas » è nel discorso preliminare sul progetto del gennaio 1801: può vedersi in FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. I (1836) 476, o in GÉNY, *MS* I, 100 con larghi squarci del contesto.

(171) Questa accentuazione dell'indispensabile impegno del singolo è il maggiore e certamente prezioso contributo della teoria del diritto come azione e come istituzione. Si vedano in proposito le belle pagine di PROVANI, *SF* 165-193; *LF* cap. XIV e XV.

(172) Cf. in proposito SCARPELLI, *PG* 105-107, che è però con-

A rigore potremmo perciò chiamare ‘prodotta’ dalla giurisprudenza sia la norma ritenuta valida (la norma, cioè, effettiva) nell’ambito della giurisprudenza stessa, sia la norma settorialmente o generalmente effettiva che si trovi formulata soltanto nelle opere dei giuristi. Il primo significato è però da scartare perchè troppo lontano dall’uso comune e scarsamente utile in una teoria delle fonti; il secondo può essere adoperato, ma con la consapevolezza che si tratta di una raffigurazione ellittica (anche se, per l’orientamento pratico, quasi necessaria) del processo con cui nasce la norma positiva.

Da questo punto di vista, che abbraccia tanto la norma occasionalmente, quanto quella istituzionalmente giurisprudenziale, è dunque ‘prodotta’ dai giuristi la norma presente nell’azione che le opere dei giuristi, meglio anzi ad esclusione di ogni altra fonte, permettono agli utenti e all’osservatore esterno di conoscere; così come è ‘legale’ la norma dell’azione identica a una norma contenuta nella legge (o nella legge e nella giurisprudenza, salvo quando la giurisprudenza possa essere pensata come fonte unica e generale del diritto). Di ‘produzione’ da parte di una data fonte potrà parlarsi anche in riferimento non più alla singola norma, ma a intere classi di norme, là dove sia formalmente valida (ed effettiva) o solo effettiva la norma secondo cui le proposizioni provenienti da quella fonte (nel nostro caso le opinioni giurisprudenziali) vanno considerate come diritto.

4. *A.* La distinzione tra norme giurisprudenziali istituzionali e occasionali può essere utile anche sotto un altro profilo: per risolvere cioè il problema dei rapporti tra la giurisprudenza e le idee e i valori cui essa si ispira; più in generale, tra le fonti ‘materiali’ o ‘sostanziali’ e le fonti ‘formali’ dell’ordinamento (173).

---

trario all’uso del termine ‘diritto positivo’ nella prospettiva dell’effettività ed anche in quella del positivismo allargato di tipo kelseniano (o.c. 96-114; su Kelsen vedi spec. 97).

(173) Per la distinzione (tralatizia) delle fonti in formali e sostanziali vedi p. es. G. BATTAGLINI, *La questione delle fonti specie in rapporto al diritto penale*, in *Recueil Gény* (cit. sopra, cap. III n. 441) III,



La tendenza del realismo giuridico, a considerare positiva la norma effettiva presso i giudici, conduce logicamente a ritenere unica fonte formale (ma, direi, di sole norme individuali) la giurisdizione e a far rientrare tra le fonti materiali tutti gli « entscheidungsbildende Faktoren » (174), gli elementi cioè ai quali il giudice ritiene di potere o dovere ispirarsi nel decidere, comprese la legge, la consuetudine e la giurisprudenza. Quest'ultima verrebbe poi spogliata della qualifica di fonte da coloro che la configurassero come semplice, fungibile tramite per il manifestarsi del diritto non scritto, della « ragione » (175), dei « principii » (176), di una « objektive Rechtsordnung » superiore al diritto statuito (177).

L'impostazione più proficua sta, a mio parere, mantenendo alla 'giustiziabilità' la sua funzione generica di principio di riconoscimento delle norme 'statali', nel definire 'formali' tutte le fonti individuabili in riferimento a una categoria di persone tipicamente qualificata (è fonte formale, ad esempio, la giurisprudenza o meglio il processo di positivizzazione (178) che porta una norma ad essere accettata all'interno — e per il tramite — della giurisprudenza) e 'materiali' le altre, i puri contenuti. Ogni fonte formale (legge, consuetudine, giurisdizione, giurisprudenza) si ispira alle altre fonti formali

---

280-304: le prime vengono definite come « origini dell'imperativo giuridico » (la nostra 'esistenza'), le seconde come « origini del contenuto di esso » (la nostra 'essenza'). Distingue tra fonti materiali e formali VIRALLY, *PJ* 148; cf. KISS cit. sopra, n. 129.

(174) L'espressione è di ESSER (cf. p. es. *GN* 20 e cap. VI), ma la stessa concezione si trova in PUIG-BRUTAU e — con la massima chiarezza — in ROSS, p. es. in *DG* 73 s. (e già in *Theorie der Rechtsquellen* [1929] 436 s.); alquanto diversa, e più vicina a quella da me adottata, l'impostazione di JÈZE citato da GÉNY, *MS* II, 266, che lo segue.

(175) ROSS, *DG* 74; 93-96.

(176) Ad essi è dedicato tutto il libro di ESSER più volte citato, che costituisce un tentativo forse ineguagliato di descrivere la parte non positivamente statuita del diritto positivo.

(177) Così LESS, *WR*, appoggiandosi a direttive ispiratrici della giurisdizione del tribunale supremo tedesco.

(178) ESSER parla delle fonti come di « Positivierungsvorgänge »: cf. p. es. *GN* cap. VIII; 288 s. Vedi già PARESCHE, *GD* 56.

e a fonti materiali, ricapitolando in sè creativamente tutto il diritto. La giurisprudenza può essere considerata fonte formale della norma che si trovi formulata soltanto nelle opere giurisprudenziali, ma saremo sicuri che questa norma proviene dalla giurisprudenza in quanto tale e non dalla 'ragione', là dove essa possa considerarsi istituzionalmente giurisprudenziale, là dove cioè sia effettiva o valida-ed-effettiva la norma di produzione che conferisce autorità alle opinioni giurisprudenziali. Fermo restando che ogni norma conquista l'effettività anche per il suo contenuto.

B. Parlando della norma giurisprudenziale, del suo tipo di autorità o positività nell'ordinamento e dei modi con cui essa conquista tale autorità, l'abbiamo considerata come unitaria e certa nel contenuto. Ma già sappiamo dalla nostra ricerca storica che essa invece è spesso plurale, controversa; e che da questo stato di plurideterminazione esce — quando ne esce — attraverso caratteristici processi interni alla giurisprudenza stessa.

La norma giurisprudenziale diretta a regolare una data fattispecie può trovarsi formulata da un singolo autore, da più autori discordi, da più autori concordi. La prima ipotesi interessa soltanto sotto il profilo dell'autorità che all'opinione del singolo può essere attribuita; di solito l'ordinamento tratterà tale opinione come semplicemente autorizzata o come autorevole (179). Maggior rilievo ha il secondo caso. La norma giurisprudenziale controversa (180) si presenta ai destinatari, in un dato momento storico, come una (limitata) serie di opinioni consentite. Per usare un'immagine fisica: se l'opinione personale sul diritto è un punto, la norma è una superficie entro la quale il punto deve cadere; si è liberi di scegliere il punto e la strada di accesso (l'argomentazione), preferibilmente tra quelli già se-

(179) Su questi concetti vedi sopra, 457 s.; cf. 68 s. e cap. II, § III, là dove si parla dell'autorità del giurista singolo nei vari periodi del diritto comune (variabile 'C'). Vedi anche p. 176 e 177 s., s. v. *Auctoritates* e cap. V, § I. 3.

(180) Su di essa vedi sopra, 69-72; e cf. anche oltre, cap. V, § I. 3 i.f.

gnati con qualche spicco. Spesso tra le diverse opinioni autorizzate si sarà stabilita una gerarchia di autorevolezza che influirà sulla decisione; accanto ad essa non mancheranno di influire i valori intrinseci di contenuto. Gli stessi due elementi (*auctoritas* e *ratio*) peseranno nell'eventuale processo di consolidazione interno alla giurisprudenza, processo culminante nello *ius quo utimur* delle fonti romane, nella *communis opinio* della dottrina intermedia. La norma consolidata può, nelle varie epoche, venire concepita, a seconda che il contesto culturale sia maggiormente orientato al polo dell'*auctoritas* o al polo della *ratio*, ora come consenso raggiunto dai giuristi vivi o recenti, ora come opinione più frequentemente e meglio difesa lungo l'intero arco della storia della giurisprudenza (181); in nessun caso si tratterà di compattezza assoluta, di unità meccanica.

Ciò che è caratteristico, infatti, è il principio dialogico che sta alla base tanto dei processi di differenziazione quanto dei processi di consolidazione. Posto il problema di politica giuridica, la norma giurisprudenziale nasce e si definisce non *tota simul* come la legge, e nemmeno attraverso un ripetersi di comportamenti, come la consuetudine, ma attraverso una discussione esplicita e argomentata che in certo modo interiorizza e ricapitola in ogni fase anche le fasi precedenti: per cui l'operatore giuridico, in qualunque momento cerchi la norma, ed anche se consulta un unico autore, incontra non il monolito di una disposizione imperativa, ma appunto le tensioni dialettiche, l'alterna e articolata struttura di un dibattito. La norma come dialogo, dialogo più o meno vicino alla conclusione, ma dialogo che il destinatario deve sempre, in qualche misura, rivivere: è questa una delle costanti più significative del diritto giurisprudenziale (182).

Una simile norma non può, evidentemente, essere 'posta' da alcuno con un solo atto individuale o collettivo (183); sotto

(181) È la differenza che ci è parso di poter riconoscere tra la concezione romana, forse più sensibile al valore autorità, e la concezione medievale, forse più sensibile al valore verità: cf. sopra, cap. I n. 135. Oggi direi prevalga il primo atteggiamento.

(182) Cf. sopra, 57; 75-78; 188.

(183) Cf. sopra, 188.

il profilo della sua formazione e consolidazione essa si apparta alla norma istituzionale-consuetudinaria, di cui costituisce quasi la versione al livello dell'esplicito (184). Abbiamo qui una norma che diviene 'positiva' attraverso atti che in nessuna fase sono di 'posizione'.

È stato necessario, parlando di diritto giurisprudenziale, considerare e studiare la giurisprudenza assai più che come scienza e tecnica del diritto, come sua fonte, cioè come via che esso percorre per acquistare esistenza positiva. Questa inevitabile unilateralità non deve però nascondere il fatto che anche dal punto di vista del processo di positivizzazione il carattere scientifico-tecnico della giurisprudenza ha specifico rilievo. Uno dei meriti maggiori di Esser sta proprio nella penetrazione con cui egli è riuscito a mostrare come solo assumendo certe caratteristiche di contenuto la norma divenga «positivizzabile», come si svolgano in parallelo il processo verso l'effettività (il «Positivierungsvorgang») e il processo verso la persuasività e la praticabilità (perenne *shaping the rule*, in cui il valore etico subisce la traduzione in valore giuridico grazie alla mediazione di *τόποι* tradizionali che fungono da «Umwandlungsstationen», la casistica e la configurazione generale del principio si condizionano a vicenda, la regola emergendo solo da prove concrete e non rinsaldandosi fino a che non abbia trovato in esse ulteriore differenziazione e conferma) (185). Nessun momento dell'esperienza giuridica è adatto quanto il diritto giurisprudenziale a mettere in luce la relazione tra il contenuto della norma e la sua positività.

(184) Cf., per il diritto romano, sopra, 75 s. Può essere ripreso e generalizzato, con opportuni adattamenti, il paragone fatto a p. 76 tra il rapporto giurista-diritto e il rapporto scrittore-lingua (o lingua dotta, scritta). Interessanti spunti sulla somiglianza tra la consuetudine e la norma giurisprudenziale quanto al modo di formazione possono desumersi da VIRALLY, *PJ* 163 e 167: ciò che egli dice della giurisdizione vale, fuori del regime del precedente, per la giurisprudenza. Si vedano anche le illuminanti osservazioni di ESSER, *GN*, spec. 83 s.; 279-283.

(185) Mi astengo da citazioni puntuali di *GN*, che i temi qui toccati percorrono — alquanto disordinatamente — da cima a fondo, in sempre nuove e vive rifrazioni.

C. I risultati fin qui raggiunti comportano un modo generalmente univoco, e a mio parere soddisfacente, di concepire i rapporti tra il diritto giurisprudenziale (*Juristenrecht*) e taluni fenomeni cui esso è stato, soprattutto nella dottrina tedesca, ora avvicinato ora contrapposto, quali il diritto consuetudinario (*Gewohnheitsrecht*), il diritto professorale (*Professorenrecht*) e il diritto giurisdizionale (*Richterrecht*).

A proposito della consuetudine, vale quanto abbiamo detto parlando della norma istituzionale e dell'effettività. Ogni norma effettiva, quindi anche quella giurisprudenziale, è consuetudinaria o istituzionale *latissimo sensu*. La norma giurisprudenziale è invece, come ogni norma che riceva esplicita formulazione da una fonte qualificata, ben distinta dalla norma consuetudinaria (o istituzionale) *stricto sensu*, cioè soltanto consuetudinaria, soltanto presente nei comportamenti e nelle convinzioni. Mentre la norma consuetudinaria (*stricto sensu*) può far sorgere una norma giurisprudenziale, la norma giurisprudenziale non può dare inizio a una norma consuetudinaria (*stricto sensu*) di contenuto identico, perchè la consuetudine che si modelli fedelmente sulla norma giurisprudenziale sarà da classificarsi, almeno nella nostra impostazione, come norma giurisprudenziale effettiva.

Il concetto di 'diritto professorale' (*Professorenrecht*) deve la sua fortuna a Koschaker (186). In realtà, esso non può venire opposto a quello di diritto giurisprudenziale come una categoria di pari ampiezza e grado. O, infatti, l'opinione dei professori è diritto, e allora si può parlare di *Professorenrecht*, ma come parte o come particolare incarnazione storica dello *Juristenrecht*, nell'ipotesi cioè che lo *Juristenrecht* comprenda tanto un diritto dei pratici (*Praktikerrecht*) quanto un diritto dei professori (*Professorenrecht*), o nell'ipotesi che la sola giurisprudenza dotata di autorità sia costituita dai professori (187). Oppure l'opinione dei professori non è diritto: e

(186) Vedi *Europa*, l. c. sopra, cap. II n. 18; cf. ESSER, GN 311, utile anche per quanto dirò nel testo. Data l'analogia con 'diritto giurisprudenziale' e 'diritto giurisdizionale' preferisco 'diritto professorale' a 'diritto della scuola', usato nella traduzione italiana di Koschaker.

(187) Non saprei trovare un esempio storico per la prima ipotesi.

allora non si può neppure parlare di *Professoren recht*. Questo secondo è il caso normale, che comprende due sottocasi: l'opinione dei professori è puro insegnamento, che resta confinato negli anni, nei libri e nelle aule di studio (188); l'opinione dei professori partecipa alla formazione della norma giurisprudenziale insieme all'opinione dei pratici, l'una e l'altra con un tipo specifico di apporto (189). Qui si potrebbe parlare, eventualmente, non di diritto ma di giurisprudenza professorale e giurisprudenza pratica (*Professorenjurisprudenz, Praktikerjurisprudenz*), concorrenti nel formare lo *Juristenrecht*.

Più complesso il problema del diritto giurisdizionale (*Richterrecht*) (190). Si tratta, anzitutto, di un termine che può avere significati diversissimi (191). Qui intendo riferirmi, dando per acquisita la legittimità dell'applicare il termine 'diritto giurisdizionale' alla cospicua massa di diritto costituita dalle sentenze nella loro veste di norme individuali, alle norme

Anche la seconda è più costruita che reale; sarebbe stata *Professorenrecht* l'opinione dei pandettisti prima del *BGB* qualora essa avesse goduto di effettività giuridica; ma è dubbio che ciò sia avvenuto. In un terzo, e meno proprio, significato il termine *Professorenrecht* potrebbe indicare il diritto giurisprudenziale che presentasse un — peraltro non facilmente definibile, perchè vario nel tempo — carattere 'professorale'.

(188) Come esempio può pensarsi all'opera di Gaio durante la sua vita (cf. sopra, 69 s.) e a un certo tipo di dogmatica moderna.

(189) È questa l'ipotesi di gran lunga più frequente non appena sorga un'organizzazione didattica di tipo universitario: su di essa mi sono ampiamente soffermato trattando dei ripetenti e dei consulenti nel diritto comune.

(190) L'espressione *Richterrecht* è usata p. es. da E. DANZ, *Richterrecht* (1913), da KISS, o. c. sopra alla n. 129, e da LESS, *WR*. Di solito si parla di *Gerichtsgebrauch, Judikatur, Praxis, jurisprudence, jurisprudencia, giurisprudenza* (consolidata) e simili.

(191) Al livello di una caratterizzazione degli ordinamenti possono considerarsi diritti giurisdizionali gli ordinamenti del precedente, gli ordinamenti dell'uso giudiziario (*Gerichtsgebrauch*), infine i più o meno ipotetici ordinamenti ('primitivi') della *Kadijustiz* o della *Urteilsfindung* oracolare intuitiva o dell'equità o del giudice-re di stampo platonico, nei quali cioè non esistano che norme di condotta individuali, oltre alla norma di struttura che individua il competente a giudicare. In ogni ordinamento è, poi, presente una massa di diritto giurisdizionale inteso come insieme delle norme individuali che i giudici pongono per i singoli casi litigiosi.

generali di cui la giurisdizione possa essere considerata fonte al di fuori dei regimi del precedente; norme tra le quali sarebbero poi da distinguere l'opinione del singolo giudice, la opinione controversa, l'opinione comune (uso giudiziario, *Gerichtsgebrauch*). Ma come il lettore attento avrà già pensato, tutte queste sono per noi norme non giurisdizionali, ma giurisprudenziali pure: dato infatti che nei sistemi giuridici non 'primitivi' — gli unici a noi concretamente noti — l'opinione del giudice incolto in diritto difficilmente viene conservata e fa testo, e che siamo fuori del regime del precedente, esse provengono dal giudice non come giudice ma come giurista, hanno esistenza giurisprudenziale (192). A rigore, perciò, esse sono prive di autonomia concettuale: l'uso giudiziario dotto deve per esempio essere considerato come una parte dell'unica *communis opinio doctorum*; la singola sentenza come una tra le opinioni dei dotti (o dei dottori), allo stesso titolo di quanto il giudice sostiene come semplice scrittore di cose giuridiche. Autenticamente giurisdizionali sono soltanto (a parte l'ipotesi marginale della normatività dell'uso giudiziario incolto) la sentenza come norma individuale e il precedente come norma generale: norme che, quando il giudice è giurista, abbiamo chiamato giurisprudenziali impure. In questa prospettiva, il *Richterrecht* ha lo stesso *status* di parte o specie dello *Juristenrecht* che abbiamo riconosciuto al *Professorenrecht* e al *Praktikerrecht*, oppure si risolve in *Richterjurisprudenz*, giurisprudenza giurisdizionale.

La correttezza, o almeno il rigore, dell'impostazione adottata (193) non deve farci sorvolare sul fatto che tenacemente, in ambiti assai ampi della moderna teoria giuridica, la giuri-

(192) Ciò comporta la possibilità di utilizzare con profitto, per lo studio del diritto giurisprudenziale, buona parte della moderna letteratura sul diritto giurisdizionale: p. es. le opere di ESSER, LESS, PUIG-BRUTAU più volte citate.

(193) Essa può, nelle grandi linee, richiamarsi alla classica trattazione di GÉNY, *MS* II, 1-73; diverse invece le posizioni in tema di diritto giurisprudenziale. Cf. ESSER, *GN* 288 i.f.: « Es entspricht eben dem kontinentalen Stil des gelehrten Richters, dass nicht sein Amt, sondern seine Jurisprudenz, nicht sein Urteil, sondern dessen Beitrag zur Dogmatik Recht schafft ».

sdizione è stata considerata, a preferenza o ad esclusione della giurisprudenza, fonte autonoma di diritto. Occorre però distinguere diversi profili.

Il primato della giurisdizione può anzitutto essere sostenuto nel senso radicale proprio del realismo giuridico (194): in questo senso il diritto giurisdizionale è addirittura *il* diritto positivo, la giurisdizione è fonte formale universale, la giurisprudenza si riduce, come la legge, a fonte materiale. In una simile prospettiva, che ha la sua giustificazione più valida, come abbiamo visto, nella reale difficoltà di individuare il diritto 'statale' in termini non legalistici altrimenti che come diritto dei giudici, è dubbio che possa parlarsi di norme generali; comunque il diritto giurisdizionale viene a prendere il posto da noi invece genericamente attribuito alla effettività o alla consuetudine. Non vi è perciò che da ripetere per il diritto giurisdizionale quanto detto a proposito della consuetudine: giurisdizionale *latissimo sensu* sarà ogni norma effettiva; la norma giurisprudenziale starà, con la norma giurisdizionale *stricto sensu*, negli stessi rapporti in cui sta con la norma solo consuetudinaria, solo effettiva.

Il primato della giurisdizione viene poi sostenuto in un senso più blando, compatibile con la concezione tradizionale delle fonti. Giurisdizione e giurisprudenza vengono descritte entrambe come fonti sussidiarie; alla giurisprudenza si attribuisce un'autorità puramente persuasiva; alla giurisdizione ora un'autorità persuasiva maggiore, ora una vera e propria autorità vincolante (195). Questa concezione poggia in parte su un equivoco, in parte su osservazioni valide solo all'interno di alcuni ordinamenti storici. L'equivoco — che si intuisce — è presto corretto: la preminenza del giudice quanto ad autorità nel produrre norme individuali non implica la sua preminenza

(194) Almeno nella sua versione più accreditata; ma è da tenere presente un'ala minoritaria, rappresentata p. es. da K. ILLUM, secondo cui « il diritto esiste in esattamente tante varietà quanti sono gli uomini partecipi della tradizione giuridica » (così Ross, *DG* 69, riferendo il pensiero di Illum).

(195) Vedi sopra, n. 129 e gli autori a cui rinviano LAMBERT e GÉNY ivi citati; cf. cap. III n. 443.



nel produrre norme generali. A questo livello, tutti i rapporti pensabili tra giurisdizione e giurisprudenza si sono storicamente verificati: indistinzione, superiorità, parità, inferiorità. Negli ordinamenti moderni, nei quali i giudici sono giuristi, la magistratura è organizzata gerarchicamente e le sentenze vengono motivate e pubblicate, può osservarsi, specialmente là dove la 'dottrina' si astrae nell'accademismo dogmatico, una tendenza alla superiorità della giurisdizione, o almeno di quella dei tribunali centrali; tale superiorità non è però mai universale e definitiva (196).

III. 1. La sociologia del diritto è tuttora una scienza in via di formazione che va cercandosi attraverso tentativi diversamente impostati, diversamente fecondi, ma dei quali nessuno può presumere di detenere l'ortodossia (197). Con sociologia del diritto giurisprudenziale intendo qui, senza alcun particolare presupposto metodologico, l'insieme delle osservazioni sui rapporti di condizionamento tra diritto giurisprudenziale e società.

Le brevi pagine che seguono non si propongono di trattare l'argomento in modo esauriente: ciò richiederebbe specifici, articolati approfondimenti comparativi delle strutture sociali, mentre oggetto primario del nostro studio — oggetto che, soprattutto sotto il profilo storico, abbiamo già dovuto drasticamente limitare — sono e rimangono le strutture giuridiche in sé considerate. Mi è parso però doveroso dare qui al tema almeno un inizio di svolgimento, per attirare l'attenzione su un campo di indagine ampio e che è stato finora quasi del tutto trascurato.

Il disinteresse dei sociologi di professione per il nostro problema ha forse una spiegazione. Tipica dell'atteggiamento sociologico è la critica alla concezione statalista del diritto: il so-

---

(196) Cf. p. es., sulla situazione tedesca nel dopoguerra, LESS, *WR* 47.

(197) Si veda per un aggiornatissimo, ampio panorama internazionale il volume collettivo *La sociologia del diritto*, curato da R. TREVES (1966).

ciologo si premura di dimostrare al giurista che non vi è solo il diritto da lui ritenuto tale (cioè quello dello Stato). Con ciò, il sociologo spesso rinuncia ad approfondire i molteplici strati dello stesso diritto 'statale' (198); presuppone o accetta la definizione datane dal giurista, come diritto legale. Lo strato giurisprudenziale del diritto 'statale' viene così a sfuggire tanto ai giuristi (per il loro legalismo) quanto ai sociologi del diritto (per il loro antistatalismo), e piuttosto si presta ad essere colto da alcuni giuristi eterodossi e minoritari o dagli storici del diritto.

I contributi maggiori alla sociologia del diritto giurisprudenziale sono infatti, a parte le osservazioni sparse in autori riconducibili al filone del giusliberismo, quello di uno storico del diritto come Paul Koschaker e quello di un sociologo assai vicino a Kantorowicz, Radbruch ed altri esponenti del giusliberismo, oltre che inizialmente romanista, come Max Weber. Il primo ha avuto soprattutto il merito di indagare, in un ampio *excursus* del suo libro più celebre (199), quelli che potrebbero chiamarsi con Gurvitch i « fattori interni » della formazione e delle trasformazioni del diritto giurisprudenziale; il secondo, mettendo le « qualità formali » del diritto in relazione con i tipi del potere e dell'organizzazione economica, fornisce, in un ordine piuttosto tumultuoso combattuto tra la sistematicità e la concretezza storica, una quantità di rilievi acuti e stimolanti sui « fattori esterni »; senza trascurare del resto certi momenti ideologici interni (« Standesideologien ») alla stessa giurisprudenza e al mondo del diritto (200).

Nella nostra ricerca storica abbiamo già avuto qualche occasione di cogliere nessi significativi tra assetto sociale e qualità formali del diritto. Questi nessi non sono risultati sempre costanti: se in Roma il diritto giurisprudenziale ci è parso pog-

---

(198) Con diritto 'statale' intendo, come già precisato (sopra, n. 13), l'ordinamento individuato da un potere sovrano di giurisdizione, e l'insieme delle norme vigenti entro tale ordinamento, cioè in definitiva 'giustiziabili' da parte dei suoi giudici: anche quando non provengano dallo stesso potere sovrano. Intendo cioè l'ordinamento della società statale.

(199) *Europa*, cap. XII (e *passim*).

(200) Vedi *WG*, Parte II, cap. VII.

giare su una struttura aristocratica, poco propizia alla legge e favorevole alla puntigliosa definizione delle posizioni dei capi-famiglia (201), nell'esperienza del diritto comune altri fattori — senza che quello venisse mai del tutto meno — si sono succeduti come determinanti: tra essi da un lato la credenza in un diritto quasi 'rivelato' (quello della compilazione giustinianea), l'esistenza, al disopra degli Stati particolari, di un'unità giuridica più ampia, la mancanza di stabili organismi legislativi; dall'altro la creazione delle università, il progressivo affermarsi dell'avvocatura e della giurisdizione dotta. Ogni esperienza di diritto giurisprudenziale nasce, insomma, su un ceppo sociale concreto e diverso da ogni altro. Sempre tenendo presente questa ovvia verità ci sforzeremo di tradurre alcuni dei dati storici da noi raccolti in una forma che li spogli della loro particolarità, e di integrarli eventualmente con caute considerazioni presuntive.

2. Una condizione certamente favorevole al formarsi di diritto giurisprudenziale piuttosto che legale sta nella (comunque originata) tendenziale intangibilità, cospicuità e parità di posizione economico-sociale dei soggetti per i quali il diritto va elaborato: ciò infatti implica o almeno rende possibile la struttura 'interindividuale' (qui in opposizione a: 'sopraindividuale'), 'privatistica' (in opposizione a: 'pubblicistica') del diritto stesso.

Questa categoria dell'interindividualità del diritto (che può forse considerarsi come la traduzione in forma astratta del fattore a suo tempo individuato nella struttura sociale aristocratica) mi pare, se ben compresa, fondamentale (202). I giuristi sono lo strumento per eccellenza dell'ordine che si istituisce tra posizioni originarie e poco soggette a mutamento come quelle di soggetti individuali quasi-sovrani; sono gli artefici delle pa-

---

(201) Vedi sopra, cap. I, § VII.1.

(202) Perché le considerazioni che seguono abbiano l'appoggio di un esempio storico concreto (quello romano) si tenga presente quanto detto sopra, cap. I, spec. 11-15; 28-30; 37-39; 43 s.; 57. Un accenno in KOSCHAKER, *Europa* 311-313 (= 181 s.).

zienti equazioni commutative, delle raffinate consolidazioni dello *status quo*. La legge può occuparsi del diritto di tipo interindividuale: ma per confermare e precisare l'opera della giurisprudenza, oppure per indebolirlo. La legge è di per sé (sotto il profilo specifico che ora ci occupa) lo strumento della giustizia distributiva, l'espressione della collettività. Il giurista, in quanto privo di potere, è portato a ritenere estranee all'ambito del suo intervento le diseguaglianze sociali: egli allora presuppone, quasi per un canone metodico, l'eguaglianza dei soggetti, e si adopera a ritesserla infaticabilmente in equità giuridica. Un diritto elaborato su queste basi è soddisfacente, al livello dei rapporti tra singoli, là dove una parità effettiva ci sia; e al livello della società nel suo complesso, là dove le diseguaglianze o siano state eliminate o siano particolarmente difficili da eliminare, appunto per la saldezza della struttura aristocratica. La legge invece può intervenire direttamente sulle diseguaglianze, correggerle: un potere che manca al giurista.

Quanto detto vale paradigmaticamente del diritto privato; ma per analoghe ragioni sarà tendenzialmente opera dei giuristi ogni diritto di impianto privatistico, anche tra enti collettivi: è questa una radice della giurisprudenzialità del diritto commerciale in un regime di libero scambio, del diritto inter- (si badi: non sopra-) nazionale. Il valore caratteristico, l'anima di tutti questi diritti tipicamente giurisprudenziali sarà sempre la buona fede, cioè la disposizione a mantenere i patti e a non ledere la controparte: valore a cui ci si ispira appunto nei rapporti interindividuali, ma che non serve al riformatore e al pianificatore sociale.

E forse anche in rami del diritto lontani dall'impianto privatistico, nel quale risalta più netta la funzione dominante dei criteri commutativi, sarebbe possibile mettere in luce fenomeni apparentati con quello descritto: confermantici cioè, sotto altri profili, la maggiore adeguatezza e influenza del diritto giurisprudenziale là dove si richieda di definire i diritti di un soggetto tipico postulabile come 'forte', piuttosto che di appianare i dislivelli tra soggetti forti e soggetti deboli. Questa, tuttavia, deve rimanere semplice ipotesi: qualunque verifica (penso per esempio alla vicenda della tutela dei diritti della persona nel pro-

cesso, particolarmente nel processo penale) esigerebbe ricerche sproporzionate entro il presente, volutamente rapido discorso.

Tornando al campo sul quale si è principalmente concentrata la nostra ricerca storica: il giurista esprime, difficilmente instaura la giustizia come eguaglianza (o proporzione) sociale. È la vicenda politica, riflessa tipicamente nelle leggi, quella che, in lotta con la nuda vicenda economica, si sforza di allargare la cerchia di possidenti per la quale i problemi di equità privatistica interindividuale, calcolati dai giuristi, hanno un senso. La lotta politica 'per la giustizia' (di cui le leggi sono come le tappe, segnanti generalmente progresso) non è tanto lotta per la trasformazione del diritto privato quanto per la sua estensione a un maggior numero di utenti, nominali ed effettivi. Per un suddito dell'impero coloniale inglese alla fine dell'Ottocento non c'era alcun interesse a modificare il *common law* (il diritto per gli inglesi), ma moltissimo a diventarne anch'egli titolare: così, per il *socius italicus* del secolo I a. C., per lo schiavo, per l'israelita del primo secolo del principato non c'era interesse a modificare il diritto romano ma a diventarne titolare come cittadino; per il proletario del tempo dei Gracchi il problema consisteva non tanto nell'influire sulla struttura del *dominium ex iure Quiritium* quanto nel diventarne in qualche modo partecipe. E si potrebbe continuare; si potrebbe arrivare a sostenere che il diritto privato non è, quasi, progredito dal tempo di Augusto o di Adriano fino ad oggi, mentre è enormemente progredita la giustizia privatistica, intesa come la possibilità, per ogni membro del corpo sociale, di accedere alle posizioni attive (proprietario, creditore, testatore) del diritto privato. A noi interessa fermare il punto che le rivendicazioni attraverso cui è stato realizzato questo progresso non si sono fatte valere (almeno non tipicamente) per il tramite della giurisprudenza, ma per il tramite della legge, strumento — in certi periodi, a certe condizioni — della giustizia distributiva. È mancata una giurisprudenza del distributivo (203).

---

(203) O almeno è rimasta in ombra, ha avuto efficacia estremamente ridotta; ciò che non toglie il suo merito, e l'interesse che avrebbe

Possiamo forse fissare il rapporto idealtipico tra diritto legale e diritto giurisprudenziale nel senso che il primo allarga a scatti, saltuariamente, sul piano distributivo, dietro sollecitazioni politiche, il regime interindividuale, commutativo, che il secondo va ininterrottamente tessendo dietro sollecitazioni tecnico-equitative tra le due o tre figure di soggetti tipici necessarie a ricoprire le posizioni attive e passive in cui si risolvono gli istituti privatistici. Il diritto legale 'distribuisce' o 'ridistribuisce' — più che trasformare — il diritto giurisprudenziale. Questo spiega due fatti: che il diritto giurisprudenziale scompaia o si atrofizzi nelle rivoluzioni, spesso invece accompagnate e concluse da una legislazione abbondante; che, ciò malgrado, l'ordine commutativo giurisprudenziale possa spesso passare indisturbato attraverso il filtro dei cataclismi politico-distributivi (esempio illustre il diritto privato in territorio italiano da Quinto Mucio al codice del 1942).

La vocazione 'distributiva' della legge si manifesta anche in certi casi nei quali essa, senza direttamente procedere a una distribuzione, modifica certi rapporti nel loro profilo tipico con chiaro intento distributivo: tali le norme che in vario modo stabiliscono 'funzioni sociali' della proprietà. Esse indeboliscono, sì, lo stesso dominio che i proletari potrebbero aspirare a conquistare, ma lo indeboliscono a favore dei meno fortunati, che ci saranno sempre. Tale anche la norma (della *lex Poetelia Papiria*, 326 a. C.) con la quale si sopprimeva la responsabilità personale, lasciando sussistere solo quella patrimoniale, del debitore. Manca, ch'io sappia, una ricerca specificamente destinata a individuare il tipo del rispettivo apporto della legge e della giurisprudenza all'evoluzione giuridica in Roma; ma credo si possa dire fin d'ora che i 'capolavori' della giurisprudenza

---

una ricerca volta a riscoprirli. Penso per esempio, nel diritto comune, alla dottrina delle *causae favorabiles* o dei cosiddetti 'privilegi dei poveri'; a taluni spunti in direzione di una riduzione dei privilegi connessi con la primogenitura, o di una commisurazione della pena per furto allo stato di bisogno. Temo che il bottino sarebbe magro, soprattutto se si volesse accertare quali istituti la giurisprudenza sia riuscita a far passare dalla teoria nel diritto effettivo; sul piano storico il problema è, comunque, aperto.

sono del tipo della creazione dell'*actio doli*, della tipizzazione delle esigenze della *fides bona*, della sistemazione dogmatica non contraddittoria delle varie figure giuridiche e così via: tutte cose indifferenti alla legge, che può aver celebrato i suoi fasti nell'assegnazione delle terre, nell'estensione della cittadinanza, nel controllo sulla ricchezza, nei limiti posti all'individualismo in materia testamentaria (*lex Falcidia*), oltre che, s'intende, nelle materie non attinenti al diritto privato.

Se quanto abbiamo detto finora è, almeno nelle grandi linee, esatto, possiamo concludere che il diritto legale (soprattutto quello democratico, di origine comiziale o parlamentare; ma entro certi limiti anche quello principesco) fiorirà maggiormente nei rami del diritto, nei periodi e nelle società dove si facciano sentire con forza le istanze di giustizia e di riforma distributiva: società rette da paternalismi illuminati, soprattutto società in fase di rivoluzione sociale, 'calda' o controllata, come le europee dall'inizio di questo secolo. Sarà in modo particolare sfavorevole al formarsi di diritto giurisprudenziale ogni società che vada con ritmo accelerato verso il socialismo o il comunismo, sia che parta da un assetto liberale sia che parta da condizioni primitive o feudali. In società di questo genere i giuristi, a meno di riuscire a comprendere le reali dimensioni della loro libertà meglio che nel passato (soprattutto prossimo), sembrano condannati al perenne inseguimento della legge. D'altra parte il diritto giurisprudenziale, come non è rivoluzionario, così non è attivamente 'reazionario'; è, semplicemente, estraneo (almeno in larga misura) alla vicenda politico-distributiva e quindi, se lo si vuole etichettare da questo punto di vista, insieme 'conservatore' e favorito da società conservatrici.

Non bisogna però identificare senz'altro società conservatrice quanto ad assetto distributivo e società stabile o statica in senso assoluto. Vi può essere una trasformazione economica, culturale, tecnologica (e non sociale-distributiva) favorevole al diritto giurisprudenziale. Inoltre, la tesi — a grandi linee esatta — della vocazione commutativa, più che distributiva, del diritto giurisprudenziale vale nell'ipotesi che la legislazione sia all'altezza della sua tipica, strutturale incombenza: altrimenti sarà

fatalmente chiamato alla supplenza il diritto giurisprudenziale. Ora, non va dimenticato che proprio la rapidità delle trasformazioni di ogni genere, rendendole difficilmente adeguabili anche dai più febbrili aggiornamenti legislativi, potenzia il 'momento giurisprudenziale' e può quindi favorire, almeno indirettamente, il formarsi di diritto giurisprudenziale vero e proprio.

Comprendiamo meglio adesso in che senso ci sia stato possibile definire il presupposto della struttura 'interindividuale' (e non 'sopraindividuale') del diritto come proiezione astratta del requisito della struttura sociale 'aristocratica'. Con struttura 'aristocratica' va intesa, in questo contesto, non una società sperequata in quanto tale, ma una società in cui i *beati possidentes* tengono saldamente in pugno la situazione, così che i problemi riguardanti i rapporti tra loro sono più importanti dei problemi riguardanti i rapporti tra possidenti e non possidenti. Tale è stata la società romana: e in essa i giuristi hanno potuto elaborare fino alla 'classicità' la tipologia casistica dei rapporti commutativi tra possidenti. Ma non sarebbe meno favorevole al diritto giurisprudenziale una società tutta di possidenti. Insomma le classi povere non possono aspettarsi molto da un regime di diritto giurisprudenziale, almeno fintanto che la giurisprudenza conservi la mentalità che l'ha caratterizzata in passato; possono invece augurarsi una situazione sociale in cui anch'esse, mutando condizione, divengano parti attive nei rapporti che il diritto giurisprudenziale raffinatamente regola; possono cioè augurarsi (in questo senso) il progressivo estendersi del diritto giurisprudenziale.

Si può dire allora che la vocazione del diritto giurisprudenziale alla giustizia commutativa gli conferisce carattere in certo modo perenne: non solo in quanto un diritto pensato come norma di rapporti tra eguali-sovrani è idoneo a raggiungere relativamente presto, e a mantenere poi relativamente inalterata, una sua quasi-definitiva perfezione; ma anche in quanto nell'ipotesi ottimistica (e non proprio utopica) che il processo storico tenda ad instaurare una società di eguali, i problemi commutativi (come avvertiva già Proudhon) appaiono destinati a rimanere, quelli distributivi a ridursi e magari a scomparire.



(Ciò non implica necessariamente la previsione di una società 'finale' senza leggi: la società finale — ammesso che estrapolazioni di questo genere possano arrischiarsi — sembra piuttosto dover essere caratterizzata da uno stato di superorganizzazione, e quindi dalla presenza, accanto al diritto giurisprudenziale commutativo, di un massimo di leggi: ma organizzativo-amministrative, non più rivoluzionario-distributive).

3. Un'altra conseguenza della funzione più intermediaria che autoritaria dei giuristi: dovremo ritenere favorevole al diritto giurisprudenziale ogni formazione sociale pluralistica quanto a dislocazione dei nuclei di potere (204). Tali (rispetto ai loro contrari) le società in cui il potere economico sia separato da quello politico, o il potere politico sia frammentato in autonomie, o il potere economico sia in più mani, o il potere religioso e quello politico concorrano, entro confini non troppo ben fissati, nel regolare la convivenza; tali ancora gli Stati in pace rispetto agli Stati in guerra (lo stato di guerra in cui si unificano i poteri militare e civile e in genere tutti i poteri è la negazione più estrema del diritto giurisprudenziale e interindividuale in genere); tale la società internazionale; e così via. Ciò non significa che una società a potere accentrato escluda assolutamente il diritto giurisprudenziale; occorre tenere presenti anche altri fattori; possiamo dire però che il pluralismo e il decentramento come tali hanno, dal nostro punto di vista, segno positivo. La forte concentrazione del potere tende alla legislazione, magari alla legislazione di tipo amministrativo-regolamentare, al limite alla frantumazione in provvedimenti imperativi puntuali.

Non sono mai determinanti, rispetto alla forma del diritto, fattori singoli, ma solo le combinazioni storiche, concrete, di più fattori. Una combinazione di due soli fattori che può, tuttavia, considerarsi condizione pressochè sufficiente è questa:

(204) BOBBIO, voce *Consuetudine* cit. alla n. 27, 441, attribuisce invece al diritto consuetudinario un fondamento sociologico di questo tipo.

pluralità di complessi normativi (205) 'quasi-ufficiali' all'interno di una società ideologicamente omogenea. Chiamo 'quasi-ufficiali' quei complessi normativi ai quali manchi solo la reciproca coordinazione per diventare il diritto ufficiale, ossia immediatamente applicabile dal giudice ordinario della società globale. Qui l'unità dovrà farla, per evidenti motivi tecnici, il giurista (206); e potrà farla, lui uomo senza potere, perchè in grado di interpretare delle convinzioni sociali unitarie. Come esempi possiamo citare i due casi di diritto giurisprudenziale da noi meglio esaminati: il diritto romano classico, come sintesi tra *leges*, *proprium ius civile*, *ius honorarium* e diritto imperiale, oltre che tra diverse sfere dello stesso *ius civile*; il diritto degli ordinamenti intermedi, come sintesi tra diritto comune (a sua volta sintesi tra diritto romano, diritto divino e canonico, diritto naturale, diritto feudale) da un lato, e diritto locale dall'altro. Il diritto legale appare all'inverso, soprattutto nella sua versione democratica odierna, come il risultato di aspra lotta all'interno di una società ideologicamente non omogenea ma dotata di un forte potere centrale fondato sull'interesse (prevalentemente economico) alla convivenza ordinatamente competitiva, lotta sedata nel punto di equilibrio provvisorio delle forze.

Corrispondono a un caso particolarmente significativo di pluralismo i diritti 'comuni', cioè appunto quei complessi normativi che presuppongono un'unificazione già (o ancora) abbastanza stretta, ma non ancora (o non più) completa, che vigono cioè contemporaneamente in più ordinamenti tesi

---

(205) Ho usato più volte, nella ricerca storica, questo termine o altri equivalenti ('strati normativi', 'sfere normative') per designare insieme di norme provenienti da una stessa fonte o da uno stesso ambito o dotate di caratteristiche simili, ma ai quali sarebbe inesatto applicare (come talora si fa) il termine di 'ordinamenti'. Cf. sopra, 15 (*ius civile* e *ius honorarium*; *ius civile* e *ius gentium*); cap. I n. 101 (diritto classico e diritto volgare); 80 s. (diritto comune e diritti locali); 83 e 103 (diversi complessi formanti lo *ius commune*).

(206) Soprattutto nel consiglio, in quanto equivalente giurisprudenziale della sentenza: cf. sopra, 33; 144 pr. È la decisione concreta, più che il commento o la trattazione teorica, a richiedere la fusione dei complessi normativi.

a fondersi in un ordinamento superiore o a uscirne. Il diritto comune romano (207) ha avuto carattere di diritto comune prima espansivo (grosso modo dalla costituzione di Caracalla a Giustiniano) poi recessivo (durante la formazione dei regni barbarici); il diritto comune medievale ha avuto carattere espansivo nella fase dell'affermazione imperiale, recessivo nella fase dell'affermazione degli Stati moderni; il *common law* inglese si è formato come diritto comune espansivo; così il *droit commun français* (208); il *common law* negli Stati Uniti mantiene tuttora tale carattere rispetto alle legislazioni dei singoli Stati.

Espansivo o recessivo, il diritto comune è sempre di fattura giurisprudenziale. La giurisprudenza ha, nelle più diverse esperienze storiche, il monopolio del diritto comune. Oggi, nel contrastato movimento verso l'unificazione degli ordinamenti statali in ordinamenti sempre più vasti, spetta alla giurisprudenza, che sola può assolverlo, il compito dell'elaborazione di un diritto comune suppletivo (209), sul quale un eventuale diritto unico possa poi vitalmente innestarsi.

4. Il grande nemico del diritto giurisprudenziale appare dunque lo sviluppo del potere centrale, nella società civile dello Stato (210), in tutti gli aspetti che possono promuoverlo: Stato-idea o Stato-ragione (in una prospettiva di tipo hegeliano), Stato del benessere (*Welfare State*, *Wohlfahrtsstaat*), Stato sociale, Stato pianificatore o addirittura imprenditore; e già lo Stato burocratico, lo Stato di diritto illuministico con la sua

(207) Vedi sopra, 51; 79.

(208) Sul suo carattere giurisprudenziale vedi KOSCHAKER, *Europa* 208-210; 292 s.; 379 (= 121 s.; 168; 223).

(209) Così PUIG-BRUTAU, *JF* 12 (lamentando come « absurdo que Europa continental no posea un Derecho común supletorio »); ESSER, *GN passim*, p. es. 315 (ivi n. 374 citazione, nello stesso senso, di C. SCHMITT) e tutto il 5. *Teil* (vedi anche lo *Schlagwortverzeichnis* alle voci *Gemeinrechtsdenken*, *Juristenrecht*, *Ius und lex*). Dall'ispirazione europeistica muove l'interesse di Koschaker per lo *Juristenrecht*. L'ideale di un diritto comune giurisprudenziale è poi, in genere, alla base degli studi comparativistici fin dall'inizio del secolo.

(210) Intendo lo Stato persona, in opposizione al diritto 'statale' come ordinamento della società statale: cf. sopra, n. 198.

separazione dei poteri che ne presuppone la preventiva confisca, lo Stato democratico che, facendo della legge l'espressione dell'unica volontà pienamente legittima, quella nazionale o generale o popolare, le conferisce il monopolio della produzione giuridica.

Ciò non è incompatibile con una eventuale propensione dei giuristi per la centralizzazione e il legalismo, che io sarei comunque restio a concedere a Koschaker (211). Accanto ai giuristi cesaristi, o fautori delle codificazioni, o più legalisti della stessa legge, non sono mai mancati i difensori dell'autonomia giurisprudenziale, della continuità storica, della sussidiarietà (212). In ogni modo le idee dei giuristi sulla maggiore o minore bontà del diritto fatto da loro non tolgono il fatto — troppo ovvio perchè occorra insistervi — che esso prosperi là dove non cade troppo densa l'ombra dello Stato. Se mai si può osservare che, nella sua strutturale solidarietà con i diritti 'comuni', la giurisprudenza indebolisce, sì, gli statalismi particolaristici, ma insieme favorisce la formazione di unità statali più ampie, secondo il ritmo di sistole e diastole cui corrisponde, sotto tanti aspetti, la dialettica tra diritto legale e diritto giurisprudenziale.

5. Non sembra invece di poter riconoscere una relazione costante tra la forma del diritto e la forma dell'economia. O meglio: un'economia altamente sviluppata, creando tutto un complesso mondo di figure contrattuali e difficili problemi organizzativi e commutativi, esige per lo più l'analisi giuridica professionale, tende cioè ad eliminare i diritti che ho chiamato 'primitivi'; ma con ciò non è detto che il diritto elaborato dai giuristi mantenga la forma giurisprudenziale 'pura', esso può anche versarsi nella forma giurisdizionale o nella forma legale.

L'unico dato certo è la necessità del legalismo per i dirigismi economici di ogni genere, dai formidabili tentativi di corpo-

(211) Cf. *Europa* 313-315 (= 182 s.).

(212) Si pensi ai due fondamentali atteggiamenti, per e contro il codice, impersonati esemplarmente da Thibaut e Savigny e, già settant'anni prima, da Muratori e Rapolla (vedi sopra, cap. II n. 192).

ativismo coattivo e di calmierazione del basso impero all'economia di piano e all'economia fondata sul capitalismo di Stato: cioè quando la forma dell'economia implichi la concentrazione del potere da noi già individuata come elemento antigiusprudenziale (213). Al di fuori dell'ipotesi del dirigismo si incontrano le combinazioni più varie: economie in prevalenza agricole o in prevalenza manifatturiere, artigianali o industriali, orientate allo scambio o all'autarchia, capitalistiche o non, possono tutte accompagnarsi al diritto legale come a quello giurisprudenziale. Così, noi vediamo quest'ultimo ordinare, nell'esperienza romana e in quella medievale, tanto la primitiva fase agricolo-artigianale quanto quella imprenditoriale-commerciale; vediamo il capitalismo privato svilupparsi nelle giurisdizionalistiche Inghilterra e America come nelle legalistiche Francia e Germania fine Ottocento; vediamo in numerosi paesi europei i codici prima e dopo l'avvento dell'economia a base industriale.

Fermiamoci sopra un fenomeno di indubbia importanza. Nella mentalità imprenditoriale-commerciale (e in modo particolare nel capitalismo borghese moderno) sono riconoscibili due tendenze apparentemente contraddittorie: da un lato la propensione per l'autonomia corporativa, per la giurisdizione arbitrale o di equità, per la valutazione secondo buona fede, per la transazione; dall'altro l'esigenza, su cui ha particolarmente insistito Weber, di poter 'calcolare' esattamente il diritto, qualunque esso sia, e quindi il bisogno della certezza legale.

In effetti, il diritto 'commerciale' (diversamente, per esempio, da quello penale) tende ad elaborarsi per conto proprio,

---

(213) Questa affermazione, indubbiamente esatta in astratto, va 'limitata', per quanto riguarda in concreto l'economia di piano, dalla considerazione che il conflitto tra gli operatori economici privati può trasferirsi tra gli enti pubblici preposti alla direzione economica: qualora questi detengano, nel loro insieme, il potere supremo, e non siano rigidamente gerarchizzati, è prevedibile l'insorgere di una problematica giuridica 'interindividuale' che solo la giurisprudenza sarà, per definizione, in grado di risolvere. Un accenno in tal senso in CORTA, o.c. per prima alla n. 221.

in margine ai processi di giuridificazione ufficiali della società globale: e in questa fase dell'autonomia sembra preferire — se possono usarsi analogicamente questi termini per un diritto di ceto — la forma 'giurisprudenziale' o la forma 'consuetudinaria', più fluide, alla forma 'legale', ossia alla statuizione da parte di organi centrali o almeno alla redazione in testi autoritativi (214).

Prima o poi, però, i rapporti commerciali vengono fatti rientrare tra quelli regolati dal diritto ufficiale; e qui l'esigenza della certezza, della calcolabilità (*Berechenbarkeit*), non manca solitamente di farsi sentire. Occorre solo notare: *a*) che essa può essere soddisfatta tanto dal codice quanto dal regime del precedente: lo stesso Weber non ha mancato di accorgersi che il capitalismo si è affermato rigogliosamente in ambiente di *judge-made law*; *b*) che essa rappresenta un'esigenza in certo modo secondaria e di ripiego: una volta che la regolamentazione dei rapporti commerciali sia passata, irrimediabilmente, nelle mani del potere politico, è minor male un diritto solido e certo, di cui almeno si conoscono (o si crede di conoscere) i limiti precisi. Non è raro però che una qualche resistenza autonomistica perduri, manifestandosi nel ricorso agli arbitrati, alle transazioni, ai mezzi che consentono di tenersi al riparo dai criteri 'pubblici' dell'apparato ufficiale.

D'altra parte il legalismo, che ha il suo inizio obbligato nel codice, può non arrestarsi: può proseguire — e spesso vistosamente proprio nella materia 'commerciale' — con l'invalente, politicizzata legislazione frammentaria a getto continuo tipica delle 'rivoluzioni controllate'. Ecco che qui la forma legale da strumento di certezza diviene — a introdurre la dimensione tempo, nella quale la certezza si converte in stabilità — strumento di cambiamenti improvvisi e quindi fonte di incertezza (215); nuocendo a quei calcoli a lungo ter-

---

(214) Considerevole eccezione la fioritura degli statuti corporativi intermedi; dei quali non va però dimenticata la funzione organizzativa, 'costituzionale', piuttosto che di codificazioni complete delle norme di condotta.

(215) Su questo punto vedi anche oltre, cap. V, § IV.

mine che gli operatori economici vorrebbero istituire con il diritto ufficiale. In una simile situazione i fenomeni di resistenza alla legge e di fuga dalla giurisdizione pubblica non possono che accentuarsi.

Mi sembra che in questo modo si concilino i due dati apparentemente contraddittori da cui siamo partiti, la tendenza autonomistica e l'ideologia della certezza legale proprie l'una e l'altra dei grandi operatori economici. Ma ripeto: salvo l'ipotesi del dirigismo la vita economica non presenta alla forma del diritto richieste così pressanti ed univoche da determinarla; l'economia influisce piuttosto sul contenuto che non sulla forma (legale o giurisdizionale o giurisprudenziale) del diritto.

6. Neppure è facile istituire dei collegamenti costanti tra la forma del diritto e la fisionomia culturale della società, o le ideologie in essa attivamente presenti. Il diritto giurisprudenziale è per definizione diritto formulato, studiato: suo presupposto immancabile è dunque l'esistenza di una cultura della parola, quale che sia poi il particolare valore ad essa riconosciuto, valore magico o taumaturgico, valore formalistico di comunicazione impegnativa, valore meramente razionale di espressione del pensiero; e quale che sia il modo preferito per la sua solenne trasmissione e conservazione, scritto, orale. Tale cultura dev'essere anche sufficientemente differenziata per consentire l'emergere delle professioni (nel senso elevato della parola, che non implica necessariamente lo scopo di lucro): altrimenti di 'giuristi' non si potrebbe parlare. Ma una cultura della parola e delle professioni, se da un lato elimina i diritti 'primitivi', è, d'altro lato, presupposta anche dal diritto legale, almeno per quanto riguarda il primo requisito; mentre il secondo (l'emergere della professione giurisprudenziale) segue si può dire quasi necessariamente al formarsi di un cospicuo corpo di leggi. Altri motivi dunque si richiedono perchè al ceto dei giuristi, là dove esso è presente, risulti affidata la responsabilità del diritto.

Fermo restando che nessun singolo fattore (in particolare non un fattore culturale) è determinante, mi pare si possa dire che al diritto giurisprudenziale sono tendenzialmente favorevoli

le forme di cultura non volontaristiche, cioè quelle nelle quali riesce difficile pensare che gli scopi e l'ordine della convivenza, non interamente prestabiliti in una sfera oggettiva, vadano sempre nuovamente scelti dagli uomini con propria autodeterminazione. In simili culture il convenzionalismo, l'autoritarismo, il positivismo solitamente implicati dall'idea di legislazione esclusiva e quindi completa sono male assimilabili; mentre il giurista, che molto più degli organi legislativi appare dipendente, subordinato al diritto, sembra dover apparire anche come lo strumento più adeguato per il rivelarsi della norma. Possiamo però 'limitare' subito questa affermazione ricordando i casi in cui la legge umana si presenta essa stessa come fissazione del diritto immemoriale, o del diritto divino, o del diritto 'naturale' (o 'razionale'), insomma del diritto 'sempre valido': le codificazioni di tutti i tempi, salvo le recentissime, portano anche questo carattere.

Accennando a tre diversi tipi di diritto 'sempre valido' ho già lasciato intendere come l'etichetta unitaria del 'non volontarismo' copra fenomeni tutt'altro che omogenei, quali appunto i tradizionalismi, i fideismi, i razionalismi. Aggiungerei come caso per certi aspetti a parte (senza voler chiudere la lista, e consapevole di quanto di artificiosa rigidezza queste esposizioni schematiche comportano) il moderno scientismo.

Come società tradizionalistiche, nelle quali cioè si riconosca valore al tramandato in quanto tale, possono segnalarsi, al di fuori delle società a diritto 'primitivo', la romana e l'inglese: l'una e l'altra favorevoli al diritto giurisprudenziale (la seconda, nella forma 'impura' giurisdizionale). Tradizionalistica è anche, in notevole misura, l'adesione al diritto romano da parte delle generazioni che più non credevano nel valore quasi rivelato del *Corpus Iuris*: per esempio da parte della scuola storica, al cui effimero momento romantico (non a quello 'pandettistico', dogmatico) è dovuta la teorizzazione forse più significativa del tradizionalismo giuridico.

La traduzione giuridica del fideismo è la credenza in un diritto rivelato e consegnato in testi impegnativi, dal quale la ragione e la volontà umane non possano scostarsi. Questo diritto è solitamente pensato come d'origine divina, ed ha un



contenuto largamente religioso. Come esempio di diritto rivelato 'laico' (anche se inquadrato in una prospettiva teologica) possiamo citare il *Corpus Iuris* nella visione dei giuristi medievali più antichi. Fideistiche a sfondo religioso sono, oltre la società medievale europea, l'ebraica, l'indiana, la musulmana antiche: in tutte troviamo un regime di diritto giurisprudenziale perchè la rivelazione è sempre concepita come conclusa, e sono perciò gli addottrinati a custodirla e svilupparla, non già degli organi legislativi a correggerla o integrarla. Nella società dei fedeli di religione cattolica essendo previste l'interpretazione autentica del *depositum fidei* e la sua integrazione mediante diritto positivo, riservate l'una e l'altra alla gerarchia, vi è minor posto per una formazione giurisprudenziale 'pura' del diritto: tuttavia la gerarchia si compone di sacerdoti addottrinati e quindi, secondo la nostra definizione, di giuristi, per cui la maggior parte delle norme canoniche generali è giurisprudenziale 'impura' o 'indiretta'.

Nei confronti del diritto della società statale non è individuabile una posizione univoca del cattolicesimo come dottrina. Sul piano storico-sociologico, la gerarchia cattolica ha mostrato, fino a tempi recenti, forse maggiore propensione per la legge del principe (possibilmente investito dall'autorità ecclesiastica, comunque devoto e illuminato) che per quella di fattura democratica: ciò sulla base di un paternalismo nel quale si fondevano atteggiamenti di tradizionalismo, di fideismo e di razionalismo, timorosi delle incognite dell'autodeterminazione popolare e che sembrerebbero poter anche comportare una — moderata — simpatia per il diritto giurisprudenziale, meno 'controllabile' forse di quello del monarca cristiano, ma anche meno esposto alle tentazioni di arbitrio che comporta il potere, e ai rischi della 'fuga in avanti' impliciti nella legislazione democratica. Con il Novecento il principio democratico viene più apertamente appoggiato, sempre beninteso nei limiti fissati dalla fede in una verità assoluta inviolabile: anche questo non dà, per la soluzione del nostro problema, indicazioni univoche. Certo la sensibilità per i pericoli connessi con la concentrazione del potere in mano al legislatore si è venuta acuendo; ma

nell'insieme la Chiesa gerarchica è, verosimilmente, interessata più al contenuto che alla forma del diritto.

I razionalismi danno luogo, sul piano giuridico, al giusnaturalismo, al diritto *more geometrico demonstratum*, che per definizione sussiste anche indipendentemente dalla sua positività, ma che non per questo è, poi, meno desideroso di positivizzarsi. In questi due aspetti contrastanti, dell'inimicizia per il diritto positivo come tale e dell'impeto verso la positivizzazione, è radicata la bivalenza del razionalismo rispetto al problema della forma del diritto. Teoricamente, sembrerebbe forma di positivizzazione più consona all'essenza di un diritto di ragione quella giurisprudenziale; storicamente, i cartesianismi, i matematismi giuridici (che non si riducono ai sistemi dei grandi filosofi del diritto giusnaturalisti) hanno chiesto il codice, ossia la legge completa capace di spazzare via la selva del diritto giurisprudenziale. Occorre però avvertire, da un lato, che la loro opposizione al diritto giurisprudenziale era opposizione a una particolare giurisprudenza, tradizionalista, scolastica e artificiosamente attaccata al testo romano; e d'altro lato, che essi chiedevano la legge non in quanto tale, ma appunto in quanto codice, compendio organico di tutto il diritto razionale che spettava al giurista filosofo formulare. Il giusnaturalismo, almeno nelle forme intermedie tra la giustificazione dell'assolutismo e l'illuminismo rivoluzionario, è non autocratico o democratico ma 'sofo'cratico, ha una sua misura di controllo della legge che mette il diritto ben al di sopra dell'arbitrio sovrano e il giurista ben al di sopra dell'esegeta. Almeno in questo senso il razionalismo è, quindi, favorevole al diritto giurisprudenziale.

Occupi, come ho detto, un posto a parte il moderno scienziismo. Astrattamente si potrebbe pensare che una valorizzazione (e magari sopravvalutazione) del pensiero metodico, sottoposto a criteri precisi di verifica, qual'è quello scientifico, dovesse favorire, come diritto 'scientifico' appunto, il diritto giurisprudenziale. In realtà, la concezione positivista ha condotto a ritenere scientifico solo il pensiero neutrale, volto ad accertamenti o logico-formali o fattuali, alieno da ogni argomentazione intorno a giudizi di valore, sostanzialmente passivo ri-

spetto alla storia. Col termine 'scienza del diritto' si è perciò inteso, quasi in opposizione al termine 'giurisprudenza' (216), o il metodo esegetico-dogmatico che abbiamo visto criticare dal giusliberismo, o la teoria generale come 'dottrina pura' del diritto. Inoltre lo scientismo restrittivo conduceva, come sua necessaria contropartita, all'irrazionalismo dei valori, quindi al culto del fatto e della forza, quindi all'accettazione di quanto il 'fatto' legale, ben individuata manifestazione della volontà più forte, venisse a stabilire come norma. Legalismo e scientismo, sebbene in sè opposti, possono dunque manifestarsi come solidali tra loro e come avversari, entrambi, del diritto giurisprudenziale. Favorevoli al diritto giurisprudenziale possono essere solo una concezione anche umanistica della scienza, adeguata alla problematica anche filosofica e sociologica di una disciplina normativa come la giurisprudenza (217), oppure uno scientismo di tipo positivisticò tanto radicale da consegnare l'intera condotta della vita sociale a giuristi-tecnocrati o addirittura a macchine (ma qui esiterei a parlare di diritto giurisprudenziale vero e proprio; si tratta, del resto, di una possibilità del futuro, connessa con gli sviluppi della società tecnologica, e di cui oggi si colgono appena gli spunti).

Largamente permeata di *volontarismo* (un volontarismo, come abbiamo ora visto, non incompatibile con una certa forma di scientismo) appare invece l'esperienza culturale moderna, non più concordemente fiduciosa nell'esistenza di valori — siano essi tramandati, o rivelati, o razionali — assolutamente certi. Sul piano delle qualità formali del diritto questa scempi si traduce nell'avvalorare il principio democratico della volontà generale o maggioritaria, il positivismo, lo statalismo, tutte forme favorevoli al diritto statuito. Il pluralismo ideologico conduce a vedere la legge non più come immediato riflesso del diritto 'sempre valido', ma come atto di volontà contingente che stabilisce un equilibrio provvisorio delle forze in con-

(216) Su questa opposizione tra *Rechtswissenschaft* e *Jurisprudenz* ha insistito efficacemente KOSCHAKER, *Europa*, spec. 354-358 (= 208-211); 451 s. (= 265 s.); 573-578 (= 337-340).

(217) Su ciò vedi oltre, cap. V, §§ III. 4 e III. 6.

trasto: ciò che, se per certi aspetti indebolisce il suo prestigio, le comunica peraltro una specie di assolutezza relativa, come di strumento unico e insostituibile della pacificazione sociale; così che per la prima volta nella storia essa viene a rappresentare, in mancanza di meglio, ' tutto ' il diritto. La legge votata dall'assemblea delle democrazie antiche o dei comuni medievali, e la legge emanata dal sovrano dello Stato personale in cui *quod principi placuit legis habet vigorem*, erano anch'esse volontaristiche nella struttura, ma non si riflettevano in una cultura che di questo volontarismo offriva la consapevolezza e la giustificazione spregiudicate: nella maggior parte dei casi veniva trovato il modo di fare assumere alla legge il carattere di manifestazione di un principio superiore (si pensi agli accorgimenti augurali che presiedevano, tirannicamente, alle votazioni delle assemblee romane; ai preamboli fideistici legittimanti gli atti dei monarchi cristiani), e comunque la legge — assembleare o despota che fosse — non pretendeva se non eccezionalmente di esaurire il diritto.

Mi pare, concludendo, che la categoria del ' volontarismo ' con i suoi contrari sia risultata sufficientemente vasta e significativa per consentire di limitare ad essa il nostro esame delle variabili ideologiche e culturali. Come fattore ostacolante il formarsi di diritto giurisprudenziale indicherei ancora, eventualmente, quello che potrebbe chiamarsi ' settorialismo ', la tendenza cioè a frammentare l'esperienza e l'attività umana in ruoli settoriali non impegnativi di tutta la persona e non gerarchizzati nè coordinati tra loro in unità. Questo fattore, che certamente caratterizza la nostra cultura e di cui non sarebbe semplice indicare le componenti, si manifesta, in campo giurisprudenziale, in diverse direzioni. Sul piano intellettuale esso genera lo specialismo, le rigide partizioni tra discipline, l'isolamento geloso del ' giuridico ' dal ' non giuridico ', il formalismo; sul piano sociologico genera il professionalismo, plasma con caratteri di non-intercambiabilità pressochè assoluta le mentalità del giudice, dell'avvocato, del professore, separa ' prassi ' e ' teoria ' quasi fossero rette da criteri diversi, scinde — ancora più generalmente — l' ' uomo ' e il ' giurista ', le rispettive responsabilità; porta, infine, al burocraticismo, accen-

tuando nel giudice il lato funzionario e mortificando quello di indipendente, in certo senso sovrano amministratore del diritto. Tutto ciò riduce in limiti sempre più esigui, quando non la elimina del tutto, l'area in cui può manifestarsi la figura del giurista integrale, preziosa per il formarsi di un diritto autenticamente giurisprudenziale nel contenuto e nell'autorità.

7. Resterebbero da considerare alcuni 'fattori interni' del diritto giurisprudenziale: quali l'estrazione sociale dei giuristi, il prestigio da loro goduto, l'*iter* della loro istruzione e formazione, le diverse articolazioni professionali, l'organizzazione del ceto (inesistente, o autonoma, o statale) e i requisiti per entrare a farne parte, l'eventuale legame dei giuristi con l'università, le loro *Standesideologien* (scientismo o praticismo, volontà di potere o accademismo, neutralismo o desiderio di impegno anche politico, apertura culturale o complesso d'inferiorità travestito da rigore tecnico, conservatorismo o progressismo, legalismo obbedienziale o creativismo), la presenza tra loro, in un dato momento storico, di grandi personalità-guida, insomma tutto ciò che nella giurisprudenza stessa può contribuire, positivamente o negativamente, al costituirsi di diritto giurisprudenziale.

Ci sono esempi di singoli giuristi che sono stati in grado di avviare, per interi periodi storici, il diritto ufficiale verso la forma (o verso una particolare forma) giurisprudenziale. Basta pensare a un Irnerio, che glossando il *Corpus Iuris* riporta in vigore il diritto romano e fonda il monopolio giuridico degli addottrinati; a un Bartolo, che distaccandosi dal testo autoritativo con il suo 'commentare' audacemente sistematico, getta le basi per il trionfo del *mos italicus* e per la maturità del diritto comune; a un Savigny, che ritarda di decenni l'avvento del codice civile in Germania; a un Géný, che libera definitivamente la giurisprudenza francese e non solo francese (almeno la più consapevole) dalle illusioni dell'esegetismo e del logicismo.

Guardando alla giurisprudenza nel suo insieme, anche rinunciando a un'indagine storica dettagliata possono ricordarsi fatti come la divulgazione, in Roma, del diritto 'segreto' pon-

tificale, il reclutamento dei giuristi repubblicani nella *nobilitas*, l'istituzione, da parte degli imperatori a cominciare dal secolo II d.C., delle cancellerie imperiali e del *consilium principis*, la fondazione delle università del basso impero e medievali e viceversa la formazione non universitaria dei giuristi romani classici e inglesi; o come la resistenza dei giuristi inglesi alle pretese del re e del parlamento, la loro salda organizzazione corporativa; o come il tardivo addottrinamento giuridico dei giudici continentali; o come il tecnicismo fondamentale apolitico e laico (la *Isolierung*) di tanta parte della giurisprudenza occidentale; o come l'ideologia giuspositivistica dell'*école de l'exégèse* e dei suoi epigoni, più legalisti della legge.

Dal nostro punto di vista ha segno positivo, come è chiaro, tutto ciò che si risolve in sicurezza interiore, ampiezza di orizzonti, spirito di iniziativa, autonomia, elevatezza di condizione sociale, efficiente organizzazione del ceto giurisprudenziale.

8. Le considerazioni fin qui svolte potrebbero, eventualmente, portare a una caratterizzazione dei diritti giurisprudenziali sotto il profilo sociologico, a seconda delle componenti genetiche più significative. Andrebbero anzitutto individuati un certo numero di caratteri semplici, o puri; questi andrebbero poi opportunamente combinati, nel grado appropriato di intensità, per rendere la fisionomia, sempre complessa, degli ordinamenti concreti. Al livello dei tipi puri potrebbero chiamarsi, ad esempio, diritti giurisprudenziali 'aristocratici' gli ordinamenti in cui le norme giurisprudenziali prevalgono perchè l'aristocrazia dei possidenti riduce al minimo gli interventi legislativi e tiene sotto controllo l'evoluzione sociale; diritti giurisprudenziali 'interindividuali' o 'commutativi' quelli nascenti, più generalmente, da una struttura sociale in cui non possano farsi valere o siano già soddisfatte le esigenze di giustizia distributiva; diritti giurisprudenziali 'pluralistici', o 'anarchici', o 'autonomistici' quelli nascenti dalla carenza dello Stato o comunque dal limitato sviluppo del potere centrale; diritti giurisprudenziali 'sapienziali' quelli fondati su una cultura che porti a concepire il diritto come sottratto alla volontà umana; e così via. Il diritto romano può essere avvi-

cinato, in questa prospettiva, al tipo giurisprudenziale 'aristocratico' (con una componente 'sapienziale' tradizionalistica); il diritto comune ha una fisionomia 'sapienziale-anarchica' (in cui la componente sapienziale è prevalentemente fideistica); 'sapienziali' sembrano anche molti diritti giurisprudenziali extraeuropei, mentre nel diritto internazionale prevale l'aspetto 'anarchico'.

9. Infine ci si dovrebbe chiedere se, in concorrenza con i condizionamenti di tipo sociologico, vi siano leggi 'anacitliche' (per usare il termine polibiano) secondo cui le forme di diritto si succedano l'una all'altra in virtù delle stesse loro caratteristiche tecnico-formali, per un processo immanente al mondo del diritto (218). Nella realtà simili leggi non si verificano quasi mai completamente, anzitutto perchè il diritto non è isolato dagli altri fenomeni sociali, e poi perchè esse non possono reggere, come ogni dialettica, che il divenire delle forme pure, mentre nel mondo concreto del diritto, anche isolatamente considerato, non si incontrano che ordinamenti complessi, non distinguibili gli uni dagli altri senza un criterio anche quantitativo (219). Idealmente tuttavia, e astraendo — ripeto — dai fattori sociologici esaminati finora, può forse tracciarsi questo ciclo, che nella realtà esprimerà una semplice tendenza: il diritto giurisprudenziale genera il diritto legale codificato che genera il diritto legale frammentario che nuovamente genera il diritto giurisprudenziale e così via. I motivi sono sufficientemente chiari: il diritto giurisprudenziale, per la sua vastità e relativa incertezza, e al tempo stesso per la sua sistematicità, tende a compendersi in un codice dotto che abbracci tutto il diritto. Questo codice però, proprio per la sua pretesa (e sempre illusoria) completezza, da un lato rallenta momentaneamente la produzione giurisprudenziale del diritto, dall'altro chiama l'integrazione legislativa. Tutto il *corpus* legale, che perde progressivamente la sua organicità, si trova intanto affidato ai giudici (i quali in regime di codice-e-legislazione dovrebbero logi-

---

(218) Cf. p. es. HAESAERT, o.c. (sopra, n. 50) 308-311.

(219) Cf. sopra, § II.2.D.

camente essere o farsi consigliare da giuristi), ed essi lo vanno cementando e cementando nelle decisioni concrete. A poco a poco si produce in tal modo — con apporto variamente dosato della 'dottrina' e della giurisdizione — un insieme di 'interpretazioni' più o meno costanti che tendono a formare un vero e proprio diritto giurisprudenziale.

L'esperienza giuridica occidentale, almeno nell'area romanistica, conferma con sufficiente approssimazione questo modello. Molto schematicamente noi abbiamo infatti la seguente evoluzione: diritto giurisprudenziale repubblicano e poi classico (con scarso apporto giurisdizionale) — codificazione di Giustiniano — intermezzo consuetudinario di 'diritto primitivo' — ritorno in vigore della codificazione di Giustiniano — legislazione frammentaria integrativa — imperiale, statutaria ecc. — diritto giurisprudenziale comune (con scarso apporto giurisdizionale) — codificazioni moderne — legislazione frammentaria integrativa.

Come si vede, l'apporto giurisdizionale è stato scarso sia nel diritto giurisprudenziale romano (non può considerarsi diritto giurisdizionale, almeno nel senso da noi dato al termine, l'editto del pretore, che è, se mai, avvicicabile piuttosto a una legislazione frammentaria prima, a un codice poi), sia nel diritto giurisprudenziale comune. I motivi li abbiamo indicati a suo tempo.

Stando al modello ci dovremmo trovare adesso in fase di incipiente, se non addirittura progredito, diritto giurisprudenziale. La diagnosi non va tentata in sede sociologica. Certo l'apporto giurisdizionale sarebbe da considerare, per la prima volta, importante se non prevalente. Ma è dubbio se sia lecito parlare negli attuali ordinamenti legali di vero e proprio 'diritto giurisprudenziale', o non ci si debba limitare a riconoscerne la presenza, ineliminabile, del 'momento giurisprudenziale' (220). Anche nella prima ipotesi si avrebbe, comunque, un ordinamento accentuatamente complesso, per la contemporanea, intensa produzione di diritto codificato, legislativo speciale,

---

(220) Su ciò vedi oltre, cap. V, § I.



giurisprudenziale. Per quanto riguarda il futuro appare, poi, meno che mai possibile la considerazione isolata del diritto. L'avvento della società tecnologica sembra destinato ad introdurre in ogni campo trasformazioni di portata radicale, tali da esigere uno specifico impegno di previsione-progettazione (la cosiddetta *prospective*), e che comunque avranno il carattere della più stretta interdipendenza, così da non lasciare alcun ramo dell'attività umana abbandonato alla sua logica autonoma. È probabile che le forme attuali (codice, legislazione frammentaria, diritto giurisprudenziale) rimangano, ma assumendo funzioni nuove (221). In ogni caso la giurisprudenza sarà, come per il passato, 'libera' (a meno che la stessa libertà umana non venga vanificata), e farà bene ad acquistare, di questa libertà, sempre più piena consapevolezza; quale autorità debba poi toccarle è problema troppo incerto e complesso per potersi affrontare con la brevità richiesta dall'economia della nostra ricerca.

---

(221) Per una prima, altamente suggestiva, delineazione dei problemi può vedersi S. CORTA, *Il compito del giurista nella società in trasformazione* (relazione al XVII Convegno nazionale di studio dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani, Milano 29-31 ottobre 1966, di imminente pubblicazione su *Iustitia*); cf. già *Il giurista di fronte al potere*, in *RIFD* 1966, 31-47.

## CAPITOLO V

### IL MOMENTO GIURISPRUDENZIALE DEL DIRITTO. VOCAZIONE E VALORI DI UNA GIURISPRUDENZA CRITICA

I. 1. L'indagine sociologica conduce, illuminando il diritto giurisprudenziale da un nuovo lato, a vederlo ancor più nettamente nel suo aspetto settoriale e concluso (quello per cui si affianca e si contrappone, entro l'unità dell'ordinamento, ad altri settori, come quello legale, quello giurisdizionale, quello consuetudinario, quello negoziale) e nel suo aspetto di fenomeno non universale, non coestensivo all'esperienza giuridica, bensì presente — o almeno, presente con chiara evidenza — solo in alcuni (certo numerosi e cospicui) ordinamenti storici. Ma se da un lato la sociologia mette in risalto aspetti che distinguono il diritto giurisprudenziale in senso stretto dal momento giurisprudenziale del diritto, è opportuno d'altro lato ricordare come la teoria generale abbia dovuto, per comprendere nelle proprie categorie il diritto giurisprudenziale senza snaturarlo e mortificarlo, pervenire a una concezione della *n o r m a*, dell'ordinamento, della *n o r m a p o s i t i v a*, dell'ordinamento 'statale' notevolmente diversa da quella ovvia per un positivismo del tipo che forse ancor oggi prevale nella mentalità dei giuristi e degli stessi profani. Ora, questa concezione allargata del diritto ha un risultato opposto a quello della sociologia: riduce al minimo le distanze tra giurisprudenza 'fonte' e giurisprudenza 'libera', tra diritto giurisprudenziale e momento giurisprudenziale del diritto.

Rievochiamone, brevemente, i punti principali, già trattati nel capitolo IV.

Per quanto riguarda, anzitutto, l'individuazione del diritto 'statale', l'esperienza fatta con il diritto giurisprudenziale

ha persuaso ad includervi anche le norme, di struttura e di condotta, non emanate dallo Stato persona ma tuttavia 'giustiziabili' dai suoi giudici; anzi, anche quelle (mi riferisco alle norme di struttura) che, pur non 'giustiziabili' direttamente, sono comunque relative al costituirsi di quell'organizzazione sociale che ha nello Stato persona, e nei suoi giudici, il momento saliente e individuatore, ma che non vi si esaurisce tutta (1).

Sia consentito aprire qui un inciso, a integrazione di precedenti accenni. In un 'ordinamento della società statale' quale quello ora delineato, che non si identifichi cioè con lo Stato persona e con i risultati della sua attività normativa, la giurisprudenza viene a configurare, accanto ai tradizionali poteri dello Stato persona, quasi un quarto potere, o meglio un potere *sui generis* che se da un lato non può farsi rientrare tra quelli statali in senso stretto, d'altro lato appartiene non alla sfera 'privata' come i poteri economico o religioso, ma in certo modo, e almeno per l'intenzionalità con cui agisce, alla sfera 'pubblica'. La giurisprudenza incarna quello che potrebbe chiamarsi il potere della ragione giuridica in sé. Esso si manifesta, in alcuni ordinamenti storici, come potere normativo della giurisprudenza ceto, dando luogo alle norme giurisprudenziali pure; ma anche, e più generalmente, come potere riconosciuto ai giuristi nella formulazione di norme poste dal legislativo e dal giudiziario (le norme giurisprudenziali indirette e impure). La frequenza con cui i giuristi vengono chiamati a consigliare legislatori e giudici, o direttamente a legiferare e giudicare (proprio negli ordinamenti retti dal postulato della legge completa le norme giurisprudenziali impure sono, come ben si comprende, numerosissime), testimonia, non meno del diritto giurisprudenziale in senso stretto, per la necessità di questo potere accanto 'al' Potere, per la necessità che ha ogni comando di essere, anche, ragionamento, che ha lo *iussum* di inserirsi nella continuità e immanente sistematicità dello *ius*.

(1) Il secondo criterio di individuazione vale a completare quello dato dalla 'giustiziabilità', che non si applica troppo bene (come avverte Ross nel passo riportato sopra, cap. IV n. 27) alle norme di struttura. Esso corrisponde al primo dei due criteri di individuazione stabiliti da BOBBIO, l. c. sopra, cap. IV n. 61; intendendo, però, nel senso più ampio gli «organi costitutivi dell'ordinamento».

Su quest'ultimo punto torneremo ancora; basti qui insistere, di passaggio, su come l'esistenza del potere giurisprudenziale induca ad avere dell'organismo regolativo della società statale una visione non angustamente limitata ai 'pubblici uffici', alla 'gerarchia' (così come la Chiesa 'docente', per riprendere un parallelo altre volte adombrato, non verrebbe pensata realisticamente se non si tenesse conto del potere spettante alla ragione teologica in sè, e cioè da un lato al ceto dei teologi indipendentemente dalle investiture formali, e d'altro lato ai membri della gerarchia in quanto teologi). È significativo che negli evoluti regimi del precedente i giudici siano giuristi, e anzi più che al di fuori dei regimi del precedente giunga a produrre norme generali solo la giurisdizione dotta, come parte della giurisprudenza (2): qui non conta più l'investitura formale, ma la competenza in diritto; si spezza, nel passaggio della sentenza da norma individuale a norma generale, il legame tra diritto e potere, o meglio si afferma il potere intrinseco del diritto.

Chiudendo l'inciso: il diritto giurisprudenziale esige un'immagine del diritto ('statale') positivo quanto mai pluralizzata nelle componenti, nei livelli, negli stessi gradi di forza vincolante. Con la distinzione tra norme di condotta e norme di struttura si incrocia quella tra norme generali e individuali. Al livello delle norme generali (che include anche i *τόποι* e i 'principii', come embrioni o riassunti di norme, e i 'tipi', come combinazioni o nodi di norme) la legge non possiede necessariamente l'esclusiva: può essere circondata, a volte sommersa da strati variamente importanti di diritto giurisprudenziale, giurisdizionale, consuetudinario. Al livello delle norme individuali, le sentenze dei giudici dello Stato sono a loro volta circondate dalla schiera letteralmente innumerevole dei consigli (o responsi) giurisprudenziali e dei negozi. Tanto le norme generali come le norme individuali possono essere, oltre che autoritative, semplicemente autorevoli o anche solo autorizzate. Tutto l'ordinamento, nel suo insieme e in ogni singola norma, poggia sull'azione, nel senso che l'indice ultimo del-

(2) Vedi sopra, cap. IV n. 98 e rinvii.

l'esistenza positiva — anche della norma formalmente valida — è, come il diritto giurisprudenziale ci ha indotti a concludere, l'effettività.

La riflessione sul diritto giurisprudenziale non si esaurisce dunque nel risultato quantitativo (già apprezzabile) di allungare la lista delle fonti e di allargare con ciò l'area comunemente assegnata al diritto positivo, ma porta anche a una reinterpretazione qualitativa di alcuni tra i fenomeni per i quali la spiegazione statalista in senso stretto sembra più ovvia ed inattaccabile: ad esempio facendo meglio comprendere come anche per la positività della norma legale sia importante il contenuto; come anche la positività della norma legale possa e debba accertarsi, in definitiva, alla stregua dell'effettività. Si crea in tal modo un'immagine dell'ordinamento che riflette alcuni insegnamenti venuti dal settore del diritto giurisprudenziale nelle stesse sue categorie più generali, necessarie a comprendere anche i settori non giurisprudenziali dell'ordinamento ed anche gli ordinamenti in cui di diritto giurisprudenziale in senso stretto non possa, eventualmente, parlarsi.

2. Ma proprio questa immagine fa sorgere il problema da cui siamo partiti. Una volta dilatato il concetto di diritto positivo fino a comprendere, nell'ordinamento ' statale ', anche norme non emanate dallo Stato persona e norme non dotate del grado più alto di autorità, e una volta ammesso — come abbiamo ammesso al capitolo III — che la giurisprudenza è sempre, anche di fronte al codice più perfezionato, chiamata ad un'integrazione inventiva, non si dovrà dubitare della distinzione tra ' momento giurisprudenziale del diritto ' e ' diritto giurisprudenziale ', non si dovrà cioè ritenere che la necessaria inventività si consolidi in una altrettanto necessaria autorità, e che la giurisprudenza, essendo sempre ' libera ', sia sempre, in qualche misura, anche ' fonte '? Poichè la legge « è quale interpretata » (3), e l'interpretazione è sempre inventiva, si potrebbe concludere

(3) T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione* (1952) XLIV; cf. XLIII: « La norma, a sua volta, sarà pur sempre quale è interpretata ».

che la giurisprudenza, in quanto professionalmente qualificata all'interpretazione, è sempre, « kraft Sachgesetzlichkeit », fonte di diritto almeno come fonte irrecusabile di cognizione nel senso a suo tempo definito (4).

In questa argomentazione si incontrano due linee di ragionamento appartenenti a piani diversi, ed è bene esaminarle separatamente, seguendo ciascuna di esse fino al suo limite estremo.

La distinzione tra momento giurisprudenziale e diritto giurisprudenziale può anzitutto contestarsi in modo radicale riprendendo rigoristicamente, sul piano gnoseologico, la tesi dell'inventività dell'interpretazione. Se infatti si ammette che la legge, essendo sempre quale interpretata, non esiste affatto al di fuori delle interpretazioni che sempre la integrano e la ricreano, vera ed universale fonte del diritto diviene l'attività interpretativa-integrativa (di cui l'attività giurisprudenziale rappresenta un settore accanto ad altri). A questo punto, soppressa la distinzione tra diritto 'in sè' e diritto 'come interpretato', si è liberi di chiamare 'diritto positivo' l'insieme delle interpretazioni o di negare l'esistenza del diritto positivo inteso come norma avente realtà al di fuori delle interpretazioni. In entrambi i casi la distinzione tra momento giurisprudenziale (come settore del momento interpretativo globale) e diritto giurisprudenziale (come settore del diritto) scompare, perchè, risiedendo tutto il diritto nell'interpretazione, il fenomeno giurisprudenziale diviene anch'esso, da duplice, semplice: pura attività interpretativa giurisprudenziale. E anche qui si è liberi di affermare che tutte le interpretazioni giurisprudenziali sono 'diritto positivo', risolvendo il momento giurisprudenziale in diritto giurisprudenziale, oppure di sostenere che un diritto giurisprudenziale come diritto positivo giurisprudenziale non esiste, risolvendo il diritto giurisprudenziale in momento giurisprudenziale.

Ovviamente, per chi con 'legge' — e in generale con 'diritto positivo' — intende, come noi abbiamo fatto finora, un volere voluto, una prescrizione oggettiva, la tesi secondo cui tutte le interpretazioni sono diritto positivo e il diritto positivo è tutto

---

(4) Vedi sopra, 452-456.

nelle interpretazioni significa invece che non vi è diritto positivo di nessun genere, nè legale nè giurisprudenziale, e che quindi la giurisprudenza perennemente inventa, ma non produce mai, nel senso pieno del termine, diritto. L'affermazione della produttività assoluta dell'interpretazione (giurisprudenziale o meno) si risolve nel suo contrario.

In verità non solo il concetto di diritto giurisprudenziale, ma a ben guardare anche quello di 'momento' (interpretativo o) giurisprudenziale 'del' diritto presuppone la pensabilità di una norma oggettiva eteronoma; pensabilità che va mantenuta fermamente se ci si vuol rendere intelligibile l'operare concreto dell'interprete e la vita del diritto nel suo insieme. Occorre, in questa materia, diffidare della filosofica inimicizia per il quantitativo. È vero che il diritto è sempre quale interpretato, che il diritto interpretato è, rispetto al diritto non interpretato, un diritto nuovo, che il confine tra interpretazione e innovazione sfugge a una determinazione assolutamente precisa; ma è anche vero che il diritto positivo non interpretato sta col diritto quale interpretato in una relazione che in qualche modo è di continuità; esso sebbene non esaurisca la realtà del diritto inteso come norma positiva dell'azione, ha pure una sua realtà come punto di partenza dell'interpretazione, come nucleo del diritto quale interpretato, come elemento delimitante, sia pure in modo approssimativo, l'ambito entro il quale la libertà dell'interprete può (deve) esercitarsi (5).

(5) Se fosse lecito quello che è forse un chiarire *obscurum per obscurius* si potrebbe ricordare, analogicamente, la relazione del noumeno al fenomeno in KANT (particolarmente suggestiva, ai nostri fini, la famosa formula del noumeno come « concetto limite per circoscrivere le pretese della sensibilità »: *Critica della ragion pura*, tr. it. 1924, I, 250); tenendo presente (ciò che accentua, nel caso del diritto, il distacco tra noumeno e fenomeno) come l'interpretazione giuridica abbia un fine conoscitivo non separabile dal fine pratico di fare della norma in sé la norma dell'azione (cf. E. BERTI, *Teoria generale dell'interpretazione* II [1955], spec. 789-806). Sarebbe anche possibile pensare alla relazione tra la potenza (norma interpretabile) e l'atto (norma interpretata) nella metafisica aristotelica e scolastica. È bene del resto distinguere due profili del diritto 'quale interpretato' o 'in atto': c'è l'interpretazione attraverso cui la norma generale si attua come norma individuale, e c'è l'interpretazione considerata nella sua portata generale. Non appena quest'ultima divenga,

È dunque pensabile, come *species* o settore del diritto positivo, un diritto giurisprudenziale in senso proprio. E sono pensabili, correlativamente, un 'momento' interpretativo in senso proprio che non sia tutto il diritto e uno specifico 'momento' giurisprudenziale in senso proprio attraverso cui il diritto positivo (e quindi lo stesso diritto giurisprudenziale) passi senza necessariamente in esso risolversi.

Ma la distinzione tra momento giurisprudenziale e diritto giurisprudenziale può essere resa problematica non solo vanificando sul piano gnoseologico il diritto giurisprudenziale come parte di un impensabile diritto positivo, bensì anche allargando sul piano giuridico i confini del diritto positivo al punto di far loro comprendere, presumibilmente, ogni risultato dell'interpretazione specificamente giurisprudenziale. Si può cioè, ferma restando la distinguibilità del diritto positivo dalle interpretazioni che pure lo ricreano, sostenere che le interpretazioni della giurisprudenza professionale sono sempre diritto positivo. È precisamente questo il passo che la concezione allargata del diritto positivo, da noi accolta, sembra rendere troppo facile. Essa infatti, come sappiamo, porta a ritenere sufficienti, per l'esistenza di diritto positivo, gradi anche medi o minimi di autorità della norma. Basta allora ammettere che la giurisprudenza professionale gode sempre almeno dei gradi minimi di autorità, per ritenere la sua attività interpretativa-inventiva fonte di diritto positivo, come settore necessariamente privilegiato dell'interpretazione *tout court*.

— — —  
 in qualche misura, normativa, essa attrae su di sé un nuovo lavoro interpretativo: ecco allora che, sotto questo secondo profilo, il 'diritto quale interpretato', pur non cessando di 'attuare' la norma originaria, diviene a sua volta, fatalmente, norma potenziale rispetto alle successive interpretazioni. Si potrebbe parlare, per il diritto non interpretato, di norma in potenza (ad es.: la legge nel testo); e per il diritto interpretato, di norma ora in atto 'ultimo' (la legge nelle norme individuali), ora in atto 'medio' (la legge nelle sue interpretazioni dotate di qualche autorità generale, ad es. nelle norme giurisprudenziali generali).

Per una critica alla vanificazione della norma generale compiuta dall'idealismo filosofico assoluto e dal realismo giuridico nella teoria dell'interpretazione, vedi, da ultimi, HART, *CD*, cap. VII, spec. 146-165 e SCARPELLI, *PG* 137; 143-145.



Il problema è certo rilevante, ma non è necessario per noi soffermarci a lungo su di esso. Supposto infatti che lo si dovesse risolvere affermativamente, non si avrebbe che da estendere agli ordinamenti legali quanto detto in sede di teoria del diritto giurisprudenziale; non si avrebbe che da riconoscere un immancabile strato di diritto giurisprudenziale in ogni ordinamento non ' primitivo ', con la conseguenza che le norme giurisprudenziali pure andrebbero ritenute (in vario grado) vincolanti anche dal punto di vista ' interno '. Volendo scendere all'analisi dei concreti ordinamenti legali, per esempio di quello italiano contemporaneo, si dovrebbero semplicemente applicare i criteri già elaborati per accertare l'effettività del diritto giurisprudenziale (6); ed è probabile che una simile ricerca (ancora quasi da iniziare in una cultura giuridica tenacemente legalista come la nostra (7)) metterebbe in luce l'importanza dello strato giurisprudenziale. Non va dimenticata, intanto, l'osservazione già fatta che almeno nei confronti dei ' principii ' (e τόποι) giuridici, dei ' tipi ', delle norme sui rapporti tra le fonti concorrenti e sulla interpretazione, la giurisprudenza ha in ogni ordinamento una creatività accentuata e un'autorità che non le può essere tolta; ma anche al di fuori di questo ambito fondamentale, nel quale è da ritenere immancabile la formazione di diritto giurisprudenziale vero e proprio, coloro che hanno preso contatto, lucidamente, con la vita pratica del diritto si troveranno concordi nel testimoniare quanto grande sia il peso delle opinioni degli esperti, delle monografie e dei manuali, della ' giurisprudenza consolidata ', dei massimari, delle consuetudini burocratiche; quanto spesso sia il diaframma che il mondo degli iniziati interpone tra il testo di legge e i suoi destinatari (8). I motivi, già più volte analizzati nel corso della ricerca, si intuiscono; insisterei su

(6) Vedi sopra, 448-456.

(7) Un suo accurato e imparziale conoscitore, ESSER, poteva affermare, ancora nel 1956: « Italiens Juristen denken mit wenigen Ausnahmen... völlig etatistisch » (GN 14 n. 41; cf. 279: « selbst in einem so legalistisch eingestellten Lande wie Italien... »; 128 n. 142 [appoggiandosi a un passo di ASCARELLI]: « ein völlig im etatistischen Positivismus ... befangener Schulkreis »; 133 n. 149).

(8) Cf. già GÉNY, MS II, 6 s.

quello dell'intenzionalità ' pubblica ' con cui il giurista, a differenza dall'operatore privato, cerca e formula il diritto.

Occorre però respingere anche qui la tentazione sempre rinasciente ad assolutizzare affermazioni in sè esatte trascurando l'aspetto quantitativo. Vi è una reale progressione (sebbene forse non discontinua) dai gradi minimi ai gradi massimi di autorità giurisprudenziale; e soprattutto vi è una differenza tra le situazioni, caratteristiche ad esempio dei periodi immediatamente successivi all'entrata in vigore dei codici, in cui ogni interpretazione-integrazione, da chiunque essa provenga, vale in pura proporzione alla sua plausibilità interpretativa, e le situazioni in cui le (o alcune particolari) interpretazioni-integrazioni giurisprudenziali prevalgono sulle altre, anche ugualmente o addirittura più plausibili.

È essenziale qui non confondere l'autorità goduta dalle (o da alcune) opinioni giurisprudenziali (solo) in quanto oggettivamente meglio fondate, (solo) in quanto ' dimostrate ' più fedeli alla legge, e l'autorità loro riconosciuta indipendentemente da un sempre rinnovato e rinnovabile controllo nel merito. Solo nella seconda ipotesi può parlarsi in senso proprio di una (magari anche minima) autorità giurisprudenziale: nella prima, l'autorità dell'opinione giurisprudenziale prevalente potrà apparire anche assoluta, ma non sarà che l'autorità stessa della legge.

Supponiamo, ad esempio, che la legge richieda un comportamento 'secondo buona fede' e che il contenuto della 'buona fede' non sia desumibile dalla legge stessa. Se tutte le attribuzioni di contenuto compatibili con il significato del termine 'buona fede' nella lingua italiana (semplifico al massimo la problematica interpretativa) sono, nella vita pratica del diritto, consentite ed equivalenti, ci troviamo di fronte a una situazione in cui il momento giurisprudenziale della legge, che l'esistenza stessa di una giurisprudenza professionale insopprimibilmente comporta, non è se non un settore non privilegiato del più ampio 'momento interpretativo sociale' attraverso cui la legge deve passare. Possiamo parlare di situazione legale pura se, abbandonata l'illusione della completezza della legge, chiamiamo legale un regime caratterizzato non dall'assenza di interpretazioni in-

ventive, ma dall'assenza di interpretazioni dotate di autorità non commisurata al loro grado di conformità alla legge. Se invece talune attribuzioni di contenuto prevalgono (nei vari sensi che la parola può prendere) sulle altre, quella del giurista su quella del profano, quella di un giurista illustre su quella di un giurista meno noto, quella approvata dall'opinione giurisprudenziale comune su quella del giurista singolo, allora possiamo dire che è in via di formazione o si è formata una norma giurisprudenziale. È pur possibile distinguere tra una giurisprudenza (sempre necessariamente inventiva, ma) rispetto alla quale il testo di legge — magari nella sola veste di fondamento per la 'dimostrazione' della pari validità di interpretazioni diverse — mantiene una decisiva funzione di verifica, e una giurisprudenza contro cui la pura logica interpretativa è impotente. Solo quando ci si trova in questa seconda ipotesi, la norma costituita dalla 'legge come interpretata' non si appoggia più al noumeno della legge in sé (o della legge 'come interpretabile'); non è più norma per così dire enclitica o proclitica; ma è norma entro certi limiti per sé stante, cui si può riconoscere, oltre al contenuto, anche un'autorità (un'esistenza) nuova: nel nostro caso, giurisprudenziale (9).

La conclusione più equilibrata sembra dunque essere nel senso che una tendenza dell'inventività giurisprudenziale a consolidarsi in autorità ci sia, e che in ogni ordinamento possa trovarsi, a ben guardare, un settore spesso cospicuo di

(9) Una differenza (sia pure solo quantitativa) tra le due situazioni è riconosciuta anche da coloro che, come HAESAERT, o. c. sopra (cap. IV n. 50) 341 s., ritengono inevitabile la formazione di diritto giurisprudenziale: « Un moment vient où l'interprétation submerge le texte... la *lex* tombe dans l'oubli, le *jus* fait autorité ». ESSER, GN 244 (contrapponendo Haesaert a Koschaker) sembra invece pensare, in un passo enfatico e un po' confuso, a un salto qualitativo: « Wir haben hier echtes Juristenrecht vor uns... Es geht nicht nur um das allgemeine Phänomen, dass Praxis und Doktrin einen Text allmählich 'überkrusten' ». In realtà non mi pare che la 'incrostazione' di Koschaker sia, se sufficientemente spessa e tenace, molto diversa dalla 'sommersione' di Haesaert; il passo di Esser può però suggerire una distinzione tra diritto giurisprudenziale formatosi come interpretazione consolidata e diritto giurisprudenziale (più raro) non desunto affatto dalla legge.

vero e proprio diritto giurisprudenziale; ma che ciò non obliteri completamente la distinzione tra 'momento giurisprudenziale del diritto' e 'diritto giurisprudenziale'. Se la giurisprudenza fosse necessariamente 'fonte' nella misura in cui necessariamente è 'libera', si dovrebbe affermare che tutte le interpretazioni giurisprudenziali sono, almeno per i non giuristi, diritto positivo; anzi, poiché la giurisprudenza interpreta verosimilmente tutto il diritto positivo, si dovrebbe affermare che il diritto positivo è, almeno per i profani, tutto e soltanto diritto giurisprudenziale; sembra più esatto riaffermare invece che tutto il diritto positivo (anche l'eventuale diritto positivo giurisprudenziale) contiene — passa per — un 'ulteriore' momento interpretativo e segnatamente giurisprudenziale, abbisogna 'sempre ancora' della giurisprudenza 'libera' per una mai conclusa determinazione ed integrazione, dalla quale può (ma può anche non) scaturire diritto giurisprudenziale.

3. Tutto ciò non toglie che la linea di confine tra la creatività limitata all'inventività e la creatività piena, tra la prevalenza dell'opinione dotta in quanto più autenticamente legale e la sua autorità in senso proprio sia difficile da tracciarsi; ed è frequentissimo il caso che l'interpretazione giurisprudenziale sia, a differenza dall'interpretazione dei profani, autorevole o almeno autorizzata. Forse occorre spingersi fino ad ammettere che il caso tipico, anche negli ordinamenti legali, è quello della giurisprudenza autorevole, e che in essi si trova quindi uno strato importante di diritto giurisprudenziale dotato di questo grado di autorità.

Sarebbe opportuno riservare all'autorevolezza un posto e delle analisi più accurate nella teoria generale: essa è una vera e propria grandezza della vita del diritto, che va messa a calcolo se si vuole cogliere questa vita nella sua completa e concreta realtà (10). Diversamente dall'autorità connessa a un'investitura formale, che o è incondizionata (nel suo ambito) o non è, l'autorevolezza ammette variazioni personali, ammette il più e il meno: abbiamo visto che per questo aspetto si coordina

---

(10) Cf. sopra, cap. IV n. 179 e rinvii.

alla dimensione dell'effettività (11), vedremo che si coordina anche alla dimensione della ragionevolezza in quanto contrapposta all'assoluta razionalità (12). È qualità correlativa, che non ci si può autoconferire: occorre l'altrui riconoscimento, e questo non può essere dato *totum simul*, con un unico atto. In quanto correlativa, non è necessariamente proporzionale al merito: è come l'onore, non come l'onestà (13). È sintesi di valore teorico e di prestigio: comincia là dove a un'opera si ricorre non più solo come a via verso la verità, ma come a pagina privilegiata, cui non si chiedono tutte le sue ragioni. Possiamo dire che l'opinione autorevole è quella a favore della quale gioca una presunzione di verità: l'onere della prova incombe ai contraddittori.

L'autorevolezza può essere della singola opinione, della singola opera, del singolo giurista o della giurisprudenza nel suo complesso: si ricordino le discussioni, in diritto comune, sulle *auctoritates*, la precisione con cui queste venivano pesate (14). Un grado di autorevolezza massimo (e, in un ordinamento giurisprudenziale, pressochè irresistibile) spetterà alla giurisprudenza nel suo complesso; seguiranno di solito l'opinione comune (che non è, si badi, tutta la giurisprudenza), quella minoritaria, quella di singoli giuristi.

Per accumulare autorevolezza, il giurista può fare molte cose. La prima è certo di cercare la 'verità' giuridica. Ma vi è tutta una serie di altri possibili accorgimenti, più o meno approvabili. Sappiamo che certi professori medievali arrivavano a pagare gli studenti perchè frequentassero le loro lezioni; i romani utilizzavano a scopi analoghi il codazzo di clienti. Le cariche pubbliche (pensiamo a un console e pontefice massimo come Quinto Mucio nel 1° secolo a. C., a un membro del *consilium principis* e prefetto del pretorio come Papiniano nel 2° secolo d. C.) hanno la loro importanza; oggi il risiedere vicino al 'centro' (la capitale, la grande università), e comunque l'occupare una posizione di potere nel mondo accademico, può accrescere il 'pe-

(11) Cf. sopra, 457 s.

(12) Cf. oltre, n. 70.

(13) Su questi concetti correlativi cf. LOMBARDI, o. c. sopra (cap. I, n. 100) 12; 14; 23; 29 s.; 102; 139-147.

(14) Cf. sopra, 148-164; 171 s.; 176; 177 s.

so' del contributo teorico; le opinioni dei tribunali 'superiori' contano in genere (quali che siano le norme costituzionali sulla magistratura) più di quelle degli altri tribunali. Sono poi importanti la rispondenza dell'opera ai bisogni della prassi, il contesto ordinamentale e storico-culturale: in un ordinamento dove si comincia a parlare di *communis opinio*, l'autorevolezza del singolo giurista potrà arrivare a gradi meno elevati che in uno fondato sulle personalità e sui *books of authority*; in una cultura tradizionalistica, rispettosa, conservatrice potrà essere maggiore che in una razionalistica o democratica; e così via.

Se il grado tipico dell'autorità giurisprudenziale è l'autorevolezza, e se la legge è sempre quale interpretata, diviene grado tipico della stessa autorità legale, nel caso — normale — in cui il testo consente più interpretazioni, la semplice autorevolezza: ciò anche a prescindere dalla prospettiva intransigente dell'effettività, in cui come sappiamo la legge si riduce a più o meno attendibile fonte di cognizione del diritto effettivo.

Si obietterà che per chi come noi respinga la totale vanificazione della legge in quanto contenuto oggettivo, il nucleo semantico indiscutibile della norma legale gode — almeno nella prospettiva della validità — di autorità incondizionata. Certamente, nella misura in cui esso possa individuarsi. Occorre allora precisare che la legge è, sì, autoritativa, ma solo come nucleo o quadro o progetto della norma 'legale' in atto. Se si mantiene, ad esempio, l'immagine del nucleo, la giurisprudenza va raffigurata come una riposante (per taluni, forse, inquietante) fascia di autorevolezza che circonda i duri nuclei dell'autoritatività, interponendosi tra essi e l'azione. E poichè non è prospettabile l'ipotesi che la giurisprudenza venga a scomparire dalla vita del diritto, può essere confortante (per taluni, irritante) pensare che dal diritto non scomparirà mai questa così larga fascia del semplicemente autorevole. Si può anche riprendere, per la norma legale pienamente valida ed effettiva, l'immagine usata a suo tempo (14a) per la norma giurisprudenziale controversa: qui i confini dell'area entro cui deve cadere la decisione godono, es-

(14-a) Vedi sopra, 465 s.

sendo dati dalla legge, di protezione assoluta; all'interno di questi (tanto poderosamente difesi quanto mobili ed incerti) confini, ogni opinione è almeno consentita (sostenibile), qualcuna può essere autorizzata (citabile in appoggio), qualcuna — per lo più giurisprudenziale — può essere autorevole (non trascurabile senza rischio) o addirittura autoritativa.

Occorre quindi liberarsi dal legalismo anche come rappresentazione di una norma legale tutta autoritativa. La legge è, di solito, autoritativa come norma in potenza; come norma in atto essa ha il grado di autorità dell'interpretazione in cui si attua. Là dove non si formino interpretazioni almeno in grado minimo consolidate, l'autorità della legge come norma in atto sarà, nell'ambito segnato dalla norma in potenza, addirittura nulla; il caso tipico è piuttosto, come abbiamo detto, quello della norma legale dotata di interpretazione — generalmente giurisprudenziale — autorevole. (Accanto al diritto giurisprudenziale come interpretazione autorevole della legge vi è poi il diritto giurisprudenziale come opinione autorevole sul diritto non desunta interpretativamente dalla legge: certo il più contrastante con i postulati del legalismo, e tuttavia rappresentato, eccezionalmente, anche negli ordinamenti presunti legali).

4. Ho usato finora, per indicare il prodotto della giurisprudenza, il termine 'norma'. C'è da chiedersi se esso sia appropriato nel caso — che è quello tipico — in cui tale 'norma' si propone con semplice autorevolezza. Nel linguaggio comune 'norma' indica certo anche un criterio secondo cui regolarsi. 'Per tua norma' vale 'per tua regola'. Il comportamento 'normale' è quello che può servire da modello (da norma) perchè è quello più frequente e che ci si aspetta, o più immediatamente adatto allo scopo. Nel linguaggio giuridico invece la nozione di norma, anche se variamente analizzata e teorizzata, sembra pur sempre implicare quella di una situazione di dover essere assolutamente salda che la norma appunto crea rendendola indiscutibile. Ciò vale anche al di fuori dell'ambito delle norme 'imperative', almeno nei principali significati che il termine può

assumere. Così, per utilizzare una classificazione di Bobbio (15), esprimono un incondizionato dover essere non solo le norme (*primo sensu*) imperative, che cioè stabiliscono obblighi, ma anche quelle permissive e privative; ed anche le norme consuetudinarie e convenzionali (diritto dei privati, trattati interstatali), quelle cioè che si contrappongono alle imperative (*secundo sensu*) non in base al proprio contenuto, cioè al proprio modo — diverso da un comando — di regolare l'azione, ma in base alla propria provenienza, cioè in quanto poste dagli stessi destinatari, autonome, e per questo (secondo) motivo meno facilmente configurabili come comandi.

Il problema della designabilità delle proposte giurisprudenziali come norme non si pone comunque sotto questi primi due profili, poichè esse possono benissimo rivestire carattere di imperatività in entrambi i significati ora visti; si pone invece sotto un terzo profilo, anch'esso riconducibile ad uno dei significati del termine 'imperatività', e che Bobbio (16) tocca quando parla di «intensità» con cui le norme si rivolgono ai destinatari. Sotto questo profilo, Bobbio stabilisce una scala in ordine decrescente, che va dalla norma incondizionata alla norma-raccomandazione. Non sarebbero invece norme giuridiche i semplici consigli. Ora, il dubbio che nasce è appunto che le 'norme' giurisprudenziali, qualora semplicemente autorevoli, appartengano alla categoria dei consigli e non delle norme vere e proprie.

Certo, il termine 'consiglio' avrebbe il pregio di evocare immediatamente l'atto forse più caratteristico attraverso cui viene in essere la 'norma' giurisprudenziale; ma proprio perciò potrebbe risultare fuorviante, in quanto 'consiglio' in questo senso, come atto del giurista consulente, non corrisponde perfettamente a 'consiglio' come globalmente contrapposto a 'norma' per la minore forza vincolante: è 'consiglio' nel secondo senso il trattato quanto il responso. 'Proposta' sembra se mai pre-

(15) Voce *Norma giuridica*, in *NDI XI* (1965) 330-337.

(16) *Ibid.* 335 s. In una precedente opera BOBBIO distingueva *Comandi e consigli* (*RISG* 1961, 369-390), contrapponendo appunto al consiglio la categoria dell'imperatività, ma insieme avvertendo che, tra le norme, «un certo tipo di raccomandazioni... lambisce il confine del genere contiguo, che è quello del consiglio».



feribile, perchè più astratto. Ma d'altra parte, l'autorevolezza stessa è graduale, sembra arbitrario introdurre tagli qualitativi escludendo dall'ambito delle norme alcuni gradi e includendovene altri. Soprattutto occorre tenere presente che l'autorevolezza, come grado tipico di autorità della 'norma' giurisprudenziale, è il grado tipico di autorità della stessa norma legale in atto o interpretata, poichè, come abbiamo visto, le interpretazioni dotate di autorità sono, generalmente, giurisprudenziali (appunto 'norme' giurisprudenziali).

Vi è poi, a favore di 'norma', l'argomento che può trarsi dalla presenza nel linguaggio comune del già descritto significato ampio del termine: 'norma' come criterio, come misura per regolarsi, per decidere, per giudicare. Significato che non a caso vi si trova, e non senza offrire un istruttivo spunto di meditazione al teorico del diritto. Non a caso perchè proprio dall'esperienza comune può avvertirsi, forse meglio che dall'osservatorio dogmatico, la funzione anzitutto certificante, adjuvante, della norma rispetto alle insicurezze dell'azione. E non senza profitto per il teorico: questi potrà vedere ed accettare, ponendosi dal lato dell'azione, la norma non solo come imposizione autoritaria e come predeterminazione vincolante, ma anche come proposta autorevole di un modello e come (ri)soluzione, come scioglimento di una difficoltà. Di fronte alle norme imperative (*tertio sensu*), le norme esemplari, risolutive. Ed esse nascono preferenzialmente, paradigmaticamente dall'opera della giurisprudenza. Pensiamo a ciò che significa per il giudice inesperto, per i privati contendenti o incerti sulla condotta da tenere, la norma proposta — più che imposta — dal giurista: appunto la via di uscita da una *impasse*, da uno stato di tensione. Nell'opera della giurisprudenza (soprattutto, ma non solo quella consulente o cautelare) è il diritto stesso a mostrare il proprio volto più benevolo e forse la propria natura e giustificazione più profonda.

Non vi è dubbio che il parlare di 'norma' per indicare la formulazione semplicemente autorevole del diritto contribuisce, sia pure solo sul piano terminologico, ad un regolamento di confini tra 'momento giurisprudenziale del diritto' e 'diritto giurisprudenziale' vantaggioso per il secondo, la cui estensione coincide,

per definizione, con quella delle 'norme' giurisprudenziali pure. Ciò può essere considerato negativo da chi ama vedere la norma giuridica circondata dal nimbo dell'autorità assoluta (ed effettivamente sembra opportuno evitare il termine 'norma' per le opinioni solo autorizzate); ma non va dimenticato che in mancanza di 'norme' autorevoli si avrebbe, data la polisemia e l'indeterminazione della maggior parte delle norme legali, una *equivalenza* di tutte le interpretazioni possibili e quindi uno stato di grave *anomia* che proprio il diritto giurisprudenziale riduce.

II. Se la giurisprudenza come 'corpo' e come fonte ci ha condotti a vedere l'ordinamento non come un qualunque sistema di norme, ma come sistema istituyente un'organizzazione a sua volta produttrice di norme (e a sempre meglio comprendere queste norme nelle loro diversità e affinità di natura), la giurisprudenza con la sua attività necessariamente inventiva ci conduce a vedere quello stesso sistema, e l'organizzazione reale che gli corrisponde, nel loro profilo dinamico, come movimento e come processo.

Sappiamo infatti dalla nostra conclusione generale che la giurisprudenza, giunga o non giunga ad essere fonte di norme autoritative o anche solo autorevoli, è sempre 'creativa' almeno nel senso che non manca mai, neppure in regime legalista, di elaborare, *producere in melius*, inventare il diritto. Essa non è dunque un mero episodio conoscitivo esterno alla realtà della norma (17): è un intervento sulla norma, una fase della stessa vita della norma, un ulteriore 'momento giurisprudenziale' attraverso cui la norma si dispone a passare per poter governare la azione. E la norma non è dunque una realtà semplice, immutabilmente identica a se stessa: ha, prevista dall'ordinamento e svolgentsi grazie all'organizzazione di cui la giurisprudenza è parte costitutiva, una sua 'storia ideale'. La giurisprudenza, con il suo concreto operare, ci insegna che la norma, anche quella che si vorrebbe fin dall'inizio coerente e completa, deve attraversare successive 'lavorazioni' per raggiungere (ma lo rag-

(17) Con 'norma' intendo qui e nel contesto di questo § II, quando non altrimenti specificato, la norma generale.

giunge mai realmente?) lo stato di 'prodotto finito'. La norma formulata, la norma generale positiva corrisponde essa stessa solo a un momento di un ciclo, di un processo. E questo processo è istituito dall'ordinamento, anzi è uno dei tre modi in cui può venire descritto il fenomeno comunemente indicato col termine polisemo 'ordinamento': come modello normativo, come insieme di organi, come concatenazione di atti; organi ed atti 'conformi' (sempre con un margine di adeguamento inventivo) alle norme del modello.

Se chiamiamo ordinamento (come abbiamo fatto finora) il modello normativo, 'organismo giuridico' l'organizzazione sociale reale (la 'istituzione' romaniana) corrispondente al modello, 'processo giuridico' l'attività di questo organismo (18), possiamo dire che la giurisprudenza con la sua attività mostra l'indispensabilità del processo giuridico, mostra come sia veramente positiva solo la norma che attraverso questo processo, perchè in mancanza di esso la norma non sarebbe norma dell'azione ma progetto, o pretesa, di norma dell'azione, confinata su testi o in una sfera ideale di validità ma comunque immota, inoperante, quasi sospesa.

Queste affermazioni vanno riprese più distesamente. Occorre intanto ricordare, almeno con un cenno, i principali organi attivi nel processo giuridico: oltre alla giurisprudenza, il legislatore, la giurisdizione, gli operatori privati, questi ultimi nella loro duplice veste di autori — *uti singuli* — di norme individuali ('negoziali'), e di autori — nel loro insieme — di norme consuetudinarie e in genere dell'effettività di qualsiasi norma. E occorre ricordare che la giurisprudenza, diversamente dagli altri organi, interviene in tutti i momenti del processo: prima della legge, preparando o consigliando o direttamente redigendo, e dopo la legge, interpretando; prima e dopo la consuetudine; prima e dopo la sentenza; prima e dopo il negozio. Proprio per un certo suo grado di disimpegno dalle posizioni puntuali nel processo, essa lo asseconda nell'intero suo svolgimento,

(18) Per il chiarimento di questi concetti può essere utile la lettura di A. CONTE, voce *Nomostatica e nomodinamica*, in *NDI XI* (1965) 321-323.

e meglio di ogni altro singolo protagonista è in grado di rivelarne l'andamento e il significato.

Cominciamo da quella che è, almeno in regime di legalismo, la sua funzione più evidente: interpretare la legge e comunque preparare, a partire dalla legge, la decisione del giudice (19). Qui la direzione del processo giuridico è ben chiara: si tratta di passare dalla norma generale alla norma individuale, in questo caso la sentenza. Ciò significa che il processo giuridico si traduce qui in movimento della norma verso l'azione (20). E che sia giusto riconoscere in questo movimento la tappa costituita dalla norma individuale, non limitandosi a parlare di semplice sussunzione dell'azione sotto la norma generale, emerge appunto dal carattere sempre in parte libero ed inventivo riconosciuto all'attività giurisprudenziale (21). S'intende che nella visione allargata dell'ordinamento verranno a collocarsi, accanto alla legge, altre norme generali: la consuetudine, gli eventuali precedenti vincolanti, l'eventuale diritto giurisprudenziale; e accanto alla sentenza altre norme individuali: i responsi dei giuristi ai giudici e ai privati, i negozi. Tutte quelle norme generali raggiungono l'azione (solo) attraverso tutte queste norme individuali, che è dire attraverso interventi — sia pure mi-

(19) A questa funzione riconduce la stessa classificazione epistemologica della giurisprudenza E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto. Il problema della natura della giurisprudenza* (corso univ.; 2<sup>a</sup> ed., 1955) 106-113; dove mi pare troppo limitato il compito riconosciuto alla giurisprudenza, ma importante la tesi che lo stesso problema epistemologico vada risolto « considerando la giurisprudenza nell'unità del processo di attuazione del diritto » (ivi, 106 s.).

(20) Parla del « movimento del diritto dalla norma all'azione » CAPOGRASSI, Prefazione a *La certezza del diritto* di F. LOPEZ DE OÑATE (1950), ora in *Opere* V, 88 (cf. SD 448: « iter con cui la norma compie il suo ciclo dalla volontà generale all'esperienza concreta »). CAIANI, *GV* 29, parla del « processo della applicazione del diritto » di cui il « puntualizzarsi della norma verso l'azione » sarebbe « il motivo dominante ». Cf. anche OPOCHER, l. c. alla n. prec.

(21) Il concetto di norma individuale ha qui il suo fondamento ultimo, coestensivo all'intera esperienza giuridica: lo avverte puntualmente SCARPELLI, *PG* 117, anche se con riserve critiche sulla validità di tale fondamento. Per altri motivi di accogliere il concetto di norma individuale vedi sopra, cap. IV n. 12 (e rinvio).

nimi — di libertà. Se la norma generale viene rappresentata come un raggio di luce diretto a illuminare l'azione, occorre dire che questo raggio non raggiunge l'azione senza rifrangersi nel prisma della norma individuale, dove assume colorazioni e inclinazioni mai interamente prevedibili.

Non la sola giurisprudenza, dunque, ma anche la giurisdizione, anche i privati partecipano — con immancabile inventività — a questo processo dalla norma all'azione. Nessuno tra gli organi attivi nella vita del diritto è però capace, come la giurisprudenza, di dare la consapevolezza che il processo giuridico globale non è a senso unico: che al movimento della norma verso l'azione fa riscontro un movimento dell'azione verso la norma, o meglio che la vita del diritto è, inseparabilmente se non identicamente, movimento della norma verso l'azione e movimento dell'azione verso la norma.

La giurisprudenza non ha soltanto un posto intermedio tra legge (o norma generale) e sentenza (o norma individuale), di preparazione di questa in dipendenza — variamente configurata — da quella. Essa intanto, come ho appena ricordato, assiste la norma generale non solo nel suo attuarsi, ma anche nel suo nascere: prepara o formula la legge, avvia o dirige la consuetudine. Ma soprattutto (e in senso inverso) la giurisprudenza assiste direttamente l'azione nel travaglio con cui questa cerca di entrare nel mondo umano coordinandosi a tutte le altre azioni, che è quanto dire entrarvi rivestita del carattere della normalità e quindi — potenzialmente — della normatività. Non meno dell'interpretare la norma, è attività originaria e perenne della giurisprudenza il *cavere agere respondere*, il trovare criteri di arbitrato e principi di cooperazione e modelli negoziali sicuri: anche là dove la norma generale non fornisca (univoche) direttive. Dovrebbero forse la vita e la storia cessare in attesa della legge (22)? La consulenza, il notariato, il patronato in giudizio sono, prima che forme di applicazione della norma, forme di maieutica dell'azione (23). (E si può dire che, guardata

(22) Sul paradosso che la storia costituisce per un normativismo intransigente vedi sopra, cap. III n. 176.

(23) Cf., in una prospettiva connessa, PIOVANI, *SF* 154: «... il diritto che, in sè, è *sistema*, quel sistema che la riflessione scientifica mette

nel suo insieme e in tutta la sua storia, la giurisprudenza è forse più dalla parte dell'azione che dalla parte della norma; avremo comunque modo di vedere che l'antitesi in fondo non si pone, o si pone solo entro limiti ristretti).

Ma l'attività con cui la giurisprudenza asseconda e promuove il movimento dell'azione verso la norma non si esaurisce qui, nel risolvere il problema della singola azione fornendole la sua norma. Non che questo intervento sia di poco conto: assistita dalla giurisprudenza l'azione, generando a se stessa la propria norma, genera insieme una norma — individuale — dell'ordinamento; la volontà del singolo, pur non cessando di volere i suoi fini particolari, diviene anche norma, cioè anche volontà dell'ordinamento. Ed è quindi possibile considerarla solo in questo secondo suo aspetto, per il quale essa si iscrive nella categoria delle norme individuali, accanto agli altri negozi, accanto alle sentenze (il cui carattere normativo è comunque assicurato dall'investitura formale dei loro autori). Ma una volta considerata come manifestazione della volontà dell'ordinamento, che è volontà generale, la norma individuale ha insita in sé la tendenza a valere anche in generale, cioè per la generalità delle azioni 'identiche' a quella che l'ha fatta sorgere; e la giurisprudenza è la prima ad accorgersene, anzitutto analizzando l'azione regolata e la regola nella loro essenzialità, così che la soluzione del caso singolo sia insieme — o divenga — soluzione potenziale di tutta una classe di casi possibili (24); poi sempre meglio intessendo gli elementi tipici così ricavati a tutto il sistema normativo; e infine promuovendo l'effettiva, costante utilizzazione di quei tipi anche da parte degli altri protagonisti della vita del diritto, a cominciare dal legislatore.

Ciò può avvenire con maggiore o minore consapevolezza, e quindi con metodi e sotto apparenze diverse. Una giurisprudenza conscia della sua funzione si adoprerà direttamente nei modi ora indicati; una giurisprudenza legalista ricorrerà alle fin-

in evidenza (con un lavoro maieutico che è concreta operosità, lavoro nelle azioni e sulle azioni)... ».

(24) Su questo processo di astrazione a partire dal dubbio concreto dell'azione, e in particolare dalla controversia, cf. CAPOGRASSI, *SD* 524-537.

zioni ben note proprie della sua 'logica'. È relativamente secondario che il processo ascendente dall'azione alla norma individuale e da questa alla norma generale si raffiguri agli occhi dei suoi stessi autori come 'interpretazione' o 'applicazione' logica della norma generale, come svolgentesi dall'alto verso il basso: purchè la giurisprudenza di fatto si adoperi sempre a collegare i due termini estremi — ed entrambi originari — senza mortificarli, non esitando quindi ad agire come se sapesse che la norma generale è lacunosa e perennemente da completare partendo dalle esigenze dell'azione.

In realtà, le innegabili, anche gravi manchevolezze occasionalmente dovute ad unilateralità di visione teorica non oscurano la capacità della giurisprudenza di rendere visibile con tutta se stessa — e meglio di ogni altro protagonista — il processo giuridico nella sua integralità. Più importante di ciò che la giurisprudenza crede di fare è, almeno per i terzi, ciò che la giurisprudenza fa e non può interamente omettere di fare (magari male), è l'oggettivo significato dello stesso suo esserci: ora, se (visto dall'alto) vi è una giurisprudenza accanto alla norma, ciò avviene perchè la norma in sè non è in grado di raggiungere immediatamente l'azione, e perchè d'altra parte il diritto non si contenta di essere norma in sè, non si contenta della pura validità, vuol essere norma che si faccia azione, sa di esistere in definitiva solo come norma dell'azione; e se (visto dal basso) vi è una giurisprudenza accanto all'azione, ciò accade perchè l'azione non è soltanto esecuzione della norma, e d'altra parte non si contenta di essere azione in sè, non si contenta della pura spontaneità, ma si vuole come azione normata, sa di poter esistere in definitiva solo coordinandosi alle altre azioni secondo una norma, norma tendente a valere come generale.

Ma la stessa visione unilaterale — o unidirezionale — del processo giuridico può non essere troppo inesatta. Dopo tutto, solo in un numero limitato di casi il processo si configura in modo univoco come ascendente: e cioè solo quando l'azione sia radicalmente nuova, contenga esigenze che la norma generale non possa in alcun modo soddisfare. Si tratta di un'ipotesi eccezionale. Di solito il processo giuridico è insieme, in ogni suo momento, ascendente e discendente: l'azione che si fa nor-

ma è la norma che si fa azione, l'azione quanto più tende alla normatività tanto più si assimila al precedente *corpus iuris*, la norma quanto più tende a penetrare l'azione tanto più si modella a sua immagine e somiglianza.

La simultanea duplice direzione del processo si coglie con particolare evidenza nei punti dove, in certo modo, gli estremi si toccano. Così, analogamente alla norma individuale la stessa norma generale tende ad ulteriormente generalizzarsi nel contenuto, e con l'aiuto (anche qui) della giurisprudenza diviene 'principio'. Ma proprio questa suprema generalizzazione serve a meglio governare l'incessante estendersi e l'incessante novità dell'azione: il principio viene 'indotto' per lo più quando si presenta un caso nuovo che non rientra sotto la norma. Sicchè la norma utilizzata non più in se stessa ma per il principio in essa contenuto, diviene insieme meno puntuale eppure maggiormente capace di raggiungere la sempre sfuggente puntualità dell'azione.

Insomma i termini del processo sono due, entrambi originari; e vi è quindi una 'storia ideale' (25) della norma e una 'storia ideale' dell'azione; ma esse nella maggior parte dei casi si identificano, e comunque si collegano e si avvicendano nell'unica 'storia ideale' del diritto.

A questo punto si chiarisce meglio, in una prospettiva funzionale, anche il significato — o un significato fondamentale — dei caratteri peculiari che l'ordinamento presenta in quanto sistema di norme: essi corrispondono appunto al fine di assicurare lo svolgersi della 'storia ideale' della norma e dell'azione. Il modello normativo ordinamentale prevede l'organismo giuridico come infrastruttura del processo giuridico, e quindi della vicenda con cui la norma nasce dall'azione e torna all'azione. Tra il concepire il diritto positivo come ordinamento e il concepirlo come 'storia ideale' non vi è dun-

(25) Uso il termine nel significato di: vicenda tipica, o idealtipica, in contrapposizione a quello di: vicenda diacronica o temporale, cronostoria, che ha il termine 'storia' *tout court* (p. es. nell'espressione: 'i principali avvenimenti della storia del diritto italiano'). Mi riferisco cioè a una 'storia' la cui 'storiografia' è di competenza non dello storico, ma del teorico del diritto.



que contraddizione: l'uno aspetto è necessario all'altro. In questo senso è stato possibile dire (25 a) che l'ordinamento è una norma la quale tenga conto dell'azione, in particolare dell'individuale e del divenire, che sono dimensioni dell'azione. L'organismo giuridico è la struttura con cui la norma si commisura al tempo e alla storia *tout court*. Il processo giuridico, come attività dell'organismo giuridico, si traduce in 'storia ideale', in dinamica della norma: possiamo parlare di una vera e propria « nomodinamica », anche se non unidirezionale come viene configurata nel modello kelseniano. Ogni norma è incompleta: ogni norma positiva nasce quindi insieme a (o in) una struttura capace di portarla all'azione. E nasce insieme a (o in) una atmosfera normativa metapositiva che fornisca gli elementi per completarla in vista dell'azione. Ma questo è un nuovo — anche se connesso — argomento suggerito dalla riflessione sulla giurisprudenza come attività.

Prima di affrontarlo, vorrei ancora osservare come una concezione dinamica del diritto, del tipo di quella ora fuggevolmente delineata, si faccia spesso luce nella teoria generale contemporanea, e presso studiosi di indirizzi a volte molto diversi. Oltre che di « nomodinamica » si è parlato di « movimento del diritto dalla norma all'azione », di « processo di attuazione del diritto », di « ciclo della vita del diritto » (26), della legge come « progetto di diritto » (27). In una simile concezione troverebbero modo di collocarsi, con un loro specifico apporto, le teorie del diritto come attività (o azione) giuridica (28). È poi signi-

(25-a) Sopra, 401 s.

(26) Alle citazioni di CAPOGRASSI, OPOCHER, CAIANI fatte sopra, n. 19 e 20, adde S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *RISG* 1950, 49-86, p. es. 69: « ciclo vitale del diritto »; CAIANI, *GV* 7: « ciclo della vita del diritto ».

(27) Vedi sopra, cap. III n. 169.

(28) Non già nel senso che il diritto 'sia' azione giuridica invece che norma, ma nel senso che la vicenda della norma, pur pensabile come svolgentsi in una propria dimensione che è quella dei contenuti o significati prescrittivi, è interamente 'doppiata' da una vicenda di azioni giuridiche che la fanno svolgersi, e che insieme conferiscono alla norma esistenza positiva. L'azione giuridica si risolve

ficativa la propensione di autorevoli nostri teorici a vedere le principali forme in cui si manifesta il diritto non come delle entità o parti in sè concluse e perciò esclusive delle altre, ma come dei 'momenti' di un processo, di una dialettica, di una esperienza insomma che comprendendole e componendole le trascende. Le tre antitesi forse più rilevanti: legge-interpretazione, legge-consuetudine, diritto positivo-diritto naturale, sono state tutte dialettizzate. La prima da Ascarelli (29): « Legge e interpretazione non si contrappongono come creazione e conoscenza del diritto, ma concorrono nella posizione di norme che sono poi sempre quelle generalmente accettate, sì che il diritto legalmente valido si traduce pur sempre in quello che è inteso come tale e per la cui posizione la legge o la singola interpretazione costituiscono momenti di un processo ». La seconda da Bobbio (30): « In questa prospettiva legge e consuetudine appaiono, più che due diversi canali di formazione del diritto, i due momenti dialettici del fenomeno complesso della produzione giuridica ». La terza da Cotta (31): « In questa prospettiva il diritto naturale ... e il diritto positivo ... non appaiono più due realtà opposte ed escludentisi a vicenda (quando non si identifichino), bensì come i due momenti essenziali del fenomeno giuridico nel suo complesso ... le due polarità interne del diritto, entrambe necessarie, fra le quali intercorre quel rapporto dinamico di richieste e risposte che co-

precisamente negli atti che formano il processo giuridico. È giuridica quell'azione che dia norma giuridica — generale o individuale — all'azione *tout court*, ciò che può avvenire o con appositi, espliciti atti normativi, o con atti perseguenti, insieme al fine normativo, uno dei tanti fini non giuridici della vita (quest'ultimo è, in genere, il caso degli atti di autonomia privata e di 'osservanza', da parte dei privati, di una norma generale). E poichè questa azione normante fa parte del processo giuridico, essa è, almeno in qualche misura, anche prevista dall'ordinamento: sì che l'azione giuridica è sempre, al tempo stesso, normante e normata. Sulle teorie del diritto come azione giuridica vedi sopra, cap. IV, § II.2.B.d.).

(29) O. c. (sopra, n. 3) XLV.

(30) Voce *Consuetudine* cit. sopra (cap. IV n. 27) 442.

(31) Voce *Diritto naturale* in *ED XII* (1964) 652; cf. PARESCHE, *GD*, spec. 121-123. Le spaziatore dei tre passi riportati sono mie.

stituisce la vita stessa del diritto, anzi il diritto nella sua effettiva realtà».

Le considerazioni fin qui svolte consentono di scorgere agevolmente in che modo il rapporto tra legge e interpretazione e il rapporto tra legge e consuetudine si inseriscano nel processo giuridico globale; resta da esaminare il terzo rapporto, sempre alla luce della conclusione fondamentale sulla natura 'creativa' della giurisprudenza.

III. 1. L'incompletezza della legge (come di ogni norma generale), e l'esigenza dell'azione di avere in ogni caso una sua norma, assegnano alla giurisprudenza, intesa come attività che anche il singolo, non dotato di autorità, può svolgere, il suo peculiare *status* epistemologico. Dire che nei confronti della legge (come di ogni norma generale positiva) la giurisprudenza è necessariamente libera ed inventiva, non significa contestare la definizione comune secondo cui essa è conoscenza del diritto positivo: significa affermare che essa è conoscenza del migliore possibile diritto, dove 'possibile' indica appunto il positivo, visto nella sua (pluri)potenzialità. Se il diritto positivo è incompleto e non può essere conosciuto (nel significato e nella funzione sua propria, cioè come norma dell'azione) senza venire completato, il migliore possibile diritto non è meno positivo del peggiore; l'uno e l'altro sono diritto positivo completato, che è poi l'unico avente realtà attuale nel processo giuridico.

A questo livello generalissimo, l'unica definizione consentita della giurisprudenza è funzionale: nel senso che, di fronte alla molteplicità di forme storicamente assunte dall'attività giurisprudenziale nei propri presupposti, nei propri procedimenti tecnici, nello stesso livello qualitativo delle proprie realizzazioni, nelle proprie strutture metodiche, e di fronte alla molteplicità di momenti del processo giuridico nei quali essa interviene, il solo tratto caratterizzante unitario può cogliersi nella funzione, nello scopo: giurisprudenza è l'attività conoscitiva metodicamente rivolta alla ricerca e alla formulazione della norma giuridica che secondo i criteri del giurista risulti la migliore tra quelle che appaia possibile ritenere positive (cioè valide-effettive

o semplicemente effettive) in un determinato ordinamento e in un determinato momento storico. Le giurisprudenze differiscono tra loro per il modo d'intendere non la propria funzione, ma i mezzi, i metodi, le regole con cui svolgerla. La pura esegesi filologica, la ricerca della volontà del legislatore o della legge, l'interpretazione teleologica, la costruzione dogmatica e sistematica, l'analogia *legis* e *iuris*, il calcolo dei tipi, l'argomentazione topica, equitativa o giusnaturalistica, l'integrazione fondata sull'osservazione sociologica, insomma tutti i procedimenti che con la loro varietà fanno oscillare da un capo all'altro dell'orbe epistemologico le classificazioni della giurisprudenza come scienza (32), sono le diverse regole del gioco (non sempre liberamente poste dagli stessi giuristi), i diversi mezzi per adempiere a un medesimo compito che nessun giurista negherebbe essere il suo, o almeno che nessuna giurisprudenza nel suo complesso ha mai smentito con il proprio operare perchè inerente — come si è detto — allo stesso esserci della giurisprudenza nella vita del diritto.

I due requisiti (il migliore - il possibile) sono entrambi essenziali. Il primo sta ad indicare il valore, il secondo la positività del diritto che la giurisprudenza si dedica a formulare. Il primo comprende da un lato i valori culturali (etici, politici, economici ecc.: diciamo, con un'unica parola impropria, la 'giustizia'), dall'altro gli specifici valori tecnico-giuridici come la chiarezza, la precisione, la completezza, la coerenza, la 'praticabilità' ecc. Il secondo requisito può essere configurato come un limite operante nei confronti del primo: limite giuridico-formale (ad esempio il precetto che si debba nel trovare il diritto rispettare la legge, o addirittura ricavare da essa tutto il diritto) ed anche limite sociale (ad esempio il pluralismo ideologico, che nell'integrazione costringe al compromesso sul piano dei valori). Se la giurisprudenza non tenesse

(32) Si vedano, per una rassegna critica di queste classificazioni, OPOCHER, o. c. sopra alla n. 19, e N. BOBBIO, *Teoria della scienza giuridica* (corso univ., 1950). Ivi anche un primo ragguaglio sulla vastissima letteratura, che non è necessario esaminare qui *ex professo* essendo nostro compito la riflessione sulla giurisprudenza (anche come scienza) non a *parte scientiae*, ma a *parte iuris*.

conto che del primo requisito, non sarebbe più giurisprudenza ma ideologia o utopia o filosofia o profezia o futurismo giuridico; se però lo trascurasse non sarebbe più giurisprudenza ma filologia di testi o storia di fatti o gioco di concetti; in entrambi i casi mancando al suo compito oggettivo nella vita del diritto. I due requisiti sono quindi l'uno e l'altro ugualmente indispensabili; si è poi relativamente liberi di assegnare una qualche forma di priorità all'uno o all'altro. Dicendo che il requisito del possibile interviene come limite ho già fatto intendere che a mio parere lo slancio primo, costitutivo, della giurisprudenza è verso il migliore diritto. Questa strategia espositiva mira a correggere la tendenza del positivismo acritico a configurare la giurisprudenza come pura registrazione di un dato positivo già completo; ma è altrettanto legittimo — anche se, a mio parere, meno rispondente alla struttura profonda dell'uomo — presentare la ricerca del migliore possibile diritto come rivolta anzitutto a conoscere il diritto positivo con le sue lacune, per poi completarlo nel senso ritenuto migliore.

È importante notare che in questa prospettiva il canone metodico del legalismo (inteso come la finzione, posta alla base del metodo giurisprudenziale, che la legge sia completa) e lo stesso principio di legalità (inteso come fedeltà alla legge nei limiti in cui essa realmente dispone) vengono a collocarsi principalmente sotto il requisito del possibile: una certa conformità alla legge (Ascarelli avrebbe detto: una certa continuità col testo della legge) assicura all'opinione giurisprudenziale la probabilità di trovare applicazione e approvazione, e va quindi ricercata nella misura in cui la esige un dato contesto storico. Nei confronti della legge il giurista pone non tanto una presunzione di valore, quanto una presunzione di autorità o effettività, cioè di capacità di ottenere obbedienza; il giurista non serve direttamente la legge ma si serve della legge per servire il diritto, e cioè per formulare un diritto che abbia anche il requisito del positivo, del possibile. Perciò il tipo e il grado di fedeltà giurisprudenziale alla legge sono destinati a variare enormemente a seconda dell'atteggiamento globale, proprio di un dato momento storico, verso la legislazione nel suo complesso e a seconda della vigenza della singola legge, del singolo articolo, nel mondo del

diritto. In un contesto sociale e giuridico-formale ultralegalistico sarà giurisprudenza — per necessità di cose — la ‘pura’ esegesi; in un momento di gravissimo turbamento sociale sarà giurisprudenza positiva al limite la giurisprudenza rivoluzionaria, perchè le uniche norme rispondenti al requisito del possibile saranno norme antilegali. Ma l'esegesi della legge e l'enunciazione di norme rivoluzionarie rispetto alla legge, pur diverse come strutture metodiche, sono entrambe, alle condizioni indicate, giurisprudenza nel senso funzionale, cioè di formulazione del migliore possibile diritto.

Gli ambiti del ‘migliore’, del ‘positivo’ (o ‘possibile’) e del ‘legale’ non coincidono necessariamente. Può così accadere che il diritto auspicato dal giurista sia in contrasto con quello legale (anche preso nella migliore tra le interpretazioni consentite): qui, supposto che la norma legale sia da considerare pienamente positiva, il giurista dovrà enunciare come diritto tale norma, mettendo a tacere le proprie preferenze. Ma può anche accadere l'inverso, cioè che il diritto ritenuto migliore dal giurista sia quello contenuto in una legge tuttora formalmente valida ma generalmente disattesa, e che egli debba perciò, se vuole rispettare il requisito del possibile, decidere in senso difforme dalla legge che approva. L'utopia può essere tanto nel senso del futurismo come del passatismo giuridico. E può essere utopia il legalismo.

Quest'ultima osservazione permette di qualificare la visione un po' unilaterale della legge fin qui proposta. Non solo il contenuto della singola norma legale, ma la legalità in quanto tale può essere considerata dal giurista anche come portatrice di valore: ad esempio in nome della democraticità e della certezza del diritto. In questo caso il giurista potrà — quando il diritto positivo si sia discostato dalla legge — interpretarlo e completarlo nel senso del diritto legale. Insomma nell'economia della giurisprudenza funzionalmente considerata (che è poi la stessa economia del processo giuridico globale) la legalità è categoria non primaria e autonoma, bensì risolvendosi interamente (come ogni altra) in quelle del valore e della positività; il grado di conformità alla legge è un indice (non il solo) del va-

lore ma soprattutto del grado di positività che avrà la soluzione giurisprudenziale (33).

2. A me pare che in questa concreta attività della giurisprudenza, che abbiamo seguito in tante delle sue diverse manifestazioni storiche, si veda meglio che ovunque altrove compiersi di continuo la sintesi di cui ha parlato Cotta tra i momenti antitetici del diritto 'naturale' e del diritto positivo. Il diritto positivo visto nel suo momento giurisprudenziale (come del resto in ogni momento del suo farsi) non è mai positività pura, realtà pura, ma è tensione dell'ideale verso il reale e del reale verso l'ideale: il giurista si sforza di fissare un punto d'incontro storico, con ciò stesso contribuendo inscindibilmente alla conoscenza e alla trasformazione — che è lo specifico modo di essere — di un ordine che non è mai solo *conditus* ma sempre anche *condendus*, e da confermare anche per la parte per cui già sia stabilito; in nessun momento il diritto positivo cessa di nascere, 'è' senza nascere (34). E per questo nascere si richiede l'intervento del diritto 'naturale'.

(33) In questa presentazione del significato della legge per la giurisprudenza e in tutto il § III.1 ho dato per scontato, dopo gli sviluppi dedicati a suo tempo al problema (vedi sopra, cap. IV, § II.3.B), che la 'positività' — e dunque la 'possibilità' — vada riferita in ultima analisi all'effettività (intesa come capacità di ottenere obbedienza). E ritengo che agli argomenti già invocati a favore dell'effettività si aggiunga ora anche quello che può trarsi appunto dal variare dell'atteggiamento dei giuristi nei confronti della legge a seconda del contesto storico. In ogni modo, il rapporto tra i due requisiti fondamentali resta immutato se con 'positività' si intende la validità formale: sarà giurisprudenza la ricerca del migliore diritto che possa considerarsi formalmente valido, cioè in pratica la ricerca di quello tra i possibili significati della legge che più si avvicina all'ideale, criticamente controllato, dell'interprete. Nella prospettiva dell'effettività come criterio (non unico ma) ultimo questa ricerca è pure necessaria, ma va inserita in una ricerca più ampia.

(34) Su tutto ciò cf. ESSER, *GN passim*, ad es. 18 s. (« das Recht nicht als ruhendes Kontinuum... sondern vom Richterberuf her als jeweils in statu nascendi befindlich »); 85 n. 244 (« Die Norm ist weder 'da', noch wird sie frei 'geschöpft'... Zusammenwirken von Freiheit und Bindung »); 94; 132-134 (difficoltà di distinguere diritto positivo e metapositivo; peculiare positività dei principii); 277 s. (carattere mai concluso del processo di positivizzazione).

Diritto 'naturale' e diritto positivo corrispondono appunto ai due fondamentali requisiti del migliore possibile diritto. Ma se è forse legittimo considerare il diritto 'naturale' in astratto, indipendentemente dalla sua positivizzazione, non è invece possibile considerare il diritto positivo come isolato dal diritto 'naturale', cioè indipendentemente dalla sua avvalorazione. Il diritto 'tutto positivo' non esiste; esiste il diritto positivo in complemento, esiste la 'storia ideale' del diritto positivo, e questa storia è assicurata dall'organismo giuridico alla luce del diritto 'naturale'. Nel processo giuridico la norma positiva procede insieme verso l'azione e verso il valore, divenendo cioè — inscindibilmente — più positiva e più 'naturale' (35).

Il diritto positivo non è pensabile come qualcosa di perfettamente compatto e autosufficiente, non può esistere di esistenza positiva senza il suo principio complementare. Tra diritto positivo e diritto 'naturale' vi è un rapporto di compenetrazione e di assimilazione: si potrebbe figurarlo con l'immagine di una spugna immersa nell'acqua, la quale non può dilatarsi senza che aumenti anche il volume dell'acqua di cui è imbevuta, oppure con l'immagine di un organismo vivente, non separabile dall'aria che respira; ma entrambi i paragoni peccano nel suggerire una troppo netta distinguibilità tra i due momenti complementari. Più esatto, sotto questo profilo, il paragone con un corpo formato dalla composizione chimica di due elementi: ma non rende la 'storia ideale' giuridica. Vi è in verità un solo fenomeno dinamico, e la dualità è un mezzo (inadeguato) per afferrare concettualmente il movimento.

Ecco perchè lo si coglie meglio guardando, invece che all'oggettività del diritto, all'attività giurisprudenziale: dove l'importante è tener ferma la conclusione giusliberista (36) della presenza, in ogni enunciazione del diritto positivo, di una componente positiva e di una componente 'naturale'. Dal lato ogget-

(35) Sono possibili, beninteso, anche i fenomeni patologici dell'allontanamento dall'azione (accademismo) e dal valore (giurisprudenza in mala fede); essi non tolgono la necessità, per il diritto positivo, di una integrazione mediante diritto 'naturale' (sia pure di segno contrario).

(36) Vedi sopra, 370.



tivo, ciò equivale a dire che una parte di diritto 'naturale' è interna allo stesso ordinamento positivo; questa interiorità può costruirsi in vari modi, ad esempio come rinvio da parte della norma fondamentale ai criteri metapositivi di integrazione (37), oppure meglio come rinvio fatto non direttamente, ma piuttosto attraverso la posizione stessa di norme di struttura organizzanti un processo giuridico; o ancora limitandosi a constatare l'effettività di quei criteri per i soggetti dell'ordinamento.

Ciò non deve portare a negare ogni differenza tra lo *status* del diritto positivo e quello dei criteri di integrazione: questi sono interni all'ordinamento nella loro globalità, *generica* e *ment*e; non si specificano in particolari principii o precetti da preferire ad altri. Per definizione il giurista è libero (giuridico-positivamente libero) di scegliere tra essi, anche se si può ritenere che l'ordinamento positivo gli richieda almeno di cercare il migliore — piuttosto che il peggiore, o un qualunque — possibile diritto. Questa libertà (sia detto qui per inciso, in attesa di affrontare *ex professo* l'argomento) è uno dei motivi che consiglierebbero di chiamare 'diritto libero', meglio che 'naturale', l'insieme dei criteri integrativi.

Con il riconoscimento che criteri non specificamente positivizzati di integrazione fanno immancabilmente parte del diritto positivo, la teoria generale in certo modo conclude e corona un primo fondamentale ciclo della sua storia, quello che potrebbe definirsi di 'ribellione e ritorno al diritto naturale'. La teoria generale moderna (ma l'aggiunta è verosimilmente inutile) è teoria del diritto positivo, nasce come *démarche* antigiusnaturalista (38). Ma in essa possono descriversi sul piano

(37) Sarebbe questa, verosimilmente, la costruzione più vicina alla prospettiva kelseniana: cf. sopra, cap. III n. 502 i. f.

(38) Non a caso un A. MERKEL è ritenuto dal positivista KELSEN (che della teoria generale è un po' il simbolo) «l'autore forse più rappresentativo nell'ambito della teoria generale del diritto» (*DP*<sup>2</sup>, 88 n. 1): che l'intento e il contributo originale di Merkel, nelle opere dogmatiche e di teoria generale, fosse proprio una rigorosa riduzione del giuridico al positivo (una «*Gleichsetzung von Rechtsphilosophie und allgemeiner Rechtslehre unter Ablehnung jeder naturrechtlichen Abschweifung vom positiven Recht*») è stato visto con la consueta lucidità da LANDSBERG, *Geschichte* 709-711.

logico (che solo nelle grandi linee corrisponde al piano storico) due tempi di un unico ritmo, sistole e diastole, contrazione e dilatazione dell'idea di diritto (39). Nel primo, il diritto comincia col ridursi entro i confini del mondo storico, per poi, attraverso successive restrizioni, puntualizzarsi tutto nella legge statale e nelle norme (marginali) da essa delegate. A partire da questa estrema riduzione si produce un movimento contrario ma non radicalmente negatore, tuttora in corso, caratterizzato insieme dalla permanenza dell'atteggiamento 'positivista' (interesse della teoria generale per il solo diritto storicamente vigente) e dalla scoperta di sempre nuove dimensioni della positività oltre quella legale, fino alla ricomprensione nello stesso diritto positivo di una parte o di un momento 'naturale' ineliminabile.

Non è questo il luogo per evocare la duplice vicenda nel dettaglio dei suoi episodi, molti dei quali, e dei più significativi, ci si sono del resto presentati nel corso della ricerca; ciò che va notato è come l'intendere la giurisprudenza nel suo duplice aspetto di fonte tra le fonti del diritto positivo, e di attività sempre necessariamente libera ed inventiva, significhi appunto abbracciare quel ritmo in entrambi i suoi tempi. Già la stessa ammissione (a certe condizioni!) della giurisprudenza tra le fonti è insieme accettazione del metro della positività ed estensione di esso oltre il limite imposto dal legalismo, con il risultato che la libertà del singolo interprete sarà limitata e controllata, oltre che dalla legge, da tutta una tradizione, casistica e sistematica, di consolidato pensiero giuridico; affermare, poi, che la giurisprudenza è attività sempre anche libera significa insieme definirla come attività di conoscenza del diritto positivo, e prendere atto dell'incompletezza di questo (anche nel suo strato giurisprudenziale), fino a includervi come si è detto una parte o un momento 'naturale' ineliminabile.

Si disegnano, nell'ambito occupato dalla norma giuridica 'statale', più cerchi concentrici: se il diritto legale non è nep-

(39) Cf. SCARPELLI, *PG* 95-109. Qualche indicazione può desumersi anche dagli *Atti del VI Congresso Nazionale di filosofia del diritto* (1963), nella parte riguardante il tema *Dommatica, teoria generale e filosofia del diritto*.

pure tutto il diritto statuito (si pensi alle norme individuali), il diritto statuito non è tutto il diritto positivo, e lo stesso diritto positivo paradossalmente non arriva ai confini di se stesso inteso come tutto il diritto storicamente vigente, come diritto storico integrale.

È ormai possibile tracciare il bilancio consuntivo dell'incontro, progettato a suo tempo con non piccole speranze (40), tra fenomeno giurisprudenziale e teoria generale del diritto. Accettando nella loro stimolante funzione di controllo i concetti di norma, di ordinamento, di diritto statale, di diritto positivo, e al tempo stesso necessariamente dilatandoli fino ai confini estremi tracciati dall'esigenza di rispettare la conquistata autonomia della teoria generale rispetto alla filosofia della 'giustizia' e alla sociologia del diritto, lo studio della giurisprudenza *a parte iuris* ha recato, o meglio ha mostrato di poter recare alla teoria generale un contributo importante, atto a potenziarne il filone insieme rigoroso e più comprensivo.

3. Se la necessità dell'impegno giurisprudenziale per il migliore diritto può essere di scandalo allo scientismo restrittivo, il vincolo della giurisprudenza al requisito del possibile la esporrà sempre, per converso, all'accusa di timidezza profetica, di conformismo, di eccessiva cautela. Nessuna delle grandi trasformazioni del diritto, si dirà, è stata annunciata dai giuristi. Ma la profezia, come abbiamo visto, non è giurisprudenza; oppure, secondo la nostra definizione, può considerarsi tale solo mediatamente, nella misura in cui riesce (o è intesa) a illuminare e diffondere la nozione del diritto migliore e ad allargare con ciò stesso l'area del possibile. Un Rousseau, un Hegel, un Marx, un Gandhi, di cui nessuno potrebbe negare l'importanza per il divenire del diritto, non appartengono quindi (o appartengono tutt'al più mediatamente) alla giurisprudenza; le appartengono invece coloro che in un modo o nell'altro hanno fatto penetrare le idee dei profeti nel ciclo della vita del diritto

(40) Vedi sopra, 380 s. Quanto ivi detto a proposito del 'diritto giurisprudenziale' in senso stretto può valere anche per il 'momento giurisprudenziale del diritto'.

positivo (41). Tra le due categorie non corre però un fossato invalicabile: la profezia è immanente, come suo momento, all'attività giurisprudenziale; e anche la profezia si preoccupa entro certi limiti della propria possibilità. Del resto vi è ancora, tra i due estremi, la posizione intermedia — anch'essa altamente giustificata, anzi necessaria — del giurista che formula progetti *de iure condendo*. Egli si distingue dal giurista positivo perchè progetta un nuovo *ius conditum*, mentre il giurista positivo si occupa dello *ius conditum* in quanto ulteriormente *condendum* (quale come sappiamo è sempre); e si distingue dal profeta in quanto questi non cura in modo specifico la tecnica giuridica e la praticabilità operativa dei suoi progetti. Il giurista positivo non si dedica solo a scoprire il diritto 'naturale' in sè, come il profeta, ma a scoprire la più 'naturale' tra le norme che egli, in qualità di semplice giurista, può enunciare come positive (ossia come capaci di ottenere obbedienza nel presente); il giurista che progetta lo *ius condendum* compie lo stesso lavoro mettendosi nei panni del legislatore, formula cioè la norma più 'naturale' tra quelle che, se poste dal legislatore, otterrebbero obbedienza nel presente. Vedremo meglio tra breve come la distinzione sia, ancora una volta, empirica e solo di grado.

4. A. Quando si giunge a individuare l'essenza della giurisprudenza nella formulazione del migliore possibile diritto, tutto, mi sembra, diventa un poco più chiaro. Ad esempio il problema se essa sia scienza, arte o tecnica si risolve nel senso, già indicato da Gény (42), che essa è scienza normativa: e cioè ricerca teoretica e comunque metodica, sottoposta a garanzie e controlli, di una determinata classe di regole

(41) Cf. ESSER, *GN* 82: « Recht und Justiz... legitimieren also nur das 'evolutionäre Minimum' ». E vedi anche *ibid.* 85: la giurisprudenza non può nè enunciare una norma positiva già tutta completa, nè creare una norma nuova traendola dal puro diritto 'naturale'. Cf. ALLEN, *LM* 116: « Among judges and jurists, some are conservative..., some are innovating...; but none can... attempt to apply the laws of Utopia to existing society ».

(42) Specialmente in *ST* I, 68-70.

dell'azione (appunto la classe delle migliori regole giuridiche possibili in un dato ordinamento storico). Scienza perciò non esclusiva, ma anzi necessariamente inclusiva della ricerca sui valori e strumenti subalterni, ma di grande rilievo pratico, cui prima ho dato, seguendo Géný, il nome di 'tecnico-giuridici'. E quindi scienza di una estrema complessità anzi insieme di scienze, e pronta a dichiarare buoni i più diversi procedimenti, ma che appare perfettamente semplice — e rigorosa — vista nella sua dinamica funzione. Sia alla molteplicità di scienze che essa presuppone e unifica, sia alla molteplicità di metodi e di tecniche che essa volta a volta mette in opera e finalizza unitariamente si applica l'immagine impeccabile con cui Bergson ha reso il rapporto tra i meccanismi materiali e l'atto vitale o spirituale: il pulviscolo di scienze e di procedimenti che con le loro 'eclettiche' combinazioni disorientano e scandalizzano il logico, sta all'intima ricerca unitaria come la limatura di ferro al semplice gesto della mano invisibile (43). La funzione giurisprudenziale non è il totale, l'addizione, ma il principio animatore e la spiegazione di quelle indagini scientifiche e di quei procedimenti, così come la vita non è il totale ma il principio dei fenomeni fisici e chimici nei quali si analizza.

Una volta riconosciuti, e tenendo sempre ben presenti, questa teleologica semplicità e questo teleologico rigore, è possibile contemplare senza disorientamento sia la complessità delle conoscenze che si richiederebbero al giurista ideale (44), sia la diversità e gli opportunismi delle 'logiche giuridiche'.

(43) H. BERGSON, *Les deux sources de la morale et de la religion*<sup>4</sup> (1932) 51.

(44) Questa avvertenza può essere particolarmente utile per chi a ragione diffidi di quella che ALLEN (*LM* 34) spiritosamente ha chiamato «Megalomaniac Jurisprudence». (La tendenza ad allargare il metodo giurisprudenziale, in direzioni talvolta tutt'altro che necessarie, è del resto ricorrente nella storia giuridica europea: si vedano per esempio, sui progetti degli umanisti, ORESTANO, o. c. sopra [cap. II n. 142] 162 ss. e ASTRUTI, l. ivi cit.). Come risulterà dal seguito del mio discorso, la definizione data sopra della giurisprudenza, se da un lato amplia l'*organon* delle conoscenze giurisprudenziali soprattutto in direzione della filosofia e della sociologia, consente d'altra parte drastiche riduzioni di sforzi dogmatico-concettuali; il pericolo di megalomania appare quasi

La nostra ricerca non è direttamente rivolta ad elaborare nei dettagli una metodologia della giurisprudenza 'libera', o critica, cioè consapevole della sua necessaria inventività e dei veri limiti posti alla stessa, bensì a mostrare, preliminarmente, che la teorizzazione e la messa in opera pratica di un nuovo metodo giuridico rappresenta oggi il compito forse più urgente della filosofia del diritto, della teoria generale e della giurisprudenza congiunte. Si tratta di un lavoro di generazioni. Iniziato dai più consapevoli tra i giusliberisti (45), e portato avanti con una profondità e una completezza a tutt'oggi incomparabili da Gény, è continuato, con contributi pur sempre troppo scarsi, soprattutto nei paesi di lingua francese e tedesca, non senza un apporto (basta pensare a Pound) del mondo anglosassone. In Italia, mancando una radicata consapevolezza della libertà giurisprudenziale, mancano ancora adeguate ricerche condotte sul metodo e secondo il metodo critico.

Non si è giunti, e non è probabile si giunga presto, ad una metodologia operativa comune. Intanto, lo stesso momento di libertà rispetto al diritto positivo introduce possibilità di variazioni personali, ampliate come vedremo dal tipo delle discipline e dei contenuti che a questa libertà si propongono per la sua opera di integrazione. Inoltre, dato il carattere solo teleologico della definizione di giurisprudenza su cui sembra possibile ottenere un accordo pressochè generale, è pensabile una legittima pluralità di metodologie sostanzialmente equivalenti, tra le quali sia entro certi limiti impossibile stabilire un ordine preferenziale oggettivo. Infine, ogni ordinamento storico richiede un suo metodo giurisprudenziale. I requisiti del migliore e del possibile riguardano anche la metodologia giuridica. Questa, quali che siano le sue conquiste teoretiche, deve, nel considerare la propria messa in opera, tener conto dei postulati, eventualmente dei pregiudizi di un determinato ambiente. La raggiunta dimostrazione della non rigorosa logicità di taluni procedimenti della 'logica' giuridica non autorizza senz'altro ad abbandono

astratto di fronte alla mole degli edifici innalzati dalla *Begriffsjurisprudenz.*

(45) Vedi sopra, cap. III, § III.3.

narli nell'attività giurisprudenziale destinata a svolgersi in un ambiente tenacemente attaccato alle illusioni del legalismo. Qui la migliore possibile giurisprudenza dovrà verosimilmente assumere, almeno in un primo tempo, la fisionomia di una scienza 'non scientifica', o meglio di una scientifica scienza del sofisma, quale è appunto la giurisprudenza logicista se praticata lucidamente (« criptosociologicamente » avrebbe detto Fuchs) in considerazione dei pregiudizi ambientali (46). Oggi, ad esempio, la motivazione apertamente 'libera' (cioè valutativo-sociologica) di un'interpretazione, di una sentenza, è possibile in Germania, sconsigliabile in Italia. È invece sicuramente possibile, in Italia, parlare di 'interpretazione evolutiva', che come sappiamo è uno dei tanti termini per indicare l'interpretazione-integrazione del diritto positivo alla luce del diritto libero (cioè semplicemente la giurisprudenza) oscurando per quanto possibile il momento di libertà (47).

(46) È questo omaggio al requisito del possibile che ha portato alle metodologie, più rassegnate che 'ipocrite', del tipo di quella delineata da WÜSTENDÖRFER, *RW* (cf. sopra, cap. III n. 279).

(47) È motivo di sempre nuova sorpresa osservare l'influenza esercitata sul mondo giuridico dalla carica rassicurante o inquietante acquisita da certe parole. Così, al I Congresso nazionale dell'Unione Magistrati Italiani svoltosi dal 20 al 23 maggio 1966 a Terracina, si è ancora una volta (relazione E. DANZI - N. LIPARI, su *La Magistratura e gli altri poteri dello Stato nel vigente ordinamento costituzionale*, p. 17 dell'estratto) esorcizzata « ogni vagheggiata evasione verso il così detto diritto libero, da non confondersi con quella interpretazione evolutiva che è apparsa sempre il mezzo più adatto per ancorare il diritto alla storia e favorirne l'adattamento ad una realtà che è in perpetuo evolversi ». Anche F. TRORTA, nella sua comunicazione su *Il legislatore, la legge e il giudice*, pregevole per alcuni spunti di confutazione della teoria dell'assoluta irrealtà della legge, concede al giudice « libertà d'interpretazione... nei limiti che la norma traccia e nell'ampiezza, a volte sconfinata, che la norma consente; ed anche... libertà d'interpretazione al lume della realtà sociale che sempre si rinnova... Interpretazione storico-evolutiva appunto, sulla quale non vi sono e non vi possono essere contrasti » (p. 11 dell'estratto; spaziature mie). Respinge invece la dottrina « della c.d. scuola di diritto libero » (p. 12), e con ragione, poichè essa viene preventivamente ridotta alla solita tesi - testa di turco del giudice che può, *ad libitum*, far dire alla legge chiara il contrario di quello che dice.

Anche il precedente XII Congresso nazionale dell'Associazione Nazionale Magistrati Italiani (Brescia-Gardone, 25-28 settembre 1965), seb-

B. Le facoltative o necessarie variazioni al livello della metodologia concreta, operativa, non impediscono tuttavia di delineare, sia pure in modo puramente formale, una metodologia generale che teorizzi lo stesso fatto delle variazioni come una tra le costanti di cui tener conto. Senza voler andare oltre un inizio di partecipazione al lavoro (lavoro, come ho detto, di generazioni) compiuto e da compiere, accennerò quindi ad alcuni criteri di massima che, in quanto risultanti da tutta la ricerca fin qui condotta, mi sembra possano valere, almeno per noi, come punti fermi sui quali fondare una futura costruzione.

Dalla definizione funzionale della giurisprudenza come ricerca del migliore possibile diritto per l'azione, in altri termini come elaborazione, alla luce del diritto 'naturale', della norma positiva in vista dell'azione, e dell'azione in vista della norma positiva, discende che l'*organon* giurisprudenziale dovrà comprendere le conoscenze relative al diritto 'naturale', alla norma positiva e all'azione; conoscenze da non considerare, beninteso, come tra loro separate, ma come compresenti, tutte, in ogni singolo atto di formulazione del diritto.

a) Il diritto 'naturale', comprendendo l'insieme dei criteri di valutazione e degli strumenti di perfezionamento, è com-

bene aperto da una relazione di G. MARANINI sul tema *Funzione giurisdizionale ed indirizzo politico nella costituzione* che, discutibile talvolta nei dettagli, presentava tuttavia con esattezza la posizione giusliberista (si vedano in particolare le precisazioni dell'autore nella replica a G. Leone su *La Stampa*, riportate nel volume con gli *Atti e commenti* del Congresso [1966] 381 s.), non ha dedicato poi al tema della necessaria interpretazione-integrazione 'libera' della legge approfondimenti significativi; nella mozione finale sull'argomento, approvata per acclamazione, si è limitato (cf. *Atti cit.*, 310) a dichiararsi « decisamente contrario alla concezione che pretende di ridurre l'interpretazione ad una attività puramente formalistica indifferente al contenuto ed all'incidenza concreta della norma nella vita del paese », mostrando però di intendere come antitesi del formalismo semplicemente « un'applicazione della norma conforme alle finalità fondamentali volute dalla Costituzione »: quasi che il problema della necessaria libertà dell'interprete non si potesse anche nei confronti della legge costituzionale.

(Ho potuto prendere visione degli scritti citati in questa nota grazie al cortese interessamento del dott. G. De Matteo, Segretario generale dell'Unione Magistrati).



posto in realtà di più strati. Due, fondamentali, ne abbiamo già distinti in precedenza: strato dei criteri di valutazione ultima, etici o culturali, oggetto di ricerca embrionalmente o spiegatamente filosofica; strato dei criteri di valutazione tecnico-giuridica (relativi a come debba essere il diritto 'fatto bene'). Gran parte della « technique » di Gény rientrerebbe in quest'ultimo strato, se considerata non come già realizzata nel diritto positivo, ma come da utilizzare per elaborarlo, inventivamente, nel senso del migliore (qui: del più efficiente) diritto.

Questa molteplicità rende necessario, mi pare, separarci dal termine 'diritto naturale', almeno nel significato che, in omaggio alla corrente e scorretta contrapposizione globale diritto positivo-diritto naturale, gli abbiamo fin qui attribuito. Come è noto, Gény distingue, tra gli stessi valori culturali, due strati: quello « razionale » e quello « ideale », e propone di chiamare diritto 'naturale' solo il primo, costituito tutto da evidenze inconfutabili e perenni. La proposta, che poggia su un terreno filosofico non difficile a riconoscersi, mi pare da accogliere almeno nel suo significato restrittivo: quello cioè per cui tende ad evitare che nel diritto 'naturale' vengano comprese aspirazioni intuitivo-sentimentali della coscienza, modelli e criteri di perfezionamento e di affinamento magari largamente condivisi ma contingenti, o da riservarsi alla scelta vocazionale dei singoli. Una limitazione del 'naturale' al rigorosamente 'razionale' sembra, insomma, opportuna, quale che sia poi la fiducia che si abbia nell'esistenza, nell'estensione, nell'utilità concreta, nella stessa giuridicità specifica di questo fascio di evidenze prime della ragione pratica (48). Al disotto dei due strati descritti vi è poi ancora uno strato di 'finalità intermedie', più concretamente determinate e insieme suscettibili di incontrare un ampio consenso anche in mancanza di accordo sui presupposti di fondo. Il termine 'diritto naturale' non si attaglia infine, come ho accennato, alle conoscenze di tecnica giuridica.

---

(48) Personalmente sarei, anzi, in dubbio perfino sull'opportunità dell'uso del termine 'naturale' per queste evidenze razionali: cf. lo scritto citato sopra, cap. III n. 503, di cui attenuerei oggi su alcuni punti il rigorismo.

Sorge allora il problema di come designare l'insieme dei criteri di valutazione, che ho qui evocato sommariamente nella prospettiva di Gény, ma che dovrebbe presentarsi in modo ben altrimenti articolato se si volesse tener conto di tutti i suggerimenti (48 a) desumibili dalle diverse concezioni giuridiche e filosofiche. I termini vetusti di 'giustizia', di 'equità', sono, mi pare, o troppo bonari, equivoci, evocatori di giudizi puramente intuitivi, o, se usati in un qualche senso preciso (la giustizia, per esempio, come uguaglianza; l'equità come 'giustizia del caso singolo'), troppo limitati. 'Diritto metapositivo', 'diritto libero' sembrano denominazioni più felici. Soprattutto 'diritto libero' riesce ad evocare, oltre all'importante aspetto della libertà, quello della complementarità (che è distinzione, ma non trascendenza radicale) rispetto al diritto positivo. Quest'ultimo aspetto potrebbe rendersi anche più direttamente contrapponendo al diritto positivo un diritto 'integrativo' o 'complementare'; ciò che avrebbe inoltre il vantaggio di eliminare quanto la parola 'libero' ha di inquietante per coloro i quali si ostinano a non ammettere che la libertà è lasciata proprio dal diritto positivo, e che riconoscerla apertamente significa portare a limitarne l'arbitrio, a circondarla di garanzie. 'Diritto integrativo' rischia però, a mio parere, di nascondere la necessità che la ricerca critica del 'migliore' diritto sia svolta dal giurista anche profeticamente e per se stessa, non solo occasionalmente e sussidiariamente. Ciò, intanto, perchè la profetia giuridica e la formulazione dello *ius condendum* sono attività di vitale importanza cui il giurista positivo deve più di altri dedicarsi; e soprattutto perchè solo poggiando su una ricerca approfondita l'integrazione (unico compito spettante di stretta necessità al giurista positivo in quanto tale) avrà vero e durevole valore, offrirà sufficienti garanzie. Oggettivamente, direi che i pregi come i difetti delle tre migliori denominazioni ('diritto metapositivo', 'diritto libero', 'diritto integrativo') si bilanciano; adotterò qui la seconda, che meglio delle altre evita l'idea di un diritto già costituito e univoco, da applicarsi come il diritto positivo; che può collegarsi con i termini 'giusliberismo', 'giusliberista'; e che ricorda, in modo stimolante,

(48-a) Per un breve elenco vedi ad esempio sopra, 342-345.

il punto di emergenza storico dell'affermazione sistematica dell'incompletezza di ogni diritto positivo.

b) È da tenere presente però che, se contrapposto globalmente al diritto positivo, il diritto libero non si riduce alla conoscenza dei criteri di valutazione in sé, ma implica la loro messa in opera, la loro formulazione in vere e proprie norme (sia pure non positive) capaci di regolare con giuridica fermezza dei comportamenti precisamente individuati; la ricerca del diritto libero include, quindi, una ricerca sull'azione integrativa di quella che è comunque necessaria per la conoscenza delle fattispecie contemplate dal diritto positivo e per la stessa individuazione di quest'ultimo inteso come diritto effettivo, norma dell'azione, *law in action*.

Non è qui il luogo per esplorare a fondo (e insieme limitare) le dimensioni di questa ricerca. Certo è che la bontà di una norma dipende in modo determinante dalla bontà della conoscenza che si abbia del fatto normato. Non è pensabile, ad esempio, una buona legislazione (o una buona giurisprudenza integrativa) sulla famiglia o sulle società per azioni non preceduta da ricerche sociologiche, psicologiche, economiche sulle stesse materie. E spesso le manchevolezze della norma dipendono da lacune nella conoscenza dei fatti regolati più che da errori nella scelta dei criteri di valutazione. Di qui l'importanza del sottoporre a garanzie scientifiche la troppo spesso dilettesca o tendenziosa indagine sull'azione. Ciò stabilito, resta da avvertire che l'azione, in quanto globalmente contrapposta alla norma giuridica, non si esaurisce nella puntualità di singoli atti o accadimenti storici da 'sussumere', ma comprende essa stessa delle regolarità (le leggi stabilite dalle scienze naturali ed umane), delle norme (diritto 'spontaneo', diritto degli ordinamenti diversi dallo Stato, norme non giuridiche) e dei valori storicamente accettati. Il legislatore, il giurista si trovano, in tal modo, il compito normativo in parte già preparato.

È chiaro che nella ricerca sull'azione tutte le scienze possono, prima o poi, essere chiamate a servire. Tra quelle di più diretta e costante utilità vanno indicate la sociologia, la psicologia, l'economia: tanto nel loro aspetto di conoscenze di leggi e di tipi quanto in quello di conoscenze di indi-

vidualità storiche (questa società, questa psiche, questo apparato produttivo). Vedremo subito che nel loro secondo aspetto esse risultano indispensabili, tra l'altro, per il riconoscimento della norma effettiva. Come già nella terminologia di alcuni autori giusliberisti (49), si può, per comodità, indicare con il nome unico di 'sociologia' (dato il carattere in certo senso onnicomprensivo di questa scienza) l'insieme delle conoscenze relative all'azione. Una vera e propria miniera di informazione 'sociologica' che il giurista è per primo in grado di sfruttare si trova nel ricco materiale casistico offerto (malgrado i troppi « *Omissis* »!) dalle raccolte di sentenze: l'abitudine di limitare lo studio ai dispositivi o magari alle massime riduce grandemente l'utilità di questa assidua, cruda illuminazione dei fatti umani meritoriamente assicurata dalle indagini giudiziarie.

c) Tra la sfera valutativa e la sfera sociologica si colloca il terzo, e principale, oggetto della conoscenza giurisprudenziale: la sfera del diritto positivo. Come sappiamo, essa non coincide senz'altro con quella legale (nella quale ovviamente rientra, ai fini del nostro discorso, ogni tipo di costituzione scritta). Pluralità di fonti formali, pluralità di tipi di norme, pluralità di tipi e gradi di esistenza positiva: un quadro assai complesso, di fronte al quale i due problemi principali sono quello di accertare quale sia, nella concorrenza delle fonti, la norma dotata di esistenza positiva (problema del riconoscimento), e quello di accertare quale contenuto normativo essa abbia (problema dell'interpretazione).

Nel primo ambito il criterio finale (anche se non esclusivo) ci è parso (50) dover essere quello dell'effettività, intesa come verosimile capacità di ottenere obbedienza nel presente. Il migliore diritto possibile è appunto, in ultima analisi, il migliore diritto effettivo. L'accertamento dell'effettività, quando non sia compiuto presuntivamente sulla base della validità formale della norma, spetta alla 'sociologia', principalmente nel suo aspetto di conoscenza di individualità: si tratta

(49) Vedi sopra, cap. III n. 459.

(50) Vedi sopra, cap. IV, § II.3.

di sapere quale norma sia effettiva in un dato ambito di persone, e nel presente.

Un corollario importante della concezione della positività qui adottata è che il giurista, nel calcolare il grado di positività-effettività delle varie statuizioni, interpretazioni e opinioni in cui la norma si manifesta, può e forse deve mettere in conto anche il peso eventuale della sua autorevolezza e della sua enunciazione del diritto come fattore di positivizzazione. Supponiamo che il diritto positivo comporti, per un dato problema pratico, una serie di soluzioni possibili tra le quali  $D$  sia la più vicina all'ideale  $d$  del giurista. In una prospettiva che riferisca la formulazione del migliore possibile diritto al tempo  $t$  in cui il giurista esamina il diritto positivo senza aver reso pubblica la propria opinione, il giurista dovrà enunciare come diritto positivo la soluzione  $D$ . Immaginiamo adesso una soluzione  $D_1$  ancora più vicina a  $d$ , ma priva dell'effettività necessaria perchè possa considerarsi diritto positivo. E supponiamo che l'autorevolezza del giurista — e insieme la rispondenza di  $D_1$  ai bisogni della vita — sia tale, che  $D_1$ , se enunciata dal giurista, abbia grande probabilità di affermarsi, divenga cioè effettiva. In una prospettiva che riferisca la formulazione del migliore possibile diritto al tempo  $t_1$  in cui viene resa pubblica l'opinione del giurista, questi dovrà enunciare come diritto positivo la soluzione  $D_1$ . E in questa prospettiva il suo atto non sarà politica del diritto o progettazione dello *ius condendum*, ma proprio giurisprudenza nel senso di scienza giuridica positiva, scienza del migliore possibile diritto: poichè in  $t_1$  (che per l'enunciante sarà appunto il 'presente') l'area del possibile si sarà allargata a comprendere anche  $D_1$  (51).

(51) Il problema ha delle analogie con quello che sorge quotidianamente quando ci viene chiesto... che ora è. Quale la risposta 'vera': quella riferita al momento in cui la domanda è stata fatta, quella riferita al momento in cui guardiamo l'orologio, o quella riferita al momento in cui la nostra risposta (che ha una certa durata) giunge all'orecchio dell'interlocutore? Oppure si pensi al medico che nel rassicurare un malato grave non mente se ritiene che il malato, qualora rassicurato, abbia reali probabilità di migliorare. Lasciando le analogie: è ben noto ai sociologi il fenomeno delle diagnosi che influiscono sulla situazione che viene diagnosticata; il diritto, come parte del mondo sociale,

Nell'ambito dell'interpretazione (52) non sembra possibile tracciare, alla luce delle riflessioni fin qui svolte, direttive univoche. Occorre anzi ripetere (53) che la definizione funzionale, da noi accolta, della giurisprudenza non impone questo o quel tipo di interpretazione (l'interpretazione teleologica, ad esempio, piuttosto che quella filologica, l'interpretazione 'oggettiva' piuttosto che quella 'storica', l'accettazione o il rifiuto dell'analogia o della costruzione produttiva); impone solo di scegliere la metodologia che globalmente si presume conduca al migliore possibile diritto, e di sceglierla nella consapevolezza che essa può forse contemplare singole operazioni aventi carattere rigorosamente logico-formale, ma nel suo insieme non può fare a meno di prevedere considerazioni 'libere' di natura valutativo-sociologica. Ogni aumento settoriale di rigore logico-formale, traducendosi necessariamente in un più netto ed esteso riconoscimento della indeterminatezza, polisemia, contraddittorietà, antiquatezza, lacunosità della norma positiva, esige come corrispettivo un aumento di 'libertà' manifesta, che è quanto dire di rigorosa filosofia e di rigorosa sociologia (e può essere introdotto solo se questo aumento di 'libertà' appaia tollerabile dal mondo giuridico). Ad esempio: chi, in nome di una più rigorosa verità interpretativa, voglia escludere l'interpretazione teleologica, l'interpretazione 'oggettiva' e l'analogia, dovrà poi ampliare al massimo la parte di integrazione apertamente 'libera' della norma concessa — anzi richiesta — al giurista; chi invece ammette l'interpretazione teleologico-'oggettiva' e l'analogia potrà ridurre in confini apparentemente ristretti l'integrazione 'libera'; e così

---

non fa eccezione. Le idee sviluppate nel testo riprendono quelle di SCHMITT e di REICHEL citati sopra, cap. III n. 471; cf. anche WURZEL, *Sozialdynamik*, e ROSS, *DG* 46, con rinvii.

(52) Uso qui il termine, per semplificare l'esposizione, in senso latissimo, comprendendovi anche tutti i procedimenti di 'autointegrazione' della norma, quali la 'logica giuridica' e la 'costruzione' della giurisprudenza legalista.

(53) Su quanto segue vedi più ampi svolgimenti sopra, cap. III, spec. 265-267 e 275-277 (relativa irrilevanza delle prese di posizione su settori dell'attività giurisprudenziale, in particolare sull'interpretazione). Cf. 293 s. (analogia); 297 pr. (induzione); 317 (costruzione).

via. L'essenziale è che là dove si usano procedimenti interpretativi non rigorosamente logici in senso formale questi vengano usati sotto la guida e il controllo della filosofia e della sociologia; e che l'uso di procedimenti interpretativi rigorosamente logici in senso formale sia completato dall'aperto ricorso alla filosofia e alla sociologia.

Le implicazioni del punto di vista ora esposto si intuiscono facilmente. Risulta anzitutto ammissibile, al limite, anche una metodologia 'eclettica' od 'opportunistica' (naturalmente in senso buono!), la quale non preconizzi certi procedimenti in sé, come presumibilmente più vantaggiosi, bensì quei procedimenti che volta a volta si rivelino più vantaggiosi in concreto: suggerisca cioè di stabilire prima, vagliando il dato positivo sul piano filosofico-sociologico, il migliore possibile diritto per ogni singola fattispecie in esame, e di scegliere poi i procedimenti in funzione del risultato (54).

In secondo luogo si chiarisce come nell'ambito della metodologia giurisprudenziale la stessa scelta del rigore logico-formale sia atto di politica giuridica prima ancora che omaggio all'ermeneutica o alla logica, perchè tale scelta non può essere mantenuta che settorialmente, e nessuna presa di posizione metodologica settoriale può compiersi al di fuori di una metodologia che si assuma la responsabilità globale di adeguare l'eterno compito spettante alla giurisprudenza nel processo giuridico. Il confine tra interpretazione e integrazione diviene allora problematico, perchè il diritto libero (inteso qui particolarmente come teoria del metodo) si richiede non solo e non tanto per integrare una norma positiva già nota, ma fin dalle prime scelte ermeneutiche cui è legata la conoscenza che si verrà ad avere della norma; l'integrazione 'libera' avviene insomma, ancora una volta, non soltanto dopo la presa di conoscenza del dato positivo, ma già prima di essa (e per

(54) Una simile, eclettica 'metodologia del risultato' è quella già praticamente seguita dalla grandissima maggioranza dei giuristi e soprattutto dei giudici: si tratta però di rendere criticamente consapevole, e quanto più possibile scientificamente fondata e controllata, la scelta del risultato.

lo più, ad onta di ogni rigorismo ermeneutico, anche in essa).

Concludendo queste brevi, iniziali note di metodologia: la funzione oggettivamente spettante alla giurisprudenza nel processo giuridico le richiede la conoscenza del migliore possibile diritto per l'azione. Tale triplice conoscenza si articola: *a*) in filosofia (come elaborazione critica, e tuttavia necessariamente personale, di una visione del mondo e dei valori) e in tecnica giuridica (come studio del diritto 'fatto bene'); *b*) nelle varie scienze dell'azione che abbiamo compreso sotto il nome di sociologia; *c*) in riconoscimento e interpretazione del diritto positivo. Filosofia (e tecnica) e sociologia, giudizi di valore e giudizi di fatto uniti a formare il diritto libero, non sono un arbitrio o un lusso che voglia concedersi una *megalomaniac jurisprudence*; l'incompletezza del diritto positivo in sè, e la necessaria completezza del diritto per l'azione, fanno sì che l'interpretazione del diritto positivo possa isolarsi solo concettualmente: in realtà essa è compresa e trascesa nell'elaborazione giurisprudenziale globale, che è inscindibilmente avvalorazione, adattamento all'azione e interpretazione del diritto positivo. La giurisprudenza non finisce là dove iniziano filosofia e sociologia, là dove ha termine il diritto positivo e inizia il diritto libero: una simile linea di confine non esiste in concreto. La giurisprudenza finisce, piuttosto, là dove il diritto positivo-libero sfuma nel diritto libero puro, lo *ius conditum et adhuc condendum* nello *ius condendum tantum*.

5. La delineata funzione della giurisprudenza, l'elenco delle conoscenze che le si richiedono, la stessa possibilità del giurista di regolarsi in anticipo sulle modificazioni oggettive prevedibilmente connesse con il suo enunciare il diritto, sono tre elementi che tutti concorrono nel diminuire, rispetto alla visione corrente, le distanze tra il legislatore e il giurista (giudice e non), come pure tra il giurista 'teorico' e il 'pratico', accomunandoli in un concetto analogicamente unitario di giurisprudenza come attività (55).

---

(55) Questa è già la posizione di molti rappresentanti del giuslibe-



È subito necessaria una precisazione. Avvicinare le attività non significa di per sè avvicinare i risultati, i prodotti (legge, sentenza, opinione giurisprudenziale) e il loro posto o la loro autorità nella vita del diritto; significa avvicinare le operazioni mentali che ad essi conducono, non senza tener conto dei riflessi che su tali operazioni possono avere la natura e l'autorità dei prodotti stessi.

Il confronto può farsi anzitutto partendo dalla generalissima definizione funzionale di giurisprudenza precedentemente adottata. Non vi è dubbio che l'attività del legislatore vi rientra: anch'egli ricerca e formula il migliore possibile diritto. La sua differenza dal semplice giurista è che egli può contare di solito (ma non sempre: le 'grida' manzoniane non sono un caso isolato) su una propria maggiore autorità: per cui l'area del possibile gli si presenta, almeno nel tempo  $t_1$  dell'enunciazione (56), come più estesa. Ciò implica che egli possa indicare come diritto positivo (ossia, ricordiamolo, come diritto verosimilmente capace di ottenere obbedienza) in  $t_1$  un diritto più vicino a quello ritenuto ideale: per cui il diritto formulato dal legislatore è, o dovrebbe essere, 'migliore' di quello contemporaneamente formulato dal giurista. Tuttavia nessun legislatore è onnipotente: a parte i limiti di ordine costituzionale o democratico degli Stati di diritto, c'è — come meglio vedremo tra breve — il limite posto dall'intero *corpus* legale già valido, che lo stesso autocrate non può abolire di colpo e all'interno del quale deve collocarsi la sua statuizione; e ci sono i limiti insiti nell'ordinamento effettivo e nelle condizioni storiche (culturali, economiche ecc.) della società. Se invece il legislatore, o non ricerca il migliore diritto, o non tiene conto del possibile, è chiaro che non fa giurisprudenza, bensì prevaricazione o utopia; ma queste stesse cose può fare anche il privato, con ciò, s'intende, perdendo per definizione la sua qualifica di giurista positivo. Non è impensabile, allora, una distinzione tra legislatore 'positivo' e legislatore utopista o profeta.

---

rismo, per esempio di EHRlich, di LAMBERT, di GÉNY soprattutto in *ST*. Cf. anche gli autori citati sopra, cap. III n. 440 e 452.

(56) Vedi sopra, 540.

Considerazioni simili valgono, sempre al livello della ricerca della norma generale, in merito al rapporto tra l'attività del giudice autorizzato a dare un'interpretazione autentica e l'attività del giurista che emette il semplice suo parere sulla stessa questione; oppure, al livello della ricerca della norma individuale, in merito al rapporto tra l'attività del giudice che emette una sentenza inimpugnabile e l'attività del giudice nelle prime istanze o del semplice giurista. Anche qui si tratta di uno stesso tipo di ricerca — quella giurisprudenziale del migliore possibile diritto — che può portare a formulare contenuti parzialmente diversi in previsione della diversa incidenza delle due pronunce, in  $t_1$ , sull'area del possibile. Si ritiene di solito che l'ulteriore differenza tra il 'teorico' e il 'pratico' stia nel perseguire il primo la costruzione dogmatica e sistematica, non indispensabile al secondo. In realtà, o la costruzione serve realmente a trovare il migliore possibile diritto, si inserisce vitalmente nella duplice direzione del processo giuridico, e allora ne ha bisogno — e deve farla — anche il pratico (57); o non serve a quel fine, e allora è semplice evasione nel vagheggiamento accademico delle idee oppure utile — se modesto — apparato didattico. Nell'impostazione adottata non si riesce, anzi, a vedere troppo chiaro perchè il giurista dovrebbe dedicarsi alla costruzione dogmatica (salvo che per fini didattici) più del legislatore.

Insomma, ferma restando l'identità delle attività rispettive prese nella loro definizione funzionale, le differenze tra il legislatore e il giudice ultimo da un lato, e il giurista privato

(57) Solo se il tempo per elaborarla personalmente gli manca può prenderla a prestito — criticamente — dal 'teorico'; ma allo stesso modo può e deve prendere a prestito dal teorico una casistica fondata su meditate considerazioni valutativo-sociologiche. Non vi è motivo (e lo dimostrano la giurisprudenza romana come la comune e l'anglosassone) per riservare ai 'teorici' la costruzione, ai giudici la casistica; i 'pratici' si distinguono dai 'teorici' solo per l'urgenza di decidere, che rende o può rendere occasionalmente meno accurata, ma non diversa nei compiti e nei metodi, la loro giurisprudenza. Gli uni e gli altri si adoperano a preparare norme individuali partendo dalle norme generali, e a preparare norme generali partendo dalle norme individuali e dall'azione; i criteri della individualizzazione e della generalizzazione sono identici tra loro, come presso 'teorici' e 'pratici'.

dall'altro, riguardano più il piano della esistenza, dell'autorità delle loro opinioni che quello del modo e dei metodi con cui queste si formano; mentre su quest'ultimo piano la linea di confine passa piuttosto tra il legislatore da un lato, e il giudice e il giurista dall'altro; ma su entrambi i piani — e segnatamente su quello metodologico — le differenze sono meno di natura che di grado. Se diamo al termine 'legislatore' il significato non di organo costituzionale ma di 'elaboratore, inventore di nuovo diritto', tutta la nostra ricerca ci rende avvertiti che il giurista, giudice o non giudice, non è mai esonerato dal compiere le operazioni mentali richieste per la legislazione. Non per nulla sono apparse imprescindibili, nell'elenco delle conoscenze occorrenti al giurista, la filosofia, la tecnica giuridica e la sociologia, ossia gli elementi tipicamente necessari all'attività legislativa, che non può non fondarsi su certe tavole di valori culturali e tecnici e su una conoscenza il più completa possibile dell'azione.

Meno a lungo ci siamo trattenuti sull'aspetto per cui la legislazione è, o dovrebbe essere, anche giurisprudenza nel senso più ristretto del termine; sull'aspetto cioè per cui un'attività interpretativa vera e propria è presupposto e momento necessario del legiferare. In realtà, sempre che vi sia già un *corpus iuris*, il legislatore non può ignorarlo se vuole che la legge abbia esattamente il risultato di integrazione o di modificazione desiderato; e nell'esaminarlo non si limiterà, di solito, a una ricognizione sui testi legali: si preoccuperà, proprio come il giurista, delle loro interpretazioni, delle loro incidenze reali, e in genere del diritto effettivo. Ma anche al livello dei testi l'unità e la coerenza devono rispettarsi, altrimenti non avrebbe senso postulare la validità delle stesse norme legali (tutte). Per cui la coerenza deve essere cercata o prima (in sede di preparazione della legge) o dopo l'entrata in vigore della legge stessa; ma non può non essere cercata; e il processo mentale con cui la si verifica è lo stesso sia per il legislatore nei confronti della legge ipotetica che per l'interprete nei confronti della legge reale (58). Lo stesso vale di altre caratteristiche della legge

(58) Cf. SCARPELLI, *PG* 145: per la possibilità del positivismo giuridico si richiede «l'impiego nella produzione delle norme giuridiche

che sono indispensabili al suo reggere l'azione (come l'avere un senso preciso, e rispondente all'intento normativo; il riferirsi a situazioni possibili in quel momento storico). Per cui la legislazione come attività è, in una sua parte essenziale, uno sforzo di interpretazione anticipata: si comincia a fare sulla legge progettata ciò che l'interprete farebbe sulla legge promulgata (59). È questo del resto il motivo per cui tanto spesso le leggi vengono redatte con il consiglio o addirittura per mano di giuristi, sono cioè norme giurisprudenziali almeno 'indirette'.

Questa attività di interpretazione anticipata della legge nuova non è però la sola attività interpretativa che la legislazione implica. A ben guardare, la risposta del legislatore a un problema dell'azione è data dal *corpus* legale nella sua totalità, *corpus* che ogni singola legge e norma di legge presuppone. Si pensi a come sarebbe diversa la norma di legge emanata per una particolare materia, se non potesse contare sul (previamente interpretato) *corpus* legale esistente. La norma nuova viene quindi dalla considerazione globale di quel *corpus*, anzi, come ho già accennato, dalla considerazione dell'intero *corpus iuris*, ivi compreso il diritto semplicemente effettivo; e tale considerazione (che è interpretazione e valutazione) globale può pensarsi, se si parte dall'ipotesi del legislatore vigile, come in atto anche là dove il legislatore non intervenga con nuove norme. Se, davanti a un problema dell'azione, egli non legifera, ciò significa che egli ritiene la legislazione esistente, nel quadro del *corpus iuris* positivo, il migliore possibile diritto. Se invece

di una buona tecnica che vi immetta significati abbastanza precisi e costanti e faccia così delle norme un adeguato punto di partenza per un trattamento giuspositivistico scientifico e pratico. La più urgente azione di difesa del positivismo giuridico... andrebbe condotta... sul terreno della tecnica nella produzione delle norme giuridiche». In altri termini, il positivismo giuridico (inteso come assoluto primato della legislazione sulla giurisprudenza) non può essere difeso che saturando il più possibile l'attività legislativa di attività giurisprudenziale.

(59) Si veda il lucido passo di L. KNAPP, *System der Rechtsphilosophie* (1857) 220, sui rapporti tra redazione e interpretazione della legge: la prima è solo previsione della seconda, questa «wieder-aufrollendes Rückschauen auf die Redaction».

legifera, egli mostra di ritenere che il migliore possibile diritto sia quello stesso *corpus*, integrato o riformato su qualche punto dalla nuova legge. La politica legislativa è fatta anche di astensioni, di conferme: e in queste il momento interpretativo appare con particolare evidenza. Ma esso è implicato anche dall'attività inventiva che presiede alla produzione di nuove leggi (sì che questa non si svolge mai allo stato 'profetico' puro): da un lato infatti l'innovazione stessa presuppone, come si è detto, la conoscenza delle norme da integrare e da sostituire; e d'altro lato all'innovazione si accompagna inseparabilmente la *conferma*, in tutti o in alcuni dei loro significati possibili, delle norme rispetto a cui il legislatore non innova, soprattutto di quelle più direttamente necessarie a che la norma appena posta raggiunga i suoi scopi.

Ecco allora che il passaggio dalla giurisprudenza positiva alla progettazione dello *ius condendum*, pur mantenendosi nei termini indicati al § 3, appare più chiaramente come non discontinuo: perfino il legislatore, di cui il giurista che progetta lo *ius condendum* riproduce ipoteticamente in sè l'attività, non si applica a formulare un diritto tutto nuovo, ma anch'egli a suo modo elabora uno *ius conditum et adhuc condendum*. La giurisprudenza e la legislazione si prolungano oltre il tracciato consueto dei rispettivi confini, l'una nell'altra; la zona in cui il diritto positivo-libero sfuma nel diritto tutto libero (cfr. sopra, § 4 i.f.) appare situata a l d i l à della stessa legislazione 'positiva'.

I principali punti di contatto, fin qui individuati, tra giurisprudenza e legislazione possono ormai ripercorrersi sinteticamente: *a*) la definizione funzionale dell'attività giurisprudenziale e dell'attività legislativa è identica; *b*) giurista e legislatore, ognuno al proprio posto nel processo giuridico, hanno interamente in comune, e svolgono con identica metodologia, la ricerca del migliore diritto in senso assoluto; *c*) entrambi devono poi scegliere il diritto migliore all'interno del possibile, che rilevano con gli stessi metodi di riconoscimento e di interpretazione delle norme positive e di diagnosi sul sociale.

Calcolata con tali metodi l'area del possibile risulta, soprattutto in riferimento al tempo  $t_1$  dell'avvenuta enunciazione, ov-

viamente più estesa per il legislatore: il suo potere sul diritto legale è, teoricamente, illimitato; il suo potere sul diritto effettivo, maggiore di quello del giurista. Tuttavia nè il primo nè il secondo potere possono esercitarsi senza l'interpretazione; e quanto al secondo, chi abbia approfondito i motivi dell'affermarsi della norma giurisprudenziale sulla legge è facilmente in grado di stimare fino a che punto tale potere dipenda, oltre che dall'investitura formale, dall'autorevolezza 'personale' (carisma, popolarità) del legislatore stesso, dai valori di contenuto — culturali e tecnici — della norma, dalla bontà dello studio condotto sull'azione e così via.

Vi sarà dunque una differenza tra le enunciazioni del diritto da parte del giurista e del legislatore, differenza proporzionale alla diversa estensione del possibile per l'uno e per l'altro; ai nostri fini non interessa tanto stabilirne l'entità (variabile, e generalmente minore di quanto sembri), bensì l'aver accertato come essa non implichi — salvo una ragionevole accentuazione in senso volontaristico presso il legislatore, su cui torneremo — la radicale diversità di natura delle operazioni compiute.

Segue da tutto questo che le considerazioni elaborate in due illustri tradizioni indipendenti di pensiero, quali la teoria della giurisprudenza e la dottrina politica, sui criteri e doveri rispettivamente del buon giurista (in particolare del giudice) e del buon legislatore possono essere utilizzate congiuntamente, sia nell'uno che nell'altro campo. Così, i problemi di teoria dell'interpretazione e di teoria delle fonti riguardano anche il legislatore. Un legislatore che aderisse alla teoria storico-filologica dell'interpretazione dovrebbe, per esempio, intervenire non appena ritenesse positivizzabile una norma migliore di quella che la legge filologicamente contiene; un legislatore che ammetta l'interpretazione 'oggettiva' potrà invece regolarsi, per le sue innovazioni, sul *corpus iuris* 'oggettivamente' interpretato. Un legislatore formalista baderà solo al *corpus* legale; un legislatore effettivista si preoccuperà di integrare il *corpus* effettivo, quali che ne siano le fonti, e di integrarlo con norme che possano aspirare a divenire anch'esse effettive. Ancora: taluni criteri suggeriti al giudice per interpretare e integrare la

legge lacunosa (quali la considerazione degli interessi, la natura della cosa, il diritto naturale, il sentimento del giusto) possono servire come altrettanti raggugli e motivi di ispirazione e limiti per il buon legislatore e quindi come altrettanti elementi di una scienza della legislazione (60). Al tempo stesso occorre riconoscere significato pregnante alla formula del codice svizzero secondo cui l'impegno del giurista, esauriti i criteri offerti dalle diverse componenti del diritto positivo, è di decidere come se fosse lui il legislatore: il giurista può e deve coltivare in sé la visione 'politica' dei problemi (da non confondere con quella partitica in senso deteriore, anche se sul piano giuridico-positivo tutti i criteri per colmare le lacune sono per definizione consentiti ed equivalenti).

In conclusione: la 'politica del diritto', riservata di solito al legislatore, e la 'scienza del diritto', riservata di solito al cosiddetto interprete, formano — insieme — la vera giurisprudenza. La loro consapevole fusione, metodologicamente necessaria, può essere di giovamento tanto al legislatore come al giurista: al legislatore col suggerirgli leggi meno partitiche e demagogiche, meno frettolose e incoordinate, meno pretenziose; al giurista per esempio facendogli superare un secolare, ma non oggettivamente necessario, atteggiamento di timidezza o indifferenza verso i criteri 'politici' e 'distributivi' (61).

La definizione della giurisprudenza come ricerca del migliore diritto possibile può far dubitare che l'avvocato, in quanto si adopera per la vittoria del cliente, possa considerarsi, a quella stregua, vero giurista (dal punto di vista del positivismo puro l'interpretazione a vantaggio del cliente è invece, quando sfrutti le lacune della norma, altrettanto legittima quanto la sentenza *pro amico*, che non a caso, come abbiamo visto, i sempre sottilissimi dottori medievali prevedevano). La

---

(60) Intesa in un senso più ampio di quello dato al termine da M. LONGO in *Il diritto dell'economia* (vedi spec. 1960, 583-605, e successivi interventi di altri autori nel dibattito).

(61) Cf. sopra, cap. IV, § III.2. La maggiore efficienza della legge quanto ai risultati ottenuti nelle direzioni indicate (cf. anche oltre, n. 65) giustifica solo in parte l'atteggiamento della giurisprudenza verso i criteri ispiratori.

questione è grave anche perchè investe la figura del giurista consulente; e poichè lo sviluppo della giurisprudenza consulente è tipico dei sistemi di diritto giurisprudenziale, si avrebbe il paradosso che proprio in questi sistemi il giurista non svolgerebbe se non in modo ridotto la sua funzione. La difficoltà tuttavia può essere superata. Anzitutto il consiglio, se dato realmente *pro veritate*, è, come operazione mentale, vicinissimo alla sentenza del giudice. Quanto poi al consiglio o alla difesa avvocatesca di parte (62), essi almeno formalmente si presentano proprio come il ragionamento stesso che il giudice dovrebbe fare, e quindi ne ricalcano esattamente la metodologia; ma soprattutto: ognuna delle difese conta in un certo senso sull'altra, sull'integrazione che può venirne alla sua manchevole giuridicità; si abbandona anzi alla parzialità proprio nella previsione (e nel timore) che l'intervento avversario ricomponga l'equilibrio. Vera giurisprudenza non è tanto quindi l'attività del singolo difensore di parte, quanto il contraddittorio tra le opposte tesi. Il vero giurista anche qui c'è, ed è la coppia degli avvocati avversari, esteriorizzazione plastica del ragionamento per *pro et contra* che si svolge nella mente del giudice.

Nel quadro delle considerazioni fin qui esposte è possibile interpretare analogicamente come giurisprudenza in embrione anche l'attività negoziale degli operatori privati.

Si può dire allora che il diritto in ogni punto della sua 'storia ideale' nasce dal congiungersi del dato positivo, dinamicamente inteso, e dei criteri di integrazione; ossia che l'intero processo giuridico è giurisprudenza. Accanto al 'momento giurisprudenziale del diritto' costituito dall'attività ubiquitaria della giurisprudenza ceto, vi è il momento giurisprudenziale immanente alle attività di tutti gli altri protagonisti della vita del diritto. I risultati di queste attività si proiettano poi in ambiti diversamente estesi di — diversamente intensa — esistenza positiva: dalla norma generale ritenuta incondizionatamente vincolante alla norma individuale semplicemente autorevole. Le differenze che sussistono, presso i vari protagonisti della vita del diritto, nella stessa loro attività giu-

(62) Su cui può essere utile ricordare quanto detto sopra, 136-139 e 140-143.



risprudenziale sono principalmente il riflesso, sul metodo, della consapevolezza del tipo di esistenza cui la norma che essi producono è destinata. Nella comune ricerca del migliore possibile diritto, le variazioni provengono meno dalla sfera del primo requisito che da quella del possibile, cui appartiene come variabile da calcolare proprio il potere, o l'autorità, di chi esprime l'opinione. Quanto maggiore l'autorità, tanto maggiore la facoltà-dovere di individuare la norma  $D_1$ , prevedibilmente positiva nel tempo  $t_1$  della enunciazione, in prossimità della norma ideale  $d$ . Tenendo tuttavia presente che la norma individuale, più strettamente solidale con l'azione e meno grave di conseguenze, potrà a volte spingersi più avanti della norma generale ugualmente — magari anche maggiormente — autorevole; e ricordando ancora una volta che l'area del possibile non dipende solo dall'autorità dell'enunciante, ma, in modo spesso ben più decisivo, dal contenuto dell'enunciato. Il privato che formula la norma 'giusta' può essere più 'potente' del legislatore che pone una norma assurda.

Affermare quindi che l'intero processo giuridico è, analogicamente, giurisprudenza, non significa negare ma localizzare più puntualmente, e riportare ad una misura comune, le differenze che permangono tra il legislatore, il giudice, il giurista e il privato quali principali protagonisti della vita del diritto. Ciò consente di vedere come sia l'unità di assunto giurisprudenziale, sia le differenze nel tipo di esistenza delle norme prodotte e quindi (in minor grado) nei metodi, corrispondano ad esigenze della vita stessa del diritto.

L'unità anzitutto. Vista prescindendo totalmente dal momento giurisprudenziale in essa implicato (dove con giurisprudenza va intesa nella sua integralità la ricerca del migliore possibile diritto), la legislazione si riduce a posizione volontaristica di una (qualunque) norma generale, al limite incurante non solo delle altre norme generali e del valore, ma anche dell'azione e quindi della possibile rifrazione in norme individuali. Nella stessa ottica, la giurisdizione si riduce a posizione volontaristica di una (qualunque) norma individuale, incurante della propria generalizzabilità, incurante — al limite — della propria continuità con la già esistente norma generale. Non guidata da preoc-

cupazioni di tipo giurisprudenziale, l'attività negoziale dei privati sarebbe cieco, puntuale perseguimento di interessi mediante norme individuali incapaci di coordinarsi, di acquisire valore esemplare e di ripetersi in situazioni identiche; la consuetudine, la stessa effettività delle norme generali non avrebbero modo di formarsi. Il comune momento giurisprudenziale immanente alle attività legislativa, giurisdizionale e negoziale corrisponde, come quello costituito dall'intera attività della giurisprudenza ceto (63), precisamente all'esigenza che il processo giuridico si svolga, all'esigenza cioè della continuità tra norma generale, norma individuale e azione.

Ma anche l'elemento della discontinuità volontaristica, che le differenze stanno a rappresentare, ha un suo funzionale significato: che vi sia un certo salto tra norma generale e norma individuale (quello che appunto permette di parlare di norma individuale) è, come abbiamo visto, conseguenza benefica e comunque necessaria della insopprimibile spontaneità dell'azione; ad ogni livello si richiede poi una parte di arbitrio, proprio la ragione vuole talvolta che stia *pro ratione voluntas* (64); nè occorre insistere sulla funzione ordinatrice e pacificatrice dell'autorità 'assoluta', o sulla sua capacità di pianificare, di portare avanti rapidamente riforme sociali (65).

Naturalmente, le specifiche utilità possono trovare la loro contropartita in specifici pericoli. Di qui l'importanza della mediazione che perennemente si tesse nel duplice momento giurisprudenziale del processo giuridico. Proprio l'antinomicità e

(63) Vedi sopra, § II.

(64) Ad esempio, i caratteri differenziali — in senso autoritario e volontaristico — che la legge conserva, hanno anche una loro specifica utilità, come ci è apparso quando abbiamo constatato l'esistenza di una polarità 'legalistica' anche all'interno del diritto giurisprudenziale, nella *communis opinio* e nei fenomeni analoghi. La legge intesa come puro fatto tecnico nel senso di Gény, cioè indipendentemente dai suoi valori democratici e di contenuto, serve alla certezza e all'uniformità del diritto, col risolvere le controversie tra tesi ugualmente difendibili, col fissare elementi (specialmente quantitativi, come termini, aliquote, età) dei quali è più o meno irrilevante il modo o la misura, ma non il fatto della fissazione. Cf. sopra, cap. III n. 123 s.

(65) È questo un altro punto a favore della legge, come ha messo in luce la sociologia del diritto giurisprudenziale.

l'inseparabilità delle esigenze umane da cui nasce il fenomeno giuridico fanno sì che le attività rispettive dei principali protagonisti della vita del diritto costituiscano altrettante incarnazioni della giurisprudenza, ognuna paradigmatica per il soddisfacimento di alcune tra quelle esigenze a scapito di altre, che però nessuna può permettersi di ignorare completamente.

6. La storia della giurisprudenza ci presenta un'attività unitaria dal punto di vista della sua funzione, molteplice dal punto di vista della sua struttura metodica. Le giurisprudenze, intese tutte allo stesso scopo, cercano di raggiungerlo con mezzi diversi a seconda degli ordinamenti storici in cui operano; ma anche all'interno di un dato ordinamento, la giurisprudenza è molteplice anzitutto in quanto scienza composita, tra le cui parti l'unità non può farsi ricorrendo a schemi logici ma solo funzionali; poi per il suo diversificarsi, sia pure entro i limiti relativamente ristretti che abbiamo visto, a seconda che venga praticata dal legislatore, dal giudice, dal giurista o (embrionalmente) dal privato. Essa ha però una caratteristica (metodo)-logica costante: quella di essere una scienza *argumentativa* e non dimostrativa in senso stretto.

L'opposizione dell'argomentazione alla dimostrazione, del ragionevole al razionale, del probabile all'apodittico, della topica e della retorica (in genere, della dialettica) alla logica rigorosa, è antica e non è qui la sede per farne la storia. Nella sua versione contemporanea (66) essa è una delle forme assunte dal-

---

(66) Il contributo più importante è dato certamente dall'insieme delle ricerche di (e promosse da) C. PERELMAN, che come è noto collocano in primo piano, ai fini del progettato allargamento della logica, proprio l'analisi del pensiero giurisprudenziale. Si vedano soprattutto *Rhétorique et philosophie* (1952); *Traité de l'argumentation* (1958), entrambi in collaborazione con L. OLBRECHTS-TYTECA; *Justice et raison* (1963); e si tengano presenti le iniziative e le pubblicazioni del *Centre national belge de recherches de logique*, su cui informa adesso A. BAYART, in *La logique du droit* (vol. XI di *APD*, 1966) 171-180. Alle ricerche di Perelman vanno avvicinate in particolare quelle di VIEHWEG (o. c. sopra, cap. I n. 36), di GIULIANI (o. c. sopra, cap. II n. 152; *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, 1966) e di TOULMIN (o. c. oltre, n. 68). Partendo da *La logique du droit* è possibile ricostruire l'intero attuale *status quaestionis*. Un ottimo riassunto sulla « nouvelle rhétori-

la reazione al neopositivismo, inteso come la dottrina che, coalizzando in sè le eredità del razionalismo e dell'empirismo, riconosce il carattere di proposizioni scientifiche solo a quelle correttamente dedotte all'interno di un sistema logico formalizzato e a quelle verificabili sperimentalmente. Al di fuori di queste due classi di proposizioni non dovrebbe esservi, per un neopositivista rigoroso, altro che l'agnosticismo radicale o l'opzione volontaristica pura. La moderna logica del ragionevole, nel riprendere l'opposizione prima ricordata, tende invece a guadagnare alla ragione (sottraendolo con ciò stesso al puro scontro passionale o di potere) un campo molto più vasto, che è quello della quasi totalità delle scienze morali e delle decisioni vitali per l'uomo. Non che in queste scienze e in queste decisioni la logica e la sperimentazione rigorose siano bandite (la logica del ragionevole rispetta senza alcuna eccezione la dimostrazione logico-formale o sperimentale quando essa può fornirsi): ma vengono assunte come settori (indubbiamente privilegiati, ed estesi quanto possibile) di un ragionamento più comprensivo che nella sua globalità ha carattere diverso. Mentre il modello fisico della deduzione razionale è la catena, che non è mai più solida del più debole dei suoi anelli, il modello dell'argomentazione ragionevole, tipicamente formata dalla convergenza di argomenti non necessitanti, è il tessuto, senza confronto più solido dei singoli fili che lo compongono.

La portata filosofica della distinzione è grandissima: basta pensare che la possibilità di un'argomentazione ragionevole è l'unica alternativa alla (improbabile) evidenza, alla convenzionalità o alla passionalità nella scelta degli assiomi, delle norme-base di qualunque sistema logico; in particolare, dei fini di un sistema pratico. A noi interessa qui convincerci che la giurisprudenza rientra nella logica del ragionevole.

Per far questo occorre anzitutto mostrare, negativamente, che essa non è riconducibile nè ad un procedimento logico-formale, nè a uno sperimentale, nè a una combinazione di ambedue. Ora,

---

que » di Perelman, concluso da un giudizio equilibrato che mi pare da sottoscrivere, è in J. STONE, *Legal system and lawyers' reasonings* (1964) 325-337 (ho potuto vederlo, grazie ad una cortese segnalazione del prof. A. Giuliani, dopo la definitiva stesura di queste mie pagine).

dopo la definizione funzionale che ne abbiamo dato, la prova è relativamente facile, anche disponendo solo di un abbozzo di metodologia generale.

Per trovare il migliore possibile diritto, la giurisprudenza deve anzitutto fondarsi su una (possibilmente critica e meditata, cioè filosofica) visione del mondo dalla quale scaturiscano le premesse per dei concreti giudizi di valore; questa visione del mondo, includendo il riconoscimento di valori ultimi (e — nonostante questa loro ultimità — il loro coordinamento gerarchico) non può per definizione essere l'esito di un processo deduttivo. Quanto più *more geometrico demonstrata*, tanto più richiederà e porrà in rilievo assiomi e postulati non dimostrabili, pretesi evidenti ma con ogni verosimiglianza soggetti ad essere messi in questione. Difficilmente dimostrabili sembrano anche i criteri di valutazione tecnico-giuridica. Vi è poi, come abbiamo visto, tutta una serie di giudizi storico-fattuali, convergenti in una diagnosi sulla società, sull'azione, in ordine al requisito del possibile e al riconoscimento del diritto effettivo. Questa diagnosi si basa, certo, sulla osservazione empirica, utilizza scienze come la sociologia, la psicologia, l'economia; ma a parte il dubbio, più che fondato, se queste scienze umane siano sperimentali nel senso rigoroso della parola, essa, riguardando un preciso momento storico, esige, accanto allo 'spiegare' (*Erklären*), il 'comprendere' (il diltheyano *Verstehen*): e questo non può risolversi in una conoscenza per 'leggi'. Infine il diritto statuito non è configurabile come un sistema formale, per i motivi su cui ci siamo sufficientemente trattenuti nel capitolo III, e non è quindi possibile dimostrare in modo rigoroso che un testo legale ha un dato significato; mentre il margine di incertezza si accresce ancora nell'interpretazione delle altre norme positive. Anche ammesso quindi (contro quanto si è detto parlando della 'visione del mondo') che un 'diritto naturale' fosse costituibile sulla base dell'assoluta evidenza e della rigorosa deduzione, e che esso, aiutato da una tecnica altrettanto perfetta e univoca, fosse in grado di fornire la norma per ogni più minuto problema dell'azione, non ne seguirebbe il carattere dimostrativo in senso stretto della giurisprudenza. Il requisito del possibile la costringe

infatti: *a*) a tener conto del diritto già positivamente vigente (il che a sua volta implica l'osservazione sociologica e l'interpretazione); *b*) in sede di avvalorazione del diritto positivo, a un compromesso tra diversi sistemi di valore storicamente presenti (e in questo senso anch'essi 'positivi', per quanto non ancora sotto forma di norme giuridiche) nella società. Anche se il mio diritto naturale è evidente e rigorosamente dedotto, non potrà esser tale la mia giurisprudenza, perchè dovrà tener conto dei sistemi (siano pure gli 'errori') degli altri. A ciò si aggiunga il carattere *urgente*, indilazionabile che spesso prende, nel processo giuridico, la formulazione giurisprudenziale del migliore possibile diritto.

Il punto più delicato è quindi forse proprio il mostrare che la giurisprudenza non è, sotto mentite spoglie, pura volontà politica arbitraria, come ritiene per esempio Kelsen per quanto riguarda le necessarie scelte tra le interpretazioni 'scientificamente' consentite (67), e come dovrebbero ritenere tutti i neopositivisti-irrazionalisti rigorosi.

Non so se si guadagni dall'impostare la questione nella sua massima generalità ('esistono ragionamenti validi al di fuori della deduzione e della sperimentazione?'). A questo livello la risposta implicherebbe (secondo il termine proposto da G. Marcel) un'intera metodologia del non verificabile, che non può certo essere affrontata da noi, e di cui le stesse ricerche sulla logica del ragionevole offrono solo uno spunto. Ma a parte la globale esperienza che certo porterebbe la maggior parte degli uomini alla risposta affermativa, recenti studi in argomento sembrano aver mostrato che proprio nel campo del ragionevole dove non esistono ragionamenti veri o falsi ma argomentazioni forti o deboli (non il tutto o niente, ma il più o meno) i criteri si diversificano a seconda delle materie: ciò che costituisce buona prova per lo storico lascia indifferente il moralista, ciò che persuade il teologo appare al filologo astrusa fantasia, ciò che rassicura il politico allarma l'asceta e così via (68). Siamo perciò tanto più autorizzati a partire dall'esame diretto della giurisprudenza.

(67) Cf. sopra, spec. 264 s.

(68) Per questo 'pluralismo logico', che naturalmente tende ad

Ora, è un fatto che l'accertata incompletezza e plurideterminabilità della norma positiva lascia aperte, fin dai primi problemi ermeneutici, una molteplicità di strade che hanno, alla stregua del diritto positivo, tutte il medesimo *status* deontico, sia questo di liceità, di indifferenza, o magari di illiceità nell'ipotesi di un legalismo cieco e assoluto. Ma autorizza, la loro equivalenza dal punto di vista positivo, al puro salto nell'irrazionale? La giurisprudenza con tutta la sua storia testimonia di no: mai essa ha rinunciato alla qualificazione delle opinioni come molto, abbastanza, poco giustificate. Esistono dunque criteri di controllo specificamente giurisprudenziali, sui quali del resto ci siamo trattenuti a più riprese lungo tutta la nostra ricerca. E fossero anche, molti di questi criteri, fondati su un'illusione logicistica, oggi caduta: la scoperta di un necessario intervento di libertà rispetto al diritto positivo non esime dall'impegno di utilizzare questa libertà nel migliore e più realistico, piuttosto che nel peggiore, dei modi. E poiché questo impegno, che è insieme di arricchimento profondo e di attenzione ai fatti, si articola principalmente nella filosofia e nelle singole scienze umane da noi raggruppate sotto il termine 'sociologia', dichiarare l'arbitrarietà della giurisprudenza sarebbe dichiarare la perfetta vanità di ciò che l'uomo fa per comprendere criticamente se stesso, la propria realtà e il proprio destino.

Del resto non sempre la giurisprudenza si è illusa nel logicismo, nè sempre ha temuto il ragionamento volto a cercare la regola di condotta: i criteri e i metodi seguiti con successo in altri tempi possono, allora, riprendersi, perfezionarsi, tanto nella direzione filosofica come in quella sociologica.

Vista storicamente la giurisprudenza non può non apparire come una grande e continua testimonianza, una vera e propria scuola, di argomentazione; come una severa arte del persuadere. E dovesse anche servire — al pari, in ogni caso, della filosofia e delle scienze umane — meno a raggiungere la verità assoluta che, semplicemente, appunto ad argomentare e a dialogare, re-

avvicinare logica ed epistemologia, logica e metodologia, vedi, p. es., S. TOULMIN, *The uses of argument*, 1958 (rist. 1964).

sterebbe che la ricerca, l'argomentazione e il dialogo (69) sono migliori, sono, precisamente, più ragionevoli della pigrizia, della scelta casuale o passionale e della reciproca sopraffazione (70).

Comprendiamo meglio adesso quale sia la rilevanza della logica del ragionevole nei confronti del ragionamento giurisprudenziale. La giurisprudenza resta quello che è: essa trae dalla riflessione sulla propria universale funzione nel processo giuridico, e sul tipo particolare di ordinamento in cui storicamente opera, la propria *autonoma* metodologia. La logica del ragionevole offre un inquadramento logico generale, interdisciplinare, alle conclusioni sul ragionamento giuridico cui era arrivato il giusliberismo e in cui concordano i maggiori studiosi contemporanei di teoria generale del diritto e di metodologia giurisprudenziale. Con ciò essa giova alla giurisprudenza *assicurandola* nel suo eventuale sgomento di non essere lo-

(69) Sulla « legge del dialogo » vedi G. CALOGERO, *Logo e dialogo. Saggio sullo spirito critico e sulla libertà di coscienza* (1950); e da ultimo, per una sintetica riaffermazione, nel volume collettivo *Il mondo di domani* (1964) 145-148.

(70) Ciò significa che del diritto si discuterà sempre. Vorrei qui far notare, ricollegandomi a un precedente discorso (vedi sopra, § I.3-4), la corrispondenza che vi è tra il modo potestativo-pratico e il modo logico-teoretico di porsi della norma giurisprudenziale: l'autorevolezza è, nell'ordine del potere, ciò che la ragionevolezza è nell'ordine della ragione. E come in quest'ultimo ordine la ragionevolezza sta alla razionalità, l'argomentazione alla dimostrazione, così nel primo la autorevolezza sta all'autorità (tività), la proposta all'imposizione. Non per nulla l'opposizione tradizionale tra *necessarium* e *probabile* si stabilisce tanto tra le autorità quanto tra i ragionamenti. La norma giurisprudenziale, come si manifesta per lo più argomentativamente, così si propone per lo più (solo) autorevolmente. E mentre razionalità e autorità appartengono a un mondo dicotomizzato del tutto o nulla, luce (evidenza) o tenebra (dubbio) integrale, obbligatorietà incondizionata o assoluta mancanza di forza vincolante, ragionevolezza e autorevolezza (e con esse la giurisprudenza) additano l'una e l'altra un mondo del chiaroscuro, del relativo; un mondo della gradazione, del più e del meno (dal *videtur* al *non ambigitur*, dal *Iulianus scribit* al *quo iure utimur*); un mondo, addirittura, del colore e del diverso. Le prime si sforzano di abbagliare e costringere ragione e volontà; le seconde di rischiarare e persuadere. Di qui il carattere relativamente tollerante del dialogo tra giuristi, su cui torneremo.



gica pura; e difendendola dalla correlativa tentazione di irrazionalismo.

7. Se la concezione della giurisprudenza fin qui delineata è esatta, viene messa in forse la distinzione cara al positivismo ammodernato, oggi così spesso fatta da costituire quasi uno degli assiomi non discussi della mentalità comune dei giuristi, tra i doveri e le possibilità che il giurista avrebbe 'come giurista' e 'come uomo'. Alla base c'è l'idea che possano essere rigorosamente separate scienza (giuridica) e coscienza; e che quindi il giurista 'come giurista' sia, all'ombra dello Stato, al riparo dagli impegni e dai rischi metafisici e storici. Tutto quello che abbiamo detto finora esclude la legittimità di quella distinzione, almeno nei termini in cui viene comunemente posta. La gravità della professione giuridica è proprio di rientrare tra quelle che non possono essere svolte senza l'intervento di tutta la coscienza. Il confine tra il giurista e l'uomo è dato dal rispetto per il possibile giuridico-positivamente inteso, abbandonando il quale il giurista si introduce in una dimensione utopicamente o profeticamente 'umana'; sappiamo però che, data l'incompletezza del diritto positivo, il requisito del possibile non ha affatto, nell'attività giurisprudenziale, la funzione di bloccare all'origine la ricerca filosofica profonda, e quindi di esonerare da essa, ma piuttosto di offrirsi ad essa come condizione di efficacia storica, un po' come le difficoltà della materia che non isteriliscono, anche se condizionano, lo slancio creativo dell'artista.

I rapporti stanno nel senso che il giurista deve in quanto giurista essere o rendersi integralmente uomo, nella pienezza dell'impegno etico e politico che ciò comporta. Questo impegno deve poi (e può solamente) manifestarsi nell'avvalorazione del diritto positivo, rispettandone la (sia pure dinamicamente intesa) positività. Ciò significa che il confine tra il giurista e l'uomo rimane: ma tracciato con diverso criterio. Attiene non più a una separazione di funzioni spirituali, ma all'ampiezza e immediatezza dell'esplicazione di un'identica (e cioè della più alta) funzione spirituale. La giurisprudenza si distingue dalla vita etica e dalla filosofia come

l'esplicazione (o applicazione) settoriale e condizionata dalla esplicazione (o applicazione) totale e incondizionata della stessa integrale umanità. In un regime positivo parzialmente inumano come quello nazista, il giurista come giurista era chiamato a scegliere il migliore possibile diritto nazista, cioè il diritto meno nazista possibile; come uomo era forse chiamato a rifiutare e combattere le stesse norme da lui scelte; ma le scelte e il rifiuto sarebbero stati necessariamente dettati dagli stessi criteri, sarebbero venuti dall'unica sua umanità.

Né — all'altro estremo — il giurista può fare a meno di conoscere l'azione, o averne una diversa conoscenza 'come giurista' e 'come sociologo'. Egli intanto è chiamato a rilevare con gli strumenti sociologici il diritto effettivo; ma soprattutto, il suo compito di mediatore nel processo giuridico vuole che egli padroneggi non solo l'azione astratta delle fattispecie positivamente contemplate, ma l'azione tutta, storica, concreta e inesauribile; sia pure ai fini di una normazione giuridica 'statale'. Anche qui la ricerca non viene bloccata o limitata, ma finalizzata ad una determinata applicazione.

Insomma la responsabilità del giurista arriva, in ogni direzione, fino in fondo. Il suo impegno 'come giurista' implica delimitazioni in estensione, non limitazioni, comode delegazioni, divisioni di competenze in profondità: se tutto ciò che attiene alla formulazione del migliore possibile diritto è di competenza del giurista, il suo è, oltre che un impegno di perfezionamento tecnico, un impegno integrale di riflessione filosofica e di diagnosi storica in funzione pratica. In questa luce appaiono forse meno enfatiche certe definizioni classiche come *divinarum atque humanarum rerum notitia, vera nisi fallor philosophia* e simili. Il giurista risulta molto più filosofo e molto più pratico (nel senso di: responsabile dell'azione) di quanto egli solitamente laborioso tra i concetti non si ritenga, non per una rivendicazione arbitraria, ma perchè è scritto nella sua stessa essenza che egli è un saggio proteso a trovare 'liberamente' un certo ordine ('giustiziabile', positivo) all'azione, e l'inconsapevolezza di questo può solo fare di lui un manchevole filosofo e un manchevole pratico, non un buon *tertium quid*. Se al giurista

è affidato un posto che oggettivamente è anche di filosofo della pratica, e non di puro automa formalista, egli facendo l'automata svolgendo invece, in realtà, l'opera di un irrazionale filosofo automatista.

A me pare che questa consapevolezza, questo pensiero dovrebbe essere profondamente liberatore: cioè capace di liberare, nell'uomo giurista, le più profonde energie. Il riconoscimento del diritto giurisprudenziale porta certo ad un allargamento, ricco di significato, della visione del diritto positivo; ma si rimane pur sempre nell'orbita della positività. Il riconoscimento della necessaria libertà giurisprudenziale introduce una dimensione nuova, chiama in causa il centro stesso della personalità del giurista. Egli sa che la sua ricerca di assoluto non potrà spiegarsi incondizionatamente, ma dovrà incanalarsi per le vie della ricerca del possibile: tuttavia sa anche che quella ricerca va fatta, è compresa nella sua professione, nella sua vocazione; e sa che i limiti che pongono il positivo, lo storico, il sociale sono altrettante condizioni di fecondità nel concreto, sono, anche, controlli di quella perfezione individualmente contemplata. Anzi, anche l'esigenza pratica integrale di dare norma all'azione tutta, all'azione dello storico e del sociologo, è fonte di energico impegno, è sfida ed è in qualche modo anch'essa un contatto con l'assoluto: non più dell'ideale, ma del reale. Ciò che viene relativizzato è il mondo intermedio dell'astrazione (la norma positiva, il concetto) fatta fine a se stessa: mondo non ancorato solidamente nè in alto nè in basso, tendente a privare il giurista delle due responsabilità ultime, e quindi a fare del suo mestiere una doppia evasione e di lui un uomo a metà. Non che le soluzioni trovate e proposte dal giurista possano non avere aspetto di compromessi e di astrazioni, possano non ricadere anch'esse — almeno in parte — nel *demi-monde* intermedio: ma altra cosa è vedere questo mondo e quelle soluzioni al loro posto, vitalmente inseriti in una tensione tra due assoluti veri, altra cosa è dimenticare questi e assolutizzare l'intermedio, muovendovisi a tentoni, senza un orientamento, o nell'accademia o nella (sia pure onesta) venalità.

Se è spiegabile, quindi, che la giurisprudenza venga guardata con sospetto, e praticata con delusione, dai temperamenti

portati alla scienza esatta di tipo matematico-sperimentale, è invece deplorabile risultato di tenaci pregiudizi metodologici che l'immagine della entrata in giurisprudenza appaia a tanti fra gli spiriti più liberi come quella di una entrata in religione priva di tutte le sue motivazioni supreme (71). Si ritiene di dover abdicare, con un unico desolato addio oppure con un insabbiamento quotidiano, alle risorse più spontanee e più vive della personalità, alla vera ricerca spirituale e alla vera azione, per immergersi in un mondo grigio di astrazioni innalzate su onnipotenti articoli di legge. Quasi mai il futuro giurista è messo in condizione di accorgersi che egli è chiamato a portare più luce in quel mondo, più respiro; che ogni suo intervento, anche piccolo, comprenderà una possibilità — e quindi una responsabilità — morale, di servizio del diritto che è sempre da scoprire, e non solo della legge che si vorrebbe meccanicamente eseguita. Difficilmente viene contraddetta la sua impressione di dover subire, per diventare vero giurista, una *capitis deminutio* politica. Raramente gli si mostra il suo reale potere e quindi il suo reale dovere. Troppo spesso gli viene chiesto di imparare la legge e la dogmatica invece che di pensare il diritto positivo e la società.

Certo la giurisprudenza (non la *Begriffsjurisprudenz!*) resta cosa per adulti (72). Il requisito del possibile vuole che non si abbia paura della realtà, vuole che si sappia vedere la necessità e la fecondità (la 'assolutezza relativa') delle soluzioni com-

(71) Solo la convinzione che un codice avrebbe tolto al giurista ogni libertà poteva ispirare a PUCHTA (recensione del 1844, citata da LANDSBERG, *Geschichte* 456) l'accorata apostrofe a Beseler nella quale è fatto esplicitamente il paragone tra la giurisprudenza in regime di legalismo e una vita monastica con i tre voti di rinuncia al profitto e alla fecondità intellettuale e di obbedienza alla legge da recitare tutta la vita come un breviario. Sulla innecessaria mortificazione della vocazione giurisprudenziale ad opera del legalismo cf. anche sopra, cap. III, § III. 2.D.c).

(72) Su taluni presupposti caratterologici della scelta giurisprudenziale si sono fermati con particolare sensibilità G. RADBRUCH (p. es. in *Introduzione alla scienza del diritto* [tr. it. 1961] 367-378) e STERNBERG (p. es. in *Kirchmann*, spec. cap. IV). Cf. anche sopra, cap. III, n. 420; n. 431; n. 453.

promissorie e contingenti; vuole sobrietà di fantasia, senso morale sviluppatissimo ma grave. Il giurista deve avere una personalità forte e originale, ma non nel senso romantico: sua dote immancabile è l'universalità e l'equilibrio; sua dote importante il senso dell'autorità, della tradizione. Inoltre, un alto grado di astrazione resta ineliminabile dal diritto, che è relazione, ordine, tipicità; che vuole, sì, possedere l'azione, ma nei suoi aspetti più fermamente deliberati, nei suoi più costanti contorni: alla giurisprudenza non potranno adattarsi i mistici e gli artisti, cioè gli appassionati dell'individuale, dell'irripetibile, del vivente. Infine il diritto resta il mondo della lotta tra gli interessi, delle posizioni definite con netto confine, della non amicizia, della non fusione e apertura umana: e anche qui sono implicati gravi sacrifici della sensibilità. Ma tutto questo non toglie che la giurisprudenza, correttamente intesa cioè non tagliata dai due assoluti che deve voler possedere, proponga una vocazione umana integrale; degna di essere giudicata da chiunque la viva (e da chi abbia il temperamento adatto, anche sentita) come non estranea, anzi stimolante ad un autentico compimento di se stesso.

Ho già accennato alla posizione che potrebbe chiamarsi della 'feconda inconsapevolezza' o della 'doppia verità': il giurista opererebbe creativamente nella convinzione di essere puro interprete; e in tale convinzione andrebbe mantenuto. Renderlo consapevole della sua libertà e responsabilità sarebbe infatti o pericoloso o inutile, perchè potrebbe portarlo solo all'arbitrio o a ciò che egli comunque già fa. Posizione errata da tanti punti di vista, criticata dal giusliberismo (73) con argomenti validi e sui quali non occorre tornare. Non ci si deve però nascondere, in una anche breve disamina della vocazione giurisprudenziale, che questa posizione è tuttora abbastanza diffusa nel gruppo (minoritario) dei giuristi che hanno radical-

(73) Vedi sopra, cap. III, p. 326 s. e § III.2.D.c); cf. anche 461. La posizione delineata sopra, n. 46, e qui di seguito nel testo, non si identifica con quella della doppia verità: il giurista sa di essere 'libero', e decide responsabilmente come tale; solo la forma della sua argomentazione palese è legalistica. Si tratta, ovviamente, di un (minor) male necessario, non dell'ideale da proporre al giurista.

mente abbandonato il logicismo; e che essa, unita alla inesperienza culturale e metodologica di tanta parte del suo ambiente professionale, potrà imporre almeno provvisoriamente, al giurista consapevole, il sacrificio forse più grave: dovere, in omaggio al requisito del possibile, rivestire la propria giurisprudenza di quella caratteristica forma contorta, fittizia e 'rabulistica' che i più tra gli addottrinati ostinatamente esaltano, i meno tra loro (ma i più tra i profani colti e incolti) giustamente ritengono, per dirla con Goethe, una ereditaria « ewige Krankheit ». In attesa, e in operosa preparazione, di tempi migliori, il giurista consapevole avrà se non altro il conforto di sapere 'scrivere diritto per linee storte', collocare ciascun mezzo tecnico al suo posto, discernere gli artifici essenziali dagli inessenziali.

8. Da quanto abbiamo detto possono trarsi, tra le altre, tre conseguenze. La prima è che il giurista così formato può cercarsi risolutamente un suo spazio anche fuori dell'ordinamento 'statale'. Il giurista è un pacificatore (vi è certo una lotta per il diritto, ma essa è una lotta per la pace); e tale funzione può — deve — svolgere anche negli ambiti di vita che il diritto 'statale' non regola, o regola non tassativamente. Il giurista, si è detto, forse prima che a servizio della norma è — anche nell'ordinamento 'statale' — a servizio dell'azione: ciò implica che egli abbia dell'azione una conoscenza e una visione normativa anche indipendenti, che lo predispongono ad essere il consigliere, il compositore, l'arbitro naturale. Là dove la norma auspicata si prevede, malgrado tutto, non 'giustiziabile', là dove il processo ascendente dall'azione alla norma 'statale' sembra non poter neppure iniziare, il giurista è ancora in grado e forse in dovere di non arrendersi, di proporre alla buona volontà del singolo, dei contendenti, la soluzione ritenuta migliore. E d'altra parte questa attività esterna al diritto 'statale', cui incoraggia anche l'odierna, più volte autorevolmente constatata 'fuga dalla giustizia' (dello Stato), non può svolgersi con sicurezza senza conoscere il diritto 'statale' stesso, che resta primario come diritto della società globale. Solo chi conosce il diritto 'statale' sa anche entro quali quadri può svilupparsi il di-

ritto spontaneo, è premunito contro le sorprese che possono venire dall'interferenza di quel diritto.

La seconda conseguenza riguarda la scuola, la formazione del (futuro) giurista. C'è un nome, oggi, che conserva quasi da solo il ricordo di una tradizione preziosa: Facoltà di Giurisprudenza. Non di 'Legge', come purtroppo sempre più comunemente si dice e la realtà persuade a dire. Della molteplice competenza del giurista, l'indagine sui valori culturali, quella sui valori tecnico-giuridici e quella 'sociologica' soffrono tutte di grave atrofia, tanto per la preponderanza assoluta delle materie giuridiche 'positive', quanto soprattutto per il metodo ancora prevalentemente legalistico-dogmatico con cui l'insegnamento di queste materie tende ad essere svolto. Il giurista deve quindi affrontare il proprio compito oggettivamente creativo senza avere avuto l'occasione di darsi un'adeguata formazione filosofica e politica, di procurarsi gli strumenti per un'aggiornata conoscenza della società in cui e su cui è destinato ad operare, e senza neppure conoscenze teoriche su come il diritto vada fatto per presentare le caratteristiche tecniche indispensabili alla sua praticabilità. La stessa metodologia giurisprudenziale come teoria del riconoscimento, dell'interpretazione e dell'integrazione del diritto positivo (questo fondamento quotidiano del lavoro giuridico professionale) resta nell'oscurità; in particolare, i criteri di riconoscimento della norma effettiva, pur correntemente utilizzati, non vengono esplorati e fondati criticamente e sistematicamente.

Non è nelle intenzioni di questa ricerca prospettare in alcun modo riforme organizzative, ma solo tentare di mostrare la problematicità, sul piano scientifico, di talune impostazioni. Aggiungerei un unico rilievo: se il legalismo porta a trascurare, nell'insegnamento giuridico, gli elementi filosofici e 'sociologici', lo stesso legalismo induce a obliterare, nell'insegnamento (liceale ed universitario) delle discipline filosofiche e 'sociologiche', l'aspetto per cui esse sarebbero, anche, propedeutiche alla giurisprudenza: con discapito di questa e, verosimilmente, anche di quelle.

Una terza conseguenza della libertà giurisprudenziale riguarda i giuristi investiti di pubblica autorità, in particolare i

giudici. Questi sono abilitati a porre norme incondizionatamente vincolanti dello Stato persona non sottoposte nella loro integralità al controllo democratico. Di fronte al fatto, incontestabile, si può reagire in modi diversi: anzitutto giudicandolo irrilevante, affermando (come fecero in genere i giusliberisti) che l'attività 'legislativa' del giudice non lede il principio della divisione dei poteri, le garanzie democratiche essendo necessarie solo per le norme generali. Altrimenti si può chiedere un maggiore contatto, nei due sensi, tra giudici (specialmente al livello dei tribunali supremi) e pubblica opinione. Il tecnicismo esoterico che oggi fa da filtro è necessario fino a un certo punto; non si vedono, in ogni caso, motivi per una impenetrabilità dei dibattiti giudiziari maggiore di quella dei dibattiti parlamentari se si ammette, come abbiamo ammesso, che i metodi e le argomentazioni dovrebbero essere sostanzialmente omogenei. Si può anche pensare a una magistratura elettiva; tenendo presente, però, che il principio elettivo non potrebbe soppiantare quello della competenza professionale, dato che questa è in primo luogo conoscenza approfondita della legge, cioè della volontà politica democraticamente formata, per cui proprio la dottrina del giudice è fondamentale garanzia di democraticità delle sentenze. Ogni altra forma di controllo democratico ha quindi carattere sussidiario; la stessa elezione andrebbe compiuta nell'ambito degli esperti.

Il problema, che riguarda la magistratura ordinaria, non va confuso con quelli, oggi vivamente dibattuti, relativi all'eventuale introduzione di giudici 'onorari', o di giudici elettivi, o del giudizio di equità; si tratta comunque di argomento in merito al quale (come in merito a quello della scuola) la presente ricerca non offre soluzioni organizzative univoche, ma solo una traccia di riflessione critica.

IV. La nostra riflessione non può concludersi (74) senza un esame, sia pure rapido, dei valori (e degli eventuali disvalori) connessi con la presenza, nell'esperienza giuridica ed umana, della giurisprudenza quale ci si è venuta fin qui raffiguran-

---

(74) Vedi sopra, 379.



do: connessi cioè da un lato con il diritto giurisprudenziale e con il momento giurisprudenziale del diritto intesi come le manifestazioni oggettive, magari inconsapevoli, della duplice creatività della giurisprudenza; e d'altro lato con la presa di coscienza, da parte della giurisprudenza stessa, di questa duplice creatività (che nel suo primo aspetto è anche autolimitazione), ossia con l'affermarsi di quella che possiamo chiamare giurisprudenza 'libera' o, più esattamente e completamente, giurisprudenza critica. La distinzione, cui ci atterremo, tra valori più specificamente giuridici e valori più generalmente umani va intesa, come è ovvio, in senso puramente orientativo.

Nel primo ambito il valore al quale la giurisprudenza, in quanto oggettivamente creativa e in quanto critica, si trova forse più direttamente confrontata è quello della certezza del diritto. L'antica polemica contro il diritto giurisprudenziale, la diffidenza tuttora ben viva verso il giusliberismo si alimentano entrambe ad una rivendicazione di certezza: al diritto giurisprudenziale viene contrapposto, principalmente sotto questo profilo, il diritto legale; alle 'avventure' della giurisprudenza critica, il legalismo con la sua 'logica' giuridica. Sarà bene affrontare il non facile problema tenendo presente che esso implica interrogativi diversi: *a*) cosa debba intendersi per certezza del diritto; *b*) fino a che punto, con quali mezzi, la certezza così intesa possa raggiungersi; *c*) fino a che punto, a quali condizioni essa sia veramente desiderabile, rappresenti un reale valore, non si trovi in conflitto con valori ugualmente o più importanti. Del terzo interrogativo ci occuperemo solo sommariamente, essendo nostro compito qui non una critica dei valori, ma una critica della giurisprudenza alla luce dei valori.

Il termine 'certezza del diritto' si trova applicato a tutta una serie di concetti, taluni dei quali riflettono esigenze addirittura contrastanti (75).

---

(75) L'analisi più acuta e differenziata è quella di M. RÜMELIN, *Die Rechtsicherheit* (1924), tuttora fondamentale. Assai utile la puntualizzazione di E. ALLORIO, *La certezza del diritto dell'economia*, in *Il diritto dell'economia* 1956, spec. 1198-1205, ripresa poi da M. LONGO

Un primo gruppo di significati si raccoglie intorno a un'idea che può esprimersi non troppo inesattamente col termine 'sicurezza': il discorso sulla certezza del diritto è qui in realtà discorso sulla certezza dell'azione attraverso il diritto, sulla certezza come specifica eticità e utilità del diritto, insomma sul diritto stesso come certezza, anteriormente alle singole procedure di certificazione che possono isolarsi nel mondo del diritto una volta costituito (76). Questa idea della sicurezza (cui si connettono quelle di ordine, di pace) è indubbiamente fondamentale nella riflessione filosofica sul diritto, e pre-

---

nella pregevole voce *Certezza del diritto*, in *NDI* III (1959) 124-129. Non ho potuto vedere L. BENDIX, *Das Problem der Rechtssicherheit, zur Einführung des Relativismus in die Rechtsanwendungslehre*, 1914 (cit. da GÉNY, *ST* III, 38 n. 3), che secondo RÜMELIN, o. c. 2 n. 2, insiste sulla diversità di significati del termine. Distinguono due dimensioni fondamentali della certezza F. SCHULZ, *Principii* (cit. sopra, cap. I n. 32) 206-218; T. GEIGER, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts* (1964) 101-103. Più spesso si parla di certezza del diritto genericamente, lasciando al contesto di chiarire, in che senso: ciò diminuisce l'efficacia di indagini pur ricche di suggerimenti per un'analisi differenziata della certezza, come quella di LOPEZ citata alla n. seg.

(76) Vedi per tutti F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*<sup>2</sup> (1950, con Prefazione di G. CAPOGRASSI), ad es. 75 (e cf. 81-84, con bibliografia): « Nel pensiero moderno... la esigenza della *securitas* torna ad essere motivo centrale, che non verrà più disperso... la certezza del diritto e la conseguente sicurezza giuridica restano beni acquisiti »; 80: « La certezza del diritto si traduce in certezza dell'azione »; 137: « il singolo riceve da questa unità maggiore la certezza di se medesimo, e la garanzia della sua azione »; 139: « il soggetto, con la certezza, conquista allora la sicurezza », la pace: « la coscienza comune aspira alla certezza come pace che il diritto garantisca e mantenga », « nel sistema generale della sicurezza collettiva, che è il suo concreto e storico risultato » (147; cf. 150 s.). Mi fermo qui solo su questo tema, tra i molti toccati da Lopez, perchè è quello che meglio si presta a giustificare l'interpretazione di CAPOGRASSI (Prefazione cit., 11-13) secondo cui Lopez si occuperebbe non tanto della — maggiore o minore — certezza storica, occasionale del precetto giuridico (la quale « suppone il mondo del diritto già formato »), quanto del diritto stesso come certezza, della certezza « come principio al quale obbedisce e intorno al quale si organizza tutto il mondo del diritto » (contro tale interpretazione, volta a respingere le critiche di CARNELUTTI, vedi però gli esatti rilievi di ALLORIO, o. c. alla n. prec., 1199 s.).

scindendo da essa ogni affermazione della certezza si esaurirebbe nella rivendicazione di una pura forma; non occorre tuttavia dedicarle qui ulteriori svolgimenti, perchè essa non si presta ad una valutazione differenziata del diritto giurisprudenziale rispetto al diritto di altra origine. Da un lato infatti, la nostra ricerca non ha avuto per oggetto un diritto giurisprudenziale contrapposto al diritto statale come diritto 'spontaneo' o 'sociale' o facente parte di ordinamenti 'privati', bensì il diritto giurisprudenziale 'giustiziabile' da parte degli organi dello Stato, quindi munito di quelle garanzie che consentono di offrire all'azione il più alto grado di certezza-sicurezza storicamente attingibile; e d'altro lato, la certezza come sicurezza dell'azione, proprio perchè è affidata al diritto in quanto tale, categorialmente preso, risulta non tanto da singoli complessi normativi (quello giurisprudenziale, quello legale), e neppure dalla totalità delle norme di condotta, ma piuttosto dall'effettivo buon funzionamento dell'intero organismo giuridico: essa manca perciò dove manca la certezza in ciascuno dei significati che verremo successivamente esaminando, e ancora manca, tra le tante ipotesi, là dove le norme — qualunque ne sia l'origine — vengono troppo spesso disobbedite; dove i giudici sono ignoranti o faziosi o corrompibili, i processi troppo lunghi o costosi; dove perdurano forme di autotutela o di vendetta privata arbitrarie, o non hanno forza sufficiente gli organi esecutivi e di polizia; negli stati di guerra, di emergenza.

Un secondo gruppo di significati si raduna intorno all'idea di inviolabilità delle situazioni (soggettive) giuridicamente protette: inviolabilità, questa volta, da parte del potere stesso che giuridicamente le protegge. Non mi basta l'essere tutelato dall'arbitrio e dalla violenza privati; mi occorre che non vi siano contraddizioni nell'attività pubblica. Alla certezza del diritto così intesa mirano le dottrine e gli istituti posti, soprattutto dalla grande tradizione liberale, a garanzia della libertà negativa (77): principi dello Stato di diritto, subordinazione del giu-

---

(77) RÜMELIN, o. c. alla n. 75, 10-12, parla appunto in questo senso della certezza come « Freiheitsinteresse »; cf. A. LEVI, *La certezza del diritto in rapporto con il concetto di azione*, in *Scritti giuridici in onore*

dice alla legge e solo alla legge o comunque alla norma generale (con esclusione tanto della sua indipendenza da criteri oggettivi come della sua subordinazione agli organi di governo); teorie dell'autolimitazione del potere sovrano, divieto della (o limiti posti alla, o presunzione interpretativa della non) retroattività delle leggi, protezione dei diritti quesiti; particolarmente nell'ambito penalistico, principio del *nullum crimen sine lege*, divieto della condanna fondata sull'estensione analogica. L'esigenza che, in quest'ordine di idee, più fortemente reclama soddisfazione può così formularsi: ciò che in un dato momento è mio diritto, o mi è lecito, sia tale per sempre; il diritto non possa divenire non diritto, il lecito illecito. Nuovi tempi portino pure, se indispensabile a distanza ravvicinata, diritto nuovo per situazioni nuove, e magari anche (ma con maggiore cautela) diritto nuovo per il decorso ulteriore di rapporti precedentemente iniziati; ma non accada che in riferimento ad uno stesso momento del tempo le qualificazioni giuridiche si contraddicano, la norma generale contraddica la norma generale, la norma individuale (legale, giurisdizionale o amministrativa) contraddica la norma generale, la norma individuale contraddica la norma individuale. *Recht muss Recht bleiben; semel ius semper ius*, potrebbe dirsi riprendendo una nota regola romana (78).

di F. Carnelutti I (1950) 85: «È un bene, cioè un valore, la certezza del diritto, perchè è una guarentigia della libertà» (guarentigia, come si desume dall'animata pagina di Levi, nei confronti degli interventi dei pubblici poteri).

(78) È vicina a quest'ordine di considerazioni l'esigenza vivamente espressa da A. PEKELIS, *Il diritto come volontà costante* (1931), che la norma giuridica colleghi effetti tipici a fattispecie tipiche, non sia *in privatos lata*, neppure quando si tratta di sentenza. Ciò implica almeno che il sovrano debba derogare alla regola con un'altra regola: vedrei qui la principale motivazione di talune apologie della legalità in regime fascista (ricordate sopra, cap. II n. 110). Cf. G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*<sup>5</sup> (1956) 288 s.; V. COLONI, *L'eguaglianza come limite della legge nel diritto intermedio e moderno*, 1946 (utile per la distinzione tra le due esigenze, riportabili forse entrambe al divieto della contraddizione tra norma individuale e norma generale, della eguaglianza di fronte alla legge, in sede di applicazione, e della eguaglianza ossia tipicità come criterio della legge in sede di redazione).

Neppure questo secondo concetto di certezza (che è ben lontano dal realizzarsi integralmente negli ordinamenti storici) sembra introdurre una discriminazione svantaggiosa per il diritto giurisprudenziale rispetto al diritto legale, per la giurisprudenza critica rispetto al legalismo e al logicismo.

Al livello della norma generale possono esservi, s'intende, mutamenti anche nel diritto giurisprudenziale, ma i principi della irretroattività e della tutela dei diritti quesiti possono applicarsi (o non) a queste norme come a quelle legali. E nel confrontare giurisprudenza critica e legalismo, va tenuto presente che il secondo, attribuendo al diritto giurisprudenziale (come fa, pericolosamente, per le interpretazioni autentiche) il contenuto di una enunciazione del diritto legale preesistente, porta naturalmente a proiettare nel passato, al tempo dell'entrata in vigore della legge fittiziamente utilizzata, un diritto in realtà successivo. Si prenda l'esempio già ricordato (79) delle c.d. *positive Vertragsverletzungen*: una giurisprudenza legalista avrebbe dovuto riconoscere la responsabilità fin dal 1° gennaio 1900 (entrata in vigore del *BGB*); una giurisprudenza critica desiderosa di rispettare il principio della non retroattività avrebbe verosimilmente dovuto, se convinta della bontà dell'innovazione, riconoscere 'liberamente' la responsabilità per i fatti successivi al *Deutscher Juristentag* del 1902 ma per essi soltanto, e ritenersi vincolata a riconoscerla solo per i fatti successivi alla (in quel caso peraltro quasi immediata) consolidazione della norma giurisprudenziale.

Ciò che, appunto, complica alquanto il problema è che la norma giurisprudenziale generale, come quella consuetudinaria, non viene 'posta', statuita con un unico atto databile: essa si instaura, si istituisce progressivamente nel dialogo. Proprio questa abituale lentezza (alla quale, come ci mostra l'esempio appena fatto, non mancano eccezioni) permette d'altra parte di ritenere che in molti casi i soggetti al momento della costituzione dei rapporti giuridici possano già avere avuto sentore dell'indirizzo giurisprudenziale destinato poi a prevalere: esso sarà stato forse minoritario, o non più autorevole di altri; difficilmente

---

(79) Sopra, cap. III n. 386.

sarà mancato del tutto, al pari di una legge non ancora emanata. Inoltre, non essendo statuita, la norma giurisprudenziale non può autoconferirsi efficacia retroattiva, come invece può fare la legge.

Quanto alla inviolabilità della norma generale da parte della norma individuale (mi riferisco qui in particolare alla sentenza), è necessario, se si accoglie la tesi centrale del giusliberismo, ammettere che la norma individuale dispone sempre in qualche misura 'per il passato'. Va notato però che la sentenza se — come deve — innova rispetto alla norma generale nella sola misura in cui questa è realmente incompleta, dispone per un passato nel quale una norma diversa, univocamente qualificante, mancava, e non lede quindi il principio dell'inviolabilità quale l'abbiamo sopra formulato. Resta il fatto che ad una situazione oggettivamente fluida e suscettibile di più qualificazioni viene attribuita *ex post* una sola tra quelle qualificazioni: per cui se ogni mutamento di qualificazione giuridica nel tempo viene considerato lesivo della certezza come inviolabilità, si ha qui paradossalmente una lesione della certezza che viene compiuta sostituendo il certo all'incerto, o meglio la certezza del certo alla certezza dell'incerto... L'esigenza di certezza, che una data situazione non riceva più qualificazioni diverse nel decorso del tempo, si scontra qui con l'altra esigenza di certezza, che una data situazione non sia suscettibile di più qualificazioni giuridiche contemporaneamente. È chiaro che, se quest'ultima esigenza fosse stata soddisfatta fin dall'origine, se cioè non vi fossero stati dubbi di qualificazione, la sentenza non avrebbe dovuto in alcuna misura intervenire *ex post*; il discorso sulla inviolabilità del diritto da parte della norma individuale ci introduce quindi ad un nuovo significato della certezza, che è anche il più comune e il più rilevante ai nostri fini.

In questo terzo significato (che configura, rispetto a quelli precedenti di sicurezza e di inviolabilità, una condizione necessaria ma non sempre sufficiente), la certezza del diritto può definirsi come conoscibilità della norma generale; o meglio, e più comprensivamente: come conoscibilità della situazione giuridica individuale (e dunque prevedibilità della norma giurisdizionale individuale) sulla base della

norma generale. La precisazione non è superflua. Una norma generale perfettamente conoscibile in sè può non assicurare affatto la certezza del diritto nel significato più comprensivo: basta che il suo contenuto sia tanto elastico da non offrire che una direttiva inarticolata. Precetti come quelli di comportarsi 'secondo buona fede', o addirittura 'bene', 'secondo coscienza', dando a ognuno il 'suo', non 'ledendo' gli altri, possono essere resi positivi nel più formale e autoritativo dei modi senza che con ciò il diritto sia certo. Lo stesso vale di norme precise ma che si contraddicano o che si riferiscano a situazioni diverse da quella in esame. Occorre perciò analizzare la certezza, come conoscibilità e prevedibilità del 'diritto individuale' sulla base della norma generale (80), nella pluralità delle sue componenti.

La prima è data dalla certezza in merito al riconoscimento, dalla certezza, cioè, intorno alla *esistenza positiva* della norma generale, quale che ne sia il contenuto. Qui la certezza manca, tipicamente, quando vi sono più fonti di diritto positivo tra le quali non è stabilita una gerarchia di autorità che permetta di risolvere gli eventuali conflitti; e, più generalmente, là dove non diano risultati univoci, in merito a quale sia nel caso concreto la norma giuridicamente vincolante, i diversi indici (o uno stesso indice) di *esistenza giuridica positiva*. Questi indici sono — così almeno abbiamo concluso a suo tempo (81) — la validità formale e l'effettività (quest'ultima distinguibile in 'istituzionale' e 'occasionale' a seconda che appartenga a classi

---

(80) Non prendo qui in considerazione la conoscibilità come 'accessibilità al comune cittadino', che viene anch'essa fatta rientrare frequentemente nel concetto di certezza del diritto. Si tratta di un ideale in sè valido, ma che l'esperienza storica ha mostrato difficilissimo da realizzare, e che comunque è più vicino a quello di democrazia sostanziale che a quello di certezza. Quest'ultima si realizza anche là dove solo dei professionisti possono conoscere il diritto, purchè le loro opinioni siano largamente uniformi: la matematica superiore è 'certa' anche se pochi la possiedono. Oggi tuttavia, come si è lamentato da più parti, non solo il *corpus iuris*, ma già il *corpus* delle leggi sfugge, per la sua impenenza, al dominio degli stessi specialisti: ciò può costituire autentica fonte di incertezza come mancanza, *de facto*, della conoscibilità e prevedibilità.

(81) Vedi sopra, cap. IV, § II.3, spec. 444-446.

di norme o a norme singole). Ora, non sembra dubbio a prima vista che la prospettiva rigorosa della positività come validità formale assicuri alla norma il più alto grado umanamente attainibile di certezza dell'esistenza: è sempre norma positiva (o addirittura è sempre ed è soltanto norma positiva) quella qualificabile come 'legge' (82) perchè proveniente — rivestita di determinate forme — dal potere sovrano; o quella delegata dalla legge stessa.

Il nitore della prospettiva rischia però di nascondere aspetti importanti della realtà. Intanto, esso non sussiste per le norme di struttura da cui dipende l'individuazione del potere sovrano e dei requisiti formali della legge (dove con 'legge' va intesa anche la costituzione formale): per esse non è sensatamente concepibile altra esistenza positiva che l'effettività. Ma a ben guardare anche nel caso della legge è l'effettività che fonda in ultima analisi la certezza di esistenza del diritto. La legge disattesa (come tale, o come singola legge o norma di legge) non crea sul punto da essa regolato la certezza del diritto ma, se mai, del non diritto; la legge scarsamente osservata è in concorrenza inevitabile con altre fonti o norme ugualmente o più autorevoli. Non dunque la legge grazie alla sua forma, bensì il rispetto effettivo della legalità da parte dei protagonisti della vita del diritto crea la certezza sulla norma positiva (nè il rispetto generico della legalità basta sempre ad assicurare la positività della singola norma legale).

Mi pare anzi opportuno distinguere, in proposito, tra due possibili forme di rispetto incondizionato della legalità: quello che chiamerei lealismo legale (la norma di legge va sempre ritenuta diritto positivo) e quello che ho chiamato fin qui legalismo (la norma di legge è sempre diritto positivo ed è tutto il diritto positivo). Il lealismo legale accresce indubbiamente, se da tutti condiviso, la certezza, ma come ogni atteggiamento che equivalga a rendere assolutamente effettiva una (qualsiasi) classe di norme individuata secondo la fonte formale; il legalismo in-

---

(82) Astraggo, per ora, dall'ipotesi del precedente: ad esso si applicano, in quanto goda di piena validità formale, le stesse considerazioni fatte per la norma di legge.



troduce invece elementi che possono nuocere alla certezza del diritto. Su quest'ultimo punto ci tratteremo più avanti (83); il primo chiarisce notevolmente l'impostazione da dare al nostro attuale problema. Se infatti o g n i lealismo ovviamente accresce la certezza del diritto (il lealismo nei confronti del precedente o dell'opinione comune o di singole autorità dottrinali non meno del lealismo legale), la questione decisiva è di vedere q u a l e lealismo abbia, nella realtà storica, probabilità di affermarsi. E qui tutto quello che si può dire è che il dare forma di legge a una proposizione giuridica rappresenta, nella maggior parte dei casi, il procedimento tecnico migliore per conferirle effettività e quindi per far sì che si instauri, sulla materia da essa regolata, la certezza del diritto. Questa presumibile superiorità della legge dal punto di vista della certezza di e s i s t e n z a non toglie che là dove la proposizione giurisprudenziale abbia i requisiti di una norma effettiva, essa meriti intero il rispetto che si è disposti a tributare alla norma certa in quanto tale (84); mentre questa stessa superiorità non basta a garantire la superiorità della legge anche in ordine alle altre componenti della certezza nel terzo significato fondamentale.

Per quanto riguarda, infatti, il c o n t e n u t o della norma, la forma legale non offre, di per sè, assolutamente alcuna garanzia: la legge può essere equivoca, contraddittoria, affetta da tutte quelle lacune che studiando il giusliberismo abbiamo chiamato 'statiche' (85), e in presenza delle quali la più perfetta certezza di esistenza è impotente, mancando la certezza di contenuto, ad assicurare la certezza come conoscibilità della norma genera-

(83) P. 589 s.

(84) Mi sembra quindi che vadano intese come riferite a n c h e (e in ultima analisi soprattutto) al diritto effettivo le affermazioni secondo cui la positività del diritto è una necessità ed un valore per la certezza che instaura (altrimenti detto, il diritto positivo è esigenza del diritto 'naturale'): vedi per tutti RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* cit, 168 s.; 179 s. (a p. 171 un accenno ai casi in cui proprio la certezza esige il superamento del diritto positivo inteso come diritto statuito). Sull'effettività come certezza di esistenza vedi già sopra, 458-460. Ed è chiaro che senza effettività il diritto non può dare la certezza come sicurezza dell'azione.

(85) Vedi sopra, 246-251.

le (86). Qui la certezza, tanto spesso interpretata come fatto puramente autoritativo e volontaristico, rivela la sua indispensabile componente razionale. E proprio qui si afferma l'indiscutibile primato del diritto giurisprudenziale: chi, se non il giurista di professione, può formulare norme univoche, coerenti, certe insomma nel contenuto? Si dirà che il diritto giurisprudenziale non è certo perchè, di solito, largamente controverso. Rilievo esatto; ma che si limita a riproporre la questione della certezza di esistenza. Il diritto giurisprudenziale è controverso, almeno nell'ipotesi tipica, perchè manca una netta gerarchia di autorità tra norme che, quanto al contenuto, sono, tutte, le più certe umanamente formulabili (87).

Dalla considerazione congiunta della certezza di esistenza e della certezza di contenuto può desumersi, quindi, che la norma generale ottima quanto a certezza-conoscibilità è la norma pienamente effettiva di fattura giurisprudenziale; nella maggior parte dei casi, una simile norma è data in concreto dalla norma formalmente valida elaborata da giuristi, dalla legge o dal precedente che siano norme giurisprudenziali 'impure' o 'indirette' (88); ma ad essi va senz'altro equiparata la norma giurisprudenziale 'pura' avente lo stesso grado di effettività.

La conoscibilità della norma generale in sè considerata non basta ancora, tuttavia, a produrre la certezza del diritto nel significato più comprensivo, di conoscibilità o prevedibilità del 'diritto individuale' sulla base della norma generale. Si osservi, intanto, la tensione antinomica contenuta nella definizione stes-

(86) ALLORIO, o. c. alla n. 75, 1203 s., distingue una « certezza di vigenza » e una « certezza di significato » della « regola » in un senso vicino a quello dato qui nel testo alla distinzione tra certezza di esistenza e certezza di contenuto della norma. Una stimolante analisi logica della certezza di conoscibilità su base legalistica è data da G. CARCATERRA, *Certezza, scienza, diritto*, in *RIFD* 1962, 377-394.

(87) Naturalmente, anche del diritto legale pienamente valido ed effettivo si dice e si può dire che è 'controverso': ma o la controversia non è altro che il riflesso della oggettiva incertezza del contenuto della norma, oppure siamo di fronte a un contrasto tra interpretazioni autorevoli, e quindi di fronte a diritto giurisprudenziale controverso.

(88) Su questi concetti vedi sopra, 411-417; 421-425.

sa: il concetto di norma individuale implica precisamente una discontinuità rispetto alla norma generale (89), così che la certezza viene a definirsi come conoscibilità del solo parzialmente conoscibile, prevedibilità del solo parzialmente prevedibile. Non resta allora che chiedersi quali requisiti di formulazione debba avere la norma generale — supposta certa al suo livello — per ridurre al minimo l'ineliminabile incertezza del 'diritto individuale'; e, ciò stabilito, quale sia la fonte del diritto più adatta a produrre una norma dotata di tali requisiti.

Il concetto limite nella direzione della massima prevedibilità sembra ovviamente quello che chiamerei di una 'casistica assoluta', ossia quello di una norma generale che contemplasse tutte le azioni e tutti i casi possibili, munendo ciascuno (e ciascuno a ragion veduta) di una propria disciplina. A ragion veduta: l'esperienza storica mostra che le 'norme di chiusura', le 'norme generali esclusive' comunque concepite non vengono rispettate — e quindi non assicurano la certezza — perchè si risolvono nel trattare uniformemente casi diversi, e nel trattarli come se la legge li avesse previsti mentre è vero il contrario (90): così che la giurisprudenza non rinuncia mai a cercare una disciplina differenziata e adeguata.

Nella direzione opposta, il limite al di là del quale l'incertezza sembra essere non più sopportabile corrisponde verosimilmente a una norma che si esaurisca nel costituire chiaramente gli organi giudicanti (non è poco, se si riflette per esempio al dedalo delle competenze nel diritto intermedio), rimettendosi poi alla loro saggezza e alla loro coscienza per i criteri di giudizio.

Ed effettivamente l'intera tipologia delle norme generali sotto il profilo che attualmente ci occupa oscilla tra queste due soluzioni limite, *strenges Recht* e *billiges Recht*, norma volta a instaurare un giudizio tendenzialmente automatico e norma volta a instaurare un giudizio tendenzialmente di equità (91) o di

---

(89) Vedi sopra, n. 21.

(90) Vedi sopra, cap. III n. 186.

(91) Come punto di partenza per lo studio, oltremodo complesso, dei problemi dell'equità possono ora servire gli articoli di F. CALASSO, V. FROSINI, S. ROMANO, A. NASI, P. FEDELE raccolti sotto la voce *Equità* in *ED XV* (1966) 65-160.

screzionale, governo di leggi e governo di uomini, nomocrazia e sofocrazia (92). I fautori dell'uno o dell'altro tipo di norma generale si sono affrontati da sempre e sono tuttora alle prese, come mostra per esempio una recente, istruttiva controversia (93) sull'opportunità delle 'clausole generali' (i « concetti valvola » di Wurzel (94)), della formulazione ampia ed elastica delle fattispecie e degli effetti giuridici nella legge sia civile, sia penale. Ma a ben guardare la controversia verte sui mezzi e sul possibile, più che sui fini e sull'auspicabile: essa non infirma l'implicito accordo sul punto che la norma generale ideale dovrebbe avere il contenuto di una casistica assoluta, la quale per definizione offrirebbe insieme la perfetta certezza e la perfetta equità. Solo si ritiene o viene sottinteso, dai sostenitori delle norme elastiche, che essendo impossibile anche solo avvicinarsi alla redazione di una simile casistica, ed essendo invece relativamente facile, sulla base di norme elastiche, decidere i singoli casi 'bene', cioè in conformità a quanto tale casistica avrebbe presumibilmente stabilito (95), conviene dare spazio all'intuizione del giudice, rinunciare ad una casistica certamente 'cattiva' per una risoluzione dei casi individuali verosimilmente 'buona'; conviene, in altre parole, affidarsi a una certezza (a una casistica) potenziale e di coscienza piuttosto che a una certezza (a una casistica) malamente attuata nella lettera. Così interpretate possono anche accettarsi formulazioni paradossali, e nel loro significato ovvio da respingere, secondo cui la reale certezza del diritto si otterrebbe affidandosi al senso di giustizia e all'equità (96).

(92) Quest'ultima è la terminologia di STERNBERG: cf. sopra, cap. III n. 157.

(93) Vedi A. BARATTA, *Responsabilità civile e certezza del diritto*, in *RIFD* 1965, spec. 46-54, a proposito di S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, 1964.

(94) Vedi sopra, cap. III n. 135.

(95) Cf. sopra, cap. III n. 165 (un riscontro in CALAMANDREI, o. c. oltre [n. 116] 260-262). Si veda, come battuta di una controversia perenne e che nel suo significato profondo va ben al di là del solo campo giuridico statale, l'argomentazione in contrario di SAN TOMMASO, *Summa theologiae* I-II, q. 95, a. 1, ad 2.

(96) S. BASILE, *L'equità e la certezza del diritto*, in *La cultura* 1966, 537 s. (con riferimenti, tuttavia, alle « concrete aspettative » dei

Resta dunque fermo che la norma ideale quanto a capacità di instaurare la certezza nel significato che stiamo ora approfondendo dovrebbe avere il contenuto di una casistica assoluta (97); e diviene allora chiaro come questo tipo di certezza, che Altorio (98) chiamerebbe « certezza di sufficienza » e che potrebbe forse anche chiamarsi ' certezza di equità ', si identifichi con la completezza (reale, non postulata) della norma, con l'assenza di quelle lacune che studiando il giusliberismo abbiamo chiamato ' dinamiche ' (99), con la capacità di far fronte in anticipo alle incognite dell'individuale e del divenire, padroneggiando tutte le situazioni possibili nel periodo in cui la norma vige. E poichè l'assenza di lacune dinamiche include logicamente l'assenza di lacune statiche (che già sappiamo assicurata nel più alto grado dal diritto giurisprudenziale), il nostro problema diviene, riassuntivamente, quello di valutare il diritto prodotto dalle varie fonti col metro della completezza dinamica.

Occorre a questo proposito tenere presenti due fondamentali caratteristiche tecniche del diritto giurisprudenziale. Anzitutto, il diritto giurisprudenziale è normalmente sistematico. Ciò non significa che esso debba manifestarsi in architetture teoriche, in monografie o trattati dogmatici (basta pensare ai generi letterari romani classici o alle forme della glossa, del commento, del consiglio nel diritto comune); significa, essenzialmente, che la soluzione giuridica viene data tenendo presente tutto l'insieme del diritto, all'interno del quale sono tracciate tra le varie ipotesi e i vari istituti precise linee di confine assicuranti il coordinamento e la non contraddittorietà. Da questo punto di vista il diritto giurisprudenziale va considerato come immancabilmente

---

consociati che lasciano scorgere una linea di pensiero avente molti punti di contatto con quella seguita da JUNG in *NR*).

(97) Prescindo dal problema della conoscibilità *de facto* (vedi sopra, n. 80) di una norma così estesa; mi pare tuttavia che una casistica assoluta sarebbe non solo infinitamente più estesa, ma anche infinitamente meglio conoscibile di ogni casistica che, secondo quanto è concesso a una casistica umana, semplicemente si adopera a raggiungere la completezza.

(98) O. c. (sopra, n. 75) 1204.

(99) Vedi sopra, 255-263.

più perfezionato del diritto legale, a meno che quest'ultimo non venga redatto da giuristi non legati al raggiungimento di scopi politici puntuali e urgenti.

Ora, se è ovvio che la sistematicità accresce la certezza come completezza statica, non sembra dubbio che essa a determinate condizioni favorisce anche la completezza dinamica. Salvo che nelle forme degenerative della *Begriffsjurisprudenz*, l'elaborazione sistematica tende infatti (e si appoggia) a un ritrovamento (non solo 'logico') di principi, e i principi sono, in un loro aspetto, precisamente degli strumenti per meglio raggiungere, attraverso la generalità, la sempre sfuggente puntualità dell'azione (100).

In secondo luogo il diritto giurisprudenziale si caratterizza solitamente rispetto al diritto legale per un più alto grado di elaborazione e di completezza casistica. Proprio perchè il diritto giurisprudenziale non è solo teoria giuridica ma è anche diritto, esso porta la responsabilità di fornire regole pratiche prima che costruzioni e concetti; il fenomeno della teorizzazione concettuale fine a se stessa può mettere radici in una sola situazione professionale, quella, marginale al mondo giuridico, dell'accademico puro, cioè là dove la società preveda e compensi l'esistenza di 'giuristi' non responsabili del diritto. D'altra parte il singolo giurista non possiede un'autorità tale da imporsi a tutti, generalmente; mentre è pur necessario che le difficoltà dell'azione vengano risolte. Il giurista avrà quindi anzitutto autorità sufficiente per comporre il dissidio e risolvere i dubbi tra questi soggetti, in questa controversia, non per una serie illimitata di casi possibili: e il responso è precisamente questo diritto per il caso, vicinissimo alla sentenza del giudice quanto all'essenza, variamente distinto da essa quanto all'efficacia. Abbiamo potuto constatare, in diverse esperienze di maturo diritto giurisprudenziale, l'ampio sviluppo della giurisprudenza consulente; e trarne, in sede teorica, conferma alla tesi di una strutturale solidarietà della giurisprudenza con l'azione nel processo

---

(100) Su ciò vedi sopra, 519. Sulla accentuata produttività della giurisprudenza nei confronti dei principi vedi sopra, 410; 504.

giuridico (101). Dai consigli come norme individuali si forma poi, attraverso la pubblicazione, la norma generale a composizione casistica. In essa, a differenza dai sistemi deduttivi della giurisprudenza accademica, principii e categorie concettuali hanno valore inventivo e topico, più che assiomatico. Poichè tuttavia i casi pubblicati sono opera di professionisti, essi non nascono senza legami con i casi precedenti e con l'intero *corpus iuris*: la norma giurisprudenziale tipica è insomma un sistema di casi, ed è quindi al tempo stesso più sistematica e meno schematica (meno astratta) della norma legale.

Questa struttura della norma giurisprudenziale ci pone nuovamente di fronte alla delicatezza dei criteri valevoli per individuare la norma più completa, intesa come la meno lontana dall'ideale — irraggiungibile — della casistica assoluta. È più 'completo' il principio generale o l'insieme delle disposizioni particolareggiate che ad esso si ispirano, nelle quali esso si articola? In un senso è più completo il principio: esso infatti, a parte la funzione di coordinare i casi accrescendo la completezza statica, mantiene una 'eccedenza assiologica' rispetto alla serie casistica che gli permette di regolare anche casi in essa non compresi; inoltre la serie casistica (a prescindere dalla difficoltà di prenderne conoscenza, che può essere causa di sorprese e di errori) è più facile da 'aggirare': le disposizioni che collegano effetti giuridici a fattispecie circoscritte con abbondanza di particolari offrono altrettanti punti di appoggio per plausibili argomenti *a contrario*. In un altro senso è, ovviamente, più completa la serie casistica, perchè nell'area da essa coperta sono ridotti i dubbi che lascerebbe il principio con la sua indeterminatezza.

Sembra allora di poter affermare che la massima certezza-completeness deve attendersi da una norma generale che comprenda insieme principii e casistica, in un rapporto di solidarietà più che di subordinazione nel quale il principio genera i casi e

---

(101) Sull'affermarsi della letteratura consiliare in connessione con l'esigenza della completezza vedi sopra, 164. Sulla solidarietà della giurisprudenza con l'azione vedi sopra, 516-518. La diminuzione, nella giurisprudenza, dell'interesse per il caso (tipica per esempio della pandettistica e della dogmatica da essa derivata) va sempre guardata con sospetto, come indizio di una probabile tendenza all'accademismo.

i casi, formandosi a contatto con l'azione, a loro volta generano e rigenerano, confermano e mettono in questione il principio; da una norma insomma che da un lato proponga chiare a se stessa le proprie motivazioni e opzioni profonde (102), e d'altro lato si estenda quanto più capillarmente possibile a permeare l'azione, non escludendo da sè nè l'infinitamente grande nè l'infinitamente piccolo. Se ciò è esatto, risalta la completezza comparativamente massima del diritto giurisprudenziale, come *corpus* normativo del quale tanto un ordinato repertorio di principii elaborati a partire dalle norme più particolari e dai casi, quanto un'amplessissima casistica elaborata in continuità con le norme e i principii (103), sono, come abbiamo visto, parti immancabili e caratterizzanti. Si può ancora aggiungere che una giurisprudenza critica, consapevole di dovere, per il proprio compito oggettivo nel processo giuridico, servire ad un tempo l'azione — t u t t a l'azione — e la norma, produrrà verosimilmente un diritto giurisprudenziale più completo di una giurisprudenza legalista rivolta — o piuttosto convinta di essere rivolta — solo alla legge e alle fattispecie in essa contemplate (104).

Dalla nostra breve indagine intorno alle condizioni della certezza nel terzo significato fondamentale, cioè come conoscibilità-prevedibilità del 'diritto individuale' sulla base della norma generale, risulta dunque che la norma capace di assicurare in massimo grado tale tipo di certezza sarebbe, in astratto, una casistica assoluta dotata di assoluta effettività; in concreto, un sistema giurisprudenziale di casi dotati di validità in senso formale (e quindi di quella effettività che s o l i t a m e n t e spetta alla norma formalmente valida). Non sembra che la legge (a meno di

(102) ALLORIO, o. c. sopra (n. 75) 1204; cf. ESSER, *GN* 27 s.; 300-302.

(103) Occorre appena avvertire che la distinzione qui fatta tra principii, norme e casi è, sul piano logico, puramente di grado e relativa: si tratta sempre di norme generali, che nella loro grandissima maggioranza sono, ciascuna, insieme 'principio' (rispetto alle norme in cui trovano applicazione) e 'caso' (rispetto a quelle cui danno applicazione esse stesse).

(104) Si ricordino a questo proposito le critiche mosse alla giurisprudenza legalista dal giusliberismo sul punto della f e c o n d i t à dei metodi: cfr. sopra, cap. III, § III.2. B-D, sotto a).



recepire in blocco il diritto giurisprudenziale) possa darsi una simile fisionomia. Sembrano, piuttosto, avvicinarsi al massimo a questo modello i diritti del precedente (105), e non sono mancate interpretazioni del *common law* precisamente come diritto della certezza (106); astenendomi da una verifica nei fatti, che richiederebbe l'approfondita indagine storica cui ho già rinunciato, vorrei avanzare qui alcune riserve in linea presuntiva.

Il *corpus* dei precedenti vincolanti, per quanto esteso, si forma con inevitabile lentezza nel corso dei decenni e dei secoli: una parte cospicua di esso è quindi invecchiata e inutilizzabile per le differenze di fatto che comportano differenze in diritto. Quanto alla parte ancora attuale, essa non comprende ovviamente che diritto litigioso, lascia fuori le situazioni per le quali si preferisce non ricorrere ai tribunali, o lascia sussistere l'incertezza fino a che non si è fatto ricorso ai tribunali. Ecco allora che un codice organico, inteso a regolare integralmente una materia attraverso anticipate formulazioni generali, può sotto taluni aspetti essere più completo di una smisurata casistica. Inoltre, per i motivi accennati in precedenza, nessuna casistica come tale è completa senza i principii; e questi di per sè sfuggono alla logica della validazione autoritativa, finiscono ovunque col nascere dal dibattito giurisprudenziale assai più che dal comando giurisdizionale o legale. Tutto ciò vale a prospettare i limiti dell'aumento di certezza che ci si potrebbe attendere dall'introduzione del regime del precedente vincolante negli ordinamenti continentali; e l'aumento risulterebbe tanto meno considerevole qualora la riforma riconoscesse carattere vincolante non alle pronunce di ogni tribunale (beninteso, per quelli pari o inferiori in grado), ma solo alle pronunce di un supremo collegio (in Italia, la Cassazione), e solo per gli altri tribunali, non per lo stesso collegio autorizzato a porre i precedenti (107).

---

(105) Vedine la definizione sopra, 411, spec. n. 65.

(106) Così G. RADBRUCH, *Lo spirito del diritto inglese* (tr. it. 1962) 39-49 (riferendosi, tuttavia, a un concetto di certezza in parte diverso dal nostro).

(107) Prescindo qui dalle obiezioni che potrebbero muoversi al progetto di un'organizzazione gerarchica della magistratura dal punto di vista costituzionale o in nome dell'ideale democratico. In merito alla

Il fattore che più incisivamente limita la completezza del diritto giurisdizionale e soprattutto giurisprudenziale è, tuttavia, un altro: la minore autorità del giudice e del giurista rispetto al legislatore nel formulare norme generali. Abbiamo già avvertito che una giurisprudenza critica, consapevole della propria solidarietà con l'azione e del proprio reale potere, saprà vincere la timidezza della giurisprudenza legalista là dove essa sia oggettivamente infondata, ponendo le premesse per la formazione di un diritto giurisprudenziale il più possibile completo; resta l'oggettiva difficoltà, per il giudice e per il giurista, di procedere a taluni tipi di certificazioni necessariamente arbitrarie, a integrazioni in materie politicamente 'calde', o in settori del tessuto sociale dove si siano prodotti mutamenti bruschi. Qui, nella sua formulazione del migliore possibile diritto, il giurista non potrà non tener conto delle scarse probabilità di affermarsi di qualunque soluzione personale; offrirà la propria, se richiestone dalla vita che non aspetta, e l'offrirà formulata con tutta l'audacia doverosa e consentita; ma la saprà destinata a valere in un'area ridotta, magari non più ampia di un singolo dubbio, di una singola lite; e, al di fuori, come proposta tra le altre. In certe materie, insomma, non si potrà contare che sulla completezza raggiungibile nel momento giurisprudenziale del diritto, al livello delle norme individuali, non sulla completezza del diritto giurisprudenziale vero e proprio. Oppure questa si produrrà, ma tardivamente: con il risultato che spesso mancherà per nuovi rapporti di vita, sorti nel frattempo. È il fenomeno, non infrequente nel diritto giurisprudenziale, di quella che potrebbe chiamarsi 'certezza anacronistica' (108).

---

certezza si vedano le osservazioni di G. MARANINI e di P. BARILE e L. BIANCHI D'ESPINOSA, in *Atti Gardone* (cit. sopra, n. 47) 29-31; 50-53. Sulla funzione di un tribunale supremo rispetto ai risultati della libera ricerca del diritto e nella formazione di diritto giurisdizionale e giurisprudenziale cf. sopra, cap. III n. 255; n. 386.

(108) Ne abbiamo un esempio nel diritto romano classico (cf. sopra, 34 s.; 50-57, spec. n. 105), che rappresenta la completezza, raggiunta a distanza di secoli, di un progetto giuridico corrispondente alle strutture sociali e politiche della città repubblicana. Oppure si pensi al diritto comune alla vigilia delle rivoluzioni.

La lentezza di completamento e di positivizzazione del diritto giurisprudenziale, se rischia di lasciar sussistere a lungo zone di incertezza che la legge sembra invece capace di eliminare tempestivamente, rappresenta per altro verso una garanzia di fronte ai capovolgimenti e alle rotture che la legge può talora introdurre nel diritto positivo. Parlando, come si fa comunemente, della certezza come prevedibilità si allude a un concetto duplice: prevedibilità della norma individuale sulla base della norma generale; prevedibilità del diritto di domani sulla base del diritto di oggi, sua 'calcolabilità' (*Berechenbarkeit*). Senza certezza del diritto, si dice, non è possibile guardare serenamente al futuro, non è possibile pianificare, diventa eccessivamente rischiosa ogni iniziativa (specialmente economica) di un qualche respiro: è chiaro che qui 'certezza' significa stabilità (109), e che il tradizionale argomento a favore della legge instauratrice di diritto prevedibile ha una base — fuori del riferimento alla certezza di esistenza — solo quando si pensi (come pensavano gli illuministi e i primi codificatori, che lo invocavano) a leggi, se non definitive, molto durature (110). Non vi è bisogno di insistere sul fatto che la legge si è presentata nell'ultimo cinquantennio con caratteristiche precisamente contrarie, giustificando impostazioni come quella di Esser (111), secondo cui l'unico elemento che consente di sopportare le scosse traumatizzanti inferte al corpo sociale dalla moderna chirurgia legislativa è proprio la riserva di principii accumulanti con progressione e progresso continui nella tradizione giurisprudenziale; o come quella di Coing (112), che significativamente fa coincidere il periodo storico dell'incertezza del diritto con quello successivo alle codificazioni e alla moderna ideologia legalista.

---

(109) ALLORIO, o. c. (sopra, n. 75) 1204, parla di « certezza di durata »; RÜMELIN, o. c. (sopra, n. 75) 12, di « Rechtsdauerinteresse » e, citando HECK, di « Stabilitäts- und Kontinuitätsinteressen » (cf. anche sopra, cap. III n. 470). Entrambi hanno però prevalentemente in vista la nostra 'inviolabilità'.

(110) Cf. sopra, 485 s.

(111) GN 300 s.

(112) *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (1950) 25-27 (per Coing la certezza del diritto è, appunto, essenzialmente stabilità: vedi *ibid.*, 21-25).

Se si introduce nel nostro problema la dimensione tempo, non è forse improprio distinguere una certezza 'sincronica' del diritto in un dato momento del tempo, che la legge può accrescere mettendo fine a molte controversie con la propria autorità, e una certezza 'diacronica' del diritto attraverso il tempo. Quest'ultima, che si risolve appunto in stabilità, in continuità, in gradualità di mutamento, è assicurata paradigmaticamente dal diritto giurisprudenziale, e non solo per una (almeno sotto questo profilo, provvidenziale) impotenza dei semplici professionisti a promuovere trasformazioni rapide, ma anche per la loro capacità di elaborare regole meno contingenti, più meditate di quelle dovute al potere politico, e per la loro oggettiva vocazione alla formulazione e alla consolidazione dei principii, che del *corpus* normativo sono appunto la parte tra tutte più durevole. Una prima, e già preziosa, forma di certezza sussiste là dove mutino le norme nel permanere dei principii: mi è più facile accettare la norma nuova che sconcerta i miei piani di vita se vedo che essa è posta per applicare, in una mutata situazione storico-sociale, lo stesso principio su cui si fondava la norma precedente. Di qui l'importanza di una diffusa e radicata consapevolezza dei principii giuridici presso i maggiori protagonisti della vita del diritto, consapevolezza che la giurisprudenza è per prima chiamata a promuovere (113).

I quattro significati fondamentali fin qui esaminati (114) possono ritenersi i più rilevanti al nostro fine, che è di valutare alla stregua della certezza da un lato il diritto giurisprudenziale, dal-

(113) Per altri motivi della stabilità del diritto giurisprudenziale vedi sopra, cap. IV, § III.2; § III.6.

(114) Tra i significati tralasciati, particolarmente importanti quelli riconducibili all'idea di una certificazione artificiosa del fatto o del precepto o del rapporto giuridico, compiuta — in mancanza o in sostituzione della 'verità' — per scopi quali la speditezza del traffico, la tutela dell'affidamento, il raggiungimento di una uniformità necessaria sul piano tecnico: si vedano in proposito RÜMELIN, o. c. (sopra, n. 75) 13-21, particolarmente lucido nel segnalare i contrasti tra queste e le altre esigenze della certezza; RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*<sup>5</sup>, 171 s.; GÉNY, *ST* III, *passim* (tutte le procedure che Gény riconduce alla « technique juridique » risolvono in fondo problemi di certezza); molto istruttiva la voce *Certezza pubblica*, in *ED* VI (1960) 769-792, di M. S. GIANNINI.

l'altro la giurisprudenza critica. Le conclusioni sono, in breve, le seguenti.

a) Per quanto riguarda, anzitutto, il diritto giurisprudenziale, si presentano logicamente due ipotesi.

a<sub>1</sub>) È ovvio che ogni formazione di diritto giurisprudenziale là dove vi sia un vuoto di diritto positivo è, comunque, fonte di certezza: ogni norma positiva è di per sè certezza. Quindi l'esistenza di diritto giurisprudenziale oltre la legge, o dove manchi interamente la legge, è certezza del diritto in tutti i significati del termine (115).

a<sub>2</sub>) Nel confronto del diritto giurisprudenziale con il diritto legale occorre esaminare distintamente i diversi significati di certezza. Quanto a sicurezza e inviolabilità il diritto giurisprudenziale non offre minori garanzie del diritto legale, mentre gli è superiore in stabilità. Dal punto di vista della certezza come conoscibilità-prevedibilità del 'diritto individuale' sulla base della norma generale occorre ancora suddividere: il diritto legale è parso superiore, di regola, sotto il profilo della certezza di esistenza (intesa come effettività); il diritto giurisprudenziale è parso superiore, di regola, sotto il profilo della certezza di contenuto (intesa come completezza statica e dinamica); tanto per l'una come per l'altra regola valgono limitazioni ed eccezioni. In sintesi la norma più certa da questo punto di vista è, verosimilmente, un'abbondante e vigile legislazione di fattura giurisprudenziale integrata da un *corpus* di precedenti o da un *corpus* di norme e principii giurisprudenziali almeno autorevoli (o, magari, da entrambi). Condizione propizia alla formazione di una simile norma va considerata una società statale stabile e ideologicamente omogenea (116).

---

(115) Cf. sopra, 373; e, per quanto riguarda la certezza che introduce il formarsi di una gerarchia di autorevolezza tra le interpretazioni della legge, 510; 513 pr.

(116) I motivi si intuiscono e possono desumersi dalla sociologia del diritto giurisprudenziale. Sul nesso inscindibile tra certezza del diritto e struttura sociale cf. ALLORIO, o. c. (sopra, n. 75) 1202 s.; 1206 s.; S. LENER, in *Il diritto dell'economia* 1956, 1307; 1311; BARATTA, o. c. (sopra, n. 93), spec. 48-50. Sull'incertezza di una norma legale che rifletta ideologie contrastanti sono sempre efficaci le pagine di P. CALAMANDREI,

b) Per quanto riguarda, in secondo luogo, la giurisprudenza critica, occorre distinguere le due posizioni essenziali in cui essa si articola:  $b_1$ ) critica del legalismo (la norma di legge non è tutto il diritto 'statale' positivo e non è sempre diritto 'statale' positivo: punto di vista dell'effettività);  $b_2$ ) critica del logicismo (l'interpretazione e la 'logica' giuridica includono momenti metalogici; la logica pura applicata al diritto positivo, anche se non limitato alla legge, è insufficiente da sola al ritrovamento del diritto per l'azione; occorrono considerazioni 'libere', di natura valutativo-sociologica).

$b_1$ ) La critica del legalismo, per il suo primo aspetto (la legge non è tutto il diritto positivo), si risolve nel riconoscimento di diritto positivo oltre la legge, e dunque in un evidente guadagno di certezza come già detto alla pagina precedente *sub a*<sub>1</sub>). Per il suo secondo aspetto, logicamente inscindibile dal primo, essa si risolve nel considerare diritto positivo anche il diritto effettivo *anti* legale. Quando questo diritto sia giurisprudenziale — e per brevità possiamo limitarci qui a tale ipotesi — valgono le considerazioni fatte alla pagina precedente *sub a*<sub>2</sub>). Potrà essere buona regola, in pratica, quella già proposta (117) di *presumere* l'effettività della legge, ritenendosi liberi solo dal diritto legale notoriamente ineffettivo; non si può escludere tuttavia un'indagine sul diritto effettivo più approfondita. Abbiamo visto come in ultima analisi la certezza di esistenza non possa poggiare che sull'effettività.

Del resto una giurisprudenza critica, prendendo coscienza dell'effettiva autorevolezza di norme preter- e antilegali, può, volendo, anche *regire ad esse* (sempre nei limiti della ricerca del migliore possibile diritto) più efficacemente di un legalismo che tale autorevolezza non veda o neghi postulatoriamente (118).

$b_2$ ) La critica del logicismo è anzitutto accertamento di un fatto: la giurisprudenza non è e non può essere, in concreto, pura logica. Il nostro problema, una volta ammesso il fatto, è il

---

*La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1955, spec. 253-255.

(117) *Sopra*, 461 s.

(118) Un accenno in questo senso *sopra*, 525 i. f.

seguinte: quale giurisprudenza assicura maggiore certezza, quella che ignora il fatto (logicismo in buona fede), quella che ne tiene conto ma mostra di agire come se lo ignorasse (pseudologicismo, giurisprudenza criptocritica), quella che ne tiene apertamente conto? Mi pare si possa rinviare, su questo punto, agli autori giusliberisti, applicando con opportuni temperamenti al logicismo in genere (119) quanto essi dicevano del logicismo più acritico, quello legalista: il mondo del logicismo cieco è mondo di incertezza (120); la certezza comparativamente maggiore sarà raggiunta con la giurisprudenza apertamente critica (121).

È bene ribadirlo, ad evitare fraintendimenti: non si tratta, nel criticare il logicismo legalista, di asserire la superiorità, in fatto di certezza, di una giurisprudenza interamente libera su una giurisprudenza vincolata alla legge. Si tratta di asserire la superiorità, in fatto di certezza, di una giurisprudenza che apertamente integra e corregge la legge con il diritto positivo, e apertamente integra (non corregge) il diritto positivo (di cui la legge è parte normale e prevalente) con un diritto 'libero' desunto da considerazioni valutativo-sociologiche scientificamente controllate su una giurisprudenza che, credendosi vincolata alla sola legge, la integra e la corregge con un solo limite (per il logicismo cieco, anche con un solo criterio): quello che l'integrazione o correzione 'non sembri' tale.

La certezza, nella misura in cui non sia già realizzata nel diritto positivo, è precisamente uno di quei valori (122) che, variamente coordinati e contemperati dal giurista, presiedono al formarsi del diritto libero integrativo. È diritto libero (riprendo, nell'ordine, i diversi significati di certezza) difendere l'inviolata-

---

(119) Di esso non saprei, veramente, indicare espressioni storiche, almeno non recenti: in concreto coloro che riconoscono l'esistenza di diritto positivo extralegale ne ammettono anche regolarmente l'incompletezza.

(120) Si veda tutto il § III.2 del cap. III sotto le lettere *a*) e *b*); e spec. 298-300; 317-321.

(121) Sopra, 324-326. Sulla possibilità della giurisprudenza critica di introdurre maggiore certezza nei procedimenti di interpretazione ed elaborazione della legge si vedano i rinvii fatti al cap. III, n. 154; e ancora: 297 pr.; 310 pr.; 317.

(122) Cf. sopra, 344 *sub* 9.

bilità delle situazioni soggettive piuttosto che la realizzazione integrale di una riforma magari pienamente condivisa; è diritto libero, in certi contesti, il rispetto per le autorità dottrinali e per l'opinione maggioritaria; è diritto libero limitarsi ai procedimenti interpretativi più rigorosi; è diritto libero eliminare le oscurità e contraddizioni della legge piuttosto che approfittare della libertà che lasciano; è diritto libero estendere una motivata casistica giuridica a tutta quanta l'azione; è diritto libero educarsi a quell'autocontrollo (123) che fa evitare la ricerca dell'originalità attraverso soluzioni puramente 'scolastiche' (124) dei problemi; è diritto libero consolidare i principii nel variare delle norme; è diritto libero seguire la massima *minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt* piuttosto che l'altra *stare non potest ius, si non sit aliquis iuris peritus, qui illud per interpretationem suam producat in melius*.

Ma se la certezza è — anche — diritto libero, se è — anche — valore non tutto realizzato e positivizzato, solo una giurisprudenza critica può consapevolmente adoperarsi per essa: per la certezza del diritto preter- o antilegale come, in fondo, per la certezza dello stesso diritto legale.

Ciò significa, inscindibilmente, che una giurisprudenza critica è anche libera di assegnare alla certezza un posto magari modesto tra i valori formanti il diritto libero, in dipendenza da come ogni singolo giurista ritenga di dovere, in coscienza, rispondere all'ultimo degli interrogativi da cui siamo partiti (125).

Ora, senza voler qui approfondire criticamente il tema, va pur detto che il canone della certezza del diritto, necessario da un lato al realizzarsi di quell'autentico valore che è la certezza dell'azione, non può d'altro lato costituire un « principio rigido, assoluto, illimitabile ed illimitato » (126).

---

(123) ESSER, *GN 27*: « dogmatische Selbstkontrolle », come garanzia più profonda e reale al posto della solita « schematische Sicherheitsidee ».

(124) Secondo l'espressione arguta del NEVIZZANO: sopra, cap. II n. 169; n. 176.

(125) Vedi sopra, 568 *sub c*).

(126) LONGO, o. c. (sopra, n. 75) 127.



In effetti, non sarebbe arduo mostrarne la relatività: sia per le antinomie *i n t e r n e* alla stessa nozione di certezza (127), sia, come subito vedremo, per le antinomie tra la certezza globalmente presa ed altri valori forse meno specifici, ma non meno alti ed importanti, realizzati dal diritto, sia infine per la funzione secondaria che spetta alla certezza dell'azione non appena, lasciando l'ambito giuridico, ci si inoltra in zone più profonde e più mobili, più significanti e più scoperte della vita spirituale e dell'esperienza intersoggettiva, nelle quali alla previsione e alla garanzia subentrano, senza negarle ma superandole, il dono, l'affidamento, il rischio di sè (128). Questa relatività va tenuta presente qualunque cosa si pensi intorno alla capacità del diritto giurisprudenziale e della giurisprudenza critica di promuovere la certezza.

Restando nell'ambito giuridico, non sembra dubbia — sia pure entro limiti assai più ridotti di quanto comunemente si ritenga, e facendo salva l'ipotesi di una perfetta risoluzione *in apicibus* — la possibilità di conflitti tra la certezza e la giustizia, tra la certezza e l'equità, se con giustizia si intende, genericissimamente, l'insieme delle caratteristiche che fanno del diritto non solo un ordine, ma un ordine desiderabile ed approvabile, e se con equità si intende la giustizia del singolo caso o rapporto (129). Anche di fronte a questi nuovi valori (che già per

(127) Su di esse (che non sono sempre le meno gravi) ha attirato l'attenzione con particolare acribia RÜMELIN, o. c. alla n. 75. Non ho potuto vedere R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911 (cit. da GÉNY, *ST* III, 14 n. 1) che secondo FRANK, *Law and the modern mind* (cit. oltre, n. 132), parte II, cap. III, contrapporrebbe radicalmente una certezza statica e una certezza dinamica del diritto (la seconda intesa in senso non lontano da quello cui si riferisce RÜMELIN, l. c. sopra alla n. 114).

(128) Una disamina equilibrata di questi aspetti è in COTTA, o. c. sopra (cap. IV, n. 37) 155-173. Si veda anche *Esprit*, numero speciale su *Le risque*, gennaio 1965.

(129) L'argomento è tradizionale; un'esposizione del rapporto di connessione-antinomia tra certezza, giustizia formale e giustizia materiale (finalità culturale, « Zweckmäßigkeit ») del diritto costituisce, come è noto, il nocciolo stesso del pensiero filosofico-giuridico di G. RADBRUCH; con originale vigore speculativo collega e contrappone giustizia e « legalità » E. OPOCHER. *Lezioni di filosofia del diritto*<sup>3</sup> (1955) 121-136. In

il fatto di potersi trovare in contrasto con la certezza sono da concepire essi stessi come anche giuridicamente relativi) si pone il problema dell'attitudine del diritto giurisprudenziale e della giurisprudenza critica a realizzarli. E basterà dire qui che non soddisfa del tutto l'impostazione forse più comune tra i sostenitori del diritto giurisprudenziale, secondo la quale esso rappresenterebbe la giustizia di fronte al diritto legale che rappresenterebbe la certezza: i due valori si distribuiscono in modo assai meno schematico, e abbiamo potuto constatare sia la capacità del diritto giurisprudenziale di assicurare dimensioni essenziali della certezza, sia la funzionalità della legge, specialmente democratica, per far progredire in talune direzioni la giustizia (130). Non sembra dubbia invece (131) la completa superiorità della giurisprudenza critica sul logicismo legalista dal punto di vista della giustizia e dell'equità, e in genere di tutti i valori non immediatamente collegati con la capacità ordinatrice del potere in quanto tale.

Se una giurisprudenza apertamente critica non può non comportare, per più aspetti, anche un aumento reale di certezza, ed è chiamata a far proprio, in un'equilibrata sintesi di

---

L. RECASENS SICHES (p. es. in *Rivoluzione teorica e pratica nell'interpretazione del diritto*, RIFD 1962, 440 s.) si trova l'idea che la certezza è il valore forse più specifico (« funzionale »), ma non il più alto, realizzato dal diritto. F. CARNELUTTI ha parlato, felicemente, di « costo » della certezza: così in *La certezza del diritto*, 1942, rist. in *Discorsi intorno al diritto* II (1953) 22 i. f. Contesta l'opponibilità di certezza e giustizia (ma dando a 'giustizia' il significato, moralmente adiaforo, di coordinamento delle azioni comunque realizzato) COTTA, o. c. alla n. prec., 148-155.

All'esigenza di giustizia come intesa nel testo può riportarsi anche quella dell'adeguamento del diritto alle mutate condizioni dei tempi, che specialmente nella letteratura anglosassone (POUND, CARDOZO, FRANK) occupa il posto di massima antagonista dell'esigenza di certezza. Naturalmente, una perfetta certezza come 'completezza dinamica' rappresenterebbe anche il perfetto adeguamento (e viceversa): i contrasti nascono al livello dell'imperfetto, che è poi il concreto livello umano.

(130) Vedi sopra, cap. IV, § III.2.

(131) Per alcuni svolgimenti negli autori giusliberisti vedi sopra, 323.

valori, l'ideale della certezza, essa implica per definizione il superamento del mito della certezza già raggiunta e posseduta attraverso la legge. Ora mentre l'ideale, con i limiti accennati, si propone validamente a quella attività che nel nome stesso quasi manifesta la propria strutturale affinità con la virtù di prudenza, il mito sembra piuttosto corrispondere ad uno stadio infantile della psiche (132) e comunque dipendere, per un effetto di *wishful thinking*, da una concomitante ideologia della certezza come valore giuridico supremo e illimitabile: in altri termini uno squilibrio nel giudizio di valore, provocando un esagerato timore dell'incertezza, si traduce in un errore nel giudizio di fatto, e nell'adozione di metodi che permettano di conservare l'illusione. Comprendere i presupposti di questo duplice 'certismo' può, quindi, giovare a chiarire quali valori (non solo giuridici) la giurisprudenza apertamente critica rappresenti. Senza contestare l'importanza delle motivazioni e razionalizzazioni esplicite e degli oggettivi condizionamenti sociologici, mi limiterò qui ad alcuni presupposti psicologici, cercando soprattutto di determinare quale tipo di mentalità l'avvento di una giurisprudenza apertamente critica esiga e insieme possa correre ad instaurare.

Nei giudicanti, il 'certismo' sembra non dubbio sintomo di un desiderio di rappresentarsi come relativamente minima la propria responsabilità. Se il diritto è certo, coloro che lo applicano sono fungibili: questo facilita il confortevole pensiero che 'chiunque altro avrebbe deciso così', e che vi era solo da 'ese-

---

(132) Preciserei e limiterei in questo senso, distinguendo tra ideale e mito (o ideologia) della certezza, la nota tesi di J. FRANK, *Law and the modern mind* (1930; 6<sup>a</sup> ed. 1949, con prefazione che accentua ancora l'importanza, per l'incertezza della norma individuale, dell'incertezza dei fatti [cf. sopra, 317 s.] rispetto all'incertezza delle regole). Il libro, che non si esaurisce nella 'riduzione' psicologica ma contiene anche una critica di valore (ripresa poi in *Courts on trial*, 1949) non sempre inefficace, è stato giudicato forse troppo severamente da N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *RIFD* 1951, 146-152. Classificazioni del legalismo tra i fenomeni caratteristici della psiche infantile non mancano anche tra psicologi e moralisti: così da ultimo, con estrema decisione, M. ORAISON, *Une morale pour notre temps*, 1965.

guire'. La soluzione era già contenuta nel *depositum iuris*, e non ha quindi un vero e proprio autore: il mondo dei giudici è il mondo dell'anonimato, delle opinioni che non appartengono a nessuno. Unica responsabilità, quella di non sbagliare nell'obbedire.

Negli altri operatori giuridici, il 'certismo' è di più difficile interpretazione. A un primo esame esso indubbiamente rivela uno spirito 'geometrico', incapace di vedere oltre la famosa *Berechenbarkeit* del diritto. Ma vi sono meno ovvie, più segrete componenti. Per gli avvocati, ad esempio, la regola del gioco che si possa invocare solo la legge e non la giustizia o il buon senso, è estremamente vantaggiosa ai fini pratici della professione, in quanto lascia un ampio margine occulto di manovrabilità della norma e rende indispensabile lo specialista della 'logica' giuridica. Significativamente proprio essi, e cioè i giuristi più avvezzi a fare realmente uso della libertà giurisprudenziale, risultano i meno numerosi nelle file del giusliberismo, che è stato essenzialmente un movimento di giudici e di professori. E dietro il 'certismo' dei privati si cela, forse non raramente, il rifiuto (a volte la timidezza) del rapporto personale. Se il ricorso alle procedure dell'ordinamento positivo è sempre, come tale, indice del fallimento di un rapporto di amicizia o almeno di un rapporto amichevole, un'eccessiva propensione per le 'vie legali' denuncia una tendenza all'isolamento, un atteggiamento di chiusura e di freddezza (a volte, di inibita ritrosia): mi rimetto al difensore professionale, al giudice, alla — ignota — norma 'certa' della sentenza che mi esonera dall'affrontare con l'altro il nostro comune problema; non voglio (o non oso) l'incontro diretto, che è sforzo di persuasione, che è rischio di essere a mia volta persuaso. Queste, o simili, disposizioni d'animo vien fatto di supporre alla base di un tipo di processo, di argomentazione giurisprudenziale e in genere di concezione del diritto che oscura il margine oggettivo di incertezza, mette il puro logo (che poi non è tale) al posto del dialogo, vuole credere ad una soluzione tutta 'a norma di legge' ossia tutta assoluta e tutta estranea all'iniziativa e alla convizione degli interessati. Anche per i privati può essere comodo il legalismo integrale: comodo se la legge dà ragione (ci si 'trincerà' dietro

di essa), comodo perfino se dà torto (non c'era nulla da opporre alla sua irresistibile autorità), comodo in ogni caso per 'non avere a che fare' con l'altro oppure (ma spesso le due cose si confondono) con se stessi.

L'avvento di una giurisprudenza apertamente critica si risolve, al contrario, in un dibattito dove, esaurite le risorse del precetto autoritativo, si fa appello a forme meno assolute di positività, poi a *rationes* 'libere' (valutativo-sociologiche) presentate per quello che sono, infine (nel processo) ad una decisione che il giudice — orientato ma non costretto dagli argomenti delle parti — prende sotto la propria palese, personale, nominativa responsabilità.

Un simile dibattito esige dei protagonisti e un uditorio che sappiano accogliere le indicazioni provenienti da una volontà e da una ragione autorevoli ma non assolute, esige un'attitudine matura di rispetto del relativo. Al tempo stesso esige, poichè non si limita ad invocare l'(incondizionata) eteronomia, una più viva partecipazione di coscienza: non posso intervenire senza mie ragioni, mie valutazioni. Ma per essere veramente mie devono convincere me personalmente (non basta la mia convinzione su quale sia il diritto voluto da altri): ed ecco la possibilità che il dibattito critico, così come sa di essere chiamato a generare un diritto nuovo, finisca col generare in me — in noi — una convinzione nuova, *ci converta*. Là dove si postula — fittiziamente — la perfetta certezza, il tempo del processo è tempo senza valore proprio, in quanto trascorre solo perchè si ricostituisca il passato, quella situazione giuridica che 'già esisteva' fin dall'origine. Riconoscere, invece, l'oggettiva incertezza del diritto vuol dire riconoscersi a vicenda almeno una parte di possibile ragione; vuol dire attesa degli argomenti dell'altro per verificare i propri; vuol dire necessità di comprendersi, disponibilità, situazione moralmente dinamica e aperta. Un animo fervido e onesto, pur senza fare l'elogio dell'incertezza, non mancherà di sentire quanto, nella situazione dell'incertezza riconosciuta ed assunta, vi sia di favorevole ad un rapporto umanamente autentico, ad una reciproca apertura.

Insieme ad un maggiore rispetto del relativo, il dibattito critico implica una maggiore fede in una verità giuridica materiale,

sigillo legale. Su questa fede appunto poggia la discussione di diritto 'libero': che è reale socratico dialogo mirante alla persuasione, non fittizio certame sofistico, che strutturalmente gravita — quasi fatto ciascuno giudice — verso la conclusione nell'unanimità, non verso la 'vittoria' (o la 'vincita') dell'uno e la 'perdita' dell'altro. Con l'aperto ricorso alle *rationes* materiali si smonta, infatti, la tensione eristica del dibattito al quale i soli possibili criteri di integrazione del diritto positivo oggettivamente incerto (e dunque i soli possibili criteri di soluzione) restano estranei; e la soluzione stessa cessa di apparire come l'esito di un gioco d'azzardo avente per unica posta l'assolutamento certo. Come al termine di ogni autentico dialogo, non ci sono 'vincenti' e 'perdenti', ma una sola vittoria, comune: l'accordo sulla migliore verità che sia stato dato trovare. Questa verità potrà risultare insufficiente ai fini della soluzione cercata; anche in questo caso sarà già valore grande l'aperto riconoscimento che così stanno le cose, l'aver raggiunto e poi oltrepassato il punto di accordo attraverso l'argomentazione veritiera che prospetta il certo come certo, l'incerto come incerto, il probabile come probabile, l'opzionale come opzionale.

Forse il maggiore guadagno che si può attendere dall'avvento di una giurisprudenza critica è proprio l'introduzione della *veracità* nel dibattito giuridico (133). Certo, ogni società ha la sincerità che si merita; ma il dibattito giuridico sembra trovarsi, quanto a grado di sincerità, piuttosto indietro, se è vero che non da oggi viene sentito e temuto come il luogo del formalismo, del cavillo interessato, dell'esoterismo sofistico. La diffusione, nel corpo sociale, del convincimento che il dibattito giuridico è dibattito (ancorchè non tutto 'certo') leale e veritiero, opererebbe con virtù risanatrice, avrebbe effetti remoti inattesi, sarebbe altamente benefica ad ogni fine, non ultimo — lo abbiamo visto — quello della certezza reale del diritto. Ci si può raffigurare, forse non troppo inesattamente, la trasformazione pensando a ciò che accade in una Chiesa o tra le Chiese

---

(133) Cf. sopra, 331.

ogni qualvolta arretri la falsa certezza del dogmatismo teologico.

Del resto l'aspetto sul quale ci siamo già trattenuti (134), per il quale la giurisprudenza critica è solidale con la logica del ragionevole (oltre che, beninteso, con la logica rigorosa quando essa sia applicabile), addita nella giurisprudenza critica un antidoto e non il meno efficace contro quella crisi della persuasione che il massimalismo logico-scientistico (necessariamente accompagnato dall'irrazionalismo) ha allargato nel mondo contemporaneo, e che sentiamo con acuità proporzionale all'aumento delle materiali possibilità di comunicazione. In verità sembra difficile persuadere e persuadersi se persuasione è solo dimostrazione assolutamente certa; di qui, nonostante la elaborazione di sempre più scaltriti e comprensivi linguaggi formalizzati, la rinuncia alla persuasione autentica (135), che si manifesta macroscopicamente da un lato nei totalitarismi a base ideologica (siano essi di tipo razionalistico o di tipo irrazionalistico), e d'altro lato nell'agnosticismo materialistico delle società del benessere. Quest'ultimo fenomeno, in quanto si traduce in un generale indebolimento delle ideologie, consente però, insieme ad altri, di arrischiare l'ipotesi che l'introdurre il peso di una giurisprudenza critica nella lotta per la persuasione non significhi senz'altro prendere le parti dell'utopia. Si disegnano oggi i primi accenni di un movimento ampio, molteplice, verso la caduta per senescenza di certe forme radicali, disintegratrici di antagonismo; sindacati e confederazioni padronali, governo e gruppi di interesse, le classi, i partiti politici, le Chiese, gli stessi Stati nazionali sembrano più inclini alla discussione, alla ricerca di soluzioni concordate dei problemi, ad accantonare i progetti di distruzione reciproca, i metodi del braccio di ferro e del tiro della fune. Questo movimento avviene non soltanto (o forse non tanto) per un progresso interiore di umanità: ha compo-

---

(134) Sopra, § III.6.

(135) Essa non va confusa, come è ovvio, con la 'persuasione' acritica messa in opera attraverso le sempre più perfezionate e insidiose tecniche della propaganda. Per un esauriente orientamento bibliografico sul punto, cf. *Rassegna italiana di sociologia*, n° IV, 1962, dedicato alla *Sociologia della propaganda*, spec. 637 s.

nenti strutturali quanto mai profonde e complesse, tra le quali, verosimilmente fondamentale, l'espandersi del processo tecnologico. Ciò che qui preme è osservare che una giurisprudenza critica, come protagonista per definizione di un dialogo veritiero, di un dibattito ragionevole, troverebbe in questo movimento una condizione capitale di successo, e lo favorirebbe senza (come vedremo) assecondare con ciò la sua componente tecnicistica.

Nè deve esagerarsi la negatività del dibattito giurisprudenziale logicista e precritico. Dopo tutto ogni giurisprudenza è, per necessità di cose, solidale almeno con l'abito discorsivo, con la discussione (la perenne *disputatio fori* evocata da Pomponio), con la controversia: e il discorso è già salvezza, dalla confusione, dalla torbidezza degli inarticolati mondi soggettivi (136); e la discussione, la controversia, sono già in quanto tali superamento del metodo della violenza. Ogni giurisprudenza è, entro certi limiti, luogo di rifugio del compromesso e della tolleranza, intesi l'uno e l'altra non come dimissioni dalla ricerca del giusto e del vero e dell'utile, ma come temperamento della singola ricerca, della singola ideologia, della singola utilità con le altre. Qualunque cosa si pensi del dibattito giurisprudenziale acritico quando lo si confronti alle esigenze del conoscere e del comunicare, non se ne può negare il valore quando lo si collochi sullo sfondo della fenomenologia della violenza e del potere. La giurisprudenza non può dire, realizzando il sogno di Leibniz, 'sediamo e calcoliamo'; ma è pure suo merito non disprezzabile che essa inesauribilmente proponga, di fronte ai conflitti e ai nodi dell'azione, 'sediamo e discutiamo'. Inoltre, è precisamente attraverso un processo disputativo e dialogico che la norma giurisprudenziale pura si forma e si consolida (137).

Se a questa duplice connaturalità della giurisprudenza con il dialogo si aggiunge che il grado tipico di autorità della norma

(136) Viene fatto di ricordare, in proposito, accanto ai risultati della moderna psicologia, gli sviluppi dedicati da SAN PAOLO alla superiorità sociale del dono di 'profezia' (proprio per il suo aspetto di discorso comprensibile) sul dono di 'glossolalia': *I Lettera ai Corinti*, cap. 14.

(137) Su questo punto vedi sopra, 466 s.



giurisprudenziale è la semplice autorevolezza (138), si scopre nella giurisprudenza (e più accentuatamente nella giurisprudenza critica, per il carattere ragionevole del suo argomentare) una poco appariscente ma in compenso costante, istituzionale testimonianza di *non violenza* nella società (139). Già il diritto in genere, come tecnica per la certezza dell'azione, è non-violento almeno nel senso che accentra e regola l'uso della forza, con ciò stesso riducendolo di solito al minimo anche sul piano quantitativo (140); a questa generica nonviolenza del diritto la giurisprudenza partecipa con tutto il suo operare. Si tratta, però, di nonviolenza imperfetta sotto molti riguardi. Anzitutto la norma giuridica accetta di attuarsi, e si attua, attraverso misure anche violente di coazione e di sanzione; e la giurisprudenza non esclude queste misure, poichè si dedica appunto a formulare le migliori possibili norme coattive della società statale. Altri aspetti di violenza si rivelano invece molto più accentuati nella norma del potere politico che in quella giurisprudenziale.

Così, mentre la norma di produzione che individua l'organo abilitato a statuire autoritativamente il diritto viene a porsi non di rado al termine di una guerra o di una rivoluzione, cioè di una vicenda di violenza, la norma di produzione che assegna alla giurisprudenza una parte, qualunque essa sia, nella formazione del diritto proviene o da un'autorità già stabilita o dal riconoscimento graduale e spontaneo dei consociati: la giurisprudenza non può occupare con la violenza il posto di fonte del diritto senza cessare di essere se stessa. Inoltre, la singola norma giurisprudenziale si instaura, come abbiamo visto, attraverso il

---

(138) Cf. sopra, 457 s.; 507-513.

(139) Mi riferisco qui alla nonviolenza intesa non come ideale etico assoluto da abbracciare, come « way of life », ma come « method of solving social problems », come « form of social action... on the level of tactics and strategy », secondo la distinzione fatta con la massima chiarezza da W. R. MILLER nel suo lucido volume *Nonviolence: a christian interpretation* (1964) 16 s.; 132, al quale rimando per l'impostazione dei problemi e l'informazione bibliografica.

(140) « Non par dubbio dunque che la più universale ed efficace forma di nonviolenza sia il diritto »: S. COTTA, *La nonviolenza: principii e tecnica*, in *Terzo programma* 1965, 32 (cf. anche oltre, n. 144).

dialogo, ed è nella maggior parte dei casi semplicemente autorevole. Questo implica che essa sia in larga misura consentita, condivisa; mentre il diritto statuito, che può permettersi un margine più ampio di volontaristica discontinuità con il corpo sociale, rischia di doversi più frequentemente appoggiare alla coazione. Il diritto giurisprudenziale appare insomma, per utilizzare un'efficace formula di san Tommaso (141), nonviolento sia *quantum ad modum acquirendae praelationis*, sia *quantum ad usum praelationis*.

In ogni caso poi la giurisprudenza, per il particolare tipo di potere che le appartiene nell'organismo giuridico, divide, attenua, umanizza il comando 'del' Potere per cui pure si adopera (141-a), impedendogli di incombere monolitico sopra il suddito; lo prepara, lo discute, lo integra, lo presenta ai destinatari filtrato attraverso un'attività che, anche quando sia soggettivamente servile, obbedisce oggettivamente ad una *ratio* autonoma, introduce le garanzie oggettive proprie di una struttura pluralistica.

Al tema della nonviolenza può ricondursi, indirettamente, anche la già rilevata (142) vocazione della giurisprudenza al diritto comune e al diritto internazionale, che favorendo l'unificazione giuridica (143) opera nel senso di una progressiva riduzione dei conflitti.

Riprendendo il discorso sulla giurisprudenza critica, si può ancora osservare come essa, mettendo in luce i limiti della certezza, sospinga naturalmente a cercare altre garanzie: fondamentale tra queste la fiducia, o meglio la qualità (*fides*, *Verlässlichkeit*) di chi merita fiducia. Essa offre un tipo di garanzia antitetico a quello dato dalla certezza: non consente la previsione, ma consente di presumere la bontà della soluzione,

(141) *In II Sententiarum*, dist. XLIV, q. 2, art. 2; cit. da S. COTTA, *Eléments d'une phénoménologie de la légitimité*, in *Annales de philosophie politique* 1967, 65 n. 1.

(141-a) Cf. sopra, 498 s.; 509 i. f.

(142) Sopra, 481 s.; 475.

(143) È stato più volte osservato (p. es. da ESSER, *GN*, spec. 315) che le leggi, come atti di singoli poteri sovrani, separano, la giurisprudenza unisce.

ciò che la certezza da parte sua non può fare; è inseparabile da un uomo concreto che la rivesta, mentre l'ideologia della certezza (non a caso sorta storicamente come ideologia della diffidenza verso i giuristi e i giudici) si fonda precisamente sul pessimismo nei confronti dell'uomo concreto. Ma proprio perchè antitetica, essa è anche complementare alla certezza e può quindi integrarla senza toglierle la sua funzione, che almeno nell'esperienza giuridica resta primaria. (Fuori di questa esperienza una gamma vastissima e quanto mai vitale di rapporti poggia invece principalmente sulla fiducia). Il problema è di trovare uomini meritevoli di fiducia nel formulare il diritto libero, soprattutto per quanto riguarda la sua componente valutativa e opzionale: ed è chiaro che qui la *Verlässlichkeit* si risolve in *s a g g e z z a*. Una giurisprudenza critica invita, dunque, — ed è invito che riprende un tema perenne della speculazione politica non solo occidentale — a cercare garanzie anche in direzione della saggezza, e in particolare a preoccuparsi non solo della competenza in diritto positivo e delle attitudini logiche, ma anche della saggezza dei giudici. Si tratta di qualità sommamente difficile a misurarsi; ciò non deve però scoraggiare dall'elaborare criteri e procedure sempre più meditati di individuazione. In fondo, già la collegialità degli organi giudicanti e la pluralità delle istanze sono garanzie che rientrano più nell'ordine della saggezza che in quello della certezza; e si potrebbero variamente rafforzare, ad esempio assicurando anche il pluralismo ideologico e di estrazione sociale dei componenti. Fondamentale sarebbe poi il pieno riconoscimento, in sede metodologica, della filosoficità della giurisprudenza, e la conseguente formazione anche filosofica del giurista fino dagli anni universitari: sempre che la filosofia venga intesa e coltivata come passione per la saggezza, come ricerca e critica dei valori, come sapere umano globale. Qui basti avere accennato alla funzione della fiducia e della saggezza in un'esperienza giuridica consapevolmente affrontata, e agli ardui ma urgenti problemi anche pratici che vi sono connessi.

Le considerazioni fatte finora consentono di illuminare in alcuni aspetti salienti il rapporto tra la giurisprudenza creativa e critica e il valore (anch'esso, come quello della certezza, non

assoluto nè illimitabile) della democrazia. Indubbiamente il diritto giurisprudenziale non è democratico nel senso (formale) che venga posto attraverso una solenne manifestazione di volontà del popolo o dei suoi rappresentanti liberamente eletti. Esso tuttavia, come abbiamo visto, è normalmente dialogico, consentito; e in quanto tale soddisfa ad un requisito non trascurabile della democraticità sostanziale (144). Importante è poi il modo con cui i giuristi vengono selezionati: se hanno una funzione decisiva i privilegi di nascita o di censo, il diritto giurisprudenziale è antidemocratico; se l'accesso alla professione giurisprudenziale è aperto a tutti in proporzione delle capacità, senza sperequazioni nelle posizioni di partenza, se è regolato mediante pubblici esami e concorsi, se ai gradi superiori di autorevolezza si accede non grazie all'occupazione di posizioni di potere o ad arbitrarie investiture dall'alto, ma per meriti di scienza e di saggezza riconosciuti nel libero agone teorico e pratico, allora il diritto giurisprudenziale offre molte garanzie sostanziali di democraticità. La possibile accusa che il diritto giurisprudenziale sia antidemocratico perchè tecnocratico, perde molto della sua consistenza (a parte la problematicità dell'opposizione tra l'ideale democratico e una tecnocrazia rispettosa delle condizioni or ora evocate) quando si ammetta che il giurista critico è meno un tecnico che un umanista. Sotto questo profilo la giurisprudenza critica sembra quindi (145) più sensibile e meglio controllabile democraticamente della *Begriffsjurisprudenz* esoterica e tecnicista.

Soprattutto occorre tenere presente che la democrazia ha come sua condizione di vitalità non soltanto l'astratta bontà dei regimi elettorali e costituzionali, ma la presenza di una discussione appassionata e veritiera nello stesso corpo sociale. La democrazia non si perfeziona soltanto sottoponendo ogni nomina e ogni decisione al controllo di maggioranze più o meno inerti,

(144) Per questo motivo può forse estendersi al diritto giurisprudenziale, con gli opportuni adattamenti, l'affermazione di CORTA (o. c. alla n. 140, 33) secondo cui il diritto prodotto con metodo democratico « rappresenta la tecnica nonviolenta per eccellenza, quella, vorremmo dire, che ne annulla ogni altra ».

(145) Cf. sopra, 567.

ma stimolando in ogni loro forma le tendenze verso l'autonomia spirituale e la ricerca personale delle misure capaci di servire al bene comune. Proprio nell'era della tecnica la democrazia si salva se riesce ad essere una consapevolezza ed una discussione prima che un'organizzazione. Ora, anche da questo punto di vista sembra meglio corrispondere alle esigenze di una democraticità sostanziale la giurisprudenza critica. Di fronte al pericolo in concreto più grave per le moderne democrazie — il totalitarismo poggiate da un lato sulla legalità formale e dall'altro sul condizionamento delle opinioni attraverso la propaganda —, la giurisprudenza critica può rappresentare come un nucleo di resistenza, una riserva di personalità, una fonte perennemente viva di valutazioni originali, un esemplare consorzio della persuasione autentica, che il totalitarismo esclude. Essa sa di non poter riuscire e di non dover neppure aspirare a fare da semplice cinghia di trasmissione del volere politico consegnato nella legge. E stando alle esperienze del recente passato, il rischio di un occasionale intralcio a leggi buone e democraticamente corrette è da preferire all'assolutizzazione (oltre tutto, illusoria) del principio di passività.

Siamo così ricondotti a quello che è il tema più intimamente e vivamente animatore dell'intera nostra indagine. Come giurisprudenza consapevolmente 'libera', come giurisprudenza che, nell'accresciuto rispetto per un rigore logico e scientifico non solo apparente e per le forme anche non sovranamente imperiose di positività, si conosce tuttavia giurisprudenza della coscienza e della valutazione, giurisprudenza adulta della nominativa responsabilità, giurisprudenza di un più autentico rapporto umano, giurisprudenza della veracità, della persuasione e del dialogo, giurisprudenza della fiducia e della saggezza, insomma esperienza di riflessione ed argomentazione umana integrale, la giurisprudenza critica afferma il fondamentale valore della personalità.

Ed è forse la sua affermazione di maggior peso nel contesto presente. Se infatti è lecito (e non sembra negabile sia lecito) parlare di una crisi del nostro tempo, essa nel suo nucleo più profondo è verosimilmente una crisi di questo valore. Senza

pretendere di definire il termine tra tutti controverso, mi proverò a segnare alcuni lineamenti della crisi che consentano di cogliere il significato non solo permanente ed essenziale, ma anche storico e situazionale di una giurisprudenza della personalità.

A questo scopo è necessario distinguere tra società povere, tuttora agli inizi del processo di industrializzazione, e società 'opulente'. Nel seguito mi riferirò principalmente alle ultime, che, non più direttamente e angosciosamente alle prese con i problemi prioritari della necessità, si trovano ad affrontare i problemi, meno gravi e dolorosi ma più ardui a risolversi e già a definirsi concordemente, della libertà.

Ora se, come è ovvio, il fatto che in modo saliente caratterizza i paesi ricchi è il progreditissimo sviluppo scientifico-tecnologico, la costellazione di problemi storicamente centrale sarà quella collegata con tale sviluppo. Esso presenta, per un lato, vantaggi sufficienti a renderlo un bene irrinunciabile: proprio la personalità trova, nella sconfitta dei gradi più alienanti della malattia, della fame, della miseria, della fatica e dell'ignoranza, le sue basi costitutive normali e perfino la premessa per una scelta libera di eccezionali, vocazionali rinunce. Tuttavia, passato il periodo neofitico di entusiasmo, la civiltà tecnologica viene vista sempre più concordemente, almeno da quegli « spiriti vigilanti » (146) che non si irrigidiscono in un atteggiamento di condanna radicale, come includente anche pericoli gravi. Questi possono racchiudersi in varie formule, ad esempio: aumentato potere dell'uomo sulle cose, immutato se non diminuito potere su se stesso. Ma molti aspetti negativi possono ricondursi ad un comune movimento che il tecnicismo non esaurisce, ma indubbiamente favorisce: l'estraneazione dal centro, dalla vocazione personale dell'io. Ciò che per le scienze e tecniche moderne è un'esigenza imprescindibile, tende a diventare

---

(146) Traggo l'espressione da E. KAHLER, *La torre e l'abisso* (tr. it. 1963) 302. Il seguito della mia esposizione si fonda particolarmente sulle diagnosi offerte in questo libro e negli scritti di CORTA citati sopra, cap. IV, n. 221, cui va aggiunto *Problemi e vocazione dell'uomo d'oggi*, in *Coscienza* 1967, 38-45.

una categoria di tutto l'agire e l'essere umano: le singole esperienze tendono ad essere consumate per se stesse, e con ciò portate agli estremi loro limiti ma isolatamente dalle altre. È la crisi delle autonomie conquistate nei confronti della sintesi teologico-morale medievale. La ricerca umana si sfilaccia, deflagra in esperimenti, troppo spinti e assorbenti per ricomporsi in esperienza.

Ha per noi particolare rilievo il fenomeno che potrebbe chiamarsi della settorializzazione (147) o della funzionalizzazione dei valori e delle responsabilità morali. « Responsabilità dell'impiegato di fronte agli interessi della sua azienda; dell'uomo d'affari, di fronte alla sua attività commerciale; dell'uomo politico, di fronte al partito; del funzionario, di fronte all'amministrazione e al suo reparto; del lavoratore di fronte al sindacato; del dirigente di fronte alle direttive commerciali; dello scienziato di fronte alla disciplina e ai metodi scientifici, — e anche dei gangsters organizzati, di fronte alle regole e al codice del gioco. Tutte queste responsabilità specializzate e funzionali sono venute sostituendosi all'antica responsabilità umana, alla responsabilità di fronte alla comunità umana ». « Queste responsabilità funzionali corrispondono a quelli che si potrebbero chiamare i valori funzionali, che pure hanno soppiantato i valori umani. Questi valori funzionali — scientifici, amministrativi e professionali — sono semplici standards e non valori reali... » (148). Mai come oggi l'uomo ha saputo ciò che deve fare 'in quanto' questo o quello; mai come oggi è stato disorientato su ciò che deve fare in quanto uomo.

Questi ed analoghi fenomeni di estraneazione dal centro personale (149) non possono semplicemente (semplicisticamente) de-

(147) Cf. sopra, 491 s.

(148) KAHLER, o. c. 289.

(149) Mi limiterò ad alcuni esempi, che sono sotto gli occhi di tutti. Mondo del lavoro: la specializzazione. L'operaio ha compiti settoriali. Scompare l'artigiano, che fa tutto l'oggetto ed è capo della propria azienda. Il potere decisionale dell'operaio è minimo o nullo. L'impiegato si riduce a una funzione, vuota di ogni umanità. Il professionista si perfeziona in campi sempre più limitati, si avvicina allo *status* di un funzionario. Mondo intellettuale: predomi-

precarsi. Occorre vederne la contropartita. Alla loro origine si trova, mi pare, un impulso che è tra i più irresistibili per lo spirito moderno: quello ad assolutizzare il relativo, quasi per l'intuizione che solo fatto fine a se stesso, solo fecondato con tutto lo sforzo umano ogni particolare potrà dare tutto ciò di cui è capace. E a questa intuizione si accompagna, più o meno cosciente, ma fortissimo, il sentimento tragico che nessuna virtualità contenuta nel reale può essere lasciata cadere, essendo all'uomo e a lui solo affidato di portarla all'atto e alla luce dello spirito; un sentimento come di 'orrore per l'omissione' che può ben dirsi di appassionato — e forse più redentivo che fruitivo — amore per il mondo (150). Esso porta a preferire di perdersi

---

nano le singole scienze, e anche qui le superspecializzazioni. Di fronte ad esse scompare il sapere globale, oppure si presenta con aspetto necessariamente più approssimativo, rozzo e primitivo. Mondo del linguaggio: frammentazione in linguaggi tecnici e gerghi; impoverimento o almeno crescita non proporzionale dell'area linguistica comune. Mondo artistico: isolamento dell'arte dalla vita. Entro l'arte, lo sperimentalismo. Tentativi marginali, confessioni immediate assorbono lo sforzo creativo. Non più 'composizioni', ma 'ricerche' sulla parola, sui suoni, sui materiali e gli spazi. Mondo interpersonale e affettivo: scambi settoriali, sperimentali: per esempio la sessualità resa autonoma e fine a se stessa, le associazioni secondo interessi comuni di una esiguità ed eccentricità spesso sconcertante, i rapporti umani limitati ai propri colleghi o comunque ridotti a incontri tra portatori di ruoli sociologici e conseguenti conversazioni esclusivamente e sempre tecniche. Mancando l'io manca il tu completo, centrale. Quello a cui va l'amicizia e la passione profonda. Di qui la difficoltà, per una mentalità tecnica, analitica, del rapporto religioso con un Dio personale. 'Without-God-theology'. Isterilimento della meditazione e della contemplazione. Sempre meno preghiera dialogica, sempre più preghiera 'attraverso le opere'.

(150) Nell'ambito teologico, è riflesso significativo di questo sentimento il fatto che si diffonda sempre più largamente, appoggiandosi con una certa libertà a passi di SAN PAOLO come *Rom.* 8, 18-23 (cfr. S. LYONNET, *La storia della salvezza nella Lettera ai Romani* [1966] 221-240), la visione di un mondo creato proteso nell'aspettativa che i figli di Dio lo introducano con sé nella gloria: d'onde l'impegno, per l'uomo, a completarlo inventivamente affinché sia integro, alla fine del tempo, lo stesso mondo soprannaturale. Questa visione dell'efficacia potenzialmente soteriologica (e quindi della doverosità) di ogni atto di appropriazione e trasformazione umana del mondo è tra i motivi ispiratori centralissimi del pensiero di P. TEILHARD DE CHARDIN.



— in una ricerca, in un oggetto, in una creazione — piuttosto che rassegnarsi, in nome della saggezza o di una preconstituita gerarchia di valori, a vedere quella qualsiasi possibilità andare perduta. E una ricompensa non manca: veramente il mondo si schiude e giunge a compimento, veramente l'atto mediatore dell'uomo pone dappertutto il suo segno e quasi prepara, pre-genera, il *πλήρωμα* che la fede attende, e che le culture sapienziali rischiavano di limitare.

Se questo è vero, non è consentita senz'altro la soluzione unilaterale dei tradizionalismi pessimisti cari a non pochi 'vigilanti': oltretutto, perchè certo impotente a distruggere la passione, direi la missione che profondamente anima questa civiltà. E al tempo stesso il limite, anzi il pericolo è chiaro: se l'atto tipico dell'uomo d'oggi è il cedimento di se stesso a linee di sperimentazione parziali che pretendono essere vissute come il tutto, diventa ben difficile che, avvezzo a questi *commitments* settoriali, egli sappia compiere anche l'atto inverso di ricupero, di rientro, l'atto di coscienza. Sembrano doversi estendere insieme meravigliosamente la quantità globale della conoscenza e la schizofrenia. Sembra porsi l'*aut-aut*: o il regresso globale della conoscenza, o il regresso individuale della coscienza; o il regresso globale delle esperienze, o il regresso individuale dell'esperienza.

All'immagine del macrocosmo come ordine di concentrici percorsi entro uno spazio immobile si è sostituita quella della deflagrazione galattica, dell'enorme 'fuoco d'artificio' stellare che si allarga nel silenzio e nel buio allargando con sè lo spazio. All'immagine del microcosmo come ordine e gerarchia di esperienze intorno a un centro sapienziale individuale si è sostituita l'immagine di una infinita pluralità di sperimentazioni deflagranti a distanza sempre maggiore le une dalle altre nello spazio umano in espansione, con perdita del nucleo personale che nessun ente coordinatore collettivo appare capace di fornire. Naturalmente questa scissione del nucleo umano ha liberato energia infinita; il problema è se l'esplosione possa essere controllata, il che vuol dire vissuta unificativamente dalla personalità e dalla coscienza.

La risposta al problema non può essere senz'altro ottimistica. Occorre pure constatare che l'impulso alla onnidirezionale e illimitata sperimentazione-attuazione del mondo, nel quale ci è parso di riconoscere il movente forse fondamentale della civiltà scientifico-tecnologica, si traduce non solo in una estesa, degradante sostituzione dei valori con gli *standards* funzionali, ma anche nel dubbio sulla riducibilità e gerarchizzabilità degli stessi valori umani ultimi (verità, bellezza, santità, moralità, felicità); dubbio che sebbene non venga sciolto in senso unanimemente negativo dai filosofi, può però considerarsi parte integrante del travaglio vissuto dall'uomo contemporaneo. Ed ecco allora l'indispensabilità della personalità e della coscienza affinché una sintesi venga compiuta; ma anche la condizione dilacerata, forse per sempre antinomica della personalità e della coscienza.

Affinchè il quadro tracciato sia completo almeno come sommaria, genericissima indicazione dei fenomeni che paiono — nella prospettiva prescelta — fondamentali, occorre comunque aggiungere che l'impulso alla onnidirezionale e illimitata sperimentazione-attuazione del mondo produce anche — ed è possibile solo attraverso — una trasformazione della società in quanto tale. La settorializzazione, la funzionalizzazione costituiscono il riflesso sull'individuo (riflesso sentito come impoverimento) di un processo di crescita e di incalcolabile arricchimento dell'organismo collettivo, processo implicante la differenziazione sempre maggiore dei singoli organi. In questo processo, l'aumento quantitativo è condizione dell'arricchimento qualitativo: una comunità ristretta è fatalmente assorbita dalla soddisfazione dei bisogni più urgenti, e non può quindi concedersi le differenziate, 'disinteressate', specializzatissime funzioni richieste per l'espansione dello spazio umano globale. Scompaiono così a poco a poco, quali che siano le illusioni in proposito, tutte le forme di autarchia individuale e comunitaria; sul soggetto individuale predomina sempre più il sempre più ampio e complesso 'soggetto' collettivo, quasi unica possibile istanza unificante e direzionale, unico essere in grado di vivere (in contraddittoria inconsapevolezza) la vita umana in tutta la varietà delle sue estrinsecazioni. Il risultato è che i problemi non specialistici, i problemi di sintesi, diventano sempre più problemi collettivi:

ed ecco i pericoli connessi con la necessità della superorganizzazione, ecco in particolare profilarsi, tra le varie forme di calcolo e dominazione della vita individuale che ci assediano, l'eventualità di un totalitarismo tecnologico più grave di tutti i totalitarismi ideologici del passato, perchè capace non solo di soffocare ed opprimere, ma, prima ancora, di svuotare o di non fare neppure giungere ad esistenza la personalità.

Se questi rilievi sono esatti, la crisi della personalità non può essere combattuta con un'unica terapia: non basta l'impegno diretto, pedagogico, per la piena umanità del sempre più specializzato e disunito soggetto individuale, come non basta l'impegno organizzativo per una struttura umanizzata e umanizzante del sempre più differenziato e consistente corpo sociale. L'uno e l'altro impegno sono, entrambi, indispensabili: non può nascere organizzazione rispettosa o addirittura stimolatrice della personalità dall'opera di individui depersonalizzati; non possono (o non possono più, e potranno sempre meno) svilupparsi delle personalità senza l'aiuto o almeno il non impedimento da parte dell'organizzazione. Il fine è unico, lo sviluppo delle personalità: ma il suo raggiungimento viene a dipendere sempre più strettamente anche dalla dimensione strutturale.

Non è certo questa la sede (ammesso che una sede adeguata esista) per prospettare una soluzione integrale del duplice unitario problema, che è poi — nella situazione attuale — il problema stesso della salvezza umana dell'uomo. Rientra invece nella nostra, più modesta, competenza, osservare come di fronte al problema così posto la giurisprudenza critica acquisti il suo pieno significato: un significato positivo, e in entrambe le direzioni accennate.

Come giurisprudenza della personalità, essa infatti esige e promuove un libero, completo sviluppo umano in direzione della saggezza; come giurisprudenza essa mette questo sviluppo, comunque prezioso, specificamente a servizio dei problemi di coordinamento, di organizzazione, di bene comune propri del diritto. Il giurista critico è, insomma, come filosofo uno 'specialista del sapere globale'; e come filosofo dedito all'avvalorazione del diritto positivo, uno 'specialista del sapere globale applicato al problema globale' della convivenza in una

determinata società storica. Sotto questo profilo il suo orizzonte epistemologico coincide (151) con quello del politico e del legislatore.

Quanto detto non significa che una giurisprudenza critica sia 'la' risposta ad un problema di salvezza che coinvolge tutto l'uomo ed ogni uomo, se non altro perchè in ultima analisi è problema di personalità e dunque di (tutti i) singoli; significa solo che una giurisprudenza critica darebbe il suo contributo — qualunque peso esso abbia — nella giusta direzione. Ed è bene insistere ancora una volta sul guadagno non solo individuale — e dunque riservato ai giuristi (152) — derivante dall'aspetto per cui la giurisprudenza critica è giurisprudenza della personalità. Lo sviluppo di autentiche personalità è oggi più che mai un bisogno anche strutturale: di fronte ai problemi politici posti dalla civiltà tecnologica (massimi quelli di scongiurare la guerra atomica e il totalitarismo) i 'vigilanti' hanno quasi sempre — giustamente — ribadito che non è possibile risolverli soltanto con misure programmatiche e organizzative, senza l'intervento su larga scala di prese di coscienza globali, di conversioni dei singoli (153). Ora, alla base della professione giurisprudenziale criticamente intesa c'è appunto una *conversione* con la quale, abbandonando le sicurezze esteriori, si abbraccia per la vita — e fino alle ultime conseguenze — la responsabilità personale del diritto. Il ricupero o la conquista di questo senso dell'attività giurisprudenziale è dunque destinato ad avere una non predeterminabile nè misurabile, ma indubbia portata anche politica: non può essere irrilevante che si apra alla vocazione personalistica tutta una sfera professionale intimamente intrecciata con le più diverse forme dell'esperienza, proprio nel momento in cui viene

(151) Vedi sopra, § III.5.

(152) Questo guadagno per i giuristi è ovvio ed è stato già delineato sopra al § III.7 e al cap. III, spec. 330-334.

(153) Si veda per tutti K. JASPERS, *La bomba atomica e il destino dell'uomo* (tr. it. 1960) 361-369. È stato anche osservato che proprio il processo tecnologico esige un « recupero umanistico » perchè ha bisogno di chi ne indichi consapevolmente i fini (CORTA, ll.cc. alla n. 146, spec. *Iustitia* 1966, 299 s.). E si tenga presente quanto detto sopra, 603 s., in tema di democrazia.

gravemente minacciato dall'interno e dall'esterno il senso personale dell'essere e del fare umano in sè.

Questo ricorso all'impegno personale del giurista, che ci è parso necessario una volta abbandonate le illusioni del legalismo e del logicismo, si presta principalmente a due critiche: una, tradizionale (è rischioso); una.. ultramoderna (è antiquato).

Che sia *rischioso* è vero, ma inevitabile. Rischiosa, ambivalente è — almeno nell'uomo — la libertà stessa; e già una maggiore *consapevolezza* di libertà (poichè la giurisprudenza critica nasce non da una rivendicazione ma da una constatazione) implica maggiori potenzialità di bene e di male. Ci siamo, peraltro, trattenuti a sufficienza sulle garanzie di per sè connesse con l'aperto riconoscimento della ineliminabile libertà giurisprudenziale (154) e su quelle che tale riconoscimento può portare a introdurre (155). Qui aggiungerei che lo stesso *garantismo* ha dei rischi.

Da un lato infatti non va dimenticato che uno dei modi migliori per far meritare fiducia è l'accordarla, per renderne indegni è il toglierla (156). D'altro lato, e soprattutto, occorre tenere presente che anche le strutture sono ambivalenti: per quanto buoni i congegni, il mondo sociale e in particolare il mondo giuridico è pur sempre quale lo fanno gli uomini. Si pensi, ancora una volta, ai vantaggi che le dittature fascista e nazista hanno saputo trarre — manipolando l'opinione di maggioranze sprovvedute, assicurandosi una legittimità formale e un'obbedienza acritica — dall'ideologia democratica, dal legalismo e perfino dall'idea dello Stato di diritto (157). Nello stesso periodo esse venivano spesso combattute facendo appello al principio di legalità; e quel periodo si concludeva... con i processi di Norimberga. Non è possibile 'istituzionalizzare il bene'.

Il garantismo, nella misura in cui voglia eliminare l'arbitrio senza fare appello a un impegno morale del giudicante e del le-

(154) Sopra, n. 120 e 121, con rinvii.

(155) Sopra, 602.

(156) Così LESS, *WR* 105, e spesso gli autori giusliberisti: cf. p. es. sopra, cap. III n. 453.

(157) Su quest'ultimo punto cf. sopra, cap. III n. 2 e 3.

gislatore, nella misura in cui pretenda di istituire un ordine della società atto a funzionare anche qualora tutti gli associati fossero dèmoni, nella misura in cui concentri tutti gli sforzi sul combattere e circoscrivere, anzichè sviluppare ed educare, l'autonoma iniziativa del singolo, può essere fonte — come ogni pessimismo radicale — di pericolose illusioni.

Se, invece, l'unica definitiva garanzia (coincidente con il massimo rischio) è la personalità del singolo, se la cosa di cui ci si può più fidare è, in ultima analisi, la coscienza, la condizione globale migliore non potrà essere che quella in cui, accanto o entro un buon regime istituzionale, si mantenga viva l'educazione completa delle personalità, sia loro riservato uno spazio non troppo ristretto e comunque non venga occultato lo spazio che, contro ogni accorgimento, loro rimane.

In una seconda prospettiva l'idea di una giurisprudenza della personalità può apparire *antiquata* (158). Da un lato il progresso tecnico, rendendo realizzabile ogni più complesso e delicato congegno meccanico, e d'altro lato la divisione e suddivisione sempre più spinta dell'attività umana, rendendola imitabile e indipendente dai problemi centrali di 'senso' e di valore, portano ormai alla sostituibilità dell'uomo da parte delle macchine nel lavoro materiale o subalterno e perfino in delicatissime forme di lavoro organico; mentre è già desto, e tradotto in concreti operativi programmi di ricerca, il dubbio intorno alla irriducibilità delle più elevate funzioni razionali e intellettuali. La macchina, soprattutto nelle sue specie superiori (il cervello elettronico, l'automa), acquista anzi prerogative a volte vertiginose, tali quasi da rendere non manifestamente infondata l'ipotesi che termini come 'coscienza' o 'personalità' designino semplicemente un residuo oscuro, l'insieme dei problemi per ora non risolti e delle imperfezioni per ora non sanate nella costituzione fisica e psichica dell'uomo. Un simile quadro sembra fatto per orientare gli sforzi costruttivi più in direzione dell'automa che della personalità giurisprudenziale.

(158) Uso il termine nella densità e precisione di significato che è venuto assumendo attraverso la suggestiva meditazione di ANDERS citata sopra, cap. I n. 58.

Singolare destino, in verità, quello dell'automa giurisprudenziale. Profetizzato dall'illuminismo, contrastato dal romanticismo giuridico, apparentemente realizzato dal positivismo legalista, demolito dal giusliberismo, esso accenna a risorgere, e nella sua forma perfetta di macchina, proprio mentre l'idea del giurista come *Deduktionsmaschine* o *Subsumtionsautomat* tramonta per sempre. Ma occorre appena avvertire che questa ipotetica risurrezione si produrrebbe in un mondo nuovo dell'automatizzazione pressochè totale, senza affatto infirmare i risultati teorici su cui si fonda la giurisprudenza critica. Semplicemente la scienza giuridica, per il suo caratteristico sfasamento rispetto a quelle che sono le scienze-guida nelle diverse temperie culturali, giunge a scoprirsi non automatica, bensì integralmente umana, nel momento in cui è l'uomo a dubitare scientificamente della propria non automaticità.

È significativo (e Anders non ha mancato di notarlo) che le stesse scelte politiche tendano, nella società tecnologica, ad essere demandate a macchine. E in effetti la direzione politica moderna appare, nei paesi tecnicamente avanzati, sempre più simile ad una registrazione e combinazione obbligata di variabili sociali da parte di governanti largamente fungibili, largamente accomunati (quali che siano le appartenenze partitiche) nella soggezione ad una identica 'sovranità delle cose'. Le ideologie mantengono una loro funzione nella fase elettorale e nella polemica delle opposizioni assai più che nell'attività legislativa e di governo. Ma quando anche questa diagnosi storica fosse errata oppure l'ulteriore progresso tecnologico dovesse, consentendo di sostituire alla 'politica dei mezzi' una 'politica dei fini', portare una inversione di tendenza, ciò che conta per il nostro discorso è che, comunque si venga a configurare l'attività politica, la giurisprudenza ne seguirà la sorte, per l'insopprimibile momento 'politico' o 'legislativo' in essa immanente.

Ciò significa che un'eventuale automatizzazione della giurisprudenza coinciderebbe con una nuova smentita alla teoria della giurisprudenza automatica, perchè l'automa giurisprudenziale dovrebbe essere costruito in modo da poter compiere (o non compiere) valutazioni e opzioni politiche come il legislatore; sì che verrebbero logicamente a doversi costruire insieme

l'automa legiferante e l'automa giurisprudenziale, e n t r a m b i con le caratteristiche o di automi avalutativi o di ' automi saggi ' di ' automi sapienziali '.

Nell'impostazione legalista, alla divisione dei poteri nel macroorganismo statale dovrebbe corrispondere la divisione dei pensieri nel microorganismo personale, la famosa separazione del giurista da se stesso in quanto uomo. In un'impostazione critica, alla pluralità dei poteri e dei protagonisti della vita del diritto corrisponde, per ciascuno di essi, unità dei pensieri. Il giurista non è tagliato fuori dalla coscienza e dalla storia, riservate al legislatore e ai comuni cittadini. Il giurista in quanto giurista non è nè più, nè meno automa dell'uomo.





## ERRATA CORRIGE

A p. XXVII, a fronte di: « FUCHS, *Gemeinschädlichkeit* », invece di: « E. FUCHS, *Gerechtigkeitswissenschaft. der konstruktiven Jurisprudenz* », leggere: « E. FUCHS, *Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz* ».

A p. 254, n. 154, invece di: « 291 pr. », leggere: « 294 pr. », e aggiungere: « 297 pr.; 310 pr.; 317 ».

Il *Saggio sul diritto giurisprudenziale* è una di quelle rare opere della letteratura giuridica in cui una ricostruzione storica puntuale (svolta, per deliberata scelta dell'autore, per "momenti paradigmatici") si affianca e si salda ad una serrata riflessione filosofica. Al centro della riflessione di Lombardi Vallauri vi è la questione dell'apporto del momento giurisprudenziale alla formazione del diritto positivo: riflessione sviluppata sullo sfondo del rifiuto di un approccio statualistico al diritto, e in favore di una difesa del "diritto libero" – oggetto qui di una personale rivisitazione ben lontana dalle raffigurazioni caricaturali spesso presente nella mente del giurista. Opera coraggiosa e innovativa, apparsa per la prima volta in un contesto culturale ancora dominato dal legalismo, dal formalismo concettualista, e da una rappresentazione del ruolo del giurista come puro "tecnico del diritto", oggi – in una fase storica in cui assistiamo al disordinato dilagare del diritto giurisprudenziale – rivela una portata quasi profetica, e una persistente importanza chiarificatrice a fronte di discorsi sempre più acriticamente di moda sull'assurgere della giurisprudenza al rango di fonte del diritto.

**LUIGI LOMBARDI VALLAURI** (1936), è stato Professore di Filosofia del diritto presso l'Università di Firenze e l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano. Oltre al *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, è autore dei volumi: *Dalla «fides» alla «bona fides»* (1961); *Amicizia, carità e diritto* (1969, 1974<sup>2</sup>); *Corso di filosofia del diritto* (1981, 2012<sup>2</sup>); *Terre. Terra del Nulla, Terra degli uomini, Terra dell'Oltrè* (1989); *Nera luce. Saggio su cattolicesimo e apofatismo* (2001, 2023<sup>2</sup>); *Riduzionismo e oltre. Dispense di filosofia per il diritto* (2002); *Meditare in Occidente. Corso di mistica laica* (2015); *Scritti animali. Per l'istituzione di corsi universitari di diritto animale* (2018); *Crudeltà* (2022). Nel 2016 sono apparsi gli *Scritti in onore di Luigi Lombardi Vallauri*, in due volumi.

**CLAUDIO LUZZATI** (1952), è stato Professore di Filosofia del diritto presso l'Università Statale di Milano. È autore dei volumi: *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico* (1990); *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto* (1999); *Compendio di filosofia del diritto* (con U. Scarpelli, 2000); *La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell'età contemporanea* (2005); *Questo non è un manuale. Percorsi di filosofia del diritto* (2010); *Principi e princìpi. La genericità nel diritto* (2012); *Del giurista interprete. Linguaggio, tecniche e dottrine* (2016); *La teoria del diritto attraverso lo specchio* (2017).